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

2008/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 701.000.08/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 145.- estero

Recht und Politik des Wettbewerbs — RPW

Droit et politique de la concurrence — DPC

Diritto e politica della concorrenza — DPC

2008/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2009

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2008/4**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern 544

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Coop/Carrefour 593
2. ETA Manufacture Horlogère Suisse SA/Burri SA 662
3. Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG 663
4. Sunrise/Tele2 668
5. Airtrust AG/Edelweiss Air AG 674
6. BLS AG/Railion Deutschland AG 701
7. Tata Limited et al./Piaggio 717

6. Empfehlungen
Recommandations
Raccomandazioni

1. Art. 91 der Verkehrsregelnverordnung: Sonntags- und Nachtfahrverbot 718
2. Gemeinsame Empfehung der Wettbewerbskommission, der Kommunikationskommission und der Preisüberwachung zur erleichterten Überprüfung der Interkonnektions- und Zugangspreise von marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen 720

B 3 **Bundesverwaltungsgericht**
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

1. Urteil i.S. Orange Communications SA gegen Sekretariat der Wettbewerbskommission und Wettbewerbskommission (WEKO) 722
2. Urteil i.S. Swisscom (Schweiz) gegen Sekretariat der Wettbewerbskommission 731

B 4 **Bundesgericht**
Tribunal fédéral
Tribunale federale

1. Entsiegelung 739

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 2 **Bibliografie**
Bibliographie
Bibliografia 744

E Diverses
Divers
Diversi

E 2 **Gutachten**
Avis
Pareri

1. Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA) 745
2. Mietleitungen 751
3. Kabelkanalisationen 760

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 766

Index (deutsch, français e italiano) 768

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2 2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

B 2.2 1. Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart

Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Oktober 2008 i.S. in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Tarifverträge in der Zusatzversicherung (privat und halbprivat) zwischen Krankenversicherern sowie öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern im Kanton Luzern wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und 7 KG.

Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern als Gesamtheit auf den Märkten der halbprivaten und privaten Zusatzversicherung auf dem Gebiet der Kantone Luzern und Nidwalden. Kein Nachweis einer unzulässigen Verhaltensweise.

Gemeinsame Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer zum Aufbau einer Gegenmacht (Countervailing Power) gegenüber marktbeherrschenden Spitälern können unter gewissen Umständen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden.

Décision de clôture de la Commission de la concurrence du 6 octobre 2008 concernant l'enquête selon l'article 27 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart], RS 251) concernant les conventions tarifaires dans le secteur de l'assurance complémentaire hospitalière (privée et semi-privée) entre assureurs-maladie et hôpitaux publics et subventionnés par les pouvoirs publics dans le Canton de Lucerne relative à de prétendues restrictions illicites à la concurrence selon les articles 5 et 7 LCart.

Constatation d'une position dominante des hôpitaux publics et subventionnés par les pouvoirs publics dans le Canton de Lucerne comme entité sur les marchés de l'assurance complémentaire hospitalière pour les divisions privées et semi-privées dans la région des cantons de Lucerne et Nidwald. Aucune preuve d'un comportement illicite.

La formation de groupes d'assureurs afin de former un contre-pouvoir (Countervailing Power) à l'encontre de la position dominante des hôpitaux peux être justifiée sous certaines conditions selon l'art. 5 al. 2 LCart.

Decisione di chiusura del 6 ottobre 2008 nella causa relativa all'inchiesta secondo l'art. 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart], RS 251) relativa alle convenzioni tariffali nel settore dell'assicurazione complementare ospedaliera (privata e semiprivata) tra assicuratori malattia e ospedali pubblici e sussidiati dall'ente pubblico nel Canton Lucerna a causa di eventuali limitazioni illecite della concorrenza secondo gli articoli 5 e 7 LCart.

Stabilisce una posizione dominante degli ospedali del Canton Lucerna, pubblici e sussidiati dall'ente pubblico, come collettività sul mercato dell' assicurazione ospedaliera complementare nei reparti semiprivati o privati nella regione dei cantoni Lucerna e Nidwalden. Nessuna prova di un comportamento illecito.

I negoziati collettivi da parte degli assicuratori malattia, per la costituzione di un contropotere (Countervailing Power) alla posizione dominante degli ospedali, possono, in determinate circostanze, essere giustificati conformemente all'articolo 5 capoverso 2 LCart.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 7. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Art. 27

KG[1] gegen mehrere Krankenversicherer (Concordia, CSS Versicherungen AG [CSS], Helsana Versicherungen AG [Helsana], KPT Versicherungen AG [KPT], Sanitas Krankenversicherung [Sanitas], Swica Krankenversicherungen [Swica], Visana Services AG [Visana], Wincare Zusatzversicherungen [Wincare] sowie Unimedes und Cosama mit den ihnen angeschlossenen Versicherungen), öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler (Kantonsspital Luzern [KSL], Kantonales Spital Sursee-Wolhusen [KSSW], Psychiatriezentrum Luzern Stadt [PLS] und Psychiatrie Luzern Landschaft [PLL], Luzerner Höhenklinik Montana [LHM]) und das Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern (GSD).

2. Gegenstand der Untersuchung bilden die per 1. Januar 2006 im Kanton Luzern in Kraft getretenen „Tarifverträge II". Diese Verträge gelten für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung[2] für die Privat- oder Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Privat- oder Halbprivatabteilung eines öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals im Kanton Luzern behandeln lassen.[3] Die Verträge setzen Grundtaxen, Taxen für zusätzliche Spitalleistungen sowie Taxen für ärztliche und diverse Spezialleistungen fest.

3. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird geprüft, ob diese Verträge unzulässige Preisabsprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellen und ob sich die Leistungserbringer beim Abschluss der Verträge unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten haben.

A.2 Verfahren

4. Mit Schreiben vom 22. März 2006 stellte die Helsana den Antrag auf Erlass einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung zur Klärung der Frage, ob einem Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden nicht vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG entgegenstehen.

5. Mit Schreiben vom 30. März 2006 informierte das Sekretariat die anderen Parteien des Untersuchungsverfahrens über den Antrag der Helsana. Das Sekretariat führte aus, dass Auffassung nach die Voraussetzungen für den Erlass einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung gegeben seien. Es räumte den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zur Frage der vorbehaltenen Vorschriften ein. Gleichzeitig wurden die Parteien zur Klärung des Sachverhaltes aufgefordert, diverse Fragen zu beantworten.

6. Die Parteien haben mit Schreiben vom 19., 24., 25. und 28. April sowie vom 9. und 30. Mai 2006 Stellung genommen sowie auf die Fragen geantwortet. Keine der Parteien hat Einwände gegen eine Klärung der Frage der vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen einer Zwischenverfügung vorgebracht; die Mehrheit der Parteien unterstützte den entsprechenden Antrag der Helsana explizit.

7. Am 9. Mai 2006 erhielt die CSS, ihrem Gesuch vom 5. Mai 2006 entsprechend, Akteneinsicht.

8. Der Antrag des Sekretariates wurde den Parteien am 9. Juni 2006 zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom 12. Juni 2006 verlangte der gemeinsame Rechtsvertreter von Concordia, Helsana, KPT, Sanitas, Visana und Wincare Kopien diverser Akten, welche ihm mit Schreiben vom 13. Juni 2006 zugestellt wurden.

9. Die Parteien nahmen mit Schreiben vom 19., 20., 21., 23. Juni sowie vom 13. Juli 2006 Stellung zum Antrag des Sekretariates.

10. Mit Zwischenverfügung vom 4. September 2006 stellte die Weko fest, dass im vorliegenden Verfahren der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes durch keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG eingeschränkt wird. Gleichzeitig gelangte die Weko zum Ergebnis, dass die einzelnen kantonalen Spitäler des Kantons Luzern keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG sind, sondern dass sie wie ein privater Konzern als Ganzes in den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.

11. Gegen die Zwischenverfügung ist kein Rechtsmittel eingelegt worden, so dass sie in Rechtskraft erwachsen ist. Die Publikation der Verfügung erfolgte im RPW 2006/3, S. 513 ff.

12. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2006 verlangte das Sekretariat vom GSD die Einreichung folgender Unterlagen:

- Tarifverträge II zwischen dem Kantonsspital Luzern und sämtlichen Versicherern.
- Tarifverträge II zwischen dem Kantonalen Spital Sursee-Wohlhusen und sämtlichen Versicherern.
- Tarifverträge II zwischen dem Psychiatriezentrum Luzern und sämtlichen Versicherern.
- Tarifverträge zwischen der Luzerner Höhenklinik Montana und sämtlichen Versicherern.
- Sämtliche bei GSD vorhandene Korrespondenz (Briefe, E-Mails, etc.), welche Aufschluss über die Vertragsverhandlungen gibt.

13. Das GSD reichte am 22. November 2006 die angeforderten Unterlagen ein.

14. Per Brief vom 24. Januar 2007 teilte der Rechtsvertreter der Cosama dem Sekretariat mit, dass die Cosama per 31. Dezember 2006 aufgelöst worden sei, er aber für das weitere Verfahren das Cosama-Mitglied Assura vertreten werde. Am 5. Februar 2007 teilte er zudem die Übernahme der Vertretung der Supra mit.

15. Am 13. Juni 2007 versandte das Sekretariat umfangreiche Fragebogen an das GSD und an alle an der Untersuchung beteiligten Krankenversicherer. Bis am 24. August 2007 sind beim Sekretariat die Antworten von allen Befragten eingegangen.

16. Der Antrag des Sekretariates an die Wettbewerbskommission vom 4. Juli 2008 wurde den Parteien an diesem Datum zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme zugestellt.

[1] Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] In der vorliegenden Verfügung werden die Begriffe „Zusatzversicherung" (= Krankenpflegezusatzversicherung gemäss VVG) und „Spitalzusatzversicherung" synonym verwendet.
[3] Vgl. Art. 2 der Tarifverträge II.

17. Mit Schreiben vom 17. Juli 2008 teilte das GSD mit, es habe dem Antrag des Sekretariates nichts hinzuzufügen. Das Ergebnis der Abklärungen des Sekretariates entspreche den Erwartungen des GSD.

18. Am 30. Juli 2008 ersuchte der gemeinsame Rechtsvertreter von Concordia, Helsana, Visana, Sanitas/Wincare und KPT um eine Fristerstreckung, die ihm mit Schreiben vom 31. Juli 2008 gewährt wurde.

19. Mit Schreiben vom 4. August 2008 verzichteten die Assura und die Supra auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariates. Am 7. August 2008 teilten sowohl die CSS als auch Groupe Mutuel schriftlich mit, dass sie auf eine Stellungnahme verzichten. Ein impliziter Verzicht auf eine Stellungnahme erfolgte seitens der SWICA und der Unimedes, welche die Frist zur Stellungnahme unbenutzt verstreichen liessen.

20. Gesuche um Akteneinsicht erfolgten durch den gemeinsamen Rechtsvertreter von Concordia, Helsana, Visana, Sanitas/Wincare und KPT (Schreiben vom 6. und 14. August 2008) und durch die CSS (Schreiben vom 28. August 2008). Die einverlangten und geschäftsgeheimnisbereinigten[4] Verfahrensakten wurden dem gemeinsamen Rechtsvertreter von Concordia, Helsana, Visana, Sanitas/Wincare und KPT am 8., 25. und 26. August 2008 sowie der CSS am 10. September 2008 zugestellt.

21. In ihrer Stellungnahme vom 5. September 2008 stellten die Versicherer Helsana, KPT, Sanitas/Wincare und Visana gemeinsam drei Anträge: (1) Die Begründung des Antrags sei in Bezug auf den relevanten Markt / die Marktabgrenzung und Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auf Einkaufsgemeinschaften anzupassen; (2) Die Untersuchung sei in Bezug auf einen möglichen Preismissbrauch, eine mögliche Quersubventionierung und eine mögliche Diskriminierung zu ergänzen; und (3) eventualiter – für den Fall der Abweisung von Antrag 2 – sei die Angelegenheit zur Prüfung eines möglichen Preismissbrauchs und einer möglichen Quersubventionierung an den Preisüberwacher zu überweisen. Zur Begründung der Anträge wird im Wesentlichen ausgeführt:

- Die Abgrenzung eines Marktes für Vertriebswege für medizinische Leistungen sei künstlich. Die Krankenversicherer seien als Nachfrager der medizinischen Leistungen zu behandeln.
- Einkaufsgemeinschaften seien unter Art. 5 Abs. 1 KG und nicht unter den Tatbestand der Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren. Einkaufsgemeinschaften stellten kein hartes Kartell dar. Zudem seien sie geeignet, Effizienzvorteile zu generieren und müssten deshalb stets eine Prüfung der Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zugänglich sein.
- Die Fragen des Preismissbrauchs und der Quersubventionierung seien aufgrund von detaillierten Kostenstellen- und Kostenträgerrechnungen vertieft zu untersuchen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Überprüfung dieser Elemente an den Preisüberwacher zu überweisen.
- Der Antrag sei hinsichtlich der Frage zu ergänzen, ob bzw. inwiefern eine Ungleichbehandlung der Krankenversicherer durch das GSD eine unzulässige Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellten. Das GSD wäre verpflichtet gewesen, mit allen Versicherern Verhandlungen zu führen, die dies verlangten.

22. Auf die weitere Begründung wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

23. Ebenfalls am 5. September 2008 nahm die Concordia Stellung zum Antrag des Sekretariates. Dabei beschränkt sich die Concordia auf einen Antrag, welcher identisch ist mit dem Antrag 1 der oben (Rz. 21) erwähnten Versicherer.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich und Verfügungsadressaten

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

B.1.1 Unternehmen

25. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

B.1.1.1 Spitäler des Kantons Luzern

26. In der rechtskräftigen Zwischenverfügung vom 4. September 2006 musste sich die Weko zur Klärung der Frage, ob ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorliegt, zunächst mit der Frage auseinandersetzen, ob die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG darstellen. Die Weko hat diese Frage wie folgt beantwortet:

„[Rz. 76] Gemäss Art. 2 KG sind Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst. Seit dem 1. April 2004 hält der neue Art. 2 Abs. 1^{bis} KG weiter fest, dass als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, gelten. Das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit bildet somit keine Voraussetzung für die Geltung des Kartellgesetzes. Das Kartellgesetz geht vielmehr von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus: nicht die rechtliche, sondern die wirtschaftliche Organisation ist massgebend für die Festlegung, welche Einheit kartellrechtlich als Unternehmen gilt. Dies führt dazu, dass nicht jede juristische Person als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu qualifizieren ist. Ein Unternehmen muss wirtschaftlich selbständig sein. Abhängige Unternehmen

[4] Korrespondenz zur Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse.

in einem Konzern sind zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbständig, da das herrschende Unternehmen innerhalb des Konzerns eine einheitliche wirtschaftliche Leitung durchsetzt (ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, 2. Aufl., 2005, S. 470).

[Rz. 77] Ausschlaggebend für die Frage, ob die Spitäler kartellrechtlich als einzelne Unternehmen oder als eine Gesamtheit (Konzern) zu betrachten sind, ist somit die Frage der wirtschaftlichen Kontrolle. Solange der Kanton die Spitäler effektiv kontrollieren kann und von dieser Kontrollmöglichkeit auch Gebrauch macht, sind die Spitäler nicht als eigenständige, sondern als abhängige Unternehmen zu qualifizieren (vgl. VON BÜREN, a.a.O., S. 470, FN 8; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, Rz. 256). Sofern innerhalb der Konzernstruktur nicht verschiedene wirtschaftliche Einheiten bestehen, werden die Verhaltensweisen des Konzerns als Ganzes und nicht dasjenige einzelner Einheiten des Konzerns beurteilt. Absprachen zwischen Unternehmen, die dem gleichen Konzern angehören, gelten grundsätzlich nicht als Wettbewerbsabsprachen (Konzernprivileg). Hingegen wird dann der Konzern bei der Qualifikation der Marktstellung für die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen als Gesamtheit erfasst (BORER, a.a.O., Art. 2 N 11; VON BÜREN, a.a.O. 470 ff.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 256).

[Rz. 78] Kantonale Spitäler können nur dann als wirtschaftlich selbständige Unternehmen betrachtet werden, wenn keine Bestimmungen vorliegen, welche den wirtschaftlichen Handlungsspielraum des Unternehmens einschränken, beispielsweise bei der Festlegung der Tarife im Bereich der Zusatzversicherung. Sobald der Kanton hingegen derartige Vorschriften erlässt, liegt ein Konzernsachverhalt vor. Gleich wie bei einem privaten Konzern gilt dann, dass das Kartellgesetz auf diese konzerninternen Sachverhalte nicht anwendbar ist. Beschränkt oder beseitigt der Kanton durch kantonale Vorschriften den Wettbewerb zwischen den von ihm betriebenen Spitälern, so ist dies ebenso zulässig, wie wenn ein privater Konzern den konzerninternen Wettbewerb einschränkt oder ausschliesst. „Wo [aber gar] kein Wettbewerb besteht, kann auch kein Wettbewerb durch Abreden eingeschränkt oder beseitigt werden“ (VON BÜREN, a.a.O., 471). [...]

[Rz. 92] Hingegen ist der Kanton Luzern Träger mehrerer Spitäler. Es stellt sich nun die Frage, ob diese Spitäler einzeln als wirtschaftlich selbständig und damit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu betrachten sind oder ob davon auszugehen ist, dass die kantonalen Spitäler des Kantons Luzern einen Konzern bilden (vgl. Rz. 75 ff.). Aufgrund von Art. 3 Bst. e Spitalverordnung ergibt sich, dass das GSD die Tariffestsetzung der kantonalen Spitäler kontrollieren kann, indem es für sie verhandelt (Kontrollmöglichkeit). Es erfolgt auch eine tatsächliche Kontrolle, da die Tarifverträge durch den Regierungsrat genehmigt werden. Weiter werden die Taxverordnungen [...] durch das GSD ausgearbeitet und durch den Regierungsrat beschlossen. Bereits aus diesen Vorschriften geht hervor, dass die kantonalen Spitäler nicht als wirtschaftlich selbständig betrachtet werden können. Die Kontrolle des Kantons geht jedoch noch weiter. § 3 Spitalverordnung legt nämlich fest, dass die kantonalen Spitäler unter der unmittelbaren Aufsicht des GSD stehen. Die Oberaufsicht obliegt gemäss § 2 des Gesundheitsgesetzes dem Regierungsrat. GSD und Regierungsrat verfügen über Entscheid- und Kontrollbefugnisse, welche die Annahme von wirtschaftlich selbständigen Spitälern ausschliesst. Dem GSD und dem Regierungsrat kommen gemäss § 3 der Spitalverordnung diverse Aufgaben zu, welche etwa bei einer Aktiengesellschaft zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gehören (Art. 716a OR). Da diese Aufgaben nicht durch die Spitäler autonom wahrgenommen werden können, gelten sie nicht als wirtschaftlich selbständige Unternehmen. So stellt etwa das GSD „ein umfassendes Controlling der Leistungen, der Finanzen und des Personals, einschliesslich der Qualität“ sicher (Art. 3 Bst. d Spitalverordnung). Dies entspricht in etwa Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR (Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung). Die wesentlichen Personalentscheide (Wahlen der Spitaldirektoren/innen, der ärztlichen Direktoren/innen und der Leiter/innen des ärztlichen Dienstes sowie der Chef-, Co-Chef und Leitenden Ärzten/innen) erfolgen durch das GSD und den Regierungsrat (vgl. § 3 Bst. f und g Spitalverordnung und Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Schliesslich erarbeitet das GSD in Zusammenarbeit mit den Spitälern zuhanden des Regierungsrates Vorschläge für deren Globalkredite und Investitionspauschalen (§ 3 Bst. b Spitalverordnung) und das GSD stellt dem Regierungsrat auch Antrag zur Genehmigung von Ausgaben ausserhalb der bewilligten Kredite.

[Rz. 93] Der Kanton Luzern kontrolliert somit die kantonalen Spitäler derart, dass nicht von wirtschaftlich selbständigen Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG ausgegangen werden kann. Die kantonalen Spitäler sind als durch den Kanton kontrollierte Gesamtheit (Konzern) zu qualifizieren, welche als Ganzes das KG zu beachten hat. [...]“

27. Da dem Kanton Luzern letztlich die Kontrolle über die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern (Kantonsspital Luzern, Kantonales Spital Sursee-Wolhusen, Psychiatriezentrum Luzern Stadt und Luzerner Höhenklinik Montana) für die Tariffestsetzung in der Zusatzversicherung zukommt, gilt er für diesen Bereich als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG. Dabei nimmt das GSD eine Stellung ein, welche vergleichbar ist mit derjenigen der Geschäftsleitung in einem privatrechtlichen Konzern. Es sei daran erinnert, dass gemäss Art. 2 KG massgebende funktionale Betrachtungsweise dazu führen kann, dass ein öffentliches oder öffentlich subventioniertes Spital des Kantons Luzern auf einem anderen Gebiet, in dem es autonom als Unternehmen auf dem Markt auftritt, einzeln in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen kann.

B.1.1.2 Krankenversicherungen

28. Bei den Krankenversicherungen ist die Situation eindeutig. Die Krankenversicherungen sind ohne Weiteres als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu qualifizieren.[5]

[5] Vgl. RPW 2007/2, 179, Rz. 27; RPW 2004/4, 1106, Rz. 18; RPW 2001/4, 653, Rz. 30.

B.1.2 Wettbewerbsbeschränkung

29. In den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen u.a. Unternehmen, die Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben. Die vorliegende Untersuchung betrifft beide Fallkonstellationen.

B.1.2.1 Wettbewerbsabreden

30. Als Wettbewerbsabreden gelten nach 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.

31. Bei der Beurteilung des Tarifvertrages in der halbprivaten Zusatzversicherung zwischen Ärzten/innen, Privatkliniken und Krankenversicherern im Kanton Aargau hat die Weko vier verschiedene Wettbewerbsabreden unterschieden, nämlich je eine zwischen den Ärzten/innen, zwischen den Privatkliniken, zwischen den Krankenversicherern und schliesslich eine Abrede zwischen allen diesen Gruppen.[6] Die REKO/WEF hat hingegen klargestellt, dass eine derartige Aufteilung zwar für die Darstellung der betroffenen Märkte nützlich sein könne, dass aber die Parteien letztlich einen Vertrag ausgehandelt hätten und sich zu nichts anderem als zu diesem Vertrag verpflichtet hätten. Zwar sei mit Sicherheit anzunehmen, dass Gruppen mit gleicher Interessenlage sich vor und während der Vertragsverhandlungen zu koordinieren versuchen. Diese Koordinierungsbemühungen würden aber im Hinblick auf den Vertrag erfolgen und hätten kaum eine unabhängige Bedeutung. Sie würden für sich alleine auch keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder beabsichtigen. Es müsse daher die Zulässigkeit des ganzen Vertrages beurteilt werden. Dabei hat die REKO/WEF den Vertrag ohne weiteres als rechtlich erzwingbare Abrede qualifiziert, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirke, indem sie die Preise bestimmter Dienstleistungen für alle Vertragsparteien verbindlich festlege.[7]

32. Im Gegensatz zu diesem Präjudiz ist im Kanton Luzern nicht ein einzelner Vertrag betroffen, sondern es sind mehrere Tarifverträge zu beurteilen. Formell hat jeder Versicherer mit jedem Spital einen eigenen Tarifvertrag abgeschlossen. Allerdings haben bei der Eröffnung der Untersuchung Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Inhalt dieser Tarifverträge (inklusive der Tarifhöhe) weitgehend identisch ist.

33. Für einen solchen Sachverhalt kommen grundsätzlich drei kartellrechtsrelevante Erklärungen in Frage:

- Eine Wettbewerbsabrede auf Stufe der *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler* (vgl. unten Rz. 34),
- eine Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Krankenversicherer* (vgl. unten Rz. 35 und 40 ff.), oder
- eine *einseitige Festlegung* der Verträge durch die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung, wobei bei dieser Erklärung der Abredetatbestand verlassen wird (vgl. unten Rz. 36 f. und 150 ff.).

34. Aufgrund der Abklärungen und Erwägungen welche die Wettbewerbskommission anlässlich der Zwischenverfügung vom 7. September 2006 getroffen hat, entfällt wegen dem Konzernprivileg die Möglichkeit einer Wettbewerbsabrede auf Stufe der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler. Eine Koordination zwischen diesen Spitälern fällt nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. So kann gegen die Verhandlungen des GSD für alle öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler nicht mittels Verfügung vorgegangen werden (vgl. oben Rz. 26).

35. Während die einzelnen Spitäler unterschiedlich hohe Tarife aufweisen, namentlich sind die Tagestaxen der Spitäler nicht identisch (ausführlich zu den Tarifverträgen unten Rz. 41 ff.), präsentieren sich die Tarifverträge für sämtliche Versicherer weitgehend identisch, d.h., zwar haben die einzelnen Spitäler unterschiedliche Taxen, diese sind jedoch grundsätzlich für alle Krankenversicherer gleich. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass sich die Krankenversicherer gegenseitig abgesprochen bzw. gemeinsam verhandelt und auf diese Weise die Taxen bestimmt haben. Dies könnte eine unzulässige Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellen. Aufgrund der Rechtsprechung der REKO/WEF würde eine allfällige unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen den Krankenversicherern dazu führen, dass alle Tarifverträge II in ihrem gesamten Umfang unzulässig wären (vgl. die detaillierte Prüfung unten Rz. 40 ff.).

B.1.2.2 Marktmacht

36. Die Weko hat in ihrer Zwischenverfügung vom 4. September 2006 festgehalten, dass alle öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern wie ein Konzern als Gesamtheit zu betrachten sind. Aufgrund der Marktstellung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler bestehen Indizien für eine marktbeherrschende Stellung. Diese könnte bei der Festsetzung der Tarifverträge II in unzulässiger Weise ausgenutzt worden sein.

37. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt nach Art. 7 KG (Rz. 150 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.[8] Wird nachstehend die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.[9]

---

[6] RPW 2001/4, 654 ff., Rz. 31 ff.

[7] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 866 f. E. 5.

[8] Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., zit. nach dem Sonderdruck, S. 80 f.; RPW 2001/2, 268, Rz. 78; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 573, 792; EVELYNE CLERC, in: Tercier/Bovet (éd.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 4 al. 2 N 90; JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 2 N 14 und Art. 4 N 16.

[9] Vgl. ZÄCH (FN 8), Rz. 251.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

38. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.[10]

39. Über den Bestand und die Tragweite vorbehaltener Vorschriften hat die Weko mit der Verfügung vom 4. September 2006 rechtskräftig entschieden. Es kann daher an dieser Stelle auf die umfassenden Ausführungen dieser Zwischenverfügung verwiesen werden. Folgende Kernpunkte sollen kurz in Erinnerung gerufen werden:

- Es bestehen im vorliegenden Verfahren keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG, welche der inhaltlichen Überprüfung der Tarifverträge II entgegenstehen.
- Der Kanton handelt im Bereich der Zusatzversicherung wie ein privatrechtlicher Konzern, so dass für ihn die kartellrechtlichen Vorschriften gelten.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen den Krankenversicherern gemäss Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG

40. Nachfolgend wird geprüft, ob die Tarifverträge II unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG darstellen. Dafür werden zunächst die Struktur und die Tarife der Verträge analysiert und danach deren Zustandekommen untersucht. Anschliessend erfolgt die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Sachverhalts.

B.3.1 Struktur der Tarifverträge II

41. Das **Kantonsspital Luzern (KSL)** hat 11 Tarifverträge II mit Krankenversicherungen abgeschlossen. [Zahl/Mehrheit] dieser Verträge sind absolut identisch [Namen der Versicherer], d.h. sie enthalten für die Jahre 2006/2007 gleich hohe Tagestaxen, Pflegetaxen und „Pauschalen pro Tag für medizinische Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien“ (in CHF) und zwar gleichzeitig für die Privat- und die Halbprivatabteilung:

[10] So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m.w.Nw. und die REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 859 ff., E. 4.2. Auch in der Literatur wird eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen; vgl. statt aller WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Fribourg 1994, 185 und 264 f.; BORER (FN 8), Art. 3 N 3 ff., und BENOÎT CARRON, in: Tercier/Bovet (éd.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 3 al. 1 N 35.

2006	Privat	Halbprivat
Tagestaxe	480.--	340.--
Pflegetaxe	230.--	208.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	387.--	387.--
2007		
Tagestaxe	509.--	361.--
Pflegetaxe	230.--	208.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	387.--	387.--

42. Bei [Zahl/kleine Minderheit] Tarifverträgen [Namen der Versicherer] sind die Tagestaxen in gleicher Weise tiefer angesetzt worden:

2006	Privat	Halbprivat
Tagestaxe	[XX.--]	[XX.--]
Pflegetaxe	230.--	208.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	387.--	387.--
2007		
Tagestaxe	[XX.--]	[XX.--]
Pflegetaxe	230.--	208.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	387.--	387.--

43. Ein analoges Bild ergibt sich beim **Kantonalen Spital Sursee Wohlhusen (KSSW)**. Die Höhe der Tagestaxen, Pflegetaxen und die Pauschale unterscheidet sich von denjenigen, die im Kantonsspital Luzern fakturiert werden. Hingegen sind auch hier [Zahl/Mehrheit] von 11 Tarifverträgen identisch und zwar unter denselben Parteien, wie beim Kantonsspital Luzern [Namen der Versicherer]:

2006	Privat	Halbprivat
Tagestaxe	431.--	314.--
Pflegetaxe	173.--	165.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	289.--	289.--
2007		
Tagestaxe	457.--	333.--
Pflegetaxe	173.--	165.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	289.--	289.--

44. Für die [Zahl/kleine Minderheit] gleichen Krankenversicherer wie bereits beim Kantonsspital [Namen der Versicherer] gelten tiefere (identische) Tagestaxen:

2006	Privat	Halbprivat
Tagestaxe	[XX.--]	[XX.--]
Pflegetaxe	173.--	165.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	289.--	289.--
2007		
Tagestaxe	[XX.--]	[XX.--]
Pflegetaxe	173.--	165.--
Pauschale/Tag für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien	289.--	289.--

45. Über eine abweichende Tarifstruktur verfügt das **Psychiatriezentrum Luzern Stadt**. Es wird in Tagesvollpauschalen abgerechnet. Diese Tagesvollpauschalen sind bei allen 10 abgeschlossenen Tarifverträgen II identisch ([Name des Versicherers] hat keinen Vertrag abgeschlossen):

2006	Privat	Halbprivat
Tagesvollpauschale	590.--	550.--
Während den ersten 60 Tagen	510.--	470.--
Ab dem 61 Tag	225.--	225.--
Tages- und Nachtpatienten/innen	590.--	550.--

46. Die Tarifverträge II des KSL und des KSSW sind gleich aufgebaut: identische Kapitel- und Artikeleinteilung.[11] Aber auch der Inhalt der einzelnen Artikel, d.h. die Vertragsbedingungen, stimmen überein. Schliesslich sind auch folgende Elemente bei allen Tarifverträgen II des Kantonsspitals Luzern und des Kantonalen Spitals Sursee-Wohlhusen absolut identisch:

- *Zusätzliche Spitalleistungen in der Privat- und Halbprivatabteilung*. Es wird ein Katalog von Leistungen aufgeführt, welche separat verrechnet werden dürfen (z.B. Hämodialysen, Medikamente, Prothesen, Patiententransporte, Verzugszinse und Mahngebühren etc.).
- *Privatärztliche Leistungen*. Regelung der Gebühren für die ärztlichen Leistungen, die in Zusammenhang mit einer privatärztlichen Behandlung erbracht werden (z.B. für ärztliche Visiten, Aufnahmeuntersuchungen, Konsilien, Anästhesie und Narkose, Röntgendiagnostik etc.).

47. Zusammengefasst präsentiert sich die Lage wie folgt:

- Jedes Spital hat eigene Taxen, diese gelten aber mit [Zahl/kleine Minderheit] Ausnahmen für alle Versicherer.
- Die Verträge aller Spitäler sind weitgehend identisch bezüglich Aufbau, Inhalt der Vertragsbedingungen und Fakturierung von zusätzlichen Spitalleistungen sowie von privatärztlichen Leistungen.

48. Auf die Tarifverträge der Luzerner Höhenklinik Montana (LHM) sowie des Psychiatriezentrums Luzern Landschaft (PLL) wird aus folgenden Gründen nicht detailliert eingegangen:

- Diese Verträge wurden bereits in den Jahren 2003/2004 abgeschlossen und bestehen seit diesem Zeitpunkt.[12] Sie sind nicht wie die Tarifverträge für das KSL, das KSSW und das PLS auf den 1. Januar 2006 in Kraft getreten und wurden dementsprechend

[11] **I. Parteien:** Art. 1: Vertragsparteien; **II. Geltungsbereich:** Art. 2: Geltungsbereich; **III. Kostengutsprache:** Art. 3: Eintrittsmeldung/Kostengutsprache/Verlängerungsgesuche/allgemeine Pflichten; **IV. Tarife:** Art. 4: Taxen / Leistungsumfang; **V. Rechnungsstellung:** Art. 5: Rechnungsstellung, Art. 6: Vergütung der Leistungen; **VI. Qualitätssicherung:** Art. 7: Qualitätssicherung/Wirtschaftlichkeit/Reporting; **VII. Schlussbestimmungen:** Art. 8: Schlichtungsinstanz, Art. 9: Inkrafttreten, Art. 10: Vertragsdauer und Kündigung, Art. 11: Vertragsänderungen, Art. 12: Änderungen.

[12] Zwar wurden per 1.4.2006 das PLL und das PLS sowie der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst (KJPD) zur Luzerner Psychiatrie (LUPS) zusammengeführt, diese Zusammenführung hatte aber keine Auswirkungen auf die Tarifverträge, d.h. dass PLS und PLL jeweils ihre Tarifverträge beibehalten haben. Per 1.1.2008 wurde die LUPS zur selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit umgewandelt .

auch nicht neu verhandelt. Der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung liegt aber gerade darin, die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser neuen Tarifverträge und ihres Zustandekommens abzuklären. Bereits hierfür sind relativ aufwändige Sachverhaltsabklärungen nötig. Die Ermittlung des genauen Ablaufs der Vertragsverhandlungen in den Jahren 2003/2004 dürfte aufgrund des Zeitablaufs kaum lückenlos gelingen.

- Eine summarische Auswertung der Tarifverträge für die LHM und das PLL führt zum Resultat, dass auch hier weitgehend identische Vertragsstrukturen und Tarifhöhen vorliegen, dass es aber auch Ausnahmen gibt (z.B. der Vertrag zwischen [Name des Versicherers] und LHM). Die nachfolgenden Erwägungen, welche die Tarifverhandlungen zu den neuen Tarifverträgen für das KSL, das KSSW und das PLS betreffen, können daher auch für die älteren Tarifverträge des LHM und des PLL Geltung beanspruchen.

B.3.2 Zustandekommen der Tarifverträge

B.3.2.1 Allgemeines

49. Aus der Struktur der Verträge geht deutlich hervor, dass sie nicht das Resultat von bilateralen Verhandlungen zwischen jedem einzelnen Krankenversicherer und den Spitälern sind. Das Bild entspricht weitgehend demjenigen, welches bei Kollektivverträgen nach dem Vorbild der Grundversicherung[13] (Art. 46 KVG) erreicht wird, bei denen sich mehrere Leistungserbringer oder deren Verbände einerseits und mehrere Krankenversicherer oder deren Verbände andererseits gegenüberstehen.

50. In der Zwischenverfügung hat das Sekretariat festgehalten, dass

- die kantonalen Spitäler des Kantons Luzern gemeinsam verhandeln dürfen, da sie nicht einzeln, sondern als Gesamtheit dem Kartellgesetz unterstehen (Rz. 91 ff. Zwischenverfügung[14]);
- kein Vorbehalt gemäss Art. 3 KG für Kollektivverhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer besteht (vgl. Rz. 40 und 87 ff. der Zwischenverfügung[15]).

51. Es stellt sich nun die Frage, ob auf Seiten der Krankenversicherer tatsächlich Kollektivverhandlungen stattgefunden haben oder ob bilateral verhandelt wurde. Zu diesem Zweck wird nachfolgend der Ablauf der Vertragsverhandlungen genauer untersucht.

B.3.2.2 Ablauf der Vertragsverhandlungen

52. Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass tatsächlich bilaterale Verhandlungen zwischen dem GSD und einzelnen Krankenversicherern stattgefunden haben. Der Sachverhalt präsentiert sich diesbezüglich wie folgt:

B.3.2.2.1 Bilaterale Verhandlungen des GSD mit einzelnen Krankenversicherer

53. [Beschreibung des genauen Ablaufs der bilateralen Verhandlungen zwischen dem GSD und einem Versicherer. Als einer der Gründe für bilaterale Verhandlungen nennt der Versicherer kartellrechtliche Gründe („Risiko Weko“). Der Versicherer verhandelt nicht nur für sich, sondern auch noch für zwei weitere kleinere Versicherer].

54. [Darstellung der ursprünglichen Verhandlungsposition des GSD für die Erhöhung der Taxen für die Jahre 2006 und 2007 und der Verhandlungsposition des Versicherers].

55. [Beschreibung weiterer Verhandlungen].

56. [Kündigungsschreiben des GSD bezüglich der alten Tarifverträge. Aus dem Schreiben geht die bilateral verhandelte Tariferhöhung von 2 x [3–5] % hervor. Das Schreiben hält weiter fest, dass das GSD den Tarif als „Verhandlungsergebnis“ qualifiziert. Bei den beiden anderen Versicherern, für die mitverhandelt wurde, gibt es eine Divergenz. Während einer der Versicherer die gleichen Konditionen wie der verhandlungsführende Versicherer erhalten hat, wurde der andere Versicherer gleich wie die Mehrheit der Versicherer (vgl. Rz. 57 ff.) behandelt, d.h. dieser Versicherer hat eine Erhöhung von 2 x 6 % erhalten].

B.3.2.2.2 Vorgehen bei den anderen Versicherern

57. Mit einem gleichlautenden Schreiben vom 27. Juni 2005 an alle anderen Krankenversicherer kündigte das GSD die damals gültigen Tarifverträge II für das KSL und das KSSW vorsorglich per 31. Dezember 2005. Als Grund für die vorsorgliche Kündigung wurde die Notwendigkeit von Neuverhandlungen angegeben. Dabei kündigte das GSD den Krankenversicherern an, Ihnen demnächst „einen auf der gleichen Tarifstruktur aufbauenden Vertrag mit moderat angepassten Preisen [zu] unterbreiten“.

58. Eine Ausnahme bildet das Kündigungsschreiben an [Name des Versicherers]. In diesem wird – im Gegensatz zum Standardschreiben an die anderen Krankenversicherer – bereits die Tariferhöhung bekannt gegeben. Es handelt sich dabei um eine Erhöhung von 2 x [3–5 %]. [Gemäss den Aussagen des Versicherers wurden vor diesem Schreiben bilaterale Verhandlungen mit dem GSD geführt. Es ist aber nicht klar, ob die Erhöhung durch diese Verhandlungen beeinflusst wurden oder ob das GSD dem Versicherer von sich aus dieselbe Erhöhung vorgeschlagen hat, die es bereits mit dem oben erwähnten Versicherer (Rz. 53 ff. ausgehandelt hatte].

59. Mit Schreiben vom 26. Juli 2005 liess das GSD allen Krankenversicherern den angekündigten Tarifvertrag II für die Jahre 2006/2007 zukommen. Dabei wurde den Krankenversicherern ein Aufschlag bei den Tagestaxen von 6 % p.a. angekündigt unter Beibehaltung aller anderer Abgeltungen (Pflegetaxe, Pauschale für medizinische Nebenleistungen, ärztliche Leistungen etc.). Bei [Namen der Versicherer] wurde hingegen die im Vergleich zu den anderen Krankenversicherern geringere Erhöhung von [3–5 % p.a.] vorgeschlagen.

[13] In der vorliegenden Verfügung werden die Begriffe „Grundversicherung“ und „obligatorische Krankenpflegeversicherung“ (OKP) als Synonyme verwendet.
[14] RPW 2006/3, 524.
[15] RPW 2006/3, 517 und 524 f.

60. Die Krankenversicherer wurden gebeten, die Tarifverträge zu prüfen und dem GSD ihr Einverständnis mitzuteilen. Zu bemerken ist dabei, dass für das Psychiatrie-Zentrum Luzern-Stadt neu ein eigener Vertrag vorgesehen wurde (zuvor war das Psychiatrie-Zentrum Luzern-Stadt in den Vertrag mit dem Kantonsspital Luzern integriert).

61. Die Krankenversicherer haben dem GSD redaktionelle Änderungen teilweise direkt (z.B. CSS, SWICA, Sanitas) mitgeteilt. Parallel dazu hat die Concordia den anderen Versicherern per E-Mail anerboten, redaktionelle Änderungsvorschläge entgegenzunehmen und dann bereinigt an das GSD weiterzuleiten. In der Folge entwickelte sich ein E-Mailverkehr, welcher allen Krankenversicherern offen stand (d.h. alle Versicherer waren jeweils als Adressaten der E-Mails aufgeführt), und in dessen Rahmen diverse Krankenversicherer ihre Änderungsvorschläge der Concordia mitteilten. Die Concordia hat dann die Änderungsvorschläge ans GSD weitergeleitet und am 19. September 2005 fand noch eine Bereinigungssitzung zwischen dem GSD und der Concordia statt. Das GSD hat die redaktionellen Änderungsvorschläge der Versicherer entgegen genommen, entschieden, welche Änderungen umgesetzt werden, und dann sämtliche Tarifverträge II in einheitlicher Art und Weise angepasst.

62. Bezüglich der Tarifhöhe haben einige Versicherer gegenüber dem GSD ausdrücklich den Wunsch nach bilateralen Verhandlungen bezüglich der Tarife geäussert (insbesondere die [Name des Versicherers] und die [Name des Versicherers]). Das GSD hat solche Verhandlungen abgelehnt und die finanziellen Bestandteile als nicht verhandelbar bezeichnet.[16] Bei keinem der Versicherer, denen das GSD im Schreiben vom 26. Juli 2005 eine Tariferhöhung von 6 % p.a. angekündigt hat, fanden noch tarifäre Anpassungen statt, d.h. die definitiven Tarife der Tarifverträge II sind in allen Fällen identisch mit denjenigen, die in den Vertragsentwürfen des GSD vorgesehen waren. Für diese Versicherer stellen die Tarife nicht das Ergebnis von Verhandlungen sondern einseitige Vorgaben des GSD dar. Das GSD erscheint als Preissetzer und die Krankenversicherer erscheinen als Preisnehmer.

B.3.2.2.3 Zwischenfazit

63. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass

- zwischen dem GSD und [Name des Versicherers] bilaterale Verhandlungen über die Tariferhöhung stattgefunden haben. Dabei hat [Name des Versicherers] auch für die [Namen zweier kleinerer Versicherer] mitverhandelt;
- zwischen dem GSD und [Name des Versicherers] die Tariferhöhung ebenfalls bilateral festgelegt wurden. Allerdings ist unklar, inwiefern Verhandlungen geführt wurden;
- zwischen dem GSD und den anderen Krankenversicherern keine Vertragsverhandlungen über die Höhe der Tarife stattgefunden haben. Für diese Krankenversicherer hat das GSD die Tarife einseitig festgelegt;
- bezüglich der nicht-tarifären Elemente der Tarifverträge II die Krankenversicherer teilweise einzeln und teilweise koordiniert ihre Änderungsvorschläge beim GSD eingegeben haben.

B.3.3 Beurteilung

B.3.3.1 Wettbewerbsabrede

B.3.3.1.1 Koordination nicht-tarifärer Elemente

64. Eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG kennzeichnet sich dadurch, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Dies ist dann der Fall, wenn durch die Abrede ein Verzicht auf die unabhängige Festlegung von *Wettbewerbsparametern* (z.B. Preis, Menge, Qualität, Geschäfts- und Leistungsbedingungen) erfolgt.[17]

65. Bezüglich der oben festgestellten Verhaltensweisen der Krankenversicherer (Rz. 63) ist fraglich, ob die teilweise Koordination der Änderungsvorschläge der Krankenversicherer an den Tarifverträgen als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.

66. Die Analyse des zwischen den Krankenversicherern geführten E-Mailverkehrs zeigt auf, dass es sich nur um redaktionelle Fragen gehandelt hat. Vorschläge, die von Seiten der Versicherer gekommen sind, waren etwa: das Ersetzen des „Vertrauensarztes“ durch den „vertrauensärztlichen Dienst“, die Verwendung des Wortes „Honorare“ statt „Gebühren“ für ärztliche Leistungen, die Ergänzung einzelner Passagen deren Wortlaut sich nur auf Privatpatienten/innen bezogen hatten in dem Sinne, dass auch Halbprivat-Patienten/innen erfasst sind, sowie weitere vergleichbar kleine und technische Anpassungen der Tarifverträge.[18]

67. Die Koordination der Versicherer hat in diesem Bereich rein technische und redaktionelle Fragen und keine Wettbewerbsparameter betroffen. Von der gemeinsamen Bereinigung der Tarifverträge waren keine wettbewerbsrelevanten Elemente betroffen (z.B. Tarife, Zins- oder Zahlungskonditionen etc.).

B.3.3.1.2 Keine Abrede wegen einseitiger Tarifestsetzung

68. Die Sachverhaltsermittlung hat ergeben (vgl. oben Rz. 62), dass die jeweils pro Spital gleichen Tarife für die Mehrheit der Krankenversicherer nicht dadurch entstanden sind, dass diese Krankenversicherer gemeinsam verhandelt hätten. Vielmehr fanden zwischen dem

[16] E-Mail vom GSD an Cosama: *„Im Bezug auf die Tariferhöhung können wir Ihnen kein anderes Angebot unterbreiten“.* Gleichentags ging ein identisches E-Mail des GSD auch an die Unimedes. Auch die Swica macht geltend, die Tarife seien nicht verhandelbar gewesen; gleiches gilt für die Sanitas.

[17] Vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5 Wettbewerbsrecht, Teilbd. 2 Kartellrecht (SIWR V/2), Basel 2000, 55.

[18] Bezüglich der „Vertrauensärzte“ und der „Honorare“ ist es letztlich zu keinen Änderungen gekommen.

GSD und denjenigen Krankenversicherer, deren Tarifverträge eine Erhöhung der Tagestaxe von 2 x 6 % vorsehen, keine Verhandlungen über die Tarife statt. Dies mag teilweise daran gelegen haben, dass der Vorschlag des GSD akzeptiert wurde, teilweise hat das GSD die Tarife allerdings als nicht verhandelbar bezeichnet. Letztlich ist bei allen diesen Versicherern der Vorschlag des GSD bezüglich Tarife identisch mit dem definitiven Tarifvertrag. Es liegt daher keine Abrede zwischen den Versicherern vor.

69. Selbst wenn sich diese Versicherer entgegen dem Ergebnis der Sachverhaltsermittlungen über eine gemeinsame Verhandlungsposition abgesprochen hätten, so hätte eine solche Abrede keinerlei Bedeutung. Nach Auffassung der REKO/WEF ist eine allfällige Koordination der Krankenversicherer im Rahmen der Vertragsverhandlungen nur dann von Bedeutung, wenn sie sich im Tarifvertrag niederschlägt.[19] Dies wäre hier nicht der Fall.

B.3.3.1.3 Abrede bei den „bilateralen" Verhandlungen

70. Bei den Verhandlungen zwischen dem GSD und [Name des Versicherers] hat diese auch für [Namen zweier kleinerer Versicherer] mit dem Ziel verhandelt für alle drei Krankenversicherer die gleichen (tarifären) Bedingungen festzulegen. Diese Verhandlungen haben bezüglich der [Name des Versicherers und des ersten kleineren Versicherers] auch zu einem Ergebnis geführt, d.h. dass die Tarife nicht durch das GSD einseitig festgelegt wurden. Auf Seiten der Krankenversicherer, die gemeinsam verhandelt haben, liegt eine horizontale Wettbewerbsabrede vor, da als Ergebnis der Verhandlungen beide über dieselben Tarife verfügen bzw. die gleiche Tariferhöhung vorgenommen wurde. Hingegen haben sich die Verhandlungen der [Name des Versicherers] für die [Name des zweiten kleineren Versicherers] nicht in deren Tarifverträgen niedergeschlagen, da das GSD mit der [Name des zweiten kleineren Versicherers] aus heute nicht mehr eruierbaren Gründen die gleichen Konditionen wie bei allen anderen Krankenversicherern vereinbart hat.

71. Da es bei den Tarifverträgen um die Festsetzung von Preisen geht, ist prima vista von einer Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen, bei der die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.[20] Diese Vermutung kann allerdings durch den Nachweis von genügendem Innen- oder Aussenwettbewerb umgestossen werden.[21]

72. Diese Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird in den Stellungnahmen des Rechtsvertreters der Concordia, Helsana, Visana, Sanitas/Wincare und KPT bestritten. Dabei wird ausgeführt, Absprachen, welche sich rein auf gemeinsame Einkaufspreise beziehen würden (sog. Einkaufsgemeinschaften), stellten keine Preisabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Eine Preisabsprache sei erst dann anzunehmen, wenn die Einkaufsgemeinschaft auch zu einer Vereinheitlichung der Verkaufspreise führten. Der Gesetzgeber habe unter den Vermutungstatbestand nur Abreden erfassen wollen, die erfahrungsgemäss und mit grosser Wahrscheinlichkeit den Wettbewerb beseitigen. Gefestigte Empirie, wonach der gemeinsame Einkauf den wirksamen Wettbewerb typischerweise beseitige, fehle jedoch. Gerade Einkaufsgemeinschaften seien geeignet, Effizienzvorteile zu erzielen. Eine Unterstellung der Einkaufsgemeinschaften unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG führe dazu, dass die Prüfung allfälliger Effizienzgewinne gar nicht mehr möglich sei, wenn die Mehrheit der Marktteilnehmer gemeinsam einkaufe. Zur Illustration wird der hypothetische Fall aufgeführt, in dem alle Krankenversicherer die für die administrativen Tätigkeiten benötigten Kugelschreiber gemeinsam einkaufen, so dass der Einkaufspreis für Kugelschreiber für alle Krankenversicherer identisch wäre. In einem solchen Fall bestehe weder Innen- noch Aussenwettbewerb, weshalb die Vermutung nicht umgestossen werden könne. Dass dieses Ergebnis unhaltbar wäre, sei offensichtlich.

73. Art. 5 Abs. 3 KG erfasst *horizontale* Abreden, d.h. Abreden zwischen Unternehmen, die sich auf der gleichen Marktstufe befinden.[22] Dieses Tatbestandsmerkmal dürfte im vorliegenden Fall fraglos gegeben sein: die Krankenversicherer befinden sich auf derselben Marktstufe.

74. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG statuiert die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs für horizontale Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von *Preisen*. Der Grund dafür ist, dass der Preis einen der zentralen Wettbewerbsparameter darstellt. „Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten".[23] Auch dieses Element ist im vorliegenden Fall gegeben, so dass jedenfalls vom Wortlaut her eine Subsumtion von Einkaufsgemeinschaften unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG problemlos möglich ist.

75. Tatsächlich werden diese Einkaufgemeinschaften, welche zuweilen als Nachfragekartelle bezeichnet werden, gemäss der h.L. durch Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst: Die „direkte oder indirekte Festsetzung von Höchstpreisen beim Einkauf durch ein Nachfragekartell untersteht der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG".[24] Dass Wettbewerbsabreden auf Seiten der Nachfrage nach dem Willen des Gesetzgebers unter die Vermutungstatbestände fallen, macht Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG klar. Bei den Mengenkartellen werden Absprachen über

[19] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 866 f., E. 5.

[20] Vgl. die ausführliche Subsumption von Tarifverträgen unter den Begriff der Preisabrede in RPW 2001/4, 666 f., Rz. 69 ff.

[21] Vgl. RPW 2001/4, 667, Rz. 69 ff.

[22] Vgl. Botschaft 1994 (FN 8) 99; FRANZ HOFFET, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 5 N 70; ZÄCH (FN 8), Rz. 453.

[23] Vgl. Botschaft 1994 (FN 8) 100; HOFFET (FN 22), Art. 5 N 115.

[24] HOFFET (FN 22), Art. 5 N 120; MARCEL MEINHARDT/FELIX PRÜMMER, Organisation des Einkaufs, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2005, Rz. 9.26, 9.13, siehe auch das Schema auf S. 368; OLIVIER SCHALLER, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, Diss., Fribourg 2002, Rz. 1183. Implizit auch CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 7/1996, 815; MARKUS RUFFNER, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in: Zäch/Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 198 f. Die Wettbewerbsbehörden konnten keinen Autoren ausfindig machen, welcher die gegenteilige Auffassung der Stellungnahme stützen würde.

Einschränkungen von Bezugsmengen ausdrücklich erwähnt. Es ist nun kein Grund ersichtlich, weshalb ein Nachfragekartell, welches sich über Bezugsmengen abspricht, unter die Vermutungstatbestände fallen soll, nicht jedoch ein solches, welches die Bezugspreise vereinbart.

76. Ergänzend kann auf die vergleichbare Rechtslage in der EU verwiesen werden: Gemäss Art. 81 Abs. 1 Bst. a EGV sind Vereinbarungen über die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von *An-* oder Verkaufspreisen verboten. Erfasst werden durch diese Bestimmung daher auch Nachfragekartelle, beispielsweise Einkaufsgemeinschaften.[25]

77. Schliesslich vermag die Argumentation in der Stellungnahme auch materiell nicht zu überzeugen. Die Argumentation basiert hauptsächlich auf dem Element, dass die Effizienzprüfung der Einkaufsgemeinschaft nach Massgabe von Art. 5 Abs. 2 KG nicht möglich sei, wenn die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG nicht durch den Nachweis von Innen- oder Aussenwettbewerb umgestossen werden könne. Dem ist aus dogmatischer Sicht zunächst entgegenzusetzen, dass auch Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG, welche den Wettbewerb beseitigen – was bei fehlendem Innen- und Aussenwettbewerb der Fall wäre –, einer Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG nicht zugänglich sind.[26] Die Effizienzprüfung ist einzig für Wettbewerbsbeschränkungen möglich, die den Wettbewerb (nur) erheblich beeinträchtigen. Liegt eine Wettbewerbsbeseitigung vor, spielt es deshalb gar keine Rolle, ob eine Abrede unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 1 KG subsumiert wird. In praktischer Hinsicht ist anzufügen, dass für die Bestimmung der Wirkungen eines Nachfragekartells der relevante Markt aus Sicht der Anbieter abzugrenzen ist, d.h., es kommt bei der Marktabgrenzung darauf an, über welche Alternativen zum Verkauf an das Nachfragekartell der Anbieter verfügt.[27] So wäre es bei dem in der Stellungnahme der Parteien verwendeten Beispiel des gemeinsamen Einkaufs von Kugelschreibern durch alle Krankenversicherer keinesfalls so, dass kein Aussenwettbewerb mehr bestehen würde, da der Kugelschreiberhersteller neben den Krankenversicherern über zahlreiche andere Nachfrager verfügt. Diese Einkaufsgemeinschaft der Krankenversicherer würde m.a.W. nicht dazu führen, dass ein Markt für Kugelschreiber für Krankenversicherer abzugrenzen wäre.

78. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Absprachen über gemeinsame Einkaufspreise gemäss Art. 5 Abs. 3 KG zu überprüfen sind.

B.3.3.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

79. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

80. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Daran anschliessend ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden.

B.3.3.2.1 Der relevante Markt

I. Sachlich relevanter Markt

81. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU[28] analog).[29] Entscheidend ist die Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite, wobei als Marktgegenseite sowohl die Nachfrage- als auch die Angebotsseite in Betracht kommt.[30]

82. Bei der Untersuchung des Tarifvertrages in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton Aargau hat die Weko – entsprechend ihrer Aufteilung des Tarifvertrages in mehrere Wettbewerbsabreden (vgl. oben Rz. 31) – den sachlich relevanten Markt je nach Marktgegenseite aus zwei unterschiedlichen Perspektiven abgegrenzt.[31]

- Im Verhältnis zwischen den Leistungserbringern und den Krankenversicherern wurde festgehalten, die Leistungserbringer würden medizinische Leistungen erbringen, für die sie Vertriebswege nachfragen. Die Krankenversicherer würden für die Versicherten, welche die medizinischen Leistungen im Krankheitsfall nachfragen, entsprechende Konditionen aushandeln und den Versicherten entsprechende Versicherungsangebote bzw. Versicherungsschutz anbieten; die Krankenversicherer seien Anbieter von Vertriebswegen für eben diese Leistungen. Dementsprechend wurde aus Sicht der Leistungserbringer ein *Markt für Vertriebswege für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen* abgegrenzt.[32]

[25] Vgl. ULRICH IMMENGA/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Aufl., Art. 81 Abs. 1 EGV N 156 unter Hinweis auf EU-Kommission, Fall *Intergroup,* ABl. 1975 Nr. L 212/23 und Fall *National Sulphuric Acid Association,* ABl. 1980 Nr. L 260/24. In den Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. 2001 C 3/02) werden auch „Einkaufsvereinbarungen" thematisiert. Dabei wird in Ziff. 4 zunächst festgehalten, dass Art. 81 der rechtliche Rahmen für die Bewertung darstellt. Die Einkaufsvereinbarungen werden dann in den Ziff. 115 ff. behandelt. Ein grosser Teil der Ausführungen befasst sich mit den Wechselwirkungen zwischen Einkauf- und Verkaufsmärkten. Ausgangspunkt und unter Umständen bereits entscheidend kann aber bereits die Auswirkung der Vereinbarung auf dem Einkaufsmarkt sein (vgl. Ziff. 119, 126, 131). Vgl. hierzu BELLAMY/CHILD, European Community Law of Competition, 6. Aufl., Oxford 2008, Rz. 5.124 ff.

[26] Vgl. statt vieler BORER (FN 8), Art. 1 N 20 und Art. 5 N 28. Es ist nach der Praxis der Wettbewerbsbehörden allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG selbst im Falle von marktumfassenden Tarifabsprachen umgestossen werden kann, vgl. RPW 2001/4, 676 ff, Rz. 113 und 2003/4, 869 ff., E.7.

[27] Vgl. Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. 2001 C 3/02), Ziff. 120.

[28] Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 (VKU; SR 251.4).

[29] Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 880 ff., E. 4.3., sowie ZÄCH (FN 8), Rz. 538.

[30] Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 880 ff., E. 4.3., und BORER (FN 8), Art. 4 N 18 und Art. 5 N 10.

[31] RPW 2001/4, 654 ff, Rz. 52 ff.

[32] Vgl. auch RPW 1999/2, 229 ff., Rz. 45 ff.

- Aus Sicht der Versicherten wurde der *Markt für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen* als sachlich relevanter Markt abgegrenzt.

83. Diese Marktabgrenzung wurde durch die REKO/WEF geschützt, welche zudem die Auffassung der Weko bestätigte, dass Grundversicherung, Halbprivat- und Privatversicherung als gesonderte Märkte zu betrachten sind. Dies deshalb, weil sie unterschiedliche Ansprüche der Versicherten auf stationäre Gesundheitsdienstleistungen abdecken, so dass jede der drei Arten von Versicherungsprodukten eine Gruppe bildet, die sich klar von den beiden anderen abhebt. Gleichzeitig hielt die REKO/WEF fest, dass die getroffene Umschreibung des sachlich relevanten Marktes dazu führe, dass er nicht nur die klassischen, sondern auch alle anderen – d.h. die sogenannten alternativen – Halbprivatversicherungen umfasse.[33]

84. Seit dem Entscheid der REKO/WEF sind im Bereich des Gesundheitswesens weitere Entwicklungen und Entscheide zu vermerken, welche die Unterscheidung zwischen Grund-, Halbprivat- und Privatversicherung stützen. Zum Zeitpunkt des Entscheides der REKO/WEF war noch umstritten, ob die Zusatzversicherungen überhaupt medizinische Mehrleistungen beinhalten oder ob sie sich einzig durch den Hotelleriekomfort auszeichnen. Heute dürfte auf der Basis von BGE 130 I 306 weitgehend anerkannt sein, dass die freie Arztwahl im stationären Bereich eine echte – und zwar eine erhebliche – Mehrleistung der Zusatzversicherung darstellt, welche weit über die obligatorische Krankenpflegeversicherung hinausgeht. Dies führt dazu, dass Chefärzte/innen bei Privatpatienten/innen zahlreiche Dienstleistungen persönlich erbringen, welche sie in der allgemeinen Abteilung delegieren würden.[34] Auch in der neueren Lehre werden die freie Spital- und Arztwahl als echte Mehrleistungen taxiert, welche u.a. zu einer intensiveren therapeutischen Begleitung und zu einem leichteren Leistungszugang (z.B. kürzere Wartezeiten, Einfluss auf Terminplanung etc.) führen.[35]

85. Im Entscheid der REKO/WEF sind die so genannten alternativen Halbprivatversicherungen zum sachlich relevanten Markt hinzugezählt worden. Es handelt sich dabei um eingeschränkte Halbprivatversicherungen, namentlich solche, welche ausschliesslich die Hotellerieleistungen des Spitals abdecken und Spitalzusatzversicherungen mit Spitalwahleinschränkungen (privat und halbprivat). Der Umstand, dass die freie Arzt- und Spitalwahl als echte Mehrleistungen zu qualifizieren sind, spricht dafür, dass Spitalzusatzversicherungen, welche diese Wahlfreiheit einschränken, nur beschränkt als Substitute für die klassischen Halbprivat- und Privatversicherungen gelten können. Diverse Studien zeigen deutlich auf, dass diese Wahlmöglichkeit den Patienten/innen einen grossen Nutzen bringt und sie entsprechend bereit sind, einen hohen Aufpreis zu bezahlen.[36] So ist etwa gemäss einer Studie von Comparis bei 46 % der Zusatzversicherten der wichtigste Grund für die Wahl einer Spitalzusatzversicherung die bessere medizinische Betreuung, worin die freie Arzt- und Spitalwahl, die bessere und schnellere Behandlung und Pflege sowie die Kostenübernahme für alle Medikamente und Therapien enthalten ist. Nur 11 % schliessen hingegen die Spitalzusatzversicherung aufgrund des erhöhten Luxus ab.[37] Zahlreiche Versicherer bieten zudem gar keine Spitalzusatzversicherungen mit eingeschränkter Spitalliste an (z.B. Concordia, Wincare, KPT, Unimedes). Bei denjenigen Versicherern, welche diese Produkte anbieten, ist deren Marktanteil eher gering (im Bereich der Halbprivatversicherung i.d.R. weniger als 10 % und im Bereich der Privatversicherung stets tiefer als in der Halbprivatversicherung).[38] Eine Ausnahme bildet die Assura, welche die Halbprivatversicherung nur mit Spitalliste anbietet.[39] Die Assura bietet zudem halbprivate und private Zusatzversicherungen mit Beschränkung auf die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler an.

86. Es lässt sich demnach feststellen, dass unter Berücksichtigung der oben getroffenen Erwägungen gesonderte Märkte für die Halbprivat- und die Privatversicherung zu definieren sind, wobei der Bereich der Halbprivat- und Privatversicherung nur solche Versicherungen umfasst, welche die freie Arzt- und Spitalwahl im Spitalbereich gewährleisten. Damit wird die Marktabgrenzung der Weko in der Untersuchung im Kanton Aargau bestätigt.

87. Es stellt sich noch die Frage, aus welcher Optik der Markt abzugrenzen ist. In der Untersuchung im Kanton Aargau wurden in Bezug auf das Verhältnis zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringer die Leistungserbringer als Nachfrager und die Krankenversicherer als Anbieter von Vertriebswegen für medizinische Leistungen definiert. Im vorliegenden Fall werden die Leistungserbringer – wie in der Gesundheitsökonomie üblich – als Anbieter von medizinischen Leistungen betrachtet und die Versicherten, – sowie stellvertretend für die Versicherten auch die Krankenversicherer – als

[33] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 868, E. 6.1.1. f.

[34] BGE 130 I 306 E.2.2.

[35] Vgl. GEBHARD EUGSTER, Die Unterscheidung zwischen grund- und zusatzversicherten Leistungen im Spitalbereich: Welche juristischen Kriterien sind massgeblich?, in: Jusletter vom 16. Mai 2005; BERNHARD BURRI, Freie Arztwahl im Spitalbereich, Schweizerische Ärztezeitung 2005, 86: Nr. 13, 775 f.; FRANÇOIS BERNATH/THOMAS POLEDNA/ALEX EIJSTEN, Der Privatpatient geniesst Mehrleistungen, in: Jusletter vom 26. Mai 2003.

[36] Für den Nutzenverlust von Versicherten, den sie durch die Einschränkung der Wahlfreiheit von Leistungserbringern erfahren, ist eine entsprechende Prämienreduktion notwendig, so dass die Versicherten ein besonderes Versicherungsmodell mit eingeschränkter Wahl wählen; VATERLAUS, S., H. TELSER, P. ZWEIFEL UND P. EUGSTER, Was leistet unser Gesundheitswesen? Studie, Bern 2004; URL: http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/200403161409182.pdf [07.05.08]. RUTH HUTH UND CLAUDE LONGCHAMP, Wie das Stimmvolk das Gesundheitswesen sieht, Basel 1998, S. 104 f.

[37] Comparis, Wie wichtig ist den Schweizern eine Spitalzusatzversicherung? Resultate einer repräsentativen Studie von comparis.ch in Zusammenarbeit mit dem Marktforschungsinstitut Demoscope, Zürich 2006, 17, www.comparis.ch/comparis/press/studien/kk/Spitalzusatzversicherungen_Studie.pdf (24.04.08).

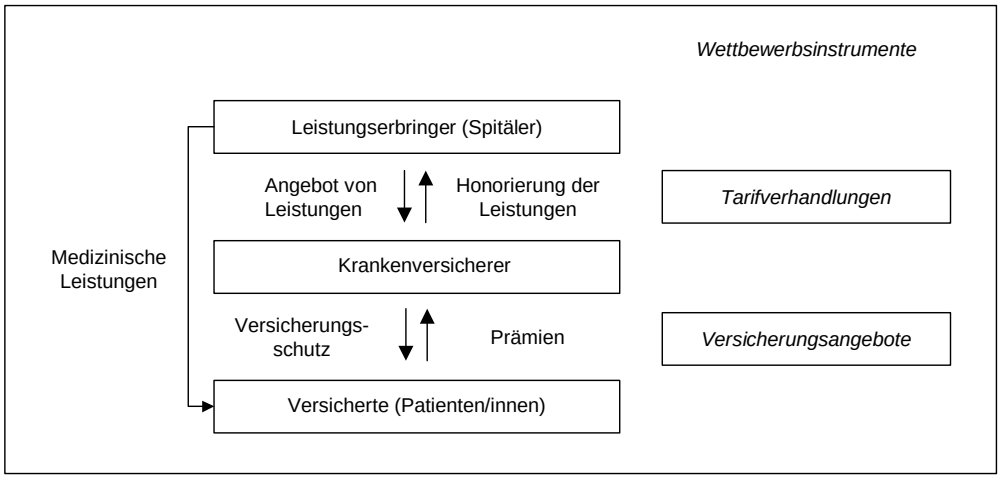
[38] [z.B. Versicherer A: 9–11 % der HP-Versicherten und 5–7 % der P-Versicherten haben das Produkt mit Spitalliste gewählt. Weitere Bsp.: Versicherer B: HP 4–6 %/P 0–2 %; Versicherer C HP 7–9 %/P 3–5 %].

[39] Nur für die Privatversicherung bietet die Assura ein Produkt ohne Wahleinschränkung an.

Nachfrager von medizinischen Leistungen angesehen (vgl. unten die Abbildung 1, welche das zweistufige Wettbewerbskonzept im Gesundheitswesen aufzeigt: die Versicherten bezahlen die von ihnen bezogenen medizinischen Leistungen nicht direkt an den Leistungserbringer, sondern über die Krankenversicherer). Die Frage, welche Marktseite als Anbieter und welche als Nachfrager festgelegt wird, ist im vorliegenden Fall eine rein technische, so dass die vorgenommene Abweichung vom Entscheid im Kanton Aargau keine materiellen Auswirkungen zeitigt, gleichzeitig aber die Definition des sachlich relevanten Marktes zugänglicher macht.

88. Die Concordia, Helsana, Visana, Sanitas/Wincare und KPT haben in ihren Stellungnahmen die soeben in Rz. 87 vorgenommene Marktabgrenzung begrüsst. Sie beantragen aber die Änderung der Rz. 82 ff., in denen auf die Abgrenzung eines Marktes für Vertriebswege für medizinische Dienstleistungen eingegangen wird. Eine derartige Anpassung ist allerdings nicht angezeigt, da in diesen Passagen die Praxis der Wettbewerbsbehörden in früheren Fällen, welche den Bereich der Zusatzversicherung betroffen haben, korrekt dargestellt wird. Die Rz. 87 macht genügend deutlich, dass im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Leistungserbringer als Anbieter der medizinischen Dienstleistungen betrachtet werden.

Abbildung 1: Wettbewerbskonzept im Gesundheitswesen



Quelle: RPW 2001/4, S. 660 mit Modifikationen.

89. Die Tarifverträge II im Kanton Luzern regeln die Vergütung und das Verfahren für Leistungen der Spitäler für Personen, die über eine Spitalzusatzversicherung für die Privat- oder Halbprivatabteilung verfügen und sich in der entsprechenden Abteilung des Spitals stationär behandeln lassen.[40] Damit betreffen die Tarifverträge II zwei sachlich relevante Märkte: (1) *der Markt für im Halbprivatbereich erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen* und (2) *der Markt für im Privatbereich erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen*.

90. Auf die Unterscheidung zwischen dem Halbprivatbereich und dem Privatbereich wird später nicht mehr einzeln eingegangen, da die nachfolgenden Erwägungen gleichermassen für beide Bereiche gelten.

II. Räumlich relevanter Markt

91. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).[41]

a. Bisherige Praxis

92. Sowohl die Weko als auch die REKO/WEF sind in ihrer *bisherigen Praxis* im Bereich der Zusatzversicherung von kantonalen Märkten ausgegangen. Dies aus folgenden Gründen:

- Obwohl der Bereich der Zusatzversicherung in der Schweiz grundsätzlich nicht an ein kantonales Territorium gebunden ist (so gelten die Tarifverträge II für alle Versicherten der Schweiz, welche über eine Zusatzversicherung für die Halbprivat- und Privatabteilung verfügen) bevorzugen die Patienten/innen i.d.R. aufgrund der geografischen Nähe Spitäler innerhalb des eigenen Wohnsitzkantons.
- Die Verträge in der Zusatzversicherung zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern werden meist kantonal abgeschlossen.[42] Dies hängt insbesondere mit den Gegebenheiten der Grundversicherung (z.B. Spitalplanung) bzw. der teilweisen Koppelung von Grund- und Zusatzversicherung zusammen (etwa bei der mit der Austauschbefugnis verbundenen Übernahme von Behandlungskosten von halbprivat und privat versicherten Patienten/innen durch die Grundversicherung). Mit den

[40] Art. 2 Abs. 1 der Tarifverträge II.
[41] REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 880 ff., E. 4.3., und BORER (FN 8), Art. 5 N 12.
[42] RPW 1999/2, 230 f., Rz. 52 ff.

vorliegenden Tarifverträgen II verhält es sich ebenso: Da die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern als ein Ganzes zu betrachten sind (vgl. Rz. 26 f.), betreffen die Tarifverträge II den gesamten Kanton Luzern.

- Es besteht nur geringer Preiswettbewerb zu Leistungserbringern aus anderen Kantonen. Kantonal unterschiedliche Tarife haben kaum einen Einfluss auf den Entscheid der Patienten/innen über den Behandlungsort. Der Preiswettbewerb zwischen Leistungserbringern ist systembedingt als sehr gering zu betrachten (vgl. auch Rz. 157 ff.),[43] insbesondere da (1) die Preiselastizität der Nachfrage der Patienten/innen relativ niedrig ist;[44] (2) die Versicherten normalerweise nicht über die Tarife orientiert sind[45] und (3) Patienten/innen unter dem Einfluss des Versicherungsschutzes ein geringes Interesse haben, sich über diese zu orientieren.[46]

93. Aufgrund der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wäre im vorliegenden Fall der Markt räumlich auf den Kanton Luzern abzugrenzen. Die aufgeführten Argumente können nach wie vor Gültigkeit beanspruchen, so dass starke Indizien für eine solche räumliche Marktabgrenzung vorliegen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird nun die bisherige Analyse der räumlichen Marktabgrenzung im Spitalbereich um ein Element ergänzt, welches in der Praxis ausländischer Behörden üblich ist: die Prüfung der Patientenströme.

b. Analyse der Patientenströme

94. In der *Praxis ausländischer Behörden* steht bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes von stationären Gesundheitsdienstleistungen („Spitalmärkte“) die Analyse der Patientenströme („Patientenwanderung“) im Vordergrund.[47]

95. In den USA werden dabei zwei Kennzahlen erhoben: LIFO („little in from outside“) und LOFI („little out from inside“), wobei sich das „in“ bzw. „out“ nicht auf die Patienten/innen bezieht, sondern auf die *Gesundheitsdienstleistung*, d.h., beim LIFO wird geprüft, wie viele Gesundheitsdienstleistungen „importiert“ werden. Daher wird beim LIFO die Relation der Nachfrage der Einwohner/innen des betreffenden Raumes bei lokalen Krankenhäusern zur Gesamtnachfrage ermittelt. Liegt die Importquote unter 10 %, so wird dies als starkes Indiz für die Existenz eines räumlich relevanten Marktes gewertet. Wenn die Importquote mehr als 10 %, aber weniger als 25 % beträgt, dann liegt ein „schwacher“ räumlicher Markt vor. Bei höheren Werten als 10 % wird der räumliche Markt so lange erweitert, bis dieser Grenzwert erreicht wird. Beim LOFI wird der Export von Gesundheitsdienstleistungen ermittelt, d.h. die Relation zwischen der Gesamtproduktion der Krankenhäuser des Gebietes für Patienten/innen aus diesem Gebiet und der Gesamtproduktion der Krankenhäuser für Patienten/innen aus allen Gebieten. Auch beim LOFI wird der Grenzwert bei 10 % angesetzt.

96. Die US-amerikanische Vorgehensweise wird allerdings in der ökonomischen Literatur kritisiert und hat sich auch in der Praxis aufgrund der daraus resultierenden sehr weiten räumlichen Abgrenzung der Märkte als nur beschränkt tauglich erwiesen. Problematisch sind namentlich die strengen Grenzwerte von 10 %.[48] Das deutsche Bundeskartellamt (BKart) hat seit dem Jahr 2005 ebenfalls diverse Krankenhausfusionen beurteilt. Das BKart analysiert dabei die Patientenströme, entscheidet aber nicht aufgrund von starren Grenzwerten, sondern passt diese im Rahmen einer mehrdimensionalen Gesamtanalyse an die tatsächlichen Gegebenheiten an. Aus den bisherigen Entscheidungen geht hervor, dass das BKart die kritische Schwelle i.d.R. bei ungefähr 20 % ansetzt.[49]

97. Nachfolgend wird nun auf Basis der obgenannten Konzepte überprüft, ob die räumliche Marktabgrenzung auf den Kanton Luzern durch eine *Analyse der Patientenwanderungen* gestützt wird oder ob der Markt erweitert werden müsste.

98. Für die Jahre *2002–2005* zeigt folgende Tabelle 1, welche auf den Daten des Kantons Luzern beruht, das Verhältnis zwischen Hospitalisierungen und teilstationären Behandlungen von zusatzversicherten Patienten/innen mit Wohnort im Kanton Luzern im eigenen Kanton und ausserkantonal:

[43] Vgl. DAVID DRANOVE/MARK S. SATTERTHWAITE, The Industrial Organization of Health Care Markets, in: Anthony J. Culyer/Joseph P. Newhouse, Handbook of Health Economics, Vol. 1B, Amsterdam usw. 2000, 1102 ff.; ALAIN ENTHOVEN, Theory and Practice of Managed Competition in Health Care Finance, Lectures in Economics, Bd. 9, Amsterdam 1988, 37; HEINZ LAMPERT, Verfassung und Struktur der Märkte für Gesundheitsgüter als Problem und Aufgabenbereich der Gesundheitsökonomik, in: Gäfgen/Lampert (Hrsg.), Betrieb, Markt und Kontrolle im Gesundheitswesen, Gerlingen 1982, 279.

[44] FRIEDRICH BREYER/PETER ZWEIFEL, Gesundheitsökonomie, 3. Aufl., Berlin 1999, 231 ff.; SHERMAN FOLLAND/ALLEN C. GOODMAN/MIRON STANO ET AL., The Economics of Health Care, 2. Aufl., Upper Saddle River 1997, 135 ff.; PHILIP JACOBS, The economics of health and medical care, 2. Aufl., Maryland 1997, 87 f.

[45] Vgl. zum Problem der asymmetrischen Information etwa BREYER/ZWEIFEL (FN 44), 161 ff., FOLLAND/GOODMAN/STANO (FN 44), 147 ff.

[46] Vgl. ferner beispielsweise BREYER/ZWEIFEL (FN 44), 186 ff.; FOLLAND/GOODMAN/STANO (FN 44), 241 ff.; PETER ZWEIFEL/WILHARD H. MANNING, Moral Hazard and Consumer Incentives in Health Care, in: Anthony J. Culyer/Joseph P. Newhouse, Handbook of Health Economics, Vol. 1A, Amsterdam 2000, 409 ff.

[47] Die Praxis der ausländischen Behörden wurde im Rahmen von Krankenhausfusionen entwickelt. In den USA wurden in der Periode 1994–2000 rund 900 Spitalzusammenschlüsse durch die Kartellbehörden untersucht; vgl. US Departement of Justice[DoJ]/Federal Trade Commission [FTC], Improving Health Care: A Dose of Competition, A Report by the FTC and the DoJ, July 2004, Chapter 4: Competition Law: Hospitals, 1 ff., www.ftc.gov/reports/healthcare/040723healthcarerpt.pdf (24.04.08) oder www.usdoj.gov/atr/public/healthcare/204694.htm (24.04.08); BJÖRN A. KUCHNICKE/HERMANN H. KALLFASS, Die Praxis der räumlichen Marktabgrenzung bei Krankenhauszusammenschlüssen in den USA und in Deutschland: Eine wettbewerbsökonomische Analyse, in: ZWeR 3/2007, 319 ff. (326 ff.).

[48] Von den 900 untersuchten Spitalfusionen erachteten die Kartellbehörden 7 als unzulässig. In allen 7 Fällen wurde aber die Fusion durch die Gerichte aufgrund von LIFO/LOFI zugelassen. Vgl. FTC/DOJ (FN 47), 5 ff. mit zahlreichen Hinweisen zur amerikanischen Literatur; KUCHNICKE/KALLFASS (FN 47), 328 ff. Im Wesentlichen wird vorgebracht, der amerikanische Test sei für Güterströme von standardisierten Produkten entwickelt worden und eigne sich nicht für differenzierte Dienstleistungen bei denen zudem die Patienten/innen zum Dienstleister reisen müssten.

[49] Vgl. KUCHNICKE/KALLFASS (FN 47), 334 f.; wonach das BKart bei der Analyse auch die Existenz vertraglicher Verbindungen zwischen den Unternehmen oder Spezialisierungen im Angebot der Krankenhäuser berücksichtigt, da Fachkliniken i.d.R. grössere Einzugsbereiche haben als allgemeine Krankenhäuser.

Tabelle 1: Import von Gesundheitsdienstleistungen 2002–2005

Hospitalisierungen und teilstationäre Behandlungsfälle zusatzversicherter Patienten/innen aus dem Kanton Luzern in den Jahren 2002–2005				
	2002	2003	2004	2005
In Luzern	10661	10947	10594	10861
Ausserkantonal (AK)	2156	2073	2119	2069
Total	12817	13020	12713	12930
Anteil AK 1 (Total = 100 %)	*16.8 %*	*15.9 %*	*16.7 %*	*16.0 %*
Anteil AK 2 (Kt. LU = 100 %)	*20.2 %*	*18.9 %*	*20.0 %*	*19.0 %*

Quellen: Kt. LU/Eigene Berechnungen

99. Wird im Sinne des amerikanischen LIFO die *Importquote an Gesundheitsdienstleistungen* in den Kanton Luzern hinein berechnet, d.h. wird von einem Gesamtmarkt für sämtliche aus dem Kanton Luzern stammenden, zusatzversicherten Patienten/innen ausgegangen (= Anteil AK 1), so liegen die Werte für die Jahre 2002–2005 relativ stabil bei rund 16 %. Wird umgekehrt die *Exportquote an Patienten/innen* aus dem Kanton Luzern heraus betrachtet (= Anteil AK 2), so liegt der Wert leicht erhöht im Bereich von 19–20 %.[50]

100. Für das Jahr 2006 wurden die Daten im Rahmen der vorliegenden Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden erhoben. Die nachfolgende Tabelle 2 basiert auf den Daten der an der Untersuchung beteiligten Versicherer. Im Gegensatz zur Tabelle 1 sind in der nachfolgenden Aufstellung (1) nur die zusatzversicherten *stationären Patienten/innen* erfasst und (2) ist der Datensatz nicht ganz vollständig.[51]

Tabelle 2: Import von Gesundheitsdienstleistungen 2006

Zusatzversicherte stationäre Patienten/innen aus dem Kanton Luzern im Jahr 2006			
	Anzahl Patienten/innen	*Anteil AK 1*	*Anteil AK 2*
Kanton Luzern	8'196	83,4 %	100 %
Ausserkantonal	1'634	*16,6 %*	*19,9 %*
Total	9'830	100 %	119,9 %

Quellen: Angaben der Versicherer/Eigene Berechnungen

101. Wie aus der Tabelle 2 ersichtlich ist, führen die durch die Wettbewerbsbehörden erhobenen Werte für das Jahr 2006 zum selben Bild bezüglich Patientenwanderungen, welches sich für die Jahre 2002–2005 aus Tabelle 1 ergeben haben. Die Importquote an Gesundheitsdienstleistungen in den Kanton Luzern hinein beträgt 16,6 % und umgekehrt beträgt die Exportquote an Patienten/innen 19,9 %. Die Werte liegen damit über dem amerikanischen Grenzwert von 10 %, jedoch unter der deutschen Schwelle von 20 %.

102. Für die räumliche Marktabgrenzung ist nun von Interesse, wohin die Patienten/innen abwandern. Es wäre beispielsweise denkbar, dass ein Spital in räumlicher Nähe zum Kanton Luzern einen erheblichen Anteil der ausserkantonalen Behandlungen auf sich vereinigen kann. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob das betreffende Spital nicht in den gleichen räumlich relevanten Markt einbezogen werden müsste. Aus diesem Grund haben die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Untersuchung bei den Versicherern auch erhoben, in welchen ausserkantonalen Spitälern sich die zusatzversicherten Patienten/innen aus dem Kanton Luzern haben behandeln lassen:

[50] Nach amerikanischer Praxis würde damit kein starker, aber immerhin ein schwacher räumlicher Markt für den Kanton Luzern vorliegen.

[51] Nicht an der Untersuchung beteiligte Versicherer wurden nicht befragt und kleinere Versicherer waren teilweise nicht in der Lage, die verlangten Daten einzureichen. Die fehlenden Daten sind aber vernachlässigbar.

Tabelle 3: Import von Gesundheitsdienstleistungen nach Spitälern im Jahr 2006

Erklärung der Abkürzungen:

- ***MA AK**: „Marktanteil Ausserkantonale", d.h. Marktanteil der Klinik an den stationären, zusatzversicherten Patienten/innen aus dem Kanton Luzern, die sich ausserkantonal behandeln lassen.*
- ***Kum. MA AK**: Kumulierter MA AK der Kliniken.*
- ***MA Total**: Marktanteil der Klinik an allen zusatzversicherten, stationären Patienten/innen aus dem Kanton Luzern, d.h. auch derjenigen Patienten/innen, welche sich in Luzern behandeln lassen.*
- ***Kum. MA Total**: Kumulierter MA Total der ausserkantonalen Kliniken.*

Klinik	MA AK	Kum. MA AK	MA Total	Kum. MA Total
Klinik Hirslanden Zürich (ZH)	10.7 %	10.7 %	1.7 %	1.7 %
Villa im Park Rothrist (AG)	5.2 %	15.9 %	0.8 %	2.5 %
Adelheid Unterägeri (ZG)	4.9 %	20.8 %	0.8 %	3.2 %
Schulthess Klinik (ZH)	4.6 %	25.4 %	0.7 %	3.9 %
Andreas Klinik Cham (ZG)	4.5 %	29.9 %	0.7 %	4.6 %
Kantonsspital Aarau (AG)	3.7 %	33.7 %	0.6 %	5.2 %
Universitätsspital Zürich (ZH)	3.6 %	37.3 %	0.6 %	5.8 %
Klinik im Park Zürich (ZH)	3.5 %	40.8 %	0.5 %	6.3 %
Inselspital (BE)	2.8 %	43.5 %	0.4 %	6.8 %
Hirslanden Aarau (AG)	2.2 %	45.7 %	0.3 %	7.1 %
Spital Zofingen (AG)	2.2 %	48.0 %	0.3 %	7.4 %
Reha-Klinik Hasliberghof (BE)	2.0 %	50.0 %	0.3 %	7.8 %

Quellen: Aggregierte Angaben der Versicherer/Eigene Berechnungen

103. In der Tabelle 3 werden die 12 Kliniken aufgeführt, welche den grössten Marktanteil von zusatzversicherten, stationären Patienten/innen aus dem Kanton Luzern aufweisen und gemeinsam 50 % der exportierten Patienten/innen auf sich vereinigen (Kumm MA AK). Die nächsten 25 % Marktanteil teilen sich bereits 27 Kliniken mit Marktanteilen an den ausserkantonalen Patienten/innen (MA AK) zwischen 2 %–0,5 %, danach folgen über 100 Kliniken mit Marktanteilen zwischen 0,5 %–0,1 %.

104. Die einzige Klinik, bei der sich aufgrund des Marktanteils an *ausserkantonalen* Luzerner Patienten/innen überhaupt die Frage stellt, ob sie räumlich dem Spitalmarkt Luzern zugewiesen werden müsste, ist die Klinik Hirslanden Zürich. Diese Frage lässt sich leicht beantworten, wenn berechnet wird, welcher Marktanteil denn auf die Hirslanden Klinik Zürich entfallen würde, wenn sie tatsächlich in den *Gesamtmarkt* für zusatzversicherte Patienten/innen aus dem Kanton Luzern einbezogen würde: 1,7 %. Der Marktanteil ist damit derart gering, dass es sich nicht rechtfertigt, die räumliche Marktabgrenzung über das Gebiet des Kantons Luzerns hinaus auszudehnen. Es lässt sich festhalten, dass für die zusatzversicherten Luzerner Patienten/innen der Kanton Luzern den räumlich relevanten Markt für stationäre Gesundheitsdienstleistungen bildet.

105. Nachfolgend gilt es nun zu prüfen, ob sich allenfalls eine andere Marktabgrenzung aufgrund der Patientenwanderungen in den Kanton Luzern hinein ergibt (LOFI). In der folgenden Tabelle wird der „Patientenimport" des Kantons Luzern im Jahr 2006 dargestellt, d.h. der Anteil von zusatzversicherten Patienten/innen aus anderen Kantonen, die sich im Kanton Luzern haben behandeln lassen (aufgeschlüsselt nach Kantonen). Der Patientenimport entspricht dem *Export an Gesundheitsdienstleistungen* der Luzerner Spitäler:

Tabelle 4: Export von Gesundheitsdienstleistungen der Luzerner Spitäler in andere Kantone im Jahr 2006

Erklärung der Abkürzungen:

- ***MA PI**: „Marktanteil Patientenimport", d.h. Marktanteil des Kantons an den stationären, zusatzversicherten Patienten/innen die sich im Kanton Luzern behandeln lassen, die aber nicht aus dem Kanton Luzern stammen (aus Luzerner Sicht ausserkantonale Patienten/innen)*
- ***MA Total**: Marktanteil des Kantons an allen in Luzerner Spitälern behandelten stationären, zusatzversicherten Patienten/innen.*

Kanton	MA PI	MA Total
NW	21.6 %	5.0 %
SZ	17.9 %	4.2 %
ZG	10.9 %	2.5 %
OW	10.7 %	2.5 %
UR	7.4 %	1.7 %
ZH	7.2 %	1.7 %
AG	7.0 %	1.6 %
SO	4.3 %	1.0 %
BE	4.1 %	0.9 %
TI	2.7 %	0.6 %
SG	1.1 %	0.3 %
GR	0.9 %	0.2 %
BL	0.8 %	0.2 %
VS	0.6 %	0.1 %
BS	0.6 %	0.1 %
VD	0.6 %	0.1 %
FR	0.5 %	0.1 %
TG	0.4 %	0.1 %
SH	0.4 %	0.1 %
NE	0.2 %	0.0 %
GL	0.1 %	0.0 %
AR	0.0 %	0.0 %
GE	0.0 %	0.0 %
JU	0.0 %	0.0 %
Total	100.0 %	23.2 %

Quellen: Aggregierte Angaben der Versicherer/Eigene Berechnungen

106. Die Tabelle 4 zeigt auf, dass der grösste Patientenimport aus den Nachbarkantonen des Kantons Luzern erfolgt. Es stellt sich nun die Frage, ob bei einem dieser Kantone die Abwanderungsquote in den Kanton Luzern derart hoch ist (d.h. grösser als 20 % [vgl. vorne Rz. 96]), dass es sich rechtfertigt, diesen Kanton dem relevanten Markt zuzuordnen. Folgende Näherungsrechnung zeigt auf, dass der Kanton Nidwalden dem räumlich relevanten Markt zugerechnet werden muss: Im Jahr 2006 wurden insgesamt 2'863 Nidwaldner/innen im eigenen Kanton (52 %) und 2'621 Nidwaldner/innen ausserhalb des Kantons (48 %) hospitalisiert.[52] Wird davon ausgegangen, dass 20 % dieser Patienten/innen zusatzversichert sind,[53] so lassen sich rund 30 %[54] aller zusatzversicherten Nidwaldner Patienten/innen im Kanton Luzern behandeln.[55] Damit überschreitet der Kanton Nidwalden als einziger Nachbarkanton[56] die Grenze von

[52] Vgl. Tabelle G1 der Krankenhausstatistik 2006, Standardtabellen, Definitive Resultate, Bundesamt für Statistik (BFS), 2008, www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.104643.pdf (24.04.08).

[53] Gesamtschweizerischer Anteil an Patienten/innen, die über eine Spitalzusatzversicherung verfügen (vgl. GERHARD KOCHER/WILLY OGGIER, Gesundheitswesen Schweiz 2007–2009, Bern 2007, 166).

[54] Berechnung aufgrund der Daten der Versicherer für das Jahr 2006.

[55] Dabei erreicht der Kanton Luzern einen Anteil an den exportierten Patienten/innen des Kantons Nidwalden von über 60 %.

[56] Im Gegensatz zum Kanton Nidwalden überschreiten die Patientenexporte der anderen Nachbarkantone in den Kanton Luzern nicht den Wert von 20 % (OW: 17 %; SZ: 6 %; ZG: 5,5 %; UR: 10 %).

20 % und ist demzufolge dem sachlich relevanten Markt zuzuweisen.[57/58]

107. Dieses Ergebnis entspricht den Verhältnissen auf dem Nidwaldner Spitalmarkt. Das Kantonsspital Stans ist ein vergleichsweise kleines Spital mit 95 Betten, welches die Grundversorgung sicherstellt. Weitere öffentliche, öffentlich subventionierte oder private Spitäler sind im Kanton Nidwalden nicht vorhanden. Zudem gibt es im Kanton Nidwalden keine Psychiatrischen Kliniken, Rehabilitationskliniken oder andere Spezialkliniken.[59] Die Nidwaldner Patienten/innen weichen aufgrund des beschränkten Angebots (in quantitativer Hinsicht sowie vom Umfang der Dienstleistungen her)[60] auf ausserkantonale Spitäler aus.[61] Dabei ist einerseits zu beachten, dass je höher der Schweregrad eines Falles ist, umso eher die Hospitalisierung ausserkantonal erfolgt.[62] Andrerseits sind die Nidwaldner/innen, die sich in einer Spezialklinik oder in einem Privatspital behandeln lassen möchten, gezwungen, das Kantonsgebiet zu verlassen. Der Kanton Luzern grenzt räumlich an den Kanton Nidwalden und bietet – im Gegensatz zu den anderen Nachbarkantonen – mit dem KSL ein grosses Zentrumsspital sowie mit der Klinik St. Anna eine grosse Privatklinik an.[63] Dies führt in Verbindung mit der Präferenz der Patienten/innen für das nächstgelegene Krankenhaus[64] dazu, dass der grösste Teil des Nidwaldner Patientenexports auf den Kanton Luzern entfällt.

c. Definition des räumlich relevanten Marktes

108. Eine Abwägung all der erwähnten Elemente führt zum Schluss, dass der räumlich relevante Markt im vorliegenden Fall kantonsübergreifend abzugrenzen ist. Der räumlich relevante Markt umfasst **das Gebiet der Kantone Luzern und Nidwalden**.

B.3.3.2.2 Aktueller Wettbewerb

109. Für die Widerlegung der Vermutung sind an dieser Stelle keine aufwändigen Analysen notwendig. Es ist prima vista ersichtlich, dass die Mehrheit der im relevanten Markt im Bereich der Zusatzversicherung tätigen Krankenversicherungen an den bilateralen Verhandlungen der [Name des Versicherers] mit den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern nicht teilgenommen hat. Wie aus der nachfolgenden Tabelle hervorgeht, sind unter den Krankenkassen, welche nicht an diesen Verhandlungen teilgenommen haben, auch grosse Kassen vertreten, welche im Bereich der Zusatzversicherung im relevanten Markt über bedeutende Versichertenbestände verfügen.

[57] Vgl. auch GUNNAR KLAUSS/ANDRÉ BUSATO/DANIEL ZAHND, Eine gesamtschweizerische Analyse der Versorgungsregionen im stationären Bereich, CHSS 2/2005, 104 ff., welche aufgrund von Daten aus den Jahren 1998–2001 im Bereich Luzern/Nidwalden eine kantonsübergreifende Versorgungsregion abgrenzen, vgl. 106 f. (insbes. Abb. 3). Abrufbar unter www.bag.admin.ch/themen/krankenversiche-rung/01156/01158/index.html?lang=de (24.04.08).

[58] Das Ergebnis lässt sich auch dann noch Aufrecht erhalten, wenn in der Näherungsrechnung statt mit dem gesamtschweizerischen Mittel von 20 % mit einem Anteil zusatzversicherter Patienten/innen an der gesamten Anzahl Nidwaldner Patienten von 28 % gerechnet würde. Dieser Wert entspricht gemäss den Berechnungen des Sekretariates dem Anteil zusatzversicherter Patienten/innen an der Gesamtzahl stationär behandelter Patienten/innen im Kanton Luzern. Wird die Näherungsrechnung mit diesem Wert durchgeführt, so beträgt der Anteil zusatzversicherter Nidwaldner/innen, die sich im Kanton Luzern behandeln lassen, immer noch 22 %.

[59] Vgl. Tabelle A3 der Krankenhausstatistik 2006 (FN 52).

[60] Vgl. Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2005, Bundesamt für Gesundheit (BAG), 2008, www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/01156/02446/index.html?lang=de (01.06.08), wonach das Kantonsspital Nidwalden im Jahr 2005 15 Leistungen angeboten hat und über 4 Operationssäle verfügte. Das Kantonsspital Luzern hat demgegenüber 62 Leistungen angeboten und verfügte über 22 Operationssäle sowie über ein MRI.

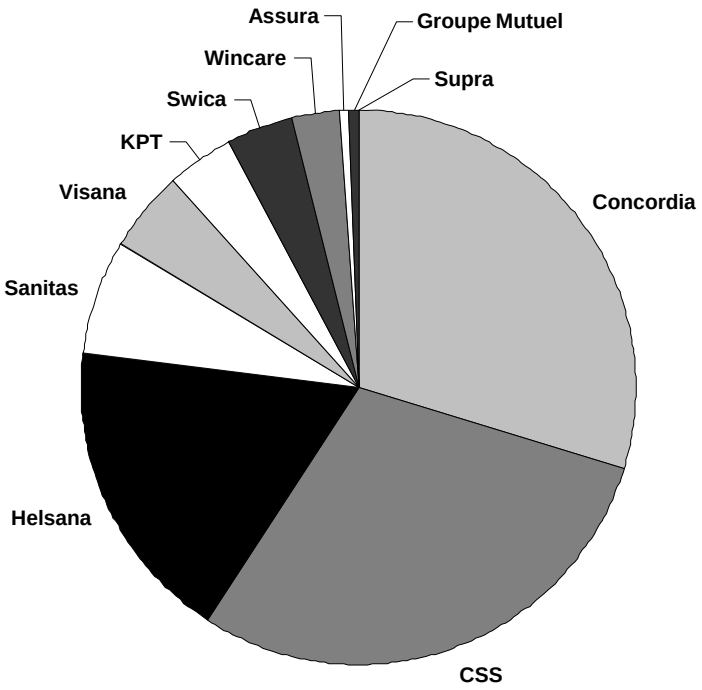
[61] Das KSL und die Klinik St. Anna gehören denn auch schon in der OKP zu den ausserkantonalen Listenspitälern des Kantons Nidwalden (www.gdk-cds.ch/fileadmin/pdf/Themen/Gesundheitsversorgung/Versorgungsplanung/Spitalplanung_und_Spitallisten/Spitalliste12_GDK.pdf; 09.08.08).

[62] Vgl. BFS Aktuell, Spitalaufenthalte im Überblick, Ergebnisse aus der Medizinischen Statistik der Krankenhäuser 2005, BFS, 2007, 20 f., www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.89646.pdf (24.04.08).

[63] Die Kantonsspitäler von Obwalden und Uri sind von der Grösse und dem Leistungsumfang (Grundversorgung) her mit dem Kantonsspital Nidwalden vergleichbar (im Jahr 2006 OW: 77 Betten, UR: 96 Betten; zum Vergleich KSL: 604 Betten). Weder in Obwalden noch in Uri sind Privatspitäler angesiedelt.

[64] Diese Präferenz ist empirisch erwiesen und international unbestritten, vgl. KUCHNICKE/KALLFASS (FN 47), 329 m.w.H.

Abbildung 2: Marktanteile 2006 der Krankenversicherer im relevanten Markt[65]



Quellen: Aggregierte Angaben der Versicherer/Eigene Berechnungen

110. Eine Analyse der potenziellen Konkurrenz und des Innenwettbewerbs erübrigt sich an dieser Stelle, da die Vermutung bereits aufgrund genügender aktueller Konkurrenz umgestossen werden kann.

B.3.3.3 Erheblichkeit von Absprachen zwischen Krankenversicherern bei Verhandlungen mit Spitälern im Bereich der Zusatzversicherung

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

112. Es entspricht der Praxis der Wettbewerbskommission, dass sich mehrere kleinere Krankenversicherer für Gruppenverhandlungen zusammenschliessen dürfen oder dass sich kleinere Krankenversicherer einem grösseren anschliessen können, so lange der gemeinsame Marktanteil eine im Einzelfall zu bestimmende Grenze nicht überschreitet.[66]

113. Im Bereich der Verhandlungen zwischen Krankenkassen und Spitälern hat sich bei der Überprüfung von Tarifverträgen im Rahmen der Übergangsbestimmung und von Widerspruchsverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein Marktanteil von 20–25 % herauskristallisiert. So wurde in einem Fall ein kumulierter Marktanteil der an den Verhandlungen beteiligten Versicherer von 20 % gegenüber einem einzelnen Privatspital als unerheblich taxiert.[67] In einem anderen Fall, in welchem Verhandlungen zwischen Krankenversicherern und einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt, welche mehrere Spitäler betreibt, beurteilt wurden, wurde ein kumulierter Marktanteil auf Seiten der Krankenversicherer von 25 % als zulässig erachtet.[68] Solche Beurteilungen erfolgen immer in Abhängigkeit der konkreten Markt- und Vertragskonstellation. Insbesondere fliessen Erkenntnisse aus anderen Fällen mit in die Beurteilung ein.[69]

114. Im vorliegenden Fall werden diese obgenannten Schwellenwerte überschritten. Die [Name des Versicherers] verfügt alleine über einen Marktanteil von rund [20–30 %]. Der Marktanteil der [Name des kleinen Versicherers], für welche die [Name des Versicherers] mitverhandelt hat, beträgt ca. [0–3 %].[70] Die Marktanteilsaddition fällt damit gering aus und führt kaum zu einer Ver-

[65] Es handelt sich hierbei um die Marktanteile an den im Kanton Luzern behandelten zusatzversicherten Patienten, wobei allerdings nur die an der Untersuchung beteiligten Versicherer berücksichtigt wurden. Gewisse kleinere Versicherer sind daher nicht erfasst. Dies betrifft namentlich die [Name eines kleinen Versicherers], für welche die [Name des Versicherers] mitverhandelt hat. Die Daten für den Kanton Nidwalden wurden aufgrund von Schätzungen auf der Basis der Marktanteile in der Grundversicherung sowie des Marktanteils des Kantons Nidwalden am Gesamtmarkt von rund 5 % (vgl. Tabelle 5) berücksichtigt.

[66] Vgl. RPW 2004/4, 1119, Rz. 76.

[67] Widerspruchsverfahren [Namen der Parteien, 2006].

[68] Widerspruchsverfahren [Namen der Parteien, 2006].

[69] Vgl. etwa CSS/Intras, Rz. 40 ff.; www.weko.admin.ch/news/00008/CSSINTRAS.pdf?lang=de (22.04.08), Publikation in RPW 2008/2 vorgesehen.

[70] Da die [Name des kleineren Versicherers] nicht am Verfahren beteiligt ist, wurde sie im Rahmen der Untersuchung nicht über ihre Patientenzahlen befragt. Der Marktanteil basiert auf einer Hochrechnung der Daten aus der Grundversicherung. Diese Berechnungsweise führt zwar zu keinem exakten Resultat, gibt aber jedenfalls die Grössenordnung der [Name des kleineren Versicherers] im Kanton Luzern wieder.

Verstärkung der Verhandlungsposition der [Name des Versicherers]. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die Mehrheit der Versicherer, welche auch die Mehrheit der Marktanteile vertreten, an den Verhandlungen der [Name des Versicherers] nicht mitbeteiligt waren bzw. dass sie sich nicht durch die [Name des Versicherers] haben vertreten lassen. Somit ist davon auszugehen, dass die vorliegende Abrede unerheblich ist.

115. Die wettbewerbsrechtliche Analyse könnte folglich an dieser Stelle abgebrochen werden. Damit würde aber ein Ziel der vorliegenden Untersuchung verfehlt und eine Frage offen gelassen, welche die Weko zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung bewogen hat. Am 22. August 2005 hat die Weko beschlossen, dass im Bereich der Zusatzversicherung zwei Fragen mit Musterfällen geklärt werden sollen: die erste Frage betrifft das Vorhandensein von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG. Diese Frage beantwortete die Weko mit der Zwischenverfügung vom 4. September 2006. Die zweite zu klärende Frage betrifft die Effizienzgründe für gemeinsame Verhandlungen auf Seiten der Versicherer. Die Krankenversicherer wurden mit Schreiben vom 22. November 2005 darüber informiert, dass die Weko diese Fragen mittels Untersuchungen klären würde.

116. Die von der Weko beschlossene Vorgehensweise basiert auf zwei Grundlagen. Einerseits hat die REKO/WEF im Beschwerdeentscheid zur Untersuchung des Halbprivatvertrages zwischen Krankenversicherern, Ärzten/innen und Privatkliniken im Kanton Aargau festgehalten, die Effizienzgründe für kollektive Verhandlungen seien ungenügend geprüft worden, weshalb sie eine Neubeurteilung dieses Punktes durch die Weko verlangte.[71] Diese Neubeurteilung ist dann aber nicht erfolgt, weil die fraglichen Verträge in der Zwischenzeit aufgehoben worden waren.[72] Deshalb blieb eine vertiefte Prüfung der Effizienzgründe aus. Andererseits verdeutlichten den Wettbewerbsbehörden die rund 140 – gemäss der in der Kartellgesetzrevision vorgesehenen Schlussbestimmung vom 20. Juni 2003 – gemeldeten Tarifverträge aus der Zusatzversicherung die Wichtigkeit der Fragestellung bezüglich der Effizienzgründe.

117. Schliesslich besteht von Seiten der Marktteilnehmenden aus Gründen der Rechtssicherheit ein Bedarf nach Klärung dieser Frage.[73] Für die Versicherer hat die Bedeutung der Fragestellung durch die Zwischenverfügung der Weko vom 4. September 2006 noch zugenommen, da die Bildung einer Verhandlungsgemeinschaft auf Seiten der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler gegenüber den Krankenversicherern dann nicht überprüft werden kann, wenn diese – wie im Kanton Luzern – wie ein Konzern zu betrachten sind.[74]

118. Aufgrund dieser Erwägungen wird nachfolgend auf der Grundlage des Sachverhalts im Kanton Luzern untersucht, inwiefern gemeinsame Verhandlungen auf Seiten der Versicherer, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden könnten.

B.3.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

B.3.3.4.1 Grundlagen

119. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie 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 gleichzeitig den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

120. In der Untersuchung des Kollektivvertrages zwischen Privatkliniken, Ärzten/innen und Versicherern im Kanton Aargau war von den Krankenversicherern vorgebracht worden, Kollektivverträge würden zu günstigeren Tarifen führen als Einzelverträge, da die Versicherer im Bereich der klassischen Halbprivatversicherung über eine derart schwache Stellung verfügten, dass sie in Einzelverhandlungen den Preisforderungen der Leistungserbringer ohnmächtig ausgeliefert wären.[75] Gemäss der REKO/WEF ist dieses Argument eines für die Versicherten besseren Ergebnisses von Kollektivverträgen unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob diese zu einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten und damit zu einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG führen.[76] Auch in der Lehre wird der Aufbau einer „Gegenmacht" (sogenannte *„Countervailing Power"*) zur Relativierung oder Eliminierung von Marktmacht auf der Marktgegenseite und die damit allenfalls bewirkte Kostensenkung unter dem Aspekt der Effizienzgründe geprüft.[77]

B.3.3.4.2 Gegenmacht

121. Eine der Modellannahmen des Paradigma zum vollkommenen Wettbewerb besagt, dass sich auf den Märkten eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern gegenüberstehen (atomistische Marktstruktur), die untereinander im Wettbewerb stehen. Die Marktteilnehmenden verfügen dabei über keine Marktmacht.

---

[71] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 885, E. 9.4 und 890, Ziff. 1 des Dispositivs. Dabei hat die REKO/WEF an dieser Stelle auch ausgeführt, die Prüfung der Effizienzgründe für den Halbprivatvertrag mit Beteiligung der Privatspitäler könne nur unter Berücksichtigung des Angebots der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Aargau erfolgen.

[72] Vgl. RPW 2004/4, 1026 ff. (Tarifvertrag mit Privatkliniken) und RPW 2004/4, 1018 ff. (Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern). In beiden Verfahren wurde beantragt, dass die Frage der Effizienzgründe geklärt werden soll.

[73] Die Schaffung von Rechtssicherheit ist im vorliegenden Fall im Gegensatz zur Konstellation bei der Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen (RPW 2006/4, 601 ff.; 2007/3, 478 ff.; Urteil B-4037/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Februar 2008) deshalb möglich, weil es um die Beurteilung einer bereits umgesetzten Verhaltensweise mit entsprechenden Marktwirkungen geht.

[74] Die Versicherer vertreten die Auffassung, dass die Krankenversicherer hätten das Recht gegenüber dem Kanton gemeinsam aufzutreten, wenn dieser dem Kartellgesetz nicht oder nur teilweise unterstehe.

[75] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 871, E. 9; RPW 2001/4, 680 ff., Rz. 131 ff.

[76] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 871, E. 9.

[77] Vgl. STOFFEL (FN 17), 106; MARCEL MEINHARDT/FELIX PRÜMMER, Organisation des Einkaufs, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2005, 331 f.; MARKUS RUFFNER, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in : Zäch/Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 198 f. Vgl. auch die Übersicht in OLIVIER SCHALLER, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, Diss., Fribourg 2002, 443 ff.

122. Diese Annahme ist etwa verletzt, wenn auf der Anbieterseite ein Monopol bzw. eine monopolsähnliche Situation oder auf der Nachfrageseite ein Monopson[78] bzw. eine monopsonsähnliche Situation besteht. Als Folge kommt es in der Regel zu Wohlfahrtsverlusten.[79] Bei einer solchen Konstellation kann es unter bestimmten Voraussetzungen sinnvoll bzw. effizient sein, eine gewisse Gegenmacht auf der Marktgegenseite aufzubauen. Dies begründet sich dadurch, dass – wohlfahrtstheoretisch gesehen – ein bilaterales Monopol einem Monopolisten, der sich einer Vielzahl von Nachfragern gegenübersieht, oder einem Monopsonisten, der einer Vielzahl von Anbietern gegenübersteht, unter bestimmten Bedingungen vorzuziehen ist [80]– in diesem Zusammenhang wird auch von „*Countervailing Power*" gesprochen.[81] Denn ein marktstarkes Unternehmen auf der Nachfrageseite (oder Anbieterseite) kann seine Marktmacht stärker ausspielen, wenn ihm auf der Marktgegenseite eine grosse Anzahl Anbieter (oder Nachfrager) gegenübersteht, als wenn sich die Anbieter (oder Nachfrager) in grösseren Gruppen oder gar einer Gruppe von Anbietern (oder Nachfragern) organisieren.[82] Umgekehrt formuliert können grössere Anbieter (oder Nachfrager) gegenüber einem starken Nachfrager (oder Anbieter) aufgrund ihrer Gegenmacht bessere (Preis-)Konditionen aushandeln als kleinere Anbieter (oder Nachfrager).

123. Die Existenz dieses Effektes der Gegenmacht ist in der Literatur erwiesen. Es existieren in der Literatur unterschiedliche Kategorien von Theorien bezüglich der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Effekt tatsächlich zur Geltung kommt.[83] Sie können in zwei grobe Kategorien unterteilt werden. Die erste Kategorie umfasst Modelle (mit bestimmten Annahmen wie z. B. Informationssymmetrie), in denen die Gegenmacht selbst gegenüber einem Monopolisten oder Monopsonisten spielen kann. In den Modellen der zweiten Kategorie (wiederum mit bestimmten Annahmen) trägt der Aufbau einer Gegenmacht faktisch erst dann wohlfahrtssteigernde Früchte, wenn auf der Seite des marktstarken Unternehmens ein gewisser Wettbewerb vorhanden ist und die Gegenmacht über gewisse Substitutionsmöglichkeiten verfügt.

124. Unabhängig von diesen zwei Kategorien ist zu berücksichtigen, dass durch die Schaffung von Gegenmacht oder gar einem bilateralen Monopol volkswirtschaftliche Probleme auftreten können, die wiederum den Nutzen einer Gegenmacht zu schmälern vermögen.[84] Dabei ist z.B. an allfällige hohe Transaktionskosten bei der Organisation oder Bildung der Gegenmacht sowie negative Auswirkungen der Machtkonstellation auf nachfolgenden Märkten (Kollusionsgefahr) zu denken. Liegt auf dem nachgelagerten Markt kein Wettbewerb zwischen den gemeinsam auftretenden Unternehmen vor, so besteht die Gefahr, dass die Konsumenten/innen von den Effekten der Gegenmacht nicht profitieren.

B.3.3.4.3 Gegenmacht bei Verhandlungen zwischen Spitälern und Versicherern

125. Der Effekt von Marktmacht auf Seiten der Spitäler (Konzentration mit Monopolstellung), der Marktmacht auf Seiten der Krankenversicherer (Konzentration mit Monopsonstellung) und Marktmacht auf beiden Seiten (bilaterales Monopol) wurde in der gesundheitsökonomischen Literatur breit diskutiert.[85] In zahlreichen ausländischen Studien wurden die Wirkungen der Bildung einer Gegenmacht auf Seiten der Krankenversicherer gegenüber Spitälern empirisch untersucht:

- Von besonderem Interesse aus Schweizer Sicht ist eine aktuelle Studie aus den Niederlanden, welche die Frage untersucht, wie sich die Marktkonzentration von Versicherern und Spitälern auf deren Verhandlungsmacht auswirkt.[86] Das niederländische Gesundheitswesen wurde in den Jahren 2005 und 2006 reformiert mit dem Ziel, schrittweise Preiswettbewerb zwischen den Spitälern zu erreichen. Dieses Gesundheitswesen ist namentlich insofern mit dem schweizerischen vergleichbar, als es ebenfalls stark reguliert ist und eine obligatorische Grundversicherung besteht (sowie über einen Aufnahmezwang für die Versicherer verbunden mit einem Risikoausgleichssystem verfügt). Zwei Berichte der holländischen Gesundheitsbehörde zeigen auf, dass die Versicherer die neu eingeführte Möglichkeit, Spitäler zu selektionieren, praktisch nicht benutzen und mit sämtlichen Leistungsanbietern Verträge schliessen. Die empirische Untersuchung führte zum Ergebnis, dass eine höhere Konzentration der Versicherer zu einer signifikanten Reduktion der Marktmacht der Spitäler und der Tarife führt.

[78] Ein Monopson liegt vor, wenn ein Nachfrager vielen Anbietern gegenübersteht. Der gewinnmaximierende Monopsonist verhält sich anders als mehrere Nachfrager, die in Konkurrenz zueinander stehen; vgl. etwa ROGER D. BLAIR/JEFFREY L. HARRISON, „Monopsony: Antitrust Law and Economics", Princeton, 1993; 36 ff.

[79] Vgl. etwa BLAIR/HARRISON (FN 78), 36 ff; PAUL DOBSON/MICHAEL WATERSON/ALEX CHU, „The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power", Research paper 16, 1998.

[80] Vgl. etwa BLAIR/HARRISON (FN 78); ARTHUR BOWLEY, „Bilateral Monopoly", Economic Journal, December, 1928.

[81] Vgl. zum Begriff CHRISTOPHER M. SYNDER, Countervailing Power, Contribution to the New Palgrave Dictionary, 2005, www.dartmouth.edu/~csnyder/countervail01.pdf (25.04.08). Das Konzept geht ursprünglich zurück auf JOHN KENNETH GALBRAIGHT, American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, Boston, 1952. Neu aufgelegt in der Classic in Economies Series, 1993.

[82] Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theorie and Practice, Cambridge, 2004.

[83] Vgl. für eine Übersicht der beiden Theorien SARA FISHER ELLISON/CHRISTOPHER M. SNYDER, Countervailing Power in Wholesale Pharmaceuticals, MIT-Working Paper, 2001, 1 ff.; SYNDER (FN 81).

[84] Vgl. BLAIR/HARRISON (FN 78), 121 ff.; MARK V. PAULY, „Market Power, Monopsony, and Health Insurance Markets", Journal of Health Economics, 1988, 111–128 (zit. Market Power); MARK V. PAULY, "Monopsony Power in Health Insurance: Thinking Straight while Standing on Your Head", Journal of Health Economics, 1987, 73–81 (zit. Monopsony). Vgl. aus der schweizerischen juristischen Literatur BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 7 N 75 ff.; MEINHARDT/PRÜMMER (FN 77), 332 f.

[85] Für einen Überblick vgl. MARTIN GAYNOR/WILLIAM B. VOGT, „Antitrust and Competition Health Care Markets", in: Anthony J. Culyer/Joseph P. Newhouse (Hrsg.), Handbook of Health Economics, Volume 1B, 2000, 1405–1487; DAVID DRANOVE/MARK A SATTERTHWAITE, „The Industrial Organization of Health Care Markets", in: Anthony J. Culyer/Joseph P. Newhouse (Hrsg.), Handbook of Health Economics, Volume 1B, 2000, 1096–1139; FJS 1971, S. 78.

[86] R.S. HALBERSMA/M.C. MIKKERS/E. MOTCHENKOVA/I. SEINEN, Market Structure an Hospital-Insurer bargaining in the Netherlands, TILEC Discussion Paper, 2007, erhältlich unter www.tilburguniversity.nl/tilec/publications/discussionpapers/2007-006.pdf (21.04.08).

- Weitere Arbeiten zeigen auf, dass der Aufbau einer „Gegenmacht" auf Seiten der Krankenversicherer gegenüber den Leistungserbringern zur Aushandlung tieferer Tarife führen kann.[87] Beispielhaft können die Arbeiten von Melnick et al. sowie von Foreman et al. erwähnt werden. So zeigen Melnick et al.auf, dass ein signifikanter Zusammenhang zwischen der Grösse eines Versicherers bzw. einer Gruppe von Versicherern und tieferen Spitaltarifen besteht. Zum gleichen Ergebnis gelangen Foreman et al., die zudem aufzeigen können, dass die tieferen Spitaltarife zu tieferen Versichertenprämien führen: In dieser Studie werden die verschiedenen Marktanteile von zwei grösseren Versicherern (Blue Cross und Blue Shield Plans) in verschiedenen Regionen und namentlich deren Einfluss auf die Tarife von Leistungserbringern, die administrativen Kosten der Versicherer und die Versichertenprämien untersucht. Foreman et al. zeigen, dass bei steigendem Marktanteil der Versicherer, die Spitaltarife signifikant sinken, die administrativen Kosten der Versicherer abnehmen (wenn auch nicht signifikant) und die Reduktion der Spitaltarife zu einer Senkung der Versichertenprämien führen (wenn auch nicht signifikant).[88]

126. Gestützt auf die gesundheitsökonomische Literatur kann festgehalten werden, dass der Aufbau einer „Gegenmacht" bei Marktkonstellationen, wie sie in casu vorliegen, als effizient gelten kann. Zahlreiche empirische Arbeiten – deren Resultate sich auf die Schweiz übertragen lassen[89] – belegen, dass bei Verhandlungen zwischen Spitälern und Krankenversicherern die reine Grösse des Versicherers (bzw. die Grösse der Verhandlungsgemeinschaft auf Seiten der Versicherer) zu einer Verbesserung seiner bzw. ihrer Verhandlungsposition, zu einer Reduktion der Verhandlungsmacht der Spitäler und als Folge davon zu tieferen Tarifen führen kann.

127. Spezifizierend ist festzuhalten, dass einer Verhandlungssituation in einem bilateralen Monopol zwischen Spitälern und Krankenversicherern eine kompetitive Verhandlungssituation zwischen mehreren, einzeln oder in Gruppen auftretenden Leistungserbringern und Krankenversicherern vorzuziehen ist. Letztere Situation setzt aber vor allem voraus, dass die Versicherer die Möglichkeit besitzen, Spitäler von ihrem Versicherungsangebot auszuschliessen bzw. Versicherte bei Behandlungen zu bestimmten Spitälern lenken zu können. So wird auch in einem Teil der obgenannten Studien und Arbeiten über die Verhandlungen zwischen Spitälern und Krankenversicherern gezeigt, dass die Fähigkeit von Versicherern Spitäler vom Versicherungsangebot auszuschliessen und seine Versicherten zu bestimmten Leistungserbringern zu leiten, einen grösseren Effekt auf die ausgehandelten Tarife hat als die Grösse eines Versicherers bzw. einer Versicherergruppe.[90] Beispielsweise schätzt SORENSEN[91] in einer empirischen Arbeit, dass die Möglichkeit Patienten/innen bei der Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen durch Krankenversicherer in bestimmte Spitäler leiten zu können, einen rund acht Mal grösseren Effekt auf die Tarife aufweist, als die Grösse von Versicherern in Verhandlungen. Soweit den Versicherern diese Möglichkeit jedoch nicht offen steht, kann der Aufbau einer Gegenmacht, wie oben ausgeführt, effizient sein.

B.3.3.4.4 Gegenmacht im Kanton Luzern

128. Vor dem Hintergrund der ökonomischen Theorie und der ausländischen empirischen Studien stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall die Bildung einer Verhandlungsgemeinschaft auf Seiten der Versicherer gegenüber den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern aus Effizienzgründen gerechtfertigt gewesen wäre. Dabei sind folgende Elemente zu untersuchen: (1) verfügen die Spitäler über eine derart starke Verhandlungsposition, dass sich der Aufbau einer Gegenmacht rechtfertigen könnte, (2) wie ist die Verhandlungsposition eines einzelnen Versicherers zu beurteilen, und (3) wären negative Folgen einer Verhandlungsgemeinschaft der Versicherer auf dem nachgelagerten Markt, d.h. gegenüber den Versicherten, zu befürchten.

[87] Studien, welche eher die Stellung der Versicherer analysieren: ROGER FELDMAN/WARREN GREENBERG, „The Relation between the Blue Cross Share and the Blue Cross 'Discount' on Hospital Charges", Journal of Risk and Insurance, 48, 1981, 235–246; KILLARD W. ADAMACHE/FRANK A. SLOAN, „Competition between Non-Profit and For-Profit Health Insurers", Journal of Health Economics, 2, 1983, 225–243; H.E. FRECH III, „Monopoly Health Insurance: The Economics of Kartell v. Blue Shield of Massachusetts", in: H.E. Frech III (Hrsg.), Health Care in America: The Political Economy of Hospitals and Health Insurance (Pacific Research Institute for Public Policy, San Francisco, CA), 1988, 353–372; STEPHEN EARL FOREMAN/JOHN ANDERSON WILSON/RICHARD M. SCHEFFLER, „Monopoly, Monopsony and Contestability in Health Insurance: A Study of Blue Cross Plans", Economic Inquiry, 34, October 1996, 662–677.
Studien zum bilateralen Monopol von Leistungserbringern und Krankenversicherern: PAULY (FN 84), Monopsony, 73–81; MICHAEL STATEN/WILLIAM DUNKELBERG/JOHN UMBECK, „Market Share and the Illusion of power: Can Blue Cross force hospitals to discount?", Journal of Health Economics, 6, 1987, 43–58; PAULY (FN 84), „Market Power, 111–128; MICHAEL STATEN/JOHN UMBECK/WILLIAM DUNKELBERG, „Market Share/Market Power revisited?", Journal of Health Economics, 7, 1988, 76–83 (widerlegt insbesondere die oberwähnten Bedenken von PAULY 1987); GLENN A. MELNICK/JACK ZWANZIGER/ANIL BAMEZAI/ROBERT PATTISON, „The Effects of Market Structure and Bargaining Position on Hospital Pricing", Journal of Health Economics, 11, 1992, 217–233; JOHN M. BROOKS/AVI DOR/HERBERT S. WONG, „Hospital-Insurer Bargaining: an Empirical Investigation of Appendectomy Pricing", Journal of Health Economics, 16, 1997, 417–434; ALAN T. SORENSEN, „Insurer-Hospital Bargaining: Negotiated Discounts in Post-Deregulation Connecticut", Journal of Industrial Economics, 2003, 469–490; HALBERSMA/MIKKERS/ MOTCHENKOVA/SEINEN (FN 86); GLENN MELNICK/EMMETT KEELER, „The Effects of Mulit-Hospital Systems on Hospital Prices", Journal of Health Economics, 26, 400–413; MARTIN GAYNOR/ASAKO SHIMAZAKI/WILLIAM B. VOGT, „Bilateral Market Power: Evidence from Hospital Markets", 2007, noch nicht publiziert; DAVID DRANOVE ET AL., „The Impact of Managed Care on Hospital Prices decreasing?", Journal of Health Economics, 27, 2008, 362–376.

[88] Bei 10 % höherem Marktanteil der Versicherer in einer Region waren die entsprechenden Versichertenprämien durchschnittlich rund 6 % tiefer.

[89] Die genannten empirischen Studien wurden im Ausland durchgeführt, für die Schweiz bestehen keine vergleichbaren Arbeiten. Zwar hängt die konkrete Stellung von Krankenversicherern und Leistungserbringern auch von den jeweiligen Gesundheitssystemen ab, jedoch sind zahlreiche Erkenntnisse der Gesundheitsökonomie unabhängig von nationalen Gesundheitssystemen generell gültig. Auch die Erkenntnisse über den Aufbau von Macht und Gegenmacht lassen sich aufgrund der Studienanlagen ohne weiteres auf andere Gesundheitssysteme, insbesondere das schweizerische Gesundheitssystem, übertragen.

[90] Vgl. SORENSEN (FN 87); BROOKS/DOR/WONG (FN 87); MELNICK et al. (FN 87); MELNICK/KEELER (FN 87); als Beispiele aus dem Arzneimittelbereich: ELLISON/SNYDER (FN 83), 1 ff.; SYNDER (FN 83).

[91] Vgl. SORENSEN (FN 90).

I. Verhandlungsposition der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler

129. Im Rahmen der Prüfung, ob im vorliegenden Fall eine Verletzung von Art. 7 KG durch die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler stattgefunden hat, erfolgt eine ausführliche Analyse der Marktstellung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern, insbesondere auch gegenüber den Versicherern (vgl. unten Rz. 152 ff.). Die Wettbewerbskommission gelangt dabei zum Ergebnis, dass den öffentlich und öffentlich subventionierten Spitälern des Kantons Luzern, welche wie ein Konzern als Gesamtheit zu betrachten sind, eine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. unten Rz. 170) und sie gegenüber den Krankenversicherern über eine sehr starke Marktstellung verfügen. Zusammengefasst sind folgende Elemente für diese Beurteilung ausschlaggebend:

- die beschränkte aktuelle Konkurrenz zwischen den Spitälern: die Spitäler haben nur eine geringe gegenseitig disziplinierende Wirkung. Namentlich findet kein Preiswettbewerb und kein objektiver Qualitätswettbewerb statt (vgl. unten Rz. 157 ff. und 162 ff.)
- die starke Positionierung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler, insbesondere des KSL und des KSSW gegenüber den Versicherern (vgl. unten Rz. 164 ff.)
- die Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Krankenversicherern und Spitälern in der Zusatzversicherung, vor allem der faktische Kontrahierungszwang, der sich für die Krankenversicherer daraus ergibt, dass die Versicherten in der Zusatzversicherung volle Spitalwahlfreiheit erwarten (vgl. unten Rz. 166 ff.).

130. Diese Stellung hat zur Folge, dass das GSD (welches die Verhandlungen für alle öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler geführt hat) über eine ausgesprochen starke Verhandlungsposition verfügt. Letztere ist zum einen durch staatliche Regulierungen verursacht[92] und zum anderen dadurch geschützt, dass aufgrund des Konzernprivilegs gegen gemeinsame Verhandlungen auf Seiten der Spitäler kartellrechtlich nicht vorgegangen werden kann.[93] Damit dürfte die Grundvoraussetzung dafür, dass der Aufbau einer Gegenmacht effizient und gerechtfertigt sein kann, gegeben sein.[94]

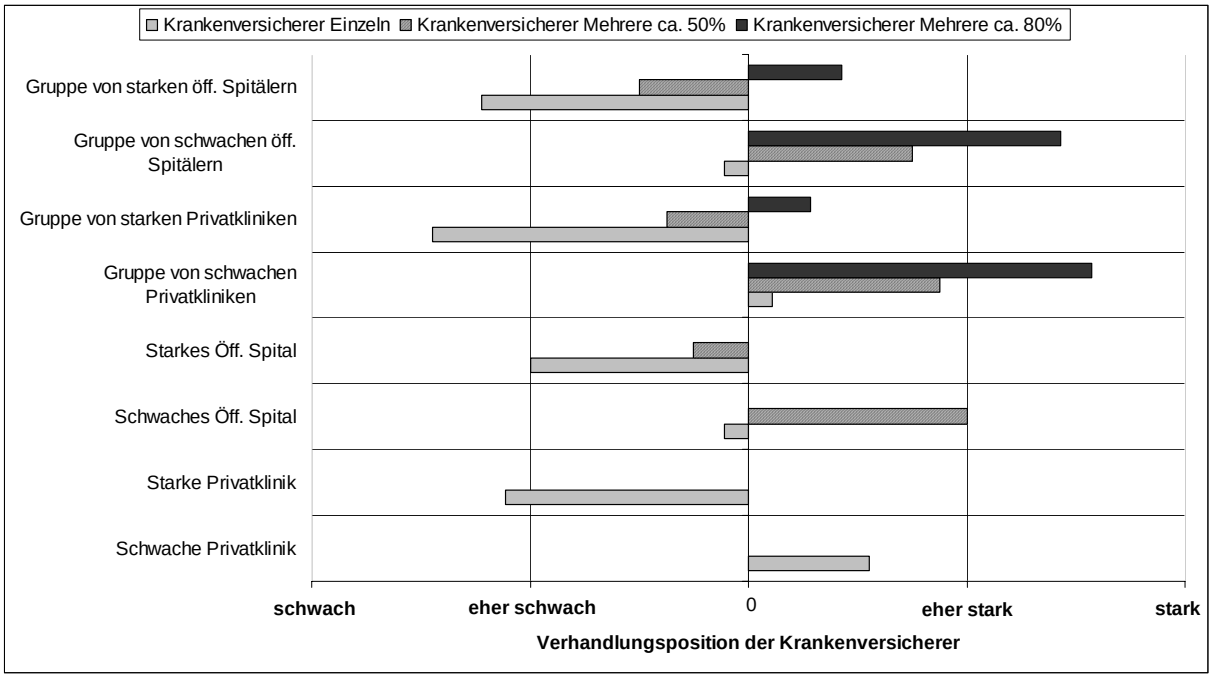
II. Verhandlungsposition der Krankenversicherer

131. Grundsätzlich kann bereits aufgrund der oben getroffenen Erwägungen zur starken Verhandlungsposition der Spitäler der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Krankenversicherer tendenziell über eine relativ schwache Verhandlungsposition verfügen. Zur Überprüfung der getroffenen Schlüsse und zur Plausibilisierung der Ergebnisse der ausländischen empirischen Studien für die Schweiz wurden die Zusatzversicherer einerseits danach befragt, wie sie ihre Verhandlungsposition gegenüber den Leistungserbringern einschätzen und andererseits welche Strategien und Möglichkeiten ihnen zur Verfügung stehen, um in den Verhandlungen Druck auf einen als zu hoch empfundenen Tarif auszuüben.

132. Die nachfolgende Abbildung 3 zeigt auf, wie die Zusatzversicherer ihre Verhandlungsposition eingeschätzt haben. Für die Antwort standen Ihnen die vier Kategorien „stark“, „eher stark“, „eher schwach“ und „schwach“ zur Verfügung. Dabei sollten die Zusatzversicherer ihre Verhandlungsposition danach beurteilen ob sie (a) einzeln, (b) in einer Gruppe von Versicherer mit ca. 50 % Marktanteil, oder (c) in einer Gruppe von Versicherer mit ca. 80 % Marktanteil mit den Spitälern verhandeln. Zudem wurde berücksichtigt, ob die Versicherer einem starken oder schwachen Spital bzw. einer Gruppe starker oder schwacher Spitäler gegenüber stehen (vgl. für die Kriterien der Unterscheidung zwischen starken und schwachen Spitälern unten Rz. 162 ff.).

[91] So wird beispielsweise der faktische Kontrahierungszwang durch die kantonalen Spitallisten mitverursacht, vgl. hinten Rz. 167.
[93] Vgl. die Zwischenverfügung vom 4. September 2006.
[94] Vgl. STOFFEL (FN 17), 106.

Abbildung 3: Verhandlungsposition der Krankenversicherer gegenüber einzelnen Spitälern und Gruppen von Spitälern in Abhängigkeit des Marktanteils auf Versichererseite



133. Zu dieser Abbildung gilt es zunächst folgende Bemerkungen anzubringen:

- Die Abbildung gibt die subjektive Einschätzung der Krankenversicherer wieder, und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Krankenversicherer bei der Beantwortung des Fragebogens der Wettbewerbsbehörden ihre Verhandlungsposition tendenziell schwächer angegeben haben, als sie diese tatsächlich einschätzen, um die kartellrechtliche Zulässigkeit von Gruppenverhandlungen zu belegen. Allerdings kann diesem Vorbehalt entgegengesetzt werden, dass die Einschätzung der Verhandlungsposition durch die Krankenversicherer mit den sonstigen Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung (vgl. die Ausführungen zu den Abhängigkeitsverhältnissen in der Zusatzversicherung unten in Rz. 166 ff.) sowie der früheren Untersuchung der Weko im Kanton Aargau,[95] den Ausführungen der REKO/WEF[96] sowie mit den Ergebnissen von Studien übereinstimmt, die den Krankenversicherer eine schwächere Verhandlungsposition als den Leistungserbringern zusprechen.[97] Zudem sind die Antworten der unterschiedlichen Krankenversicherer untereinander konsistent.
- Bezüglich der Verhandlungsposition gegenüber einer einzelnen Privatklinik hat das Sekretariat nur die Verhandlungsposition des einzelnen Versicherers erfragt. Für die Verhandlungsposition gegenüber einem einzelnen öffentlichen Spital wurde nur die Verhandlungsposition des einzelnen Versicherer sowie von mehreren Versicherern mit ca. 50 % Marktanteil erhoben. Dies deshalb, weil das Sekretariat von der Hypothese ausgegangen ist, dass bei Verhandlungen gegenüber einem einzelnen Privatspital bzw. öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spital eine Gruppenbildung auf Seiten der Versicherer mit Marktanteilen von 50 % bzw. 80 % nicht notwendig sein dürfte.

134. Unter Beachtung der obigen Bemerkungen lassen sich folgende, auch aus der Abbildung ersichtliche, Schlüsse ziehen:

- Die *Gruppenbildung auf Seiten der Krankenversicherer* hat einen positiven Einfluss auf ihre Verhandlungsposition. Gerade gegenüber den stärksten Verhandlungspartnern (Gruppe von starken öffentlichen und/oder öffentlich subventionierten Spitälern und Gruppe von starken Privatkliniken) verbessert die Gruppenbildung die Verhandlungsposition der Versicherer.
- Die *Gruppenbildung auf Seiten der Spitäler* stärkt deren Verhandlungsposition (bzw. schwächt diejenige der Krankenversicherer). Allerdings ist dieser Effekt weniger ausgeprägt als die Gruppenbildung auf Seiten der Krankenversicherer, da die Leistungserbringer gegenüber den Krankenversicherern bereits Marktvorteile aufweisen und damit eine einzelne. starke Privatklinik und ein einzelnes, starkes öffentliches oder öffentlich subventioniertes Spital bereits alleine über eine starke Verhandlungsposition verfügt.
- Gegenüber einem starken öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spital schätzen die Krankenversicherer ihre Verhandlungsposition auch bei Gruppenverhandlungen mit einem Marktanteil von 50 % als eher schwach ein. Dieses Resultat dürfte analog für eine starke Privatklinik gelten.

[95] Vgl. RPW 2001/4, 682, Rz. 132b).
[96] Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 874 f., E. 9.3.1.
[97] Vgl. LEU (FN 112), insbesondere Anhang A4, 83 ff.

- Gegenüber einer Gruppe von starken öffentlichen und/oder öffentlich subventionierten Spitälern oder starken Privatkliniken sehen sich die Krankenversicherer erst dann nicht mehr in einer eher schwachen Verhandlungsposition, wenn sie in einer Gruppe verhandeln, welche über ca. 80 % Marktanteil verfügt.
- Das Kriterium, ob ein Spital öffentlich bzw. öffentlich subventioniert oder privat ist, spielt für die Frage der Verhandlungsmacht eine geringere Rolle als die Frage, ob das Spital als stark oder schwach beurteilt wird. So erachten sich die Krankenversicherer gegenüber einer einzelnen schwachen Privatklinik als in einer eher starken Verhandlungsposition, gegenüber einem schwachen öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spital genügt die Bildung einer Gruppe mit rund 50 % Marktanteil, damit die Versicherer ihre Verhandlungsposition als eher stark einschätzen. Welche Kriterien dazu führen, dass ein Spital schwach oder stark auf dem Markt positioniert ist, wird unten unter Rz. 162 ff. dargestellt. Vorweg kann festgehalten werden, dass die Aufführung eines Spitals auf der Spitalliste der obligatorischen Krankenpflegeversicherung dessen Position entscheidend stärkt – denn somit ist es für die Krankenversicherer kaum möglich, ein Spital in der Zusatzversicherung auszuschliessen (vgl. Rz. 163 und 166 ff.). Dabei ist anzumerken, dass die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler in den meisten Kantonen, sofern sie gemeinsam verhandeln, automatisch über eine sehr starke Position verfügen.

135. Der Einfluss der Gruppenbildung für die Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer dürfte – in Übereinstimmung mit den in der ökonomischen Literatur vorhandenen Arbeiten zu Countervailing Power – zu einem gewissen Teil rein durch die Grösse bedingt sein. Für den Kanton Luzern wird die Bedeutung der Grösse eines Versicherers dadurch belegt, dass die [Anzahl/grösseren] Krankenversicherer im relevanten Markt (Marktanteile von rund 25–35 %) bessere Tarifkonditionen (d.h. eine geringe Erhöhung der Tagestaxen) erhalten haben als die anderen Krankenversicherer. Der Kanton Luzern hat auch nur bei diesen [Anzahl] Krankenversicherern die Bereitschaft gezeigt, in einem gewissen Umfang bilateral zu verhandeln. Allerdings wäre es auch den grösseren Versicherern verwehrt geblieben, beispielsweise eine alternative Vergütungsform auszuhandeln.

136. Die Verbesserung der Verhandlungsposition mit zunehmender Grösse der Verhandlungsgemeinschaft auf Seiten der Krankenversicherer verleiht den Verhandlungsstrategien, welche den Krankenversicherern in Verhandlungen mit den Leistungserbringern zur Verfügung stehen, ein höheres Gewicht. Die Wettbewerbsbehörden haben die Krankenversicherer nach diesen Strategien befragt. Aufgrund der Antworten können folgende Kategorien von Verhandlungsstrategien unterschieden werden:

- *Neutrale Strategien*: Damit sind Massnahmen gemeint, welche die Position des Versicherers in den Verhandlungen stärken, ohne dass er dem Leistungserbringer Vor- oder Nachteile in Aussicht stellen muss. Es handelt sich dabei grundsätzlich um sachliche Argumente und Umstände, die in den Verhandlungen vorgebracht werden können, um den überhöhten Tarif in Frage zu stellen. Genannt wurden das Einbringen eigener Tarifberechnungen (welche auf effektiven Zahlen beruhen), das Benchmarking mit Tarifen anderer Leistungserbringer sowie Vereinbarungen die auf dem Volumen des Versicherer beruhen (Rabattierungsvereinbarungen).
- *Strafende Strategien*: Dies sind Nachteile, mit welchen die Krankenversicherer den Leistungserbringern in Tarifverhandlungen drohen können, um eine Senkung des Tarifs zu erreichen. Die stärkste Massnahme würde der Ausschluss eines Spitals von der Leistungspflicht darstellen. Weiter kann eine Krankenversicherung die Einführung des Unterversicherungsprinzips in Aussicht stellen, d.h. es würde nur eine eingeschränkte Kostenübernahme durch den Krankenversicherer (z.B. nur 70 % der Kosten oder durch Festlegung eines eigenen Referenztarifs) erfolgen. Die Differenz zum Tarif des Leistungserbringers müssten dann die Patienten/innen tragen. Ein anderer Nachteil, mit dem einem Leistungserbringer gedroht werden kann, ist die Einführung des Tiers garant. Dies würde zu einer Erhöhung des Inkassorisikos für den Leistungserbringer führen, da die Patienten/innen und nicht die Krankenversicherer Schuldner der Rechnung sind. Schliesslich haben die Krankenversicherer folgende weitere „Strafmassnahmen“ erwähnt: die systematische Überprüfung aller Rechnungen, die Durchführung negativer Kommunikationskampagnen und die Steuerung der Patienten/innen am Leistungserbringer vorbei (Fallsteuerung/Case Management).
- *Belohnende Strategien*: Der Krankenversicherer kann mit belohnenden Massnahmen dem Leistungserbringer Anreize für eine Einigung in der Tariffrage setzen. Genannt wurden durch die Krankenversicherer die Steuerung der Patienten/innen zum Leistungserbringer (Fallsteuerung/Case Management), die Senkung der administrativen Kosten durch das Case Management, der Aufbau von langfristigen Kooperationsprojekten und Netzwerken, die Zahlung mittels Tiers payant, die Verkürzung von Zahlungsfristen und die Durchführung positiver Kommunikationskampagnen.

137. Zu den *strafenden Strategien* gilt es Folgendes auszuführen:

- Die Krankenversicherer weisen darauf hin, dass die strafenden Massnahmen bei ihnen unbeliebt und teilweise selbstschädigend sind, da die Versicherten unter diesen Massnahmen „zu leiden haben“ (z.B. Wahleinschränkung, Kostenfolgen). Deshalb sind diese Massnahmen für die Krankenversicherer mit einem erheblichen Risiko verbunden, Kunden/innen zu verlieren. Weiter besteht für die Krankenversicherer das Risiko, dass bei fehlendem Tarifvertrag die unvorteilhafteren kantonalen Taxordnungen angewendet werden.
- Die strafenden Strategien sind den grossen Krankenversicherern oder Gruppen von Krankenversicherern vorbehalten. Beispielsweise ist die Fähigkeit

eines einzelnen Versicherers, ein Spital von der Leistungspflicht auszuschliessen, kaum gegeben. Dies gilt nicht nur für den Ausschluss von der Leistungspflicht, sondern für alle strafenden Strategien. Die Androhung und Durchsetzung von strafenden Strategien hängt weitgehend mit dem zunehmenden Marktanteil des Krankenversicherers oder der Gruppe von Krankenversicherern zusammen. Je wahrscheinlicher strafende Massnahmen ergriffen und umgesetzt werden können, umso stärker ist die Verhandlungsposition des Krankenversicherers bzw. der Gruppe von Krankenversicherer. Zu beachten ist allerdings, dass – im Gegensatz zur Gruppenbildung für die Aushandlung von Tarifen – eine tatsächliche gemeinsame Durchsetzung gewisser strafender Strategien zum Teil kartellrechtlich problematisch sein könnte (z.B. gemeinsamer Ausschluss eines Spitals von der Leistungspflicht[98]).

138. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ergebnisse der Befragung der Krankenversicherer ebenfalls darauf hinweisen, dass der Aufbau einer Gegenmacht auf Seiten der Krankenversicherer durch die Bildung von Verhandlungsgemeinschaften für die Verhandlungen mit den Leistungserbringern gerechtfertigt sein können. Die Ergebnisse zeigen aber auch auf, dass die Krankenversicherer bei der Einschätzung ihrer Verhandlungsposition durchaus danach differenzieren, wer ihnen als Verhandlungspartner gegenüber steht.

139. Im konkreten Fall sind die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern der stärksten Kategorie möglicher Verhandlungspartner (Gruppe starker öffentlicher Spitäler) zuzuordnen. Die Bildung einer Gegenmacht auf Seiten der Versicherer ist vor diesem Hintergrund gerechtfertigt. Dies wird weiter dadurch gestützt, dass selbst grössere Krankenversicherer wie [Namen der Versicherer], die einen Marktanteil von [15–30] % aufweisen, bei den Leistungserbringer nur relativ kleine Tarifzugeständnisse erzielen konnten. Es bleibt aber noch zu prüfen, ob die Bildung einer Verhandlungsgemeinschaft unter den Versicherern nicht zu negativen Folgen auf dem nachgelagerten Markt gegenüber den Versicherten führen könnte.

III. Keine negativen Folgen der Gegenmacht im Kanton Luzern

140. Eine der Gefahren, welche mit der Bildung einer Gegenmacht verbunden sind, besteht darin, dass die Teilnehmer an der Verhandlungsgemeinschaft die Preise auf dem nachgelagerten Markt, d.h. konkret die Versichertenprämien, absprechen. Die Wettbewerbsbehörden haben daher die Wettbewerbssituation auf dem Markt für Zusatzversicherungen im Kanton Luzern untersucht. Die heutige Wettbewerbssituation ist für die Beurteilung dieser Gefahr deshalb von Interesse, weil bereits aufgrund der geltenden Tarifverträge II die meisten Versicherer im Kanton Luzern über ähnliche Tarifstrukturen verfügen.

141. Die Weko hat die Prämientarife in der Zusatzversicherung im Kanton Luzern bei den Krankenversicherern erhoben und verglichen. Bereits der Aufbau der Prämientabellen der Versicherer ist uneinheitlich. So hat jede Versicherung eine eigene Alterseinteilung, welche die Prämienhöhe beeinflusst. Gewisse Krankenversicherer haben unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen[99], andere nicht[100]. Die räumliche Geltung der Prämientarife ist unterschiedlich: einige kleinere Krankenversicherer haben in der ganzen Schweiz dieselben Tarife[101]; die grösseren Krankenversicherer bilden entweder eigene geographische Regionen (z.B. mehrere Kantone zusammen[102]) oder verfügen über kantonale Prämientarife[103]. Es bestehen diverse – je nach Kasse unterschiedliche – Möglichkeiten, die Prämien zu variieren (insbesondere durch Franchisen, aber beispielsweise auch durch den Ausschluss von Leistungen bei Mutterschaft). Schliesslich lassen sich beim Vergleich der Höhe der Prämien keinerlei Anzeichen für eine Koordination oder Abstimmung finden. Dies lässt sich auf einfache Weise nachvollziehen, wenn auf www.comparis.ch die Prämien im Bereich der Zusatzversicherung für den Kanton Luzern verglichen werden. So beträgt beispielsweise die günstigste Monatsprämie einer an der Untersuchung beteiligten Krankenversicherung für eine Halbprivatversicherung für einen 20 jährigen, in Luzern wohnhaften Mann CHF 15.--, das teuerste hingegen CHF 47.30; bei einem 60 jährigen Mann beträgt das günstigste Angebot CHF 60.--, das teuerste CHF 187.20.[104] Es kann deshalb festgehalten werden, dass auf Stufe der Prämien in der Zusatzversicherung im Kanton Luzern wirksamer Wettbewerb vorliegt.

142. Es ist nicht damit zu rechnen, dass die Bildung von Verhandlungsgemeinschaften gegenüber den Leistungserbringern diesen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt beeinträchtigt. Die unterschiedlichen Strukturen der Versicherer (z.B. bezüglich Kosten- und Versichertenstruktur), die Anzahl tätiger Versicherer[105] sowie der Umstand dass der Versichertenbestand in der Zusatzversicherung eher rückläufig ist[106], führen dazu, dass eine Kollusion zwischen den Versicherern massgeblich erschwert ist. Es ist davon auszugehen, dass auch bei der Bildung von Verhandlungsgemeinschaften gegenüber den Leistungserbringer auf dem nachgelagerten Markt wirksamer Wettbewerb besteht, so dass

[98] Vgl. aber die REKO/WEF, in RPW 2003/4, 875, E. 9.3.1., welche festhält, dass die kollektive Drohung aller Krankenversicherer, einen Leistungserbringer von der Versicherungsdeckung auszunehmen, wesentlich schwerer wiegt als die gleiche Drohung eines einzelnen Versicherers.

[99] So z.B. [Name des Versicherers].

[100] So z.B. [Name des Versicherers].

[101] So z.B. [Name des Versicherers].

[102] So z.B. die [Name des Versicherers], bei welcher sich der Kanton Luzern in der Zone 2 befindet, bestehend aus AG, BL, BS, LU, SO, ZG, ZH; bei der [Name des Versicherers] ist der Kanton Luzern hingegen in der Region 1, bestehend aus AI, AR, GL, GR, LU, SH, TG.

[103] So z.B. die [Namen der Versicherer].

[104] Abfrage am 26. Februar 2008. Damit werden zwar bereits die Tarife für das Jahr 2008 abgefragt, das vermittelte Bild stimmt aber mit demjenigen überein, welches sich bei Verwendung der Prämientarife 2007 oder 2006 ergeben würden.

[105] Im Kanton Luzern wurden insgesamt 11 Tarifverträge II abgeschlossen, wobei einige der Tarifverträge für mehrere Krankenversicherer gelten (vgl. oben Rz. 41). Zur Anzahl Krankenversicherer vgl. RPW 2008/2, 250, Rz. 41 und 53).

[106] Vgl. die Zahlen des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV) für die Jahre 2003–2006: www.bpv.admin.ch/themen/00503/00607/index.html?lang=de (05.06.08).

die Krankenversicherer die Einsparungen, welche sie aufgrund tieferer Tarife der Leistungserbringer erzielen können, an ihre Versicherten weitergeben um im Wettbewerb gegenüber den anderen Zusatzversicherern bestehen zu können.[107]

143. Auch andere, zuweilen in Verbindung mit der Figur der Gegenmacht erwähnte Gefahren bestehen nicht. So ist die Gefahr einer „Machtspirale“[108] – d.h. die Gefahr, dass die gebildete Gegenmacht ihrerseits so gross ist, dass die originäre Marktmacht wieder gestärkt werden müsste – nicht vorhanden. Eine weitere Stärkung der originären Markt- bzw. Verhandlungsmacht erscheint auch bei der Bildung einer sehr starken Gegenmacht nicht angezeigt, verhandeln doch alle öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern bereits zusammen.

IV. Ergebnis für den Kanton Luzern

144. Für den Kanton Luzern kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die Bildung einer Verhandlungsgemeinschaft zum Aufbau einer Gegenmacht gegenüber den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG hätte gerechtfertigt werden können. Es stellt sich die Frage, bis zu welchem Marktanteil eine derartige Verhandlungsgemeinschaft zulässig gewesen wäre. Zunächst gilt es zu bedenken, dass das GSD für sämtliche öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern verhandelt hat. Dabei verfügt der Kanton Luzern nicht nur über eine starke, sondern über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz. 152 ff.) auf dem relevanten Markt und über eine sehr starke Positionierung gegenüber den Krankenversicherer als Marktgegenseite. Dies spricht grundsätzlich für die Zulassung von Verhandlungsgemeinschaften mit hohen Marktanteilen. Gleichzeitig gilt es aber zu bedenken, dass bei marktumfassenden Verhandlungsgemeinschaften der Systemwettbewerb vollständig verloren geht und auch das kartellrechtliche Problem bestehen könnte, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG eventuell mangels Innen- und Aussenwettbewerb nicht umgestossen werden könnte (und daher auch gar nicht gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnte). Diese Elemente führen dazu, dass im Kanton Luzern wohl die Bildung von zwei Verhandlungsgruppen mit ähnlicher Verhandlungsmacht (etwa zwei Gruppen mit je 50 % Marktanteil oder eine Gruppe mit 60 % und eine zweite mit 40 % Marktanteil) gerechtfertigt gewesen wäre.[109]

B.3.3.4.5 Schlussfolgerungen für die Bildung einer Gegenmacht auf Seiten der Krankenversicherer in der Zusatzversicherung

145. Aus wettbewerbspolitischer Sicht wäre grundsätzlich wünschbar, dass die Leistungserbringer einzeln oder in homogenen Gruppen auftreten würden, so dass auch deren Marktmacht gegenüber den Krankenversicherern kleiner und die Verhandlungspositionen zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern ausgeglichener wären.[110] Bei einer solchen Konstellation hält die Weko an ihren Erwägungen in der Untersuchung im Kanton Aargau sowie im Fall „Weita“ fest, in denen sie die Vorteile von bilateralen Verhandlungen herausstreicht[111] und gleichzeitig festhält, dass sich kleinere Krankenversicherer zusammenschliessen oder einem grösseren Versicherer anschliessen können, solange ihr kumulierter Marktanteil eine im Einzelfall zu bestimmende Grenze nicht überschreitet. Aufgrund der Praxis der Weko im Rahmen der Meldungen gemäss Übergangsbestimmung dürfte ein kumulierter Marktanteil von 20–25 % i.d.R. zulässig sein.

146. Da die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler aber in aller Regel gemeinsam auftreten (und dabei in den meisten Kantonen einen Marktanteil von 70–80 % aufweisen),[112] die Lenkung von Patienten/innen durch Krankenversicherer nur sehr beschränkt möglich ist und ein faktischer Kontrahierungszwang besteht, erscheint es sinnvoll, in solchen Fällen den Aufbau einer gewisse Gegenmacht auf Seiten der Krankenversicherer zuzulassen. Aus kartellrechtlicher Sicht geht es um die Frage, inwieweit diese Bildung von Verhandlungsgemeinschaften als effizient im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gelten können. Dabei lässt sich als Ergebnis der oben getroffenen Erwägungen festhalten, dass die Gruppenbildung auf Seiten der Versicherer in dem Masse als gerechtfertigt erscheint, als sie zu ausgeglichenen Verhandlungspositionen führt. Grundsätzlich muss daher für jeden Einzelfall analysiert werden, wie stark die Verhandlungsposition eines Spitals oder einer Gruppe von Spitälern gegenüber den Versicherern einzuschätzen ist.

147. Für den Kanton Luzern konnten aufgrund einer eingehenden Analyse des Marktes und der Verhandlungspositionen der beteiligten Leistungserbringer relativ konkrete Aussagen zum zulässigen Umfang der Gruppenbildung gemacht werden. Diese können nicht ohne Weiteres generalisiert werden. Immerhin ist aber ersichtlich, welche Elemente für die Weko ausschlaggebend sind, um gemeinsame Verhandlungen als gerechtfertigt zu erachten. Es waren dies im konkreten Fall insbesondere die Faktoren, dass der Kanton für alle seine öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler gemeinsam verhandelt hat und dass derzeit der nachgelagerte Markt durch die gemeinsame Verhandlungsführung nicht beeinträchtigt wird, sondern damit zu rechnen ist, dass

[107] Vgl. FOREMAN/WILSON/SCHEFFLER (FN 87), 662–677.

[108] Vgl. hierzu SCHMIDHAUSER (FN 84), Art. 7 N 76.

[109] Vgl. auch die Untersuchung zu den Spitallisten mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit in RPW 1999/2, 220 ff. In diesem Fall haben zwei Krankenversicherer, welche gemeinsam über 45–50 % Marktanteil verfügten (Rz. 60), ein Halbprivatversicherungsprodukt mit eingeschränkten Spitalwahlfreiheit entwickelt. Diese Zusammenarbeit wurde u.a. deswegen als zulässig erachtet, weil die Stellung der Spitäler als stark qualifiziert wurde. So konnten die bernischen Privatspitäler erheblichen Gegendruck auf die beiden Versicherer ausüben und wesentliche Modifikationen ihres Versicherungsprodukts erreichen (Rz. 72 ff.).

[110] RPW 2004/4, 1119, Rz. 76.

[111] RPW 2001/4, 681, Rz. 132 f., wonach gemeinsame Verhandlungen zu ineffizienten Standardisierungen führen können und die Gefahr der Preisnivellierung in sich bergen.

[112] Vgl. ROBERT E. LEU, „Monistische Spitalfinanzierung“, Experten-/Forschungsberichte zur Kranken- und Unfallversicherung, Grundlagen zur 3. KVG-Revision, Teilprojekt, BAG, Bern 2004, insbesondere Anhang A4, 83; erhältlich unter www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/04216/index.html?lang=de (22.04.08).

die Effizienzgewinne an die Versicherten weitergegeben werden. Sollten die Krankenversicherer in einem anderen Fall, etwa bezüglich eines anderen regionalen Marktes der Auffassung sein, es bestünden in diesem Sinne Elemente, welche die Bildung von Verhandlungsgemeinschaften als gerechtfertigt erscheinen lassen könnten, so steht es ihnen frei, die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens im Rahmen eines Widerspruchverfahrens gemäss Art. 49a Abs. 3 KG durch die Wettbewerbsbehörden überprüfen zu lassen.

148. Zu beachten ist, dass die Einschätzungen in der vorliegenden Untersuchung vor dem Hintergrund der heutigen Spitalfinanzierung und Spitalordnung (insbesondere der Spitalliste und dem Kontrahierungszwang) erfolgen, die weitgehend durch die gesetzlichen Grundlagen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bestimmt werden und ebenfalls mitentscheidend für die Kräfteverhältnisse des Spitalbereiches in der Zusatzversicherung sind. Wäre die Spitalfinanzierung in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beispielsweise monistisch sowie ohne Spitalliste und Kontrahierungszwang organisiert (mit den Krankenversicherern als Monisten) und die Wahl der Vergütungsformen stünde offen,[113] würden die Kräfteverhältnisse im Spitalbereich (sowohl in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung als auch der Zusatzversicherung) ausgeglichener und es stünden den Krankenversicherern bessere Strategien als die Bildung von grossen Verhandlungsgemeinschaften zur Verfügung um echte Tarifverhandlungen führen zu können. Bestünde mit anderen Worten kein faktischer Kontrahierungszwang mehr und hätten die Krankenversicherer damit die Möglichkeit, Spitäler von ihrem Versicherungsangebot ausschliessen bzw. Versicherte bei Behandlungen zu bestimmten Spitälern lenken zu können, würden sich die Wettbewerbsbehörden für bilaterale Einzel- und Gruppenverhandlungen im obgenannten Sinne zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern einsetzen.

B.3.4 Fazit

149. Eine Abrede liegt nur in einem beschränkten Bereich vor, nämlich bei den bilateralen Verhandlungen der [Name des Versicherers], welche für andere Krankenversicherer mitverhandelt hat. Diese Abrede ist aber unerheblich. Bei allen anderen Krankenversicherer liegt keine Abrede vor. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass in casu keine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

150. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

151. Im vorliegenden Fall gilt es zu klären, ob die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler (1) marktbeherrschend sind und (2) ob sie ihre allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht haben.

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

152. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

153. Die Beurteilung der Marktbeherrschung setzt die Bestimmung des relevanten Marktes voraus.[114] Im vorliegenden Fall kann für die sachliche und räumliche Marktabgrenzung auf die Rz. 81 ff. verwiesen werden, d.h., es sind die Märkte für die im Privat- und Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen in den Kantonen Luzern und Nidwalden massgebend.

154. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.[115]

B.4.1.1 Aktuelle Konkurrenz

B.4.1.1.1 Marktstruktur

155. Die Marktanteile der Spitäler, welche im relevanten Markt (Kantone Luzern und Nidwalden) im Bereich der Privat- und Halbprivatversicherung tätig sind, ergeben sich aus nachfolgender Tabelle 5:[116]

[113] Vgl. etwa LEU (FN 112), insbesondere Anhang A4, 59 ff.

[114] Dazu und zum Folgenden statt vieler ZÄCH (FN 8), Rz. 529 m.w.H.

[115] Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2003), BBl 2002, 2022 ff., insb. 2045.

[116] Nicht erfasst wurde aufgrund seiner speziellen Stellung das im Kanton Luzern befindliche Schweizer Paraplegiker Zentrum Nottwil. Im Jahr 2004 betrug der Anteil ausserkantonaler Patienten im Paraplegiker Zentrum 78,5 % (vgl. Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2004, BAG 2006, 120, http://www.bag.admin.ch/themen/ krankenversicherung/01156/02446/index.html?lang=de [01.06.08]). Diese abweichende Patientenstruktur deutet darauf hin, dass das Paraplegiker Zentrum einem anderen Markt als die übrigen Luzerner Spitäler zuzuweisen ist.

Tabelle 5: Marktanteile der Spitäler

Erklärung der Abkürzungen: MA HP: Marktanteil Halbprivat; MA P: Marktanteil Privat; MA ZV: Marktanteil Zusatzversicherung

Marktanteile an Halbprivat- und Privatpatienten/innen im Jahr 2006[117]			
Spital	MA HP	MA P	MA ZV (HP+P)
KSL	31 %	27 %	30 %
KSSW	14 %	8 %	13 %
LUPS	1 %	0 %	1 %
LHM	2 %	1 %	2 %
Subtotal Öffentliche KT LU	48 %	37 %	45 %
St. Anna	38 %	45 %	40 %
Swissana Clinic Meggen	3 %	2 %	3 %
Klinik Sonnmatt	1 %	5 %	2 %
Subtotal Private KT LU	42 %	51 %	45 %
Kantonsspital Stans (NW)	5 %	6 %	5 %
Total	100 %	100 %	100 %

Quelle: Aggregierte Angaben der Versicherer/Eigene Berechnung

156. Die Tabelle 5 zeigt auf, dass sich die zusatzversicherten Patienten/innen im relevanten Markt auf zwei ungefähr gleich grosse Blöcke der öffentlichen (und öffentlich subventionierten) und privaten Spitäler aus dem Kanton Luzern sowie zu einem geringeren Anteil auf das Kantonsspital Nidwalden verteilen. Im Halbprivat-Bereich verfügen die öffentlichen Luzerner Spitäler über einen leicht höheren Marktanteil als die Privatspitäler und einen deutlich höheren Marktanteil als das Kantonsspital Nidwalden. Dafür weisen die Privatspitäler den grössten Marktanteil an Privatpatienten/innen auf. Das Schwergewicht bei den Privatspitälern liegt klar bei der Klinik St. Anna. Es kann somit festgestellt werden, dass auf dem relevanten Markt mehrere Anbieter tätig sind. Aufgrund der Marktstruktur alleine lässt sich noch nicht beurteilen, ob den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern des Kantons Luzern eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Nachfolgend wird deshalb die aktuelle Konkurrenz unter den Spitälern sowie ihre Marktstellung gegenüber den Versicherern analysiert.

B.4.1.1.2 Aktueller Wettbewerb zwischen Spitälern

157. Die Marktanteile der Spitäler im Kanton Luzern sind nur teilweise geeignet, Auskunft über die aktuelle Konkurrenz zwischen den Spitälern zu geben. Es ist nämlich fraglich, inwiefern sich die Spitäler gegenseitig disziplinieren. Der Kanton Luzern und gewisse Versicherer führen überzeugend aus, dass der Wettbewerb im Zusatzversicherungsbereich nicht über die unterschiedlichen Preise (Tarife) der Spitäler spielt. Die Zusatzversicherung beinhaltet i.d.R. die volle Kostendeckung der Behandlung, gleichgültig in welchem Spital diese erfolgt. Dies hat zur Folge, dass für die Versicherten der Preis keine Rolle spielt, vielmehr kennt er diesen zumeist gar nicht.[118] Ein Preiswettbewerb zwischen den Spitälern findet daher nicht statt.

158. Für den Versicherten spielt neben der Distanz zum Spital (welche auch für die räumliche Marktabgrenzung relevant ist[119]) nach Einschätzung des Kantons vor allem die Qualität (insbesondere wer operiert, Vertrauen in den behandelnden Belegarzt etc.), die Empfehlung des Hausarztes und der Komfort eine Rolle. In der Literatur[120] wird zuweilen zwischen der *Art der Qualität* und dem *Qualitätsniveau* unterschieden. Die Art der Qualität umfasst Aspekte wie Grösse, Konfession und Eigentümerstruktur des Spitals, Vielfalt, Spannweite und Ausdifferenzierung der Dienste, Methoden der Operationstechnik, Formen der Medizin (traditionell, alternativ, chinesisch etc.) und die Erreichbarkeit mit öffentlichen und privaten Verkehrsmitteln. Die Präferenzen der Versicherten sind bezüglich der Art der Qualität heterogen, d.h. dass Versicherte mit gleichen Bedingungen (gleicher Wohnort und gleicher Behandlungsbedarf) sich bei unterschiedlichen Qualitätsarten nicht einheitlich entscheiden. Der eine Patient wird beispielsweise aufgrund der alternativen Medizin ein bestimmtes Spital wählen, während es für eine andere Patientin ausschlaggebend ist, ob die von ihm gewünschte Operationstechnik angeboten wird. Das *Qualitätsniveau* umfasst die Aspekte Strukturqualität (Ausbildung Personal, Geräte etc.), Prozessqualität (Qualität der Behandlungsprozesse, Einhalten von Standards etc.) sowie die Qualität der Ergebnisse mittels Indikatoren wie Anzahl Operationen, Fehldiagnosen, Komplikationen, Todesfälle etc.

159. In der Schweiz besteht bisher wenig Transparenz bezüglich des *Qualitätsniveaus* der verschiedenen Spitäler. Die Spitäler verfügen zwar teilweise über entsprechende Angaben, diese sind aber öffentlich nur sehr beschränkt zugänglich.[121] Damit spielt das Qualitätsni

[117] Berechnung aufgrund der Daten der an der Untersuchung beteiligten Versicherer sowie für den Kanton Nidwalden aufgrund des Geschäftsberichts 2006.

[118] Vgl. RPW 2001/4, 665 f., Rz. 67. Vgl. oben Rz. 92 (inkl. FN 43-46).

[119] Vgl. den Hinweis in FN 64.

[120] Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen KUCHNIKE/KALLFASS (FN 47), 324 f.

[121] Comparis hat im August 2007 eine eigene Studie veröffentlicht, welche die Patientenzufriedenheit, Wiedereintritte, Infektionen und Fehler von Spitälern vergleicht (www.comparis.ch/Krankenkassen/spitalfuehrer/patientenzufriedenheit-Uebersicht.aspx; 24.03.08). Der Spitalverband H+ hat im 2007 von 10 Testspitälern Qualitätsberichte erstellt. Die erste schweizweite Anwendung dieser Qualitätsberichte ist für 2009 geplant (www.hplus.ch/de/qualitaet_patientensicherheit/h_qualite/qualitaetsbericht_spital/; 24.04.08).

veau bei der Spitalwahl kaum eine Rolle: der Versicherte beurteilt die Art der Qualität und das Qualitätsniveau mittels Empfehlungen des Arztes, von Bekannten etc. Ein echter Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern findet daher nicht statt.

160. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Preis- und Qualitätsunterschiede zwischen den Spitälern für den Versicherten kein Kriterium für die Spitalwahl bilden. Die Versicherten sind daher nicht in der Lage dergestalt Druck auf die Spitäler auszuüben, dass diese im Wettbewerb stehen würden. In der Folge existiert weder Preis- noch Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern. Dies führt zum Ergebnis, dass nur eine *eingeschränkte aktuelle Konkurrenz* zwischen den Spitälern besteht, die nicht geeignet ist, disziplinierend bezüglich der beiden zentralen Wettbewerbsparameter Preis und Qualität zu wirken.[122]

B.4.1.2 Potenzieller Wettbewerb zwischen Spitälern

161. Gemäss übereinstimmenden Antworten der Krankenversicherer und des Kantons ist in den nächsten fünf Jahren kaum mit Markteintritten neuer Spitäler zu rechnen. Teilweise wird damit gerechnet, dass die Patientenwanderungen zunehmen werden, so dass die ausserkantonalen Spitäler als potenzielle Konkurrenten betrachtet werden könnten. Zum heutigen Zeitpunkt sind die Anteile der ausserkantonalen Spitäler an zusatzversicherten Luzerner Patienten/innen allerdings noch so tief, dass sie kaum starken Wettbewerbsdruck auf die Luzerner Spitäler ausüben dürften (vgl. zu den Patientenwanderungen oben Rz. 97 ff.). Zudem muss wie bei der aktuellen auch bei der potenziellen Konkurrenz berücksichtigt werden, dass das Vorhandensein von alternativen Anbietern nicht bedeutet, dass tatsächlich eine Konkurrenzsituation zwischen diesen besteht. Die oben dargestellten Probleme des Spitalwettbewerbs gelten auch über die Kantonsgrenzen hinweg.

B.4.1.3 Marktstellung gegenüber den Krankenversicherern

B.4.1.3.1 Parameter für die Beurteilung der Marktstellung der Spitäler gegenüber den Krankenversicherern

162. Die Wettbewerbskommission hat die Krankenversicherer aufgefordert, die Wichtigkeit verschiedener Parameter für die Beurteilung der Marktstellung der Spitäler gegenüber den Krankenversicherern zu beurteilen. Die nachfolgende Tabelle zeigt auf, wie die Krankenversicherer geantwortet haben, wobei die Kriterien nach Wichtigkeit aufgeführt sind:[123]

Tabelle 6: Parameter für die Positionierung eines Spitals gegenüber den Krankenversicherern

Rang	Parameter für die Positionierung der Spitäler gegenüber den Krankenversicherern	Sehr Wichtig	Wichtig	Eher nicht wichtig	Unwichtig	Weiss nicht
1	Aufführung auf kantonaler Spitalliste	8	1			
2	Für das Spital tätige Ärzte/innen	6	3			
3	Ausrichten an Patientenbedürfnissen	6	2			1
4	Infrastruktur des Spitals	4	5			
5	Leistungsangebot des Spitals	4	5			
6	Verwendete Vergütungsformen (Tarifgestaltung)	3	2	2	2	
7	Positionierung des Spitals (z.B. durch Pressearbeit)	3	2	3		1
8	Qualitätsorientierung des Spitals	2	4	3		
9	Preis- bzw. Tarifunterschiede zwischen Spitälern	2	2	4		
10	Private Trägerschaft	1	5	3		
11	Kostenunterschiede zwischen Spitälern	1	4	3	2	
12	Auslastung der Kapazitäten	1	3	5		
13	Öffentliche Trägerschaft	1	3	5		
14	Grösse des Spitals (Anzahl Krankenfälle pro Jahr)		8	1		
15	Forschung und Entwicklung		1	4	4	

Quelle: Aggregierte Angaben der Versicherer/Eigene Berechnung

[122] Vgl. auch zum Spitalwettbewerb: THOMAS MATTIG, Die ausserkantonale Hospitalisation als Herausforderung für die Zusatzversicherung, in: Thomas Gächter (Hrsg.), Ausserkantonale Hospitalisation: Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen? Bern 2006, 113 ff; welcher ebenfalls die mangelnde Transparenz im Qualitätsbereich sowie den fehlenden Wettbewerbsdruck auf die Preise konstatiert.

[123] Die Tabelle ist primär nach Anzahl Nennungen in der Kategorie „sehr wichtig“ und sekundär nach Anzahl Nennungen in der Kategorie „wichtig“ sortiert.

163. Aus der Tabelle lassen sich diverse Schlüsse ziehen:

- Für die Marktstellung der Spitäler spielen gemäss Einschätzung der Krankenversicherer zahlreiche Faktoren nebeneinander eine Rolle. Bei allen durch die Weko vorgegebenen Parametern fand sich mindestens ein Krankenversicherer, welcher den Parameter als „wichtig" beurteilte. Es liegt damit kein einzelner Parameter vor, welchem alleine entscheidende Bedeutung zukommen würde. Für die Beurteilung der Marktstellung eines Spitals ist das „Gesamtpaket" über zahlreiche Parameter hinweg zu beurteilen.
- Wurde bei den Versicherten festgehalten, dass ihre Spitalwahl aufgrund von der „Art der Qualität" heterogen ausfällt (vgl. oben Rz. 158), so bestätigt sich dieses Bild auch bei den Krankenversicherern. Die Einschätzung der Krankenversicherer ist bei diversen Parametern ebenfalls uneinheitlich ausgefallen.
- Einige Parameter wurden von allen Krankenversicherer als „wichtig" oder „sehr wichtig" eingeschätzt. Als wichtigster Parameter geht aus der Tabelle die Aufführung eines Spitals in der kantonalen Spitalliste hervor. Mit der Aufnahme in die Spitalliste legt der Kanton fest, welche Spitäler berechtigt sind, ihre Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenversicherung abzurechnen. Dies gilt auch für Privatspitäler (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG).[124] Damit wird ein regulatorischer Eingriff in der Grundversicherung als wichtigster Positionierungsfaktor in der Zusatzversicherung gewertet. Auf die Frage, aus welchen Gründen dies so ist, wird unter dem nachfolgendem Abschnitt „Abhängigkeitsverhältnisse in der Zusatzversicherung" eingegangen. Die weiteren Parameter, welche von allen Krankenversicherern als „wichtig" oder „sehr wichtig" erachtet werden, sind: die für das Spital tätigen Ärzte/innen, das Ausrichten an Patientenbedürfnissen, die Infrastruktur und das Leistungsangebot eines Spitals.
- Aufgrund der primären Sortierung der Tabelle nach dem Kriterium „sehr wichtig" erscheint der Parameter „Grösse des Spitals" an vorletzter Stelle der Tabelle. Mit einer Ausnahme haben aber alle Krankenversicherer diesen Faktor als „wichtig" beurteilt, so dass seine Bedeutung grösser ist, als es die Tabelle erscheinen lässt.
- Die Qualitätsorientierung eines Spitals und das damit verbundene Qualitätsniveau wird aufgrund der mangelnden Transparenz dieses Kriteriums nicht einheitlich als wichtiger Parameter taxiert.
- Die Parameter, welche die Preis- und Tarifbildung betreffen (Verwendete Vergütungsformen, Preis- und Tarifunterschiede, Kostenunterschiede), wurden sehr unterschiedlich beurteilt und die Streuung der Antworten ist bei diesen Parametern am grössten. Dies liegt darin begründet, dass gewisse Versicherer die Bedeutung dieser Parameter aus der eigenen Perspektive (sehr wichtig/wichtig) beurteilt haben, währenddem andere Krankenversicherer die Bedeutung dieser Parameter für die Versicherten (eher nicht wichtig/unwichtig) berücksichtigt haben.

B.4.1.3.2 Positionierung der Spitäler im Kanton Luzern

164. Die Krankenversicherer haben in den Fragebogen für die Krankenhäuser des Kantons Luzern beurteilt[125], wie stark diese bezüglich der einzelnen, oben aufgeführten Parametern (vgl. Tabelle 6) positioniert sind. Die nachfolgenden Tabelle 7 und die Abbildungen 4 und 5 zeigen auf, wie die Spitäler gewertet wurden:

[124] Vgl. RPW 2006/3, 518 f., Rz. 49 ff. zur kantonalen Spitalplanung mittels Spitallisten.

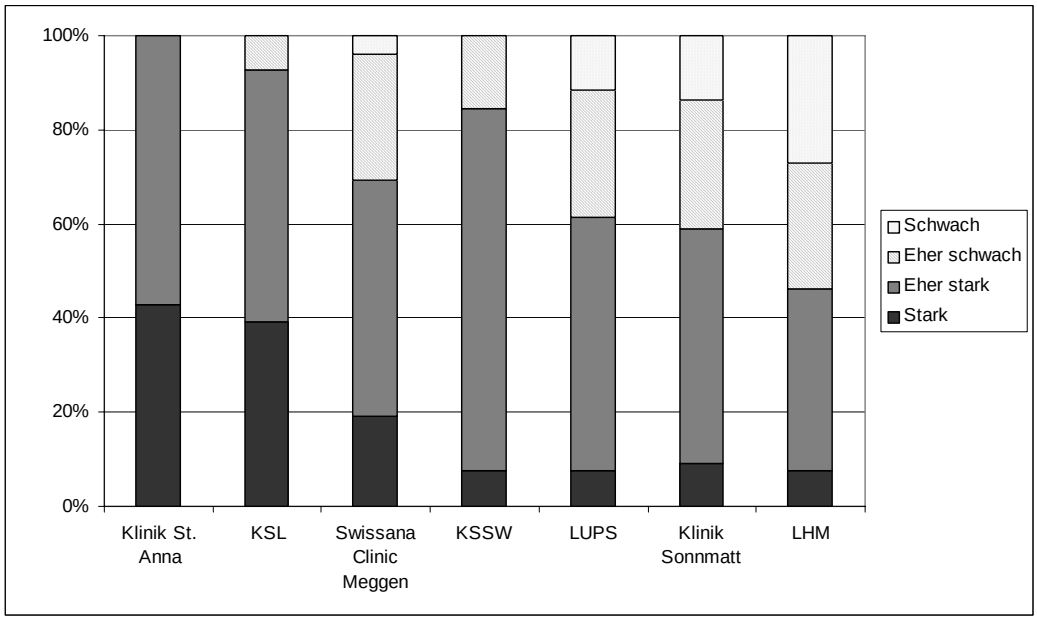
[125] Das Kantonsspital Nidwalden wurde nicht eingeschätzt, da zum Zeitpunkt des Versands der Fragebogen das Sekretariat noch von einem kantonalen Markt Luzern als Arbeitshypothese ausgegangen ist.

Tabelle 7: Positionierung der Spitäler[126]

Position der Spitäler nach dem Total der Anzahl Nennungen bei den 4 Parametern, welche einheitlich als „wichtig“ oder „sehr wichtig“ qualifiziert wurden[127]						
Rang	**Spital**	Stark	Eher stark	Eher schwach	Schwach	Weiss nicht
1	Klinik St. Anna	12	16	0	0	6
2	KSL	11	15	2	0	6
3	Swissana Clinic Meggen	5	13	7	1	8
4	KSSW	2	20	4	0	8
5	LUPS	2	14	7	3	8
6	Klinik Sonnmatt	2	11	6	3	10
7	LHM	2	10	7	7	8
Position der Spitäler nach dem Total der Anzahl Nennungen bei allen Parametern						
1	KSL	35	41	6	4	20
2	Klinik St. Anna	31	33	14	7	20
3	KSSW	11	57	11	4	23
4	Swissana Clinic Meggen	10	35	20	13	28
5	LUPS	7	45	20	8	25
6	Klinik Sonnmatt	5	29	24	13	33
7	LHM	3	33	24	20	24

Quelle: Aggregierte Angaben der Versicherer/Eigene Berechnung

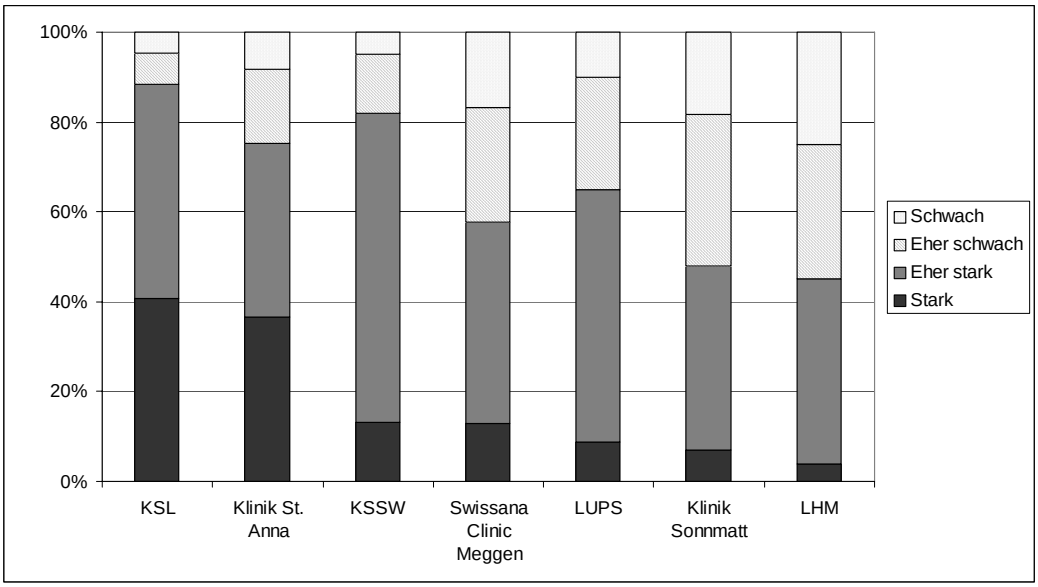
Abbildung 4: Bewertung der Spitäler in % auf der Basis der 4 „sehr wichtigen“ oder „wichtigen“ Parameter



[126] Die Positionierung erfolgt primär nach der Anzahl Nennungen in der Kategorie „stark“ und sekundär nach der Anzahl Nennungen in der Kategorie „eher stark“.

[127] Es handelt sich um die Parameter: (1) Für das Spital tätige Ärzte, (2) Ausrichten an Patientenbedürfnissen, (3) Infrastruktur des Spitals und (4) Leistungsangebot des Spitals. Der Parameter „Aufführung auf der kantonalen Spitalliste“ muss nicht beurteilt werden, da dieses Kriterium entweder erfüllt ist oder nicht.

Abbildung 5: Bewertung der Spitäler in % auf der Basis aller Parameter



165. Die Tabellen und Abbildungen zeigen auf, dass bei einer Bewertung über alle Parameter hinweg das KSL die Spitzenposition einnimmt, gefolgt von der Klinik St. Anna. Werden nur die 4 „wichtigen" oder „sehr wichtigen" Parameter berücksichtigt, so tauschen das KSL und die Klinik St. Anna die Plätze. Zu beachten ist aber, dass die Position des KSL von den Krankenversicherern so oder so zu über 80 % als „stark" oder „eher stark" eingeschätzt wird. Aber auch das KSSW erreicht in beiden Abbildungen Werte von über 80 % in den Kategorien „stark" und „eher stark". Dies deutet auf die starke Marktposition dieser Spitäler hin. Nachfolgend wird nun aufgezeigt, wie sich diese Position aufgrund der Abhängigkeitsverhältnisse in der Zusatzversicherung noch verstärkt.

B.4.1.3.3 Abhängigkeitsverhältnisse in der Zusatzversicherung

166. Die Stellung der Spitäler gegenüber den Krankenversicherern wird durch gewisse spezifische Gegebenheiten auf dem Markt für Zusatzversicherungen massgeblich beeinflusst. Die Zusatzversicherungen kennzeichnen sich gegenüber der Grundversicherung durch Mehrleistungen. Wie bereits aufgeführt, stellt die freie Spitalwahl eines der zentralen Merkmale der Zusatzversicherungen dar (vgl. Rz. 85). Will ein Zusatzversicherer eine klassische Zusatzversicherung anbieten, so muss er grundsätzlich die Kosten sämtlicher Leistungserbringer im stationären Bereich übernehmen. Die REKO/WEF hat in diesem Zusammenhang von einem *faktischen Kontrahierungszwang* gesprochen.[128]

167. Dieser faktische Kontrahierungszwang wird bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern noch verstärkt. Diese Spitäler sind stets auf den kantonalen Spitallisten aufgeführt, d.h., die Behandlung in der allgemeinen Abteilung muss durch die Grundversicherung übernommen werden. Es erscheint faktisch ausgeschlossen, dass die Behandlung in einem bestimmten Spital zwar durch die Grundversicherung, nicht aber durch die Zusatzversicherung gedeckt wird.

168. Dieser faktische Kontrahierungszwang ist auch bei der Beurteilung des vorliegenden Falles ausschlaggebend. Es ist faktisch ausgeschlossen, dass ein im relevanten Markt tätiger Versicherer im Bereich der Halbprivat- oder Privatversicherung auf Tarifverträge mit den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern verzichten kann. Einerseits aufgrund ihrer Aufnahme in die Spitalliste, andererseits aber auch aufgrund der Marktstruktur und der Marktposition dieser Spitäler. Die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern verfügen, wie bereits erwähnt, über rund 45 % Marktanteil in der Zusatzversicherung. Weiter sind zumindest das KSL und das KSSW gemessen an den erhobenen Parametern stark positioniert. Ein Zusatzversicherer kann einen derart wichtigen Anbieter nicht von der Versicherungsdeckung ausschliessen. Schliesslich verfügen die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern über die grössten Ressourcen (vgl. die Anzahl Betten in Tabelle 8) im relevanten Markt und über das umfassendste Angebot an Medizinaldienstleistungen.

[128] REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 874, E. 9.3.1, dies im Gegensatz zum rechtlichen Kontrahierungszwang, der für alte KUVG-Policen (nach wie vor) besteht.

Tabelle 8: Anzahl und Marktanteil an Betten der Spitäler im Kt. LU

Spital (2006)[129]	Betten	MA Betten
KSL	604	39 %
KSSW	265	17 %
LUPS	283	18 %
LHM	63	4 %
Subtotal Öffentliche KT LU	1'215	78 %
St. Anna	200	13 %
Swissana Clinic Meggen	17	1 %
Klinik Sonnmatt	40	3 %
Subtotal Private KT LU	257	16 %
Kantonsspital Nidwalden	95	6 %
Total	1'574	100 %

169. Alle oben aufgeführten Elemente lassen den Schluss zu, dass sich die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern, die wie ein Konzern als Gesamtheit zu betrachten sind, in einer marktbeherrschenden Stellung befinden. Aufgrund des faktischen Kontrahierungszwanges, der insbesondere durch die Aufnahme von Spitälern auf die Spitalliste bedingt ist, kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Abhängigkeit der Krankenversicherer sogar gegenüber einigen einzelnen öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern derart stark ist, dass sich die Anwendung des Art. 7 KG allenfalls auch auf einzelne öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler des Kantons Luzern rechtfertigen könnte.[130] Immerhin gibt die Mehrheit der Versicherer an, dass sie alle öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern sowie einen Teil der privaten Spitäler nicht vom eigenen Zusatzversicherungsangebot ausschliessen könnte.[131] Alle Versicherer sind sich zudem einig darüber, dass das KSL und das KSSW (sowie die Klinik St. Anna) nicht von ihrem Zusatzversicherungsangebot im Kanton Luzern ausgeschlossen werden könnten. Anders scheint es sich beim LHM und LUPS zu verhalten: Diverse Versicherer geben an, sie könnten zwar grundsätzlich auf einen Vertrag mit der LHM verzichten, dies sei aber aus verschiedenen Gründen (z.B. günstiges Preis-/Leistungsverhältnis) nicht sinnvoll;[132] bei der Assura sind Leistungen der LUPS und der LHM gemäss den AVB/VVG ausgeschlossen.[133] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es zwar Kliniken und Spitäler gibt, bei denen die Abhängigkeit der Krankenversicherer nicht derart gross ist, dass sich eine Anwendung von Art. 7 KG rechtfertigt, dass aber umgekehrt im Kanton Luzern beim KSL und beim KSSW aufgrund der Abhängigkeit der Krankenversicherer von diesen Spitälern eine Anwendung von Art. 7 KG vermutlich auch dann anzunehmen wäre, wenn sie alleine mit den Versicherern verhandeln würden. Diese Frage muss aber aufgrund des Sachverhalts im Kanton Luzern nicht abschliessend beantwortet werden.

B.4.1.4 Fazit

170. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern – welche gemäss Zwischenverfügung vom 4. September 2006 wie ein Konzern als Gesamtheit zu betrachten sind – über eine marktbeherrschende Stellung auf den relevanten Märkten verfügen, d.h. auf den Märkten für (1) im Halbprivatbereich und (2) im Privatbereich erbrachte stationäre Gesundheitsdienstleistungen auf dem Gebiet der Kantone Luzern und Nidwalden.

[129] Die Bettenzahlen der Privatkliniken entstammen der Spitalliste des Kantons Luzern. Bei den öffentlichen Spitälern des Kantons Luzern wurde die durch den Kanton angegebene effektive (und im Vergleich mit der Spitalliste tiefere) Bettenzahl eingesetzt. Auch für das Kantonsspital Nidwalden wurde die effektive Anzahl betriebener Betten verwendet.

[130] Vgl. RPW 2005/1, 160 ff., Rz. 92 ff. in dem die Abhängigkeit der Lieferanten von Coop überprüft wurde. Gemäss diesem Entscheid ist der Begriff der „Abhängigkeit" von der „klassischen Marktbeherrschung" abzugrenzen. Der Begriff der Abhängigkeit betrifft die Beziehung zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (vertikales Verhältnis). Dabei gilt es zu prüfen, ob die (unverschuldete) Abhängigkeit derart stark ist, dass sich das abhängige Unternehmen der Marktmacht des dominierenden Unternehmens nicht entziehen kann. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang von sog. „relativer Marktmacht" gesprochen, vgl. ZÄCH (FN 8), Rz. 575 ff.; ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE REICH, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 4 N 30, 34, 36 und 38.

[131] So die Antworten der [Namen von 5 Versicherern] auf Frage 10.3.

[132] So die Antworten der [Namen von 3 Versicherern] auf Frage 10.3.

[133] Vgl. Antwort der Assura auf Frage 10.3. Auch die [Name des Versicherers] gibt an (Antwort auf Frage 10.3), sie könnte höchstens im Psychiatrie- und Rehabilitationsbereich Einschränkungen bei der Wahl der Leistungserbringer vorsehen.

171. Diese marktbeherrschende Stellung wird im Dispositiv festgehalten werden, unabhängig davon, ob nachfolgend eine unzulässige Verhaltensweise festgestellt wird oder nicht. Die Feststellung der Marktbeherrschung ist einerseits im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG (Zusammenschlusskontrolle) und andererseits mit Art. 16 Abs. 2 PüG[134] (Zuständigkeit des Preisüberwachers) von Bedeutung. Die REKO/WEF hat im Fall „Swisscom Directories AG“[135] die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung bei einer Verfahrenseinstellung grundsätzlich als zulässig erachtet. Sie hatte dies aber davon abhängig gemacht, dass die Weko eine derartige Feststellung in allen Fällen trifft, in welchen sich aus der Untersuchung der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung ergibt.[136] Im vorliegenden Falle ergibt sich aus der Untersuchung der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler im Kanton Luzern. Eine entsprechende Feststellung ist somit im Dispositiv vorzunehmen.

B.4.2 Unzulässige Verhaltensweise („Missbrauch“)

B.4.2.1 Vorbemerkungen

172. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein stellt kartellrechtlich noch kein Problem dar: Unzulässigkeit liegt erst vor, wenn diese Stellung missbraucht wird. Massgebend für die Beurteilung des Verhaltens der Gesamtheit der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler ist die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. dem Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 Bst. a–f KG.

173. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Was im konkreten Fall als Missbrauch gelten soll, kann dieser Formulierung nicht entnommen werden. Hingegen macht sie klar, dass die Generalklausel ganz allgemein gegen alle Formen von Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken gerichtet ist. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt.[137] Als unzulässige Verhaltensweise gelten insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) sowie die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

174. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es *ohne sachlich gerechtfertigten Grund* andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.[138] Bei der Prüfung, ob sogenannte *legitimate business reasons* vorliegen, ist zu unterscheiden zwischen Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, Dritte vom Wettbewerb auszuschliessen oder sie zumindest zu behindern, und Verhaltensweisen, die zwar zu einer Wettbewerbsbehinderung oder -beschränkung führen, diese Folge jedoch nicht bezwecken, sondern die in anderer Weise begründet sind (sachliche Rechtfertigung).[139]

175. Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen wettbewerbsneutrale Mittel einsetzt[140] oder wenn es sich nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde, liegt eine zulässige Verhaltensweise vor.[141]

B.4.2.2 Preismissbrauch

B.4.2.2.1 Grundlagen

176. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. c KG stellt die Erzwingung unangemessener Preise eine unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen dar. Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis unangemessen, den ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, wenn er *in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung* steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist. Es ist zu beachten, dass das Kartellgesetz nicht bezweckt, für „gerechte“ Preise zu sorgen. In einem Markt, auf dem ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG tätig ist, gilt es unter dem Titel von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu prüfen, wie sich die strittigen Preise ohne Bestehen der marktbeherrschenden Position präsentieren würden.[142]

177. Für die Beurteilung der Angemessenheit eines Preises können zwei Methoden verwendet werden. Beim sogenannten *„Vergleichsmarktkonzept“* wird die Unangemessenheit eines Preises aus dem Vergleich mit Preisen aus ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten hergeleitet. Diese Methode wird teilweise auch „relative Methode“ oder „Benchmark“-Methode genannt. Dabei kann die Vergleichsmarktmethode nur dann verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, wenn die Vergleichsmärkte rechtlich und tatsächlich vergleichbar sind. Als zweite Methode kann die sogenannte *„Kostenmethode“* angewendet werden. Bei dieser Methode wird der verlangte Preis mit dem Preis verglichen, welcher durch die Wettbewerbsbehörden aufgrund der Gestehungskosten unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge errechnet wird. Diese Methode wird teilweise auch „absolute Methode“ genannt. Die Kosten- und Preisberechnung durch die Wettbewerbsbehörden ist unter kartellrechtlichen Aspekten umstritten und in den meisten Fällen ausserordentlich komplex.[143]

---

[134] Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20).
[135] RPW 2006/4, 698 ff.
[136] PW 2006/4, 716, E. 5.2.3.
[137] Vgl. zum Ganzen CLERC (FN 8), Art. 7 N 5, 105 ff.; BORER (FN 8), Art. 7 N 4 ff.
[138] Botschaft 1994 (FN 8), 102; vgl. dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 883 ff., E. 4.5.
[139] REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 883 ff., E. 4.5. m.Hw. auf SCHMIDHAUSER (FN 84) Art. 7 N 37.
[140] REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 883 ff., E. 4.5.; SCHMIDHAUSER (FN 84), Art. 7 N 41.
[141] Zum Ganzen REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 883 ff., E. 4.5.
[142] Vgl. RPW 2005/1, 104, Rz. 300 m.w.H.
[143] Vgl. zum Ganzen RPW 2005/1, 104 f., Rz. 301 ff.; RPW 2006/3, 437, Rz. 54 ff.; CLERC (FN 8), Art. 7 N 197 ff.; BORER (FN 8), Art. 7 N 20.

B.4.2.2.2 Keine Erzwingung von Preisen in den bilateralen Verhandlungen

178. Die Sachverhaltsabklärungen der Wettbewerbsbehörden haben ergeben, dass zumindest mit der [Name des Versicherers] bilaterale Verhandlungen stattgefunden haben und die Tariferhöhung sowohl vom GSD als auch von der [Name des Versicherers] als Verhandlungsergebnis betrachtet werden (vgl. oben Rz. 53 ff.). Es fehlt daher am Element der „Erzwingung" des Preises. Gleiches gilt für die [Name des Versicherers], die über die selben Tarifkonditionen verfügt wie die [Name des Versicherers] und welche ebenfalls selber angibt, der Tarif sei das Ergebnis von bilateralen Verhandlungen (vgl. oben Rz. 58).

B.4.2.2.3 Keine unangemessenen Preise bei den einseitig festgelegten Tarifen

179. Mit den anderen Krankenversicherern hat das GSD nicht über die Höhe der Tarife verhandelt, sondern diese einseitig vorgegeben. Gegenüber einzelnen Versicherern wurden die Tarife ausdrücklich als nicht verhandelbar bezeichnet (vgl. oben Rz. 62 und 68). Bezüglich dieser Krankenversicherer ist daher das Tatbestandselement der „Erzwingung" gegeben, so dass zu prüfen ist, ob die durch das GSD festgesetzten Preise unangemessen sind.

I. Beurteilung der Krankenversicherer

180. Zunächst gilt es festzuhalten, dass die vorliegende Untersuchung nicht deswegen eröffnet wurde, weil ein Krankenversicherer die Tarife des GSD als unangemessen gerügt hätte. Dies hindert die Weko nicht daran, diese Frage zu untersuchen, es stellt aber ein erstes Indiz dar, dass die Krankenversicherer die Tarife des GSD nicht als unangemessen hoch beurteilen.

181. Die Weko hat die Krankenversicherer im Rahmen der Fragebogen aufgefordert, die in den Tarifverträgen II vorgesehenen Tarife zu beurteilen. Die Antworten der Krankenversicherer präsentieren sich wie folgt:

(Skala: 1 = sehr tief; 5 = sehr hoch)

Frage 19

Wie stufen Sie die in den Tarifverträgen II vorgesehenen Tarife im Vergleich zu den Tarifen in vergleichbaren öffentlichen/öffentlich subventionierten Spitälern aus anderen Kantonen ein?

Tarifhöhe	1	2	3	4	5
Anzahl Versicherer			8	1	

Frage 20

Wie stufen Sie die in den Tarifverträgen II vorgesehenen Tarife im Vergleich zu den Tarifen in vergleichbaren schweizerischen Privatspitälern ein?

Tarifhöhe	1	2	3	4	5
Anzahl Versicherer		5	4		

Frage 21

Wie stufen Sie die mit den Tarifverträgen II vorgenommene Tariferhöhung für die Jahre 2006/2007 im Vergleich zu den Tariferhöhungen in vergleichbaren öffentlichen/öffentlich subventionierten Spitälern aus anderen Kantonen ein?

Tarifhöhe	1	2	3	4	5
Anzahl Versicherer	1 (P)		5	3	1 (HP)

Frage 22

Wie stufen Sie die mit den Tarifverträgen II vorgenommene Tariferhöhung für die Jahre 2006/2007 im Vergleich zu den Tariferhöhungen in vergleichbaren schweizerischen Privatspitälern ein?

Tarifhöhe	1	2	3	4	5
Anzahl Versicherer	1 (P)	3	3	2	1 (HP)

Frage 23

Wie stufen Sie die mit den Tarifverträgen II vorgenommene Tariferhöhung für die Jahre 2006/2007 im Vergleich zu den Tariferhöhungen in der Grundversicherung im Kanton Luzern ein?

Tarifhöhe	1	2	3	4	5
Anzahl Versicherer		3	3	3	

182. Folgende Bemerkungen müssen zu diesen Antworten angebracht werden:

- Bei Frage 19 haben zwei Versicherer [Namen der Versicherer] sowohl bei 3 als auch bei 4 ein Kreuz gesetzt, was wohl bedeutet, dass sie die Tarife zwischen durchschnittlich (3) und hoch (4) einschätzen. Diese zwei Antworten wurden so berücksichtigt, dass einer der Versicherer der Kategorie 3 und einer der Kategorie 4 zugeordnet wurde.
- Bei der Auswertung sind auch die Antworten der Krankenversicherer [Namen der Versicherer] berücksichtigt, bei denen die Tarif*erhöhung* tiefer ausgefallen ist. Da aber die Antworten dieser Versicherer kaum von denjenigen der anderer Krankenversicherer abweichen und bei den Fragen 19 und 20 der Tariferhöhung nur eine beschränkte Bedeutung zukommt, erscheint es vertretbar, die Antworten dieser Versicherer ebenfalls zu berücksichtigen.
- Ein Krankenversicherer [Name des Versicherers] hat bei der Antwort auf die Fragen 21 und 22 zwischen den Erhöhungen in der Halbprivat- und der Privatversicherung unterschieden, was in der obigen Auswertung unter Verwendung der Klammern (HP) und (P) wiedergegeben wird.
- Die meisten Versicherer [Namen von 5 Versicherern] haben darauf hingewiesen, dass ihre Antworten auf einer subjektiven Einschätzung unter Berücksichtigung der bei ihnen vorhandenen Unterlagen basieren. Ein exakter Vergleich sei aufgrund unterschied-

licher Tarifsysteme und der Heterogenität der Spitäler nicht möglich.

183. Drei Versicherer [Namen der Versicherer] haben die Fragen 19–23 mit folgenden Argumenten *nicht beantwortet*:

- Aufgrund der unterschiedlichen Tarifstrukturen in den verschiedenen Kantonen und Spitälern sei ein direkter Vergleich zwischen den Leistungserbringern nicht möglich.
- Bei den Tariferhöhungen würden innerhalb einer Tarifstruktur nur einzelne Positionen angepasst. Mit Modellrechnungen könnten nur vage Aussagen über die effektive Erhöhung gemacht werden.

184. Trotz all dieser berechtigten Vorbehalte gegenüber einem Vergleich der Tarife und der Tariferhöhung im Kanton Luzern mit den Tarifen und Tariferhöhungen anderer Kantone und Spitäler (vgl. zum Vergleichsmarktkonzept in der Zusatzversicherung unten Rz. 185 ff.) ergibt sich aus der Befragung der Krankenversicherer, dass die Tarife und Tariferhöhungen im Kanton Luzern von den Krankenversicherern nicht als unangemessen hoch beurteilt werden. Tatsächlich ergibt sich aufgrund der Antworten auf die Fragen 10–23 der Eindruck, dass die Tarife und die Tariferhöhung grundsätzlich als durchschnittlich beurteilt werden. Am deutlichsten tritt dies beim Vergleich der Tarife im Kanton Luzern mit den Tarifen anderer, vergleichbarer öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler hervor (Frage 19): der beinahe einhellige subjektive Eindruck der Versicherer ist, dass die Tarife durchschnittlich hoch sind. Beim Vergleich mit vergleichbaren Privatspitälern werden die Tarife der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern tendenziell als unterdurchschnittlich beurteilt (5 Krankenversicherer haben die Tarife als „tief“ und 4 Krankenversicherer als „durchschnittlich“ beurteilt). Dies darf trotz aller Vorbehalte (auf die unten eingegangen wird) als weiteres Indiz dafür gelten, dass die Tarife der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler zumindest im Vergleich mit anderen Spitälern nicht unangemessen hoch sind.

II. Vergleichsmarktkonzept in der Zusatzversicherung

185. Um aussagekräftige Schlüsse mit dem Vergleichsmarktkonzept zu erreichen, müsste der zu untersuchende Markt mit einem Markt verglichen werden, auf dem Wettbewerb herrscht und der rechtlich sowie tatsächlich vergleichbar ist. Nun sind im Bereich der Zusatzversicherung andere geographische Märkte vorhanden, welche rechtlich und weitgehend auch tatsächlich vergleichbar sind. Es handelt sich dabei um die anderen (vermutungsweise kantonalen) Spitalmärkte in der Schweiz. In der ganzen Schweiz gelten dieselben nationalen gesetzlichen Grundlagen für die Zusatzversicherung und die tatsächlichen Gegebenheiten sind weitgehend vergleichbar. Die konkrete Durchführung eines umfassenden Vergleiches wird erschwert durch unterschiedliche Tarifstrukturen, gewisse divergierende faktische Gegebenheiten (z.B. unterschiedliche, durchschnittliche Fallschwere) und dürfte erst dann wirklich praktikabel sein, wenn die Tarife der einzelnen Spitäler transparenter und vergleichbarer werden (beispielsweise mit einem einheitlichen System von Fallpreispauschalen; SwissDRG[144]). Dies bedeutet aber nicht, dass ein Vergleich grundsätzlich ausgeschlossen wäre, und der Preisüberwacher hat im Bereich der Grundversicherung ein detailliertes Vorgehen entwickelt, um zu eruieren, welche Spitäler vergleichbar sind (Referenzspitäler), um dann deren Tarife und Kosten zu vergleichen.[145]

186. Das Problem bei einem Vergleich zwischen verschiedenen schweizerischen Spitälern in der Zusatzversicherung besteht darin, dass nicht nur im Kanton Luzern ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt aktiv ist, sondern dass vermutungsweise auch in den anderen regionalen Spitalmärkten marktbeherrschende Leistungserbringer tätig sind. So dürften sich beispielsweise Spitäler oder Gruppen von Spitäler, die mit dem „Konzern“ der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern vergleichbar sind, grundsätzlich ebenfalls in einer marktbeherrschenden Stellung befinden. Dies bedeutet, dass auf diesen Vergleichsmärkten ebenfalls marktbeherrschende Leistungserbringer vorhanden sind, welche theoretisch unangemessene Preise durchsetzen könnten. Dies könnte prinzipiell dazu führen, dass in der ganzen Schweiz im Bereich der Zusatzversicherung unangemessene Preise verlangt werden könnten. Bei einer solchen Konstellation kann mit einem Vergleich zwischen den Tarifen der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern mit vergleichbaren Spitälern zwar eruiert werden, ob erstere relativ zu den Vergleichsspitälern als unangemessen erscheinen, nicht aber, wie sie im Vergleich mit den Tarifen, die auf einem vergleichbaren Idealmarkt ohne marktbeherrschende Leistungserbringer verlangt würden, zu beurteilen wären.

187. Der Vergleich mit Privatspitälern ist ebenfalls nur beschränkt aussagekräftig. Zunächst können sich Privatspitäler ebenfalls in einer marktbeherrschenden Stellung befinden oder sie sind auf einem Markt tätig, bei dem ein anderes Spital marktbeherrschend ist, so dass das Tarifniveau auf dem Markt eventuell nicht mehr Ausdruck von Wettbewerb ist. Kommt hinzu, dass die Finanzierung der Privatspitäler von derjenigen der öffentlichen und öffentlich subventionierten abweicht: bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern muss der Kanton bei einer innerkantonalen stationären Behandlung in der Privat- oder Halbprivatabteilung die Kosten in der Höhe übernehmen, wie sie auch bei einer Behandlung in der allgemeinen Abteilung des jeweiligen Spitals anfallen würden (Sockelbeitrag)[146], d.h. der Kanton übernimmt max. 50 % der Kosten, die in der Grundversicherung anfallen würden.[147] Bei den Privatspitälern

[144] Vgl. www.swissdrg.org/de/index.asp?navid=0 (07.05.08).

[145] Vgl. Spitaltarife, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von stationären Spitaltarifen, Dezember 2006, erhältlich auf www.preisueberwacher.ch, Rubrik Themen, Unterrubrik Spitäler (24.04.08).

[146] Art. 1 des Bundesgesetzes über die Anpassung der kantonalen Beiträge für die innerkantonalen stationären Behandlungen nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 21. Juni 2002 (SR 832.14; gültig bis am 31.12.2009).

[147] Art. 49 Abs. 1 KVG.

trifft den Kanton i.d.R. keine analoge Pflicht zur Kostenübernahme, so dass die gesamte Behandlung durch die Krankenversicherung zu bezahlen ist.[148]

188. Ein direkter Vergleich mit den Tarifen in der Grundversicherung ist nur beschränkt möglich. Die Tarife in der Grundversicherung sind staatlich reguliert. Zudem ist gesetzlich festgelegt, welche Kosten zu Lasten der Grundversicherung gehen.[149] Schliesslich müssen die Spitäler im Bereich der Grundversicherung wirtschaftlich arbeiten.[150] Demgegenüber betrifft die Zusatzversicherung Leistungen, welche über diejenigen hinausgehen, welche in der Grundversicherung angeboten werden (Mehrleistungen), m.a.W. decken Grund- und Zusatzversicherung unterschiedliche Leistungen ab, so dass die Kosten und Tarife nur beschränkt vergleichbar sind. Zudem gilt in der Zusatzversicherung das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht. So kann die in der Zusatzversicherung mögliche Wahl des Arztes zur Folge haben, dass eine Behandlung „unwirtschaftlich" erfolgt, etwa durch eine für die Behandlung „überqualifizierte" und „zu teure" Medizinalperson (z.B. Chef- statt Assistenzarzt).[151]

189. Ein Vergleich mit den Tarifen ausländischer Spitäler scheitert an der nicht vorhandenen rechtlichen und tatsächlichen Vergleichbarkeit. Ein Vergleich würde bedingen, dass ein ausländisches Gesundheitssystem ebenfalls eine Aufteilung in obligatorische Grundversicherung und Zusatzversicherung vorsehen würde, welche zudem ähnlich ausgestaltet sein müsste, insbesondere bezüglich der Leistungs- und Kostenverteilung zwischen Grund- und Zusatzversicherung. Ein solcher Vergleichsmarkt existiert jedoch nicht.

190. Obwohl aufgrund der obigen Erwägungen in dogmatischer Hinsicht argumentiert werden könnte, dass die Unangemessenheit eines Preises nur bei einem Vergleich mit einem funktionierenden Markt beurteilt werden kann, wird nachfolgend – mangels anderer praktikabler Methoden – geprüft, ob Indizien dafür bestehen, dass die Preise der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern im Vergleich mit anderen, vergleichbaren schweizerischen Spitälern unangemessen erscheinen. Nur falls sich solche Indizien ergeben sollten, erscheint eine weitergehende Untersuchung der Tarife angezeigt.

III. Tarifvergleiche

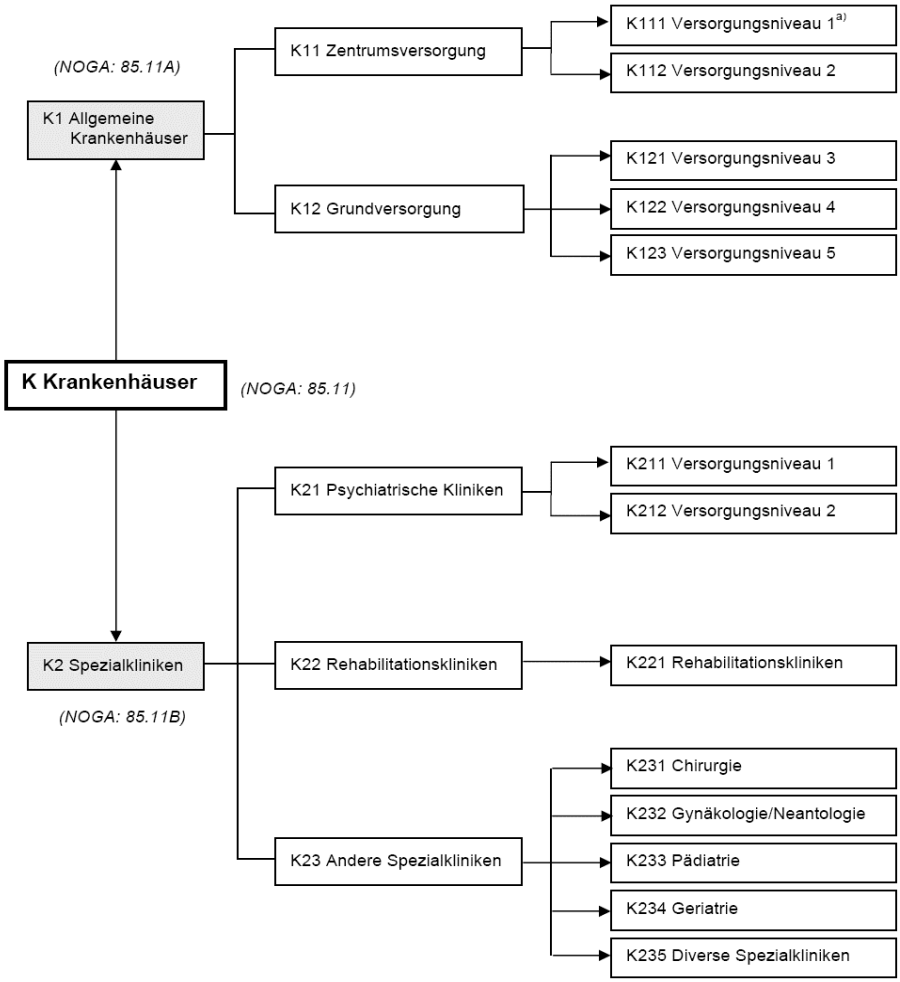
a. Höhe der Tarife

191. Drei Krankenversicherer [Namen der Versicherer] haben ihre Aussagen zu der Höhe der Tarife im Kanton Luzern mit unterschiedlichen Vergleichszahlen belegt.

192. Einer der Krankenversicherer [Name des Versicherers] hat seinen Vergleich auf der Basis der Krankenhaustypologie des Bundesamtes für Statistik (BfS) vorgenommen. Die folgende Abbildung gibt Aufschluss über die Typologisierung des BfS:[152]

[148] Einige Kantone sehen eine Kostenübernahme durch die OKP oder den Kanton vor, vgl. STEPHAN BRUPPACHER, Spitalfinanzierung, Foliensatz einer Präsentation vom 20. Februar 2007 für economiesuisse; 5 (www.economiesuisse.ch/web/de/PDF %20Download %20 Files/Fol_ GesPol_20070220.pdf, 24.04.08).
[149] Vgl. Art. 43 ff. KVG.
[150] Art. 32 KVG.
[151] Vgl. EUGSTER (FN. 35) Rz. 36.
[152] Krankenhaustypologie, BFS, Version 5.2, 2006, 4, mobileinfo.ch /Krankenkassen/spitalfuehrer/dokument/ BFS_Krankenhaustypo logie.pdf (24.04.08).

Abbildung 6: Typologie der Krankenhäuser



193. In der Zentrumsversorgung Niveau 1 (K 111) sind ausschliesslich die fünf Universitätsspitäler enthalten. Die weitere Einteilung der Allgemeinen Krankenhäuser erfolgt nach Anzahl stationäre Fälle und aufgrund der Summe der gewichteten FMH-Kategorien eines Spitals.[153] Das KSL ist als eines der grossen Kantonsspitäler der Kategorie K 112 zugewiesen (Zentrumsversorgung, Versorgungsniveau 2). Das KSSW befindet sich in der Kategorie K 121.[154]

194. Einer der befragten Krankenversicherer [Name des Versicherers] hat detaillierte Daten eingereicht, welche u.a. Auskunft über die durchschnittlichen Fallkosten für privat- und halbprivatversicherte Patienten/innen dieses Versicherers in den Spitalkategorien K 112 und 121 geben. Die Verhältnisse für das Jahr 2006 werden in den folgenden Abbildungen 7 und 8 dargestellt:

[153] Vgl. im einzelnen Krankenhaustypologie (FN 152), 6.
[154] Vgl. Kennzahlen der Schweizer Spitäler 2005 (FN 60), 126 f., vgl. insbesondere die Übersicht über die Zuweisung aller Spitäler zu den einzelnen Kategorien, 278 ff.

Abbildung 7: Durchschnittliche Fallkosten in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern der Kategorie K 112 für das Jahr 2006

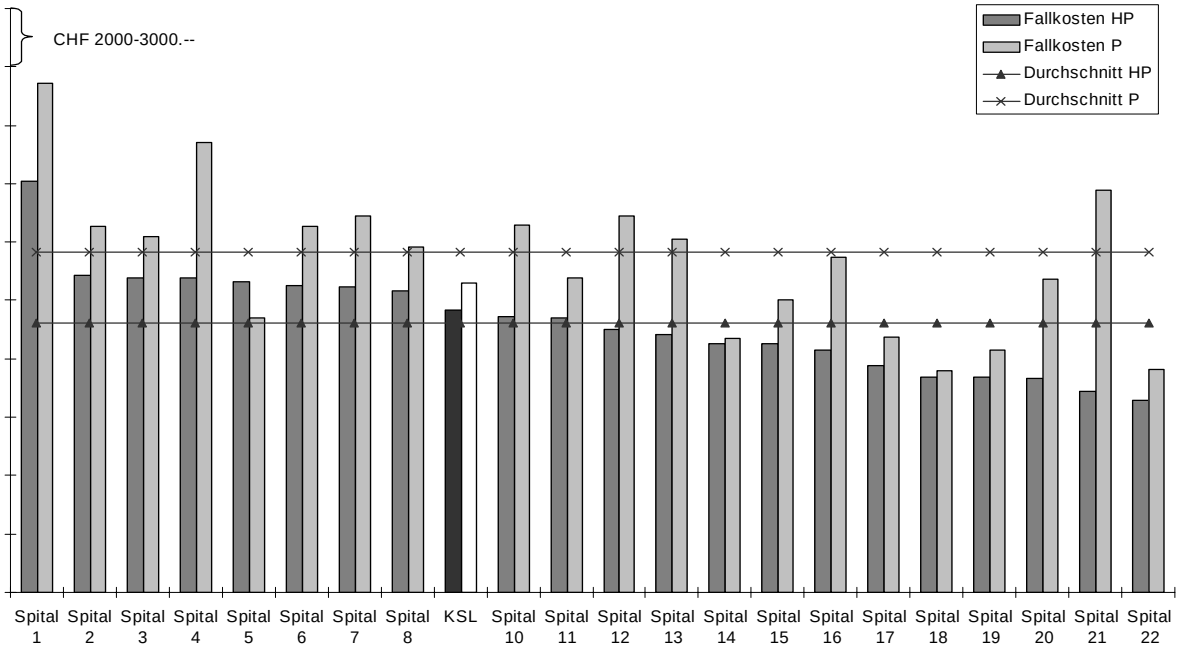
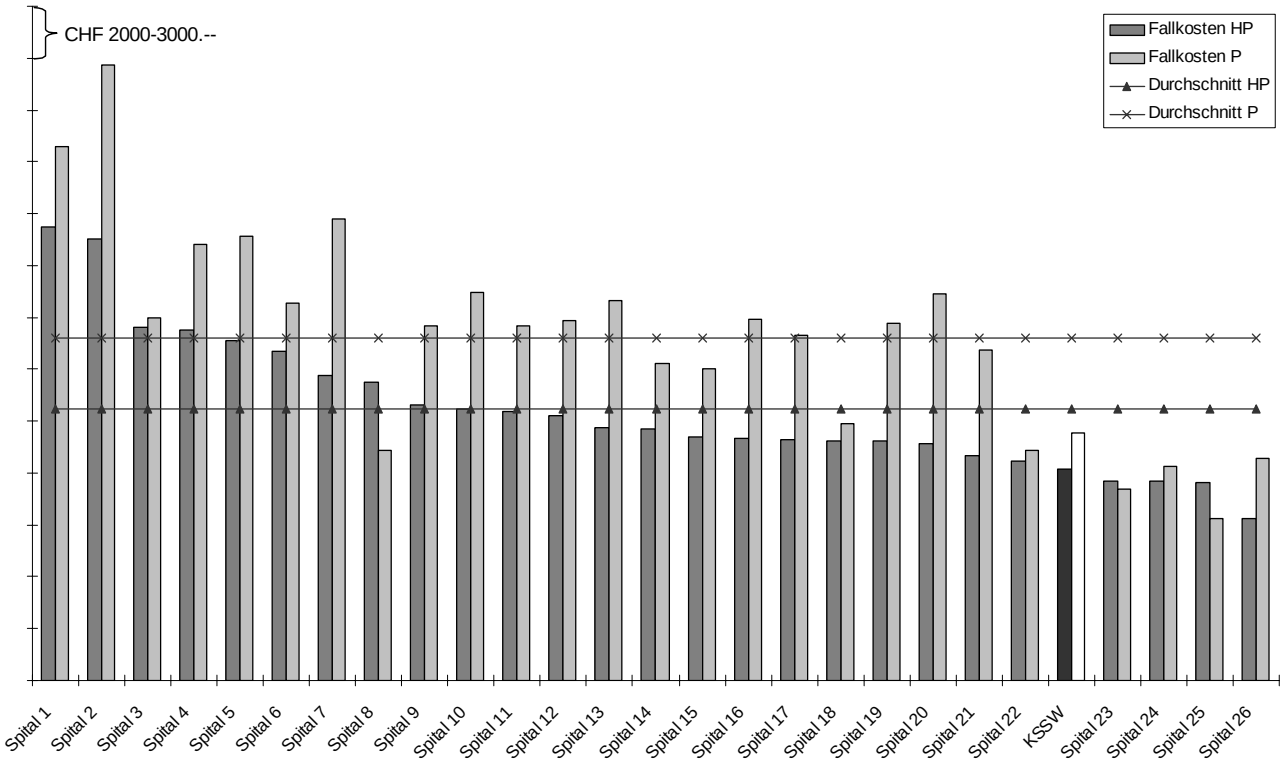


Abbildung 8: Durchschnittliche Fallkosten in Spitälern der Kategorie K 121 für das Jahr 2006

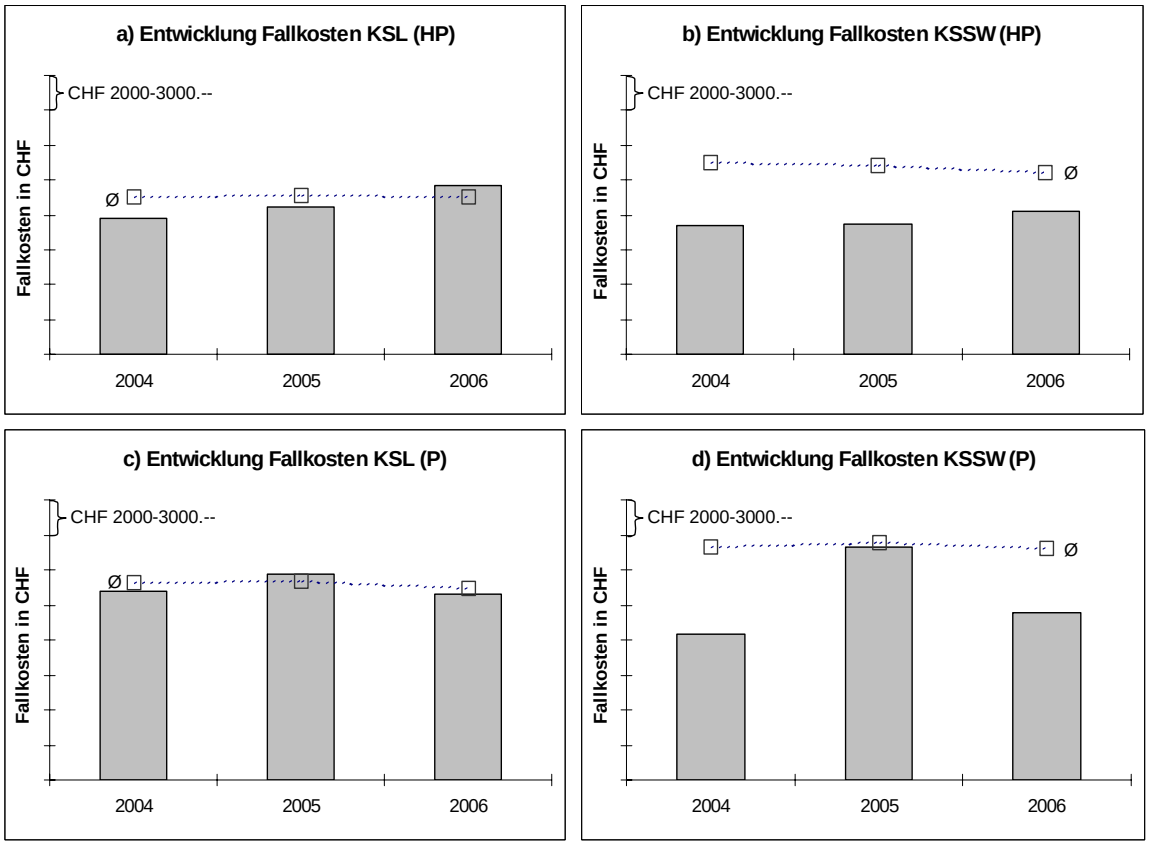


195. Im Gegensatz zur Abbildung 8 sind in der Abbildung 7 die Privatspitäler (mangels vollständiger Daten) nicht aufgeführt. Aus den vorhandenen Zahlen geht allerdings hervor, dass die Fallkosten der Privatspitäler dieser Kategorie überdurchschnittlich hoch sind. Umgekehrt sind die Privatspitäler bei der Durchschnittsberechnung in Abbildung 8 ebenfalls erfasst. Der Durchschnitt der Fallkosten in den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler der Kategorie 121 ist etwas tiefer als der Durchschnitt der Kosten aller Spitäler dieser Kategorie, ohne allerdings etwas am Umstand zu ändern, dass das KSSW zu den günstigen Spitälern gehört, m.a.W. die Fallkosten des KSSW liegen auch unter den durchschnittlichen Fallkosten der öffentlichen

und öffentlich subventionierten Spitälern der Kategorie K 112.

196. Wie aus der nachfolgenden Abbildung 9 hervorgeht, waren auch in den Vorjahren 2004 und 2005 die Fallkosten des KSL und des KSSW durchschnittlich bzw. unterdurchschnittlich hoch:

Abbildung 9: Entwicklung der Fallkosten



197. Aus den Tabellen und Abbildungen wird deutlich, dass die Fallkosten des KSL und des KSSW im Vergleich mit anderen Spitälern derselben Spitalkategorie aufgrund der Angaben des Krankenversicherers [Name des Versicherers] nicht als unangemessen hoch erscheinen.

198. Die Daten eines anderen Krankenversicherers [Name des Versicherers] bestätigen dieses Bild. Dieser Versicherer hat die Kosten pro Tag in von ihm ausgewählten, vergleichbaren Spitälern als Benchmark herangezogen. [Anstelle dieser Auswahl wurden vom Versicherer für die geschäftsgeheimnisbereinigten Version folgende Vergleiche der Tageskosten für die Kategorien K 112 und K 121 eingereicht (Abbildungen 10 und 11)]:

Abbildung 10: Tageskosten in CHF in der halbprivaten und privaten Abteilung in Spitälern der Kategorie K 112 für das Jahr 2006

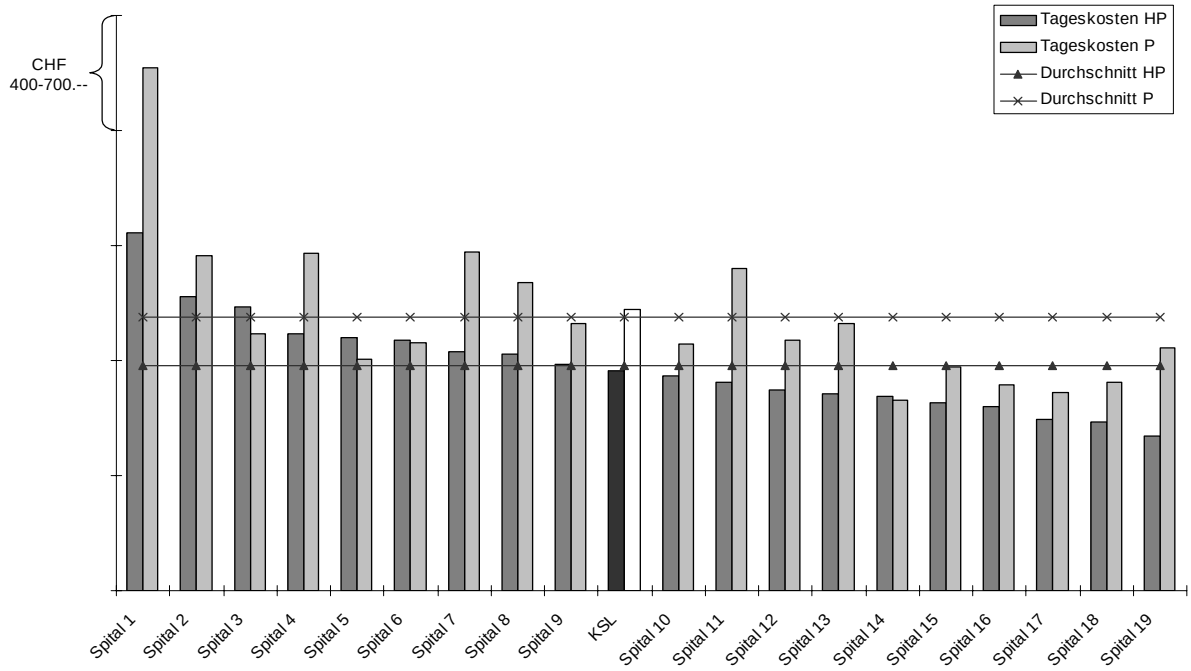
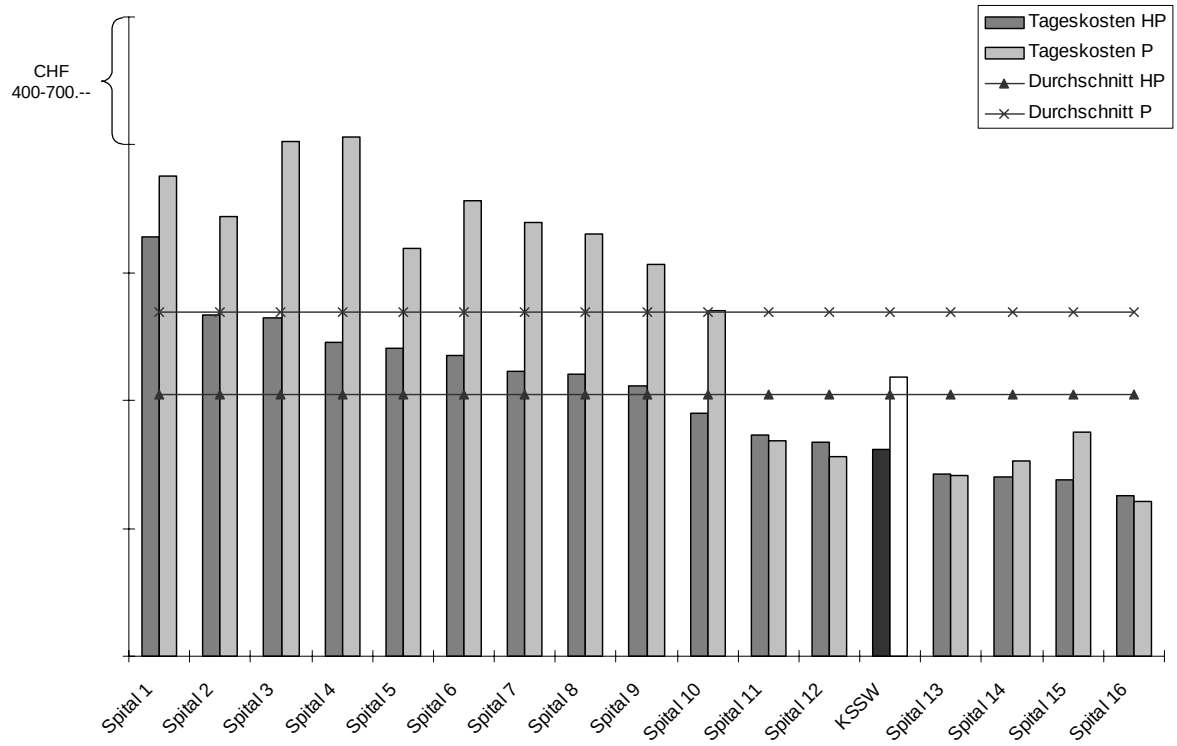


Abbildung 11: Tageskosten in CHF in der halbprivaten und privaten Abteilung in Spitälern der Kategorie K 121 für das Jahr 2006



199. Der dritte Versicherer [Name des Versicherers] hat seine Aussagen durch einzelne Beispiele belegt, auf deren Wiedergabe aber deshalb verzichtet wird, weil sie die obigen Ausführungen und Einschätzungen bestätigen.

b. Höhe der Tariferhöhung

200. Bei der Tariferhöhung von 2 x 6 % bzw. 2 x [3–5] % ist zu berücksichtigen, dass nur die Tagestaxen erhöht wurden. Ein Versicherer [Name des Versicherers] führt aus, die Tagestaxe entspreche ca. [30–35] % des Umsatzes, so dass die effektive Tariferhöhung bei ca. [2–4] % bzw. [1–3] % pro Jahr liege. Dieser Versicherer taxierte die Tariferhöhung als durchschnittlich im Vergleich mit anderen öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern (als Vergleichsbeispiel hat dieser Versicherer eine Tarifkalkulation des [Name des Spitals] eingereicht, bei der per 2006 eine Erhöhung von [15–

20] % resultierte). Im Vergleich zu Privatspitälern beurteilt dieser Versicherer die Erhöhung als unterdurchschnittlich (effektive Tariferhöhung [eines Privatspitals] von [3–5] %).

201. Ein anderer Krankenversicherer [Name des Versicherers] taxiert die Tariferhöhung im Vergleich mit anderen öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern als überdurchschnittlich, wobei er die Erhöhung im Kanton Luzern mit den Tariferhöhungen in den Nachbarkantonen vergleicht:

Tabelle 9: Durchschnittliche Tariferhöhung in öffentlichen und privaten Spitälern im Jahr 2006

Durchschnittliche Erhöhung im Jahr 2006 in den halbprivaten und privaten Abteilungen von ausgewählten öffentlichen und privaten Spitälern:	
Öffentliche Spitäler Kanton Luzern	[0–6] %
Öffentliche Spitäler Kanton Aargau	[0–6] %
Öffentliche Spitäler Kanton Solothurn	[6–12] %
Öffentliche Spitäler Kanton Nidwalden	[0–6] %
Öffentliche Spitäler Kanton Obwalden	[0–6] %
Öffentliche Spitäler Kanton Schwyz	[0–6] %
Öffentliche Spitäler Kanton Uri	[0–6] %
Öffentliche Spitäler Kanton Zug	[0–6] %
Private Spitäler Kanton Luzern (St. Anna)	[0–6] %
Private Spitäler Kanton Luzern (Swissana)	[0–6] %
Private Spitäler Kanton Luzern (SPZ)	[0–6] %

202. Ein anderer Versicherer [Name des Versicherers] beurteilt die Tariferhöhung aufgrund der Erhöhung der Fallkosten (vgl. auch Abbildungen 7–9). Allerdings hängt die Erhöhung der Fallkosten nicht einzig von der Tariferhöhung ab, sondern auch noch von anderen Faktoren (z.B. Veränderung der Schwere der Fälle, andere Behandlungsmethoden etc.).

203. Ein weiterer Versicherer [Name des Versicherers] hat die Auswirkungen der Erhöhung der Tagestaxen aufgrund von Musterrechnungen analysiert und ist zum Ergebnis gelangt, dass die Erhöhung der Tagestaxe eine Kostensteigerung von jährlich rund [1–2] % für die halbprivate und [1–2] % für die private Abteilung zur Folge hat. Die Erhöhung wird im Vergleich mit anderen öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern als durchschnittliche Tarifanpassung qualifiziert.

204. Die unterschiedlichen Ansätze zum Vergleich der Tariferhöhung machen deren beschränkte Aussagekraft deutlich. Ein reiner Vergleich der Erhöhung der Tagespauschalen, wie sie in Tabelle 10 vorgenommen wird, lässt unberücksichtigt, dass die Tagespauschale nur ein Teil des Gesamttarifs ist. Die Gewichtung dieses Teils kann aber je nach Versicherer divergieren. Trotz der unterschiedlichen Ansätze kommt kein Krankenversicherer zum Ergebnis, dass die Tariferhöhung im Kanton Luzern im Vergleich zu den Tariferhöhungen anderer Spitäler unverhältnismässig hoch ausgefallen wären.

205. Bei der Beurteilung der Höhe der Tarifanpassung erscheint folgende, durch den Kanton vorgebrachte Argumentation von Interesse. Der Kanton Luzern begründete seine Tariferhöhung gegenüber den Krankenversicherern mit der „allgemeinen Kostenentwicklung“. Der Kanton versteht darunter neben der Teuerung Mehrkosten im Zusammenhang mit der Einführung der Medizinalprodukteverordnung (u.a. Sterilisationsvorschriften, Unterhaltsanforderungen), dem Arbeitsgesetz (Einführung der 50-Std.-Woche für Assistenzärzte/innen, Neuregelung der Pikettentschädigung etc.), der gesteigerten Anforderungen an Kosten- und Leistungstransparenz, Vorbereitungen auf die einheitliche, diagnosebezogene Abgeltung nach DRGs (Neuorganisation des Codierwesens) sowie die Beteiligung am medizinischen Fortschritt. Da diese Mehrkosten nicht nur im OKP-Bereich, sondern auch für private und halbprivate Patienten/innen anfallen, hat der Kanton Luzern die Taxen für die halbprivatversicherten Patienten/innen frankenmässig im gleichen Rahmen erhöht wie die gemäss Taxmodell santésuisse/H+ gerechnete OKP-Taxen für die grundversicherten Patienten/innen. Bei der Tagestaxe für Privatpatienten mit Einzelzimmer seien rund CHF 10.-- zur OKP-Erhöhung addiert worden.

206. Folgende Tabelle zeigt die Erhöhungen der Tagestaxen in der OKP, der Halbprivat- und der Privatabteilung im KSL und dem KSSW in den Jahren 2005–2007 in CHF:

Tabelle 10: Tagestaxen OKP, HP und P und deren Erhöhung, alles in CHF

	2005	Erhöhung 05/06	2006	Erhöhung 06/06	2007	Erhöhung Total 05–07
KSL						
OKP	523	+18	541	+19	560[155]	37
HP	321	+19	340	+21	361	40
P	453	+27	480	+29	509	56
KSSW						
OKP	444	+18	462	+16	478	34
HP	296	+18	314	+19	333	37
P	407	+24	431	+26	457	50

207. Aus der Tabelle ergibt sich, dass die Erhöhungen der HP-Taxen nicht absolut identisch mit denjenigen in der OKP sind. Die HP-Taxen wurden zwischen 2005 und 2007 minim stärker erhöht als die OKP-Taxen (um insgesamt CHF 3.-), dafür wurden die P-Taxen etwas weniger stark erhöht, als es sich bei einer Addition von CHF 10.- zur OKP-Taxerhöhung ergeben würde (CHF 56.- statt CHF 57.-- beim KSL und CHF 50.- statt CHF 54.- beim KSSW für die Periode 2005–2007). Die Tabelle bestätigt dennoch – für die beschränkte Zeitperiode zwischen 2005 und 2007 – die Aussage des Kantons, dass die HP-Taxen frankenmässig „im gleichen Rahmen" erhöht wurden wie die OKP-Taxen. Es handelt sich im Wesentlichen um parallele Tariferhöhungen. Auch die Erhöhungen der P-Taxen bewegen sich innerhalb des durch den Kanton erläuterten Rechnungsschemas.

208. Wie oben erläutert wurde (vgl. Rz. 188), können die Taxen in der Grundversicherung nicht direkt mit denjenigen in der Zusatzversicherung verglichen werden, da die beiden Versicherungen unterschiedliche Leistungen abdecken. Die im vorliegenden Fall durch den Kanton vorgebrachten Gründe für die Tariferhöhungen betreffen allerdings beide Bereiche, z.B. die Teuerung oder erhöhte Personalkosten. Fraglich erscheint aber, ob diese Kosten tatsächlich in Grund- und Zusatzversicherung in betragsmässig identischer Weise anfallen, wie dies durch die Berechnung des Kantons Luzern angenommen wird. So kann beispielsweise die Berücksichtigung der Teuerung mittels Landesindex der Konsumentenpreise (LIKP), welcher in Prozent ausgedrückt wird, gar nicht zu betragsmässig gleichen Erhöhungen der OKP- und der HP-Taxe führen, da deren Höhe (auf deren Basis dann die Erhöhung ausgerechnet werden müsste) unterschiedlich ist. Auch bei den anderen Kosten, müsste grundsätzlich eine Gewichtung stattfinden, wenn die Kosten möglichst verursachergerecht aufgeteilt werden möchten. Dies führt dazu, dass es nicht möglich ist, die Angemessenheit der Erhöhung dadurch nachzuweisen, dass die betragsmässig gleiche Erhöhung in der OKP stattgefunden hat (und in der OKP die Erhöhung aufgrund der Regulierung angemessen ausfallen muss). Umgekehrt lässt sich aus dem Berechnungsschema des Kantons auch nicht der Schluss ziehen, die Erhöhung sei unangemessen, weil sie sich zu Unrecht an der Erhöhung der OKP-Taxen orientiere. Die Berechnungsweise des Preises ist grundsätzlich irrelevant, wenn das Ergebnis der Berechnung keinen unangemessenen Preis darstellt.

209. Aus den obigen Erwägungen zum Vergleich der Taxen in der Zusatzversicherung mit denjenigen in der Grundversicherung lässt sich immerhin festhalten, dass gewisse Kostenfaktoren vorhanden sind, welche auf beide Bereiche Einfluss haben. Werden die Tariferhöhungen in der OKP (Erhöhung der Tagesvollpauschalen) und in der Zusatzversicherung für die Jahre 2006/2007 gewichtet, so ergibt sich für die Grundversicherung eine jährliche Erhöhung von rund 3 %. Die gewichtete Erhöhung wird von allen Krankenversicherern, welche eine entsprechende Berechnung vorgenommen haben, als tiefer bezeichnet [3 Versicherer berechnen Werte von weniger als 2 % jährlich].

IV. Ergebnis

210. Aufgrund der Befragung der Krankenversicherer und der diversen Tarifvergleiche mit Spitälern aus anderen Kantonen (nach Tageskosten und nach Fallkosten) ergibt sich, dass die Tarife der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler im Kanton Luzern im interkantonalen Vergleich sich im Durchschnitt und teilweise unter dem Durchschnitt bewegen. Es gibt daher nach Auffassung der Weko nicht genügend Anhaltspunkte, die es rechtfertigen würden, speziell die Tarife der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler im Kanton Luzern einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Aufgrund der angewendeten Methode kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass das gesamtschweizerische Tarifniveau (Durchschnitt) zu hoch ist. Die Überprüfung dieses Elementes würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen.

211. In der gemeinsamen Stellungnahme der Versicherer Helsana, KPT, Sanitas/Wincare und Visana wird verlangt, dass die Preise zusätzlich anhand der Kostenmethode unter Beizug der Kostenstellung und Kostenträgerrechnungen der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern zu überprüfen seien. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Preisüberwacher die Kostenmethode in der Grundversicherung anwende, die Wettbewerbsbehörden hingegen im Bereich der Zusatzversicherung darauf verzichteten.

[155] Im Jahr 2007 wurden in der Grundversicherung die Tarife des KSL mit denjenigen der Luzerner Psychiatrie zusammengeführt, womit grundsätzlich der Vergleich mit der Vorperiode verfälscht wird. Der Wert wurde trotzdem in der Tabelle aufgenommen, da er in das durch den Kanton erläuterte Erhöhungsschema passt.

212. Nach Auffassung der Weko ist eine Überprüfung der Tarife und der Tariferhöhung unter Anwendung der Kostenmethode im vorliegenden Fall nicht notwendig, da die diversen, sich ergänzenden Vergleiche sowie auch die Befragung der Krankenversicherer nicht genügend Anhaltspunkte für einen Preismissbrauch geliefert haben. Wären genügend Anhaltspunkte gegeben gewesen, so hätte die Weko eine solche Kostenanalyse entweder selbst durchgeführt oder zu diesem Zweck an den Preisüberwacher überwiesen. Allerdings gilt es darauf hinzuweisen, dass die Kostenmethode ebenfalls mit gewissen Mängeln und Unsicherheiten behaftet ist. So sind bei der Bestimmung des „angemessenen Preises" im Rahmen der Kostenmethode durchaus auch die Preise zu beachten, welche Konkurrenten verlangen.[156] Dies äussert sich im Bereich der Grundversicherung darin, dass der Preisüberwacher im Bereich der Grundversicherung die ermittelten Kosten mit Tarifvergleichen ergänzt.[157] Kommt hinzu, dass im Bereich der Grundversicherung eine gesetzliche Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit der Behandlung besteht (Art. 32 Abs. 1, 43 Abs. 6, 46 Abs. 4 und 56 KVG). Demgegenüber können die Mehrleistungen in der Zusatzversicherung eine Art und Weise der Durchführung der Behandlung zur Folge haben, die in der allgemeinen Abteilung nicht mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot zu vereinbaren wären.[158] Es ist gerade der Sinn und Zweck von Spitalzusatzversicherungen Wahlfreiheiten, aber auch Luxus und Komfort zu ermöglichen.[159] Dies relativiert die Aussagekraft der Kostenüberprüfung massgeblich.

213. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Antrag in der gemeinsamen Stellungnahme der Versicherer Helsana, KPT, Sanitas/Wincare und Visana nach einer Ergänzung der Untersuchung mit einer Überprüfung der Preise anhand der Kostenmethode abgelehnt wird. Es steht den Versicherern aber unbenommen, sich in diesem oder in vergleichbaren Fällen direkt an den Preisüberwacher zu wenden und eine Überprüfung der Tarife zu beantragen.

B.4.2.2.4 Zwischenfazit

214. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Tarife im Kanton Luzern sich im interkantonalen Vergleich als durchschnittlich präsentieren, so dass kein Anlass besteht, speziell diese Tarife weitergehend zu prüfen.

B.4.2.3 Quersubventionierung

215. Im Zusammenhang mit der Höhe der Zusatzversicherungstarife wurden die Wettbewerbsbehörden von Seiten der Krankenversicherer verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Quersubventionierungen von der Zusatz- zur Grundversicherung stattfinden würden.[160] Zu dieser Problematik ist Folgendes festzuhalten:

216. Gemäss den Ausführungen der REWO/WEF – vor allem mit Blick den so genannten Sockelbeitrag[161]– schliessen staatliche Subventionen von Unternehmen die Anwendung des Kartellgesetzes nicht aus. Subventionen können zu Verschlechterungen der Wohlfahrt und Wettbewerbsverzerrungen führen. Aber mittels Kartellgesetz können die durch Subventionen bewirkten Verschlechterungen der statischen und dynamischen Effizienz sowie Wettbewerbsverzerrungen kaum korrigiert werden. Unter gesamtwirtschaftlicher Sicht ist es unbefriedigend und wohlfahrtsmildernd, dass in Märkten nicht die effizientesten, sondern die am besten subventionierten Markteilnehmer obsiegen. Trägt der Gesetzgeber diesem Umstand beim Erlass der Subventionsregelung keine Rechnung, so kann dies jedoch die Rechtsanwendung nicht korrigieren.[162]

217. Gerade im Bereich der Spitalfinanzierung sind – ergänzend zu den obgenannten Überlegungen der REKO/WEF – gleichwohl Konstellationen denkbar, in welchen rechtliche Rahmenbedingungen zwar eine gewisse (Quer-)Subventionierung ermöglichen, das Kartellgesetz aber korrigierend zur Anwendung gelangen kann. Dabei ist im Gesundheitswesen eben beispielsweise an missbräuchlich hoch festgelegte Tarife in der Zusatzversicherung (in Rz. 176 ff. ausführlich analysiert) zu denken, die der Quersubventionierung zur Grundversicherung dienen könnten. Auch wäre denkbar, dass die Subventionen bestimmter Leistungserbringer und bestimmter Versicherter zur Verdrängung von anderen Leistungserbringern aus (Teil-)Märkten dienen könnte.

218. Die Quersubventionierung von der Zusatz- zur Grundversicherung ist zwar mit der Einführung des Sockelbeitrags bei der Behandlung zusatzversicherter Patienten/innen in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern reduziert, allerdings nicht gänzlich aufgehoben worden. Die Möglichkeit und der Anreiz zur Quersubventionierung sind für die Kantone weiterhin gegeben; so können allgemeine Abteilungen weiterhin aus den „Gewinnen" der Halbprivat- und Privatabteilungen quersubventioniert werden (die Kantone haben ein beschränktes Interesse an hohen Tarifen und Defiziten in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung; gerade höhere Tarife der Zusatzversicherung können zur Deckung der Kosten in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung beitragen). Im Laufe der Ermittlungen konnten nicht genügend Anhaltspunkte für einen Preismissbrauch festgestellt werden und es blieb unklar, wie weit die für die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler im Kanton Luzern geltenden Zusatzversicherungstarife über den effektiven Kosten und einem

[156] Vgl. CLERC (FN 8), Art. 7 N 200.

[157] Vgl. Spitaltarife, Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von stationären Spitaltarifen, Dezember 2006, erhältlich auf www.preisueberwacher.ch, Rubrik Themen, Unterrubrik Spitäler (24.04.08).

[158] Vgl. EUGSTER (FN 35), Rz. 36 ff., der als Beispiele die Durchführung eines banalen chirurgischen Eingriffs durch den Chefarzt oder ärztliche Visitationen am Spitalbett ohne medizinische Notwendigkeit erwähnt.

[159] Vgl. EUGSTER (FN 35), Rz. 37.

[160] Vgl. etwa LEU (FN 112); Jahresbericht 2006 der Kommission für Konjunkturfragen, 71 f., www.kfk.admin.ch/pdf %20d/JB06.pdf (09.04.08).

[161] In zwei Leitfällen (BGE 123 V 290 und 127 V 422) stellte das EVG klar, dass die Kantone im Falle von zusatzversicherten Patienten analoge Sockelbeiträge an die Behandlung auszurichten haben, wie bei einer vergleichbaren innerkantonalen Behandlung auf der allgemeinen Abteilung. Seit dem Jahr 2002 ist diese Regelung gesetzlich festgehalten (vgl. FN 146). Vgl. zum Ganzen auch MARTIN BRUNNSCHWEILER, Aktuelle Rechtsprobleme der Tarifgestaltung in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern, in: Jusletter vom 16. Mai 2005, Rz. 17 f.

[162] Vgl. REWO/WEF, in: RPW 2003/4, 888 f., E. 10.3.

angemessenen Gewinn liegen, um die Kosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bzw. die entsprechenden Tarife tiefer zu halten. Auch wenn das Kartellgesetz in einem gewissen Masse als Korrektiv dienen könnte, ist somit die Berechnung der Quersubventionierung wegen der mangelhaften Datenlage und der geringen Vergleichbarkeit der vorhandenen Kostendaten auf Seiten der Spitäler derzeit kaum durchführbar und somit eine objektive und abschliessende kartellrechtliche Beurteilung nicht möglich.

219. Mit Entscheid der eidgenössischen Räte anlässlich der Wintersession 2007 über die leistungsbezogene Finanzierung mit diagnosebezogenen Fallpauschalen, die auf einer gesamtschweizerisch einheitlichen Struktur beruhen („SwissDRG"), wird sich auf Seiten der Spitäler die Datenlage und Vergleichbarkeit der Kostendaten verbessern. Aus diesem Grund behält es die Wettbewerbsbehörde vor, die Quersubventionierung zu einem späteren Zeitpunkt zu überprüfen und beurteilen.

220. Wie bereits bei der Überprüfung des Preismissbrauchs wird in der gemeinsamen Stellungnahme der Versicherer Helsana, KPT, Sanitas/Wincare und Visana beantragt, die Frage der Quersubventionierung sei durch eine Analyse der Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung vertieft zu untersuchen. Die in der Zusatzversicherung anfallenden Preise dürften ausschliesslich der Deckung der in diesem Bereich anfallenden Kosten dienen. Dabei verweist die Stellungnahme auf diverse Entscheide, in denen die Wettbewerbsbehörden Quersubventionierungen untersucht haben.[163] Dabei gilt es zunächst festzustellen, dass in den bisherigen Fällen Quersubventionierungen deshalb thematisiert wurden, weil Erträge aus dem Bereich, in dem eine marktbeherrschende oder sogar eine Monopolstellung vorhanden war, dazu benutzt wurden, sich auf anderen Märkten einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen (Diskriminierungen von Wettbewerbern, Preisunterbietungen). Der vorliegende Fall ist insofern atypisch, als der eventuell quersubventionierte Markt (die Grundversicherung) reguliert und der Wettbewerb durch staatliche Bestimmungen stark beeinflusst wird (z.B. durch die Spital- und Bettenplanung). Die Gewinne aus der Zusatzversicherung würden im Falle einer Quersubventionierung primär dazu benutzt, regulatorisch bedingte Defizite in der Grundversicherung zu decken. So arbeiten die Spitäler im Kanton Luzern mit Globalbudgets welche durch die Differenz zwischen den Kosten und den erwarteten Erträgen (inkl. den Erträgen aus der privaten und halbprivaten Zusatzversicherung) bestimmt werden; wird das Globalbudget unterschritten, so verkleinert sich das Defizit der Spitäler und es müssen zur Finanzierung weniger öffentliche Gelder eingesetzt werden. Dieser Umstand macht es schwierig, den Einfluss einer allfälligen Quersubventionierung der Grundversicherung durch die Zusatzversicherung zu bestimmen. Diese Schwierigkeit wird derzeit noch durch die erwähnte mangelhafte Datenlage erhöht. Selbst unter Beizug einer Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung dürfte der Nachweis einer Quersubventionierung schwer zu erbringen sein, da die Analyse wohl auf Stufe der einzelnen medizinischen Leistungen oder Leistungsgruppen erfolgen müsste, was aber erst mit der Einführung der erwähnten SwissDRG (vgl. Rz. 219) möglich sein dürfte.

221. Die Hauptbefürchtung der Versicherer besteht darin, dass die Grundversicherung durch unangemessen hohe Preise in der Zusatzversicherung quersubventioniert wird. Nun wurde aber bereits festgehalten, dass die Weko der Auffassung ist, dass die Untersuchung des Tatbestandes der unangemessenen Preise genügend weit gegangen ist und als Ergebnis festgehalten werden kann, dass nicht genügend Anhaltspunkte für einen Preismissbrauch bestehen.

222. Eine Ergänzung der Untersuchung zur Frage der Quersubventionierung wird abgelehnt. Es steht wie bereits erwähnt den Krankenversicherern aber offen, sich mit dieser Frage im vorliegenden oder in einem ähnlich gelagerten Fall an den Preisüberwacher zu wenden.

B.4.3 Diskriminierung von Handelspartnern

223. In der gemeinsamen Stellungnahme der Versicherer Helsana, KPT, Sanitas/Wincare und Visana wird beantragt, die Untersuchung sei hinsichtlich der Frage zu ergänzen, ob nicht eine Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliege. Eine solche sei dann gegeben, wenn keine sachlichen Gründe für die unterschiedlichen Tariferhöhungen vorliegen würden. Auf eine unzulässige Diskriminierung deute auch die Tatsache hin, dass sich das GSD geweigert habe, mit den meisten Versicherer überhaupt zu verhandeln. Diese Weigerung sei nicht sachlich begründet worden. Schliesslich wird die Auffassung vertreten, ein marktbeherrschender Kanton sei verpflichtet, mit allen Versicherern Verhandlungen zu führen, die dies verlangten. Nur so könne herausgefunden werden, ob sachliche Gründe bestünden für eine allfällige Ungleichbehandlung bei den Preisen. Nachfolgend soll deshalb untersucht werden, ob eine unzulässige Diskriminierung vorliegt.

224. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden.[164] Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein.[165] Dies bedeutet, dass dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert.

[163] RPW 1997/2, 170, Rz. 57; 1999/3, 437 ff., Rz. 119, 121; 2004/2, 443 ff., Rz. 160 ff.; 2005/1, 58, Rz. 24 und 75, Rz. 134.
[164] Vgl. RPW 2005/3, 525, E. 5.4.; CLERC (FN 8), Art. 7 N 84.

225. Im vorliegenden Fall verhält es sich so, dass die [Anzahl] deutlich grössten Krankenversicherer [Namen der Versicherer] eine geringere Erhöhung der Tagestaxen erhalten haben als alle anderen Krankenversicherer ([3-5 %] statt 6 % pro Jahr). Wird allerdings nicht die Erhöhung, sondern die absolute Höhe der Tagestaxen betrachtet, so relativiert sich die Bedeutung dieser Differenz. Wird schliesslich berücksichtigt, dass die Tagestaxe nicht der einzige Tarifbestandteil darstellt (es gibt auch noch Pflegetaxen, Tagespauschalen für med. Nebenleistungen, Spezialuntersuchungen und Therapien sowie die separat fakturierbaren Spezialleistungen und privatärztlichen Leistungen [vgl. Rz. 41 ff.]) so erfolgt nur eine sehr beschränkte Ungleichbehandlung der Krankenversicherer.

226. Selbst wenn die Ungleichbehandlung nur sehr beschränkt ist, stellt sich die Frage nach dem Grund derselben. Zudem stellt sich die Frage, weshalb das GSD auch nur bei diesen Versicherern bilateral verhandelt hat.

227. Das GSD führt hierzu aus: „Positiv gewertet wurde im Zusammenhang mit der Vertragsverhandlung [mit Namen der Versicherer], u.a. dass auf dem Platz Luzern bereits Projekte bezüglich der elektronischen Abrechnung der Fakturen liefen. Diese Projekte arbeiteten an einer Standardisierung bzw. deutlichen Vereinfachung der administrativen Abläufe zwischen Spital und Versicherern mit dem Ziel, Effizienzsteigerungen durch eine elektronische Leistungsabrechnung zu erreichen, was beim Marktanteil der [Anzahl] Versicherungsgesellschaften zu relevanten Einsparungen führen kann, damit die äusserst knappen Ressourcen nutzbringender in der Nähe des Patientenprozesses (z.B. im Pflege-/ oder im ärztlichen Bereich) eingesetzt werden können.“ Is sachlicher Grund für Preisdifferenzierungen kommen insbesondere Einsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen in Frage. Unterschiedliche Kosten rechtfertigen unterschiedliche Preise.[166] Das durch den Kanton erwähnte Projekt und die damit verbundenen Folgen rechtfertigen daher die Bevorzugung der [Anzahl] genannten Versicherer.

228. Ergänzend ist zu erwähnen, dass auch ohne das vom GSD erwähnte Projekt zur elektronischen Abrechnung die vorgenommene Differenzierung der Tarife alleine auf der Basis der Marktanteile dieser Krankenversicherer – bzw. der Menge an zusatzversicherten Patienten/innen in den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern, die auf diese beiden Versicherer entfallen – kartellrechtlich zulässig sein dürfte. Dies ergibt sich aus Rechtsprechung und Lehre zu Mengenrabatten: Quantitative an Mengen orientierte Rabatte lassen sich wettbewerbsrechtlich dann nicht beanstanden, wenn sie durch das Tätigkeitsvolumen des Unternehmens oder durch Skalenerträge gerechtfertigt werden können.[167]

229. Grundsätzlich wären weitere sachliche Gründe denkbar (z.B. bessere Zahlungsmodalitäten, Fallsteuerung, Aufbau von langfristigen Kooperationsprojekten [vgl. Rz. 136 f.]), die Preisdifferenzierungen rechtfertigen können.

230. Es bleibt noch zu klären, ob ein marktbeherrschender Leistungserbringer tatsächlich mit allen Krankenversicherer verhandeln muss. Nach Auffassung der Weko kann auch bei einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht von einem Verhandlungszwang ausgegangen werden. Die Verhandlungen können verweigert werden, wenn sachliche Gründe vorliegen. Im vorliegenden Fall hat der Kanton mit den [Anzahl] grössten Versicherer verhandelt, da bei diesen ein Grund vorhanden war, in Verhandlungen zu treten (vgl. oben). Von den anderen Versicherern sind keine Angebote vorgebracht worden, welche dem GSD einen Anreiz für Verhandlungen geliefert hätten. Zudem ist aus den Akten nicht ersichtlich, dass ein Versicherer mit Nachdruck auf Verhandlungen bestanden hätte. Dies wäre allenfalls deshalb angebracht gewesen, weil das GSD ansonsten aufgrund der früheren Vertragsbeziehungen mit diesen Versicherern davon ausgehen kann, dass die bisherigen Konditionen und Bedingungen weiterbestehen. So war es für das GSD nicht unabdingbar, mit jedem Versicherer in Verhandlungen zu treten, um die allfälligen Unterschiede zwischen diesen zu eruieren.

231. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gegeben ist.

B.4.4 Fazit

232. Aus den genannten Gründen gelangt die Weko zum Ergebnis, dass keine missbräuchlichen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens festgestellt werden konnten.

B.5 Gesamtergebnis

233. Die Untersuchung führt zum Resultat, dass auf Seiten der Versicherer kein Verstoss gegen Art. 5 KG vorliegt. Die Weko hält zudem fest, dass gemeinsame Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer zum Aufbau einer Gegenmacht (Countervailing Power) gegenüber den Spitälern unter gewissen Umständen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden können. Die Bildung einer Gegenmacht kann insbesondere dann zulässig sein, wenn (1) ein Kanton – wie im vorliegenden Fall – gleichzeitig für mehrere seiner Spitäler verhandelt und (2) aufgrund der Wettbewerbssituation auf dem nachgelagerten Versicherungsmarkt nicht mit nachteiligen Folgen für die Versicherten zu rechnen ist (vgl. Rz. 124 ff.). (3) Schliesslich gilt diese Einschätzung nur solange die heutigen gesetzlichen Rahmenbedingungen (bezüglich Spitalfinanzierung, Spitalordnung, Spitallisten, faktischer Kontrahierungszwang) fortbestehen (vgl. Rz. 132).

[165] gl. RPW 2005/3, 525, E. 5.4; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie, Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 7 N 15.
[166] Vgl. RPW 2005/3, 526, E. 5.4.2.
[167] gl. RPW 2005/3, 526, E. 5.4.2; RPW 2004/2, 441, Rz. 152; RPW 2004/3, 800, Rz. 77; BORER (FN 8), Art. 7 N 14; REINERT (FN 165), Art. 7 N 20; CLERC (FN 8), Art. 7 N 184.

234. Hinsichtlich der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern, welche wie ein Konzern als eine Gesamtheit zu betrachten sind, wurde eine marktbeherrschende Stellung festgestellt, hingegen keine unzulässige Verhaltensweise nachgewiesen. Im interkantonalen Vergleich und gestützt auf die Angaben der Krankenversicherer hat sich ergeben, dass sich die Tarife der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler gesamtschweizerisch gesehen im Durchschnitt und teilweise unter dem Durchschnitt bewegen. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, die es rechtfertigen würden, speziell die Tarife der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler im Kanton Luzern einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Damit ist über die Angemessenheit des gesamtschweizerischen Tarifniveau in der Zusatzversicherung keine Aussage gemacht.

C KOSTEN

235. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG[168] ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Eine Gebührenpflicht besteht insbesondere, wenn eine Vorabklärung bzw. Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen.[169]

236. Demgegenüber sind gemäss Art. 3 Abs. 2 Gebührenverordnung KG durch die Beteiligten keine Gebühren zu bezahlen, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.

237. Aufgrund des Verfahrensausgangs sind den Parteien daher keine Gebühren aufzuerlegen. Dies gilt auch für die Kosten der Zwischenverfügung der Weko vom 4. September 2006, über deren Kosten mit dem vorliegenden Entscheid zu befinden ist.

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass sich die Gesamtheit der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Luzern in einer marktbeherrschenden Stellung auf den relevanten Märkten der halbprivaten und privaten Zusatzversicherung befindet.

2. Die Untersuchung wird im Übrigen eingestellt.

3. Es werden keine Kosten erhoben.

4. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

[…]

[168] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[169] BGer, in: RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1.

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. Coop/Carrefour**[1]

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. März 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. März 2008

Verfügung vom 17. März 2008 in Sachen Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 10 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG] SR 251).

INHALTSVERZEICHNIS

A SACHVERHALT 594

A.1 Gegenstand 594

A.2 Verfahren 595

A.3 Stellungnahmen der Parteien zur vorläufigen Beurteilung 596

A.4 Parteigutachten 597

B ERWÄGUNGEN 597

B.1 Geltungsbereich 597

B.2 Vorbehaltene Vorschriften 597

B.3 Meldepflicht 597

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 598

B.4.1 Relevante Märkte 598

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte 598
B.4.1.1.1 Absatzmärkte 598
B.4.1.1.2 Beschaffungsmärkte 601
B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte 605
B.4.1.2.1 Absatzmärkte 605
B.4.1.2.2 Beschaffungsmärkte 607

B.4.2 Analyse der betroffenen Märkte 609

B.4.2.1 Absatzmärkte 610
B.4.2.1.1 Vorbemerkungen 610
B.4.2.1.2 Marktstruktur 612
B.4.2.1.2.1 Marktteilnehmer 612
B.4.2.1.2.2 Marktanteile 613
B.4.2.1.2.3 Rolle der Marktteilnehmer 628
B.4.2.1.2.4 Entwicklung der Verkaufstellenformate in der Schweiz 628
B.4.2.1.2.5 Alternative Kaufinteressenten 629
B.4.2.1.3 Einzelmarktbeherrschung 629
B.4.2.1.4 Kollektive Marktbeherrschung 630
B.4.2.1.4.1 Begriff 630
B.4.2.1.4.2 Eingriffskriterien und Rechtsprechung 631
B.4.2.1.4.3 Prüfkriterien 631
B.4.2.1.4.4 Potenzieller Wettbewerb 636
B.4.2.1.4.5 Fazit 643
B.4.2.1.5 Zwischenergebnis 644
B.4.2.1.6 Mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 644
B.4.2.1.7 Zusagen der Parteien und deren Beurteilung 644
B.4.2.2 Beschaffungsmärkte 645
B.4.2.2.1 Marktstruktur 645
B.4.2.2.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch die Marktteilnehmer 646
B.4.2.2.3 Aktuelle Konkurrenz 647
B.4.2.2.3.1 Marktanteile 647
B.4.2.2.3.2 Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel 650
B.4.2.2.4 Potenzielle Konkurrenz 652
B.4.2.2.4.1 Potenzielle Absatzkanäle innerhalb des Detailhandels 652
B.4.2.2.4.2 Potenzielle Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels 654
B.4.2.2.5 Stellung der Marktgegenseite 655
B.4.2.2.5.1 Struktur der Angebotseite 655
B.4.2.2.5.2 Verhandlungsmacht der Lieferanten 656
B.4.2.2.5.3 Abhängigkeitsverhältnisse 657
B.4.2.2.6 Zwischenergebnis 659
B.4.2.2.7 Mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 660
B.4.2.2.8 Zusagen der Parteien und deren Beurteilung 660

C ERGEBNIS 660

D KOSTEN 660

E DISPOSITIV 661

[1] Une version française de cette décision est disponible sur le site www.weko.ch sous la rubrique News/Nouvelles décisons.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand

1. Am 26. Oktober 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach die Coop-Genossenschaft (nachfolgend: Coop) beabsichtigt, mittels Aktienkauf die alleinige Kontrolle über die Distributis AG und Distributis Moncor SA (nachfolgend: Distributis) zu erlangen.

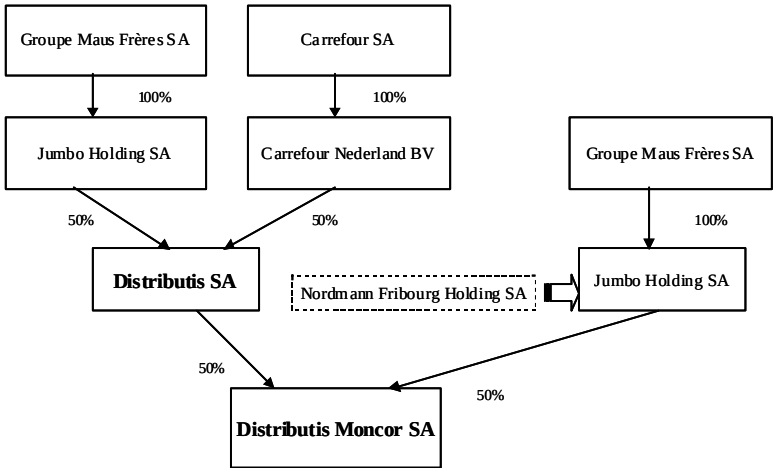
2. Coop, mit Sitz in Basel, ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher zahlreiche Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Coop entstand aus der 2001 erfolgten Fusion aller regionalen Coop-Genossenschaften und hat zurzeit 2,3 Millionen Genossenschafter. Kerngeschäft von Coop ist der Lebensmittel-Detailhandel. Daneben ist Coop unter anderem in den Bereichen Gastronomie (Coop Restaurants), Unterhaltungselektronik (Interdiscount, Dipl. Ing. Fust) sowie Tankstellen (Coop Mineraloel) tätig und unterhält einige Produktionsunternehmen (Bell, Gala).

3. Distributis wird über ausländische Konzerngesellschaften zu 50 % von der im internationalen und schweizerischen Detailhandelsgeschäft tätigen Carrefour-Gruppe (nachfolgend: Carrefour) und zu 50 % von der Maus Frères-Gruppe (nachfolgend: Maus Frères) kontrolliert. Carrefour ist der zweitgrösste Detailhändler der Welt und fokussiert sich vor allem auf Hypermärkte. Veräusserer sind Carrefour Nederland B.V. mit Sitz in Amsterdam (Niederlande) sowie die Jumbo Holding AG mit Sitz in Genf (vgl. Abbildung 1).

4. Distributis betreibt in der Schweiz zwölf Carrefour-Hypermärkte und ist Eigentümerin von vier dieser Standorte. In den restlichen acht Standorten ist Distributis eingemietet. Davon sind fünf im Eigentum von Maus Frères und drei im Eigentum Dritter. Zudem bestehen bereits Mietverträge für zwei neue Projekte (St. Gallen, Chur), die ebenfalls Teil der Transaktion sind.

5. Der Markteintritt von Carrefour in der Schweiz erfolgte 2001 in Kooperation mit Maus Frères durch die Übernahme von elf Jumbo-Standorten. Infolge einer Neuausrichtung ihrer internationalen Strategie plant Carrefour weitere Entwicklungen ihrer Geschäftstätigkeit nur noch in Ländern, in welchen sie das grösste Detailhandelsunternehmen ist oder zu den grössten Detailhandelsketten zählt. Nach dem Marktaustritt aus Japan, Südkorea und Portugal hat Carrefour den Marktaustritt aus der Schweiz bekannt gegeben. Somit verlässt ein Anbieter den Schweizer Detailhandelsmarkt.

Abbildung 1: Anteilsverhältnisse



6. Nach Mitteilung des Rückzugs von Carrefour aus Distributis wollte Maus Frères ebenfalls aus dem Gemeinschaftsunternehmen aussteigen. Maus Frères prüfte in der Folge im September 2006 mehrere Möglichkeiten für die Zukunft von Distributis. Ein Alleingang kam für Maus Frères nicht in Frage. Eine Fortsetzung in Form einer Partnerschaft mit einem anderen grossen europäischen Detailhandelsunternehmen erschien aufgrund des mittelmässigen Erfolges mit Carrefour ebenfalls nicht erfolgsversprechend. Letztlich war der Verkauf von Distributis die einzige Option. Mit der Suche nach einem geeigneten Käufer wurde schliesslich ein externes Beratungsunternehmen beauftragt.

7. Die Auswahl potenzieller Käufer erfolgte anhand vier Kriterien: vorhandene Aktivität im Hypermarkt-Bereich, internationale Ausrichtung, jüngste internationale Entwicklungen im Bereich Hypermärkte und Interesse an einem Markteintritt in der Schweiz. Überprüft wurden in der Folge rund dreissig Handelsunternehmen. Die grössten, europäischen Handelsketten konzentrieren ihre Expansionspläne derzeit jedoch auf Länder mit mehr Wachstumspotential als die Schweiz. Dies wurde auf Anfrage des Sekretariates bei einigen grossen, europäischen Handelsunternehmen bestätigt.

8. Als mögliche interessierte Kaufkandidaten wurden seitens des beauftragten Beratungsunternehmens [...]

ausfindig gemacht. Nach mehreren Gesprächen wurde ab Juli 2007 mit Coop exklusiv verhandelt.

9. Mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt Coop das Ziel, ihr eigenes Verkaufsstellennetz bezüglich grossflächiger Standorte zu optimieren. Die Übernahme der zwölf Carrefour-Verkaufsstellen und zweier Carrefour-Projekte erlauben es Coop, auf den Bau geplanter grossflächiger Verkaufsstellen zu verzichten (drei Erweiterungen und drei neue Projekte).[2] Nach Vollzug des Zusammenschlusses sollen alle Carrefour-Verkaufsstellen als Coop-Megastores weitergeführt werden.

10. Coop macht geltend, dass der Zusammenschluss zu Synergien in den Bereichen Logistik, Administration, Werbung und Informatik führe.

A.2 Verfahren

11. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2007 bestätigte das Sekretariat den Eingang der definitiven Meldung und erklärte am 5. November 2007 deren Vollständigkeit.

12. Im Rahmen der Abklärungen in der vorläufigen Prüfung wurden Fragebogen an Marktteilnehmer (je ein Fragebogen an neun Anbieter, wovon alle geantwortet haben), an Lieferanten (138, wovon 129 geantwortet haben), an verschiedene Verbände und Interessengemeinschaften (22, wovon alle geantwortet haben) sowie an Konsumentenschutzorganisationen (fünf, wovon alle geantwortet haben) versandt.

13. Am 21. November 2007 hat die zuständige Kammer der Wettbewerbskommission, gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz; KG; SR 251) sowie den Antrag des Sekretariates, das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen bzw. kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss bejaht und die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 und 33 ff. KG beschlossen.

14. Die Eröffnung des Prüfungsverfahrens wurde den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 26. November 2007 mitgeteilt und im Bundesblatt sowie im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert.

15. Nach Einleitung der Prüfungsphase wurden weitere Fragebögen an acht Detailhändler (wovon alle beantwortet wurden) sowie an 31 Immobiliengesellschaften (wovon 20 geantwortet haben) und an 10 kantonale Verwaltungen (wovon alle geantwortet haben) versandt. Daneben wurden die meldende Partei und Distributis um weitere Auskünfte ersucht.

16. Das Sekretariat liess dem meldenden Unternehmen sowie Distributis am 10. Dezember 2007 einen ersten Bericht, welcher die Anhaltspunkte für die Einleitung des Prüfungsverfahrens enthielt sowie das Aktenverzeichnis, mit Frist zur Stellungnahme bis am 21. Dezember 2007, zukommen. Die entsprechenden Stellungnahmen trafen beim Sekretariat fristgerecht ein.

17. Am 14. Dezember 2007 nahmen die Parteien Akteneinsicht in den Räumlichkeiten des Sekretariates. Darüber hinaus wurden ihnen am 21. Dezember 2007, am 14., 24. und 25. Januar, 12. und 22. Februar sowie am 4. und 13. März 2008 Akten übermittelt.

18. Mit vier Detailhändlern (Casino, Aldi, Lidl und Spar) und dem Schweizer Markenartikelverband Promarca fanden im Dezember 2007 und Januar 2008 Hearings durch das Sekretariat statt. Am 21. Januar 2008 erfolgte eine Anhörung von Schweizer Konsumentenschutzorganisationen durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko), an der nach Einladung von fünf Organisationen lediglich die Westschweizer Konsumentenorganisation Fédération Romande des Consommateurs, FRC, teilnahm.

19. Ein Treffen über den Stand des Verfahrens und den weiteren Ablauf der Prüfung zwischen den Parteien, dem Präsidenten der Weko und dem Sekretariat fand am 16. Januar 2008 statt.

20. Im Nachgang zum Treffen vom 16. Januar 2008 liess Maus Frères dem Sekretariat weitere Informationen betreffend ihrer bisherigen Verkaufsbestrebungen zukommen.

21. Die Weko liess sich das ihr gegenüber geäusserte Kaufinteresse seitens Casino und Aligro bestätigen und später präzisieren.

22. Am 8. Februar 2008 wurde den Parteien die vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens mit Frist zur Stellungnahme bis 27. Februar 2008 zugestellt. Die Parteien nahmen fristgerecht Stellung.

23. Mit am 13. und 18. Februar 2008 eingegangenen Schreiben ersuchte Coop das Sekretariat um Zustellung des Entscheides der Weko in Sachen Migros/Denner sowie um Einsicht in die Akten des entsprechenden Zusammenschlussverfahrens. Das Sekretariat lehnte die Einsichtnahme in die Akten mit Schreiben vom 19. Februar 2008 ab, sicherte jedoch die Bereitstellung eines Publikationstextes zum genannten Zusammenschlussverfahren alsbald nach der noch ausstehenden Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse zu. Die Zustellung des Entscheides an die Parteien mit der Möglichkeit zur Stellungnahme erfolgte am 6. März 2008. Die Parteien reichten ihre Stellungnahmen mit Schreiben vom 13. März 2008 ein.

24. Am 10. März 2008 fand eine Anhörung der Parteien vor der Weko statt. In diesem Rahmen machte Coop Zusagen betreffend Auflagen zur Beseitigung bestehender wettbewerbsrechtlicher Bedenken der Weko. Diese wurden mit Schreiben vom 12. und 13. März 2008 seitens des Rechtsvertreters von Coop schriftlich präzisiert.

25. Coop hatte mehrmals die Möglichkeit, sich zum Inhalt des Dispositivs und zum Verfahren über die Umsetzung der Auflagen zu äussern.

26. Am 17. März 2008 entschied die Weko, das Zusammenschlussvorhaben unter Auflagen zu bewilligen.

[2] Erweiterungen (Megastores oder Typ C): Sion, Visp, Tenero; Neue Projekte (Megastores oder Typ C): Zürich, Manno, Ascona.

A.3 Stellungnahmen der Parteien zur vorläufigen Beurteilung

27. Zur vorläufigen Beurteilung der Weko vom 4. Februar 2008 reichten die Parteien durch Ihre Rechtsvertreter Stellungnahmen ein. Im Folgenden werden die Vorbringen der Parteien zusammengefasst.

a) Stellungnahme Coop

28. Gemäss Coop sind die relevanten Absatz- und Beschaffungsmärkte von der Weko sowohl in sachlicher wie geographischer Hinsicht zu eng abgegrenzt worden. Zum sachlich relevanten Absatzmarkt gehörten auch Convenience Shops, der Spezial-/Fachhandel und die Lebensmittelabteilungen der Warenhäuser. In geografischer Hinsicht reiche der relevante Absatzmarkt über die Schweizer Grenze hinaus, der Einkaufstourismus sei aus diesem Grund mit einzubeziehen. Weiter weise der Absatzmarkt entweder eine nationale oder eine lokale Dimension auf. Die geografisch relevanten Beschaffungsmärkte sind gemäss Coop international.

29. Coop bringt anschliessend vor, dass die Weko die Konzentration sowie deren Anstieg zu hoch einschätze. Unter Berücksichtigung der Expansion von Aldi und Lidl werde die Konzentration mittelfristig wieder sinken. Zu den Marktanteilen auf den lokalen Märkten ist Coop der Meinung, dass die Weko Abwanderungs- und Eigenkonkurrenzierungseffekte zu wenig berücksichtigt habe. Dies führe zu einer Überschätzung der Marktanteile von Coop und Carrefour.

30. In Bezug auf die Einzelmarktbeherrschung macht Coop darauf aufmerksam, dass unilaterale Effekte kein vom Gesetz anerkanntes Kriterium seien, um in einem Zusammenschlussverfahren zu intervenieren. In diesem Zusammenhang macht Coop darauf aufmerksam, dass das Preisniveau im Schweizer Detailhandel trotz verschiedener erfolgter Zusammenschlüsse in den letzten Jahren nicht gestiegen sei.

31. Es genügt gemäss Coop nicht, Kriterien, welche eine kollektiv marktbeherrschende Stellung wahrscheinlich machen, nur summarisch zu prüfen. Es werde in der vorläufigen Beurteilung kein Nachweis erbracht, dass die genannten Kriterien in der Praxis wirklich vorlägen. Coop bringt insbesondere vor, dass das Vorhandensein eines Bestrafungsmechanismus ein zentrales Element eines stabilen kollusiven Verhaltens sei. Bezüglich einer möglichen Destabilisierung einer kollektiven Marktbeherrschung werde der Expansion der beiden Discounter Aldi und Lidl zuwenig Rechnung getragen. Diese führe zu einer nachhaltigen und bedeutenden strukturellen Veränderung im Schweizer Detailhandelsmarkt. Aldi generiere einen Grossteil seines Umsatzes auf Kosten der etablierten Detailhändler. Die disziplinierende Wirkung Aldis zeige sich auch in den Reaktionen der etablierten Anbieter, zum Beispiel der Einführung von Tiefpreislinien. Es könne deshalb von einem gewichtigen Aldi-Effekt gesprochen werden, welcher sich nach dem Markteintritt von Lidl noch verstärken werde. Coop bestreitet zudem die Ausführungen zu den Marktzutrittsschranken.

32. Coop geht davon aus, dass die Übernahme auf den Beschaffungsmärkten kaum Auswirkungen haben wird. Daneben stünden den Lieferanten auch andere Absatzkanäle als der Lebensmittel-Detailhandel zur Verfügung, so zum Beispiel Convenience-Shops. Die Käuferin negiert im Weiteren bestehende, stillschweigende Exklusivitätsvereinbarungen mit ihren Lieferanten. Coop bringt zudem vor, dass die von der Weko befragten Lieferanten strategisch geantwortet hätten, insbesondere in Bezug auf Abhängigkeitsverhältnisse. Auf den Beschaffungsmärkten stünden Coop international tätige Hersteller gegenüber, bei denen Coop keine Nachfragemacht auszuüben vermöge.

33. Coop moniert schlussendlich eine Verweigerung des Zugangs zu den Akten des Verfahrens Migros/Denner, in welchem eine kollektive Marktbeherrschung zwischen Migros und Coop festgestellt worden sei.

b) Stellungnahme Distributis et al.

34. Distributis führt an, dass der Marktanteil von Carrefour für das Jahr 2006 auf nationaler Ebene [weniger als 5 %] beträgt und dass dieser aufgrund der durch die Übernahme entstehenden Umsatzeinbussen nur zum Teil zum Umsatz von Coop hinzugerechnet werden könne. Zudem bringt Distributis vor, dass Coop durch den Kauf von Carrefour auf die Erweiterung von drei bestehenden und die Erstellung von drei sich in Planung befindenden Megastores verzichten würde, so dass der Kauf der zwölf Hypermärkte von Carrefour fast zur Hälfte durch diesen Verzicht kompensiert würde.

35. Distributis führt im Weiteren an, dass die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Detailhandelsmarkt auf lokaler Ebene von der Weko überschätzt würden. Sie führt dies insbesondere darauf zurück, dass die Weko den Marktanteil von Denner bereits heute vollständig zu demjenigen von Migros hinzurechnet, anstatt ersteren aufgrund der Auflagen des Verfahrens Migros/Denner separat aufzuführen. Zudem ist Distributis der Ansicht, die Weko berücksichtige auf lokaler Ebene den Einkaufstourismus und die geplanten Projekte von Aldi und Lidl zu wenig.

36. Nach Meinung von Distributis haben Aldi und Lidl eine viel grössere Auswirkung auf den schweizerischen Detailhandelsmarkt als von der Weko angenommen. Distributis führt dabei insbesondere an, Aldi habe bis Ende 2007 bereits 57 Geschäfte eröffnet, 150–200 weitere Standorte seien geplant, und Lidl verfüge bereits über eine grosse Anzahl Baubewilligungen.

37. Distributis verneint eine Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen Coop und Migros. So sei die Konkurrenz auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt gross, insbesondere zwischen Migros und Coop. Sie weist dabei auf sinkende Preise in den letzten zehn Jahren hin. Selbst wenn eine kollektive Marktbeherrschung zwischen Coop und Migros bestehen würde, würde sie durch diesen Zusammenschluss nicht verstärkt.

38. Distributis betont, der Marktaustritt von Carrefour sei endgültig und ausser Coop und Migros seien keine Unternehmen vorhanden, welche die Standorte von Carrefour übernehmen könnten. Als weiteren Punkt führt Distributis an, dass Maus Frères durch die frei werdenden Mittel die Aktionsfähigkeit von Manor, welcher im

Bereich Food einen mit Carrefour vergleichbaren Umsatz erziele, verbessern könne.

39. Zum Schluss appelliert Distributis an die Weko, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichtigen und insbesondere die Auferlegung von Auflagen und Bedingungen einem Verbot des Zusammenschlussvorhabens vorzuziehen. Schliesslich fordert sie von der Weko eine Gleichbehandlung der Zusammenschlussvorhaben Migros/Denner und Coop/Carrefour, welche bei einem Verbot des letzteren Zusammenschlussvorhabens nicht gewährleistet wäre.

A.4 Parteigutachten

40. Coop reichte ein Kurzgutachten von RBB Economics zur vorläufigen Beurteilung der Weko vom 4. Februar 2008 ein. Nachfolgend werden die Schlussfolgerungen des Gutachtens zusammengefasst. Auf die einzelnen Kritikpunkte des Gutachtens wird an den entsprechenden Textstellen im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens näher eingegangen (siehe unten, Teil B).

41. RBB Economics beurteilt die Analyse der Weko zur geografischen Abgrenzung der Absatzmärkte, zur Einzelmarktbeherrschung (unilaterale Effekte) und zur kollektiven Marktbeherrschung unter besonderer Berücksichtigung der Rolle Aldis. Das Gutachten kommt dabei zu folgenden Ergebnissen:

42. RBB Economics hält zunächst fest, dass bei einer Anwendung des zentralen Denkmodells der Marktabgrenzung, des SSNIP-Tests, eine eindeutige Marktabgrenzung resultiert. Die Weko gehe hingegen sowohl von einer nationalen als auch von einer lokalen geographischen Marktabgrenzung gleichzeitig aus. Daneben wird kritisiert, dass Überlappungen lokaler Märkte zwar berücksichtigt, jedoch potentielle Substitutionsketten, welche über eine Überlappung der Einzugsgebiete von Carrefour hinausgehen, nicht in genügendem Ausmass in die Analyse miteinbezogen würden. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass die von der Weko angewendete lokale Marktabgrenzung zu eng sei.

43. Bezüglich der Einzelmarktbeherrschung geht RBB Economics auf die von der Weko angesprochenen unilateralen Effekte ein. Hier wird insbesondere betont, dass der Berechnung statischer, unilateraler Effekte jeweils mögliche Effizienzgewinne und weitere dynamische Elemente gegenübergestellt werden müssen. Das Gutachten kommt hinsichtlich dieses Punktes zum Schluss, dass in vorliegendem Fall keine signifikanten unilateralen Effekte zu erwarten seien.

44. Zur Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung betont RBB Economics insbesondere, dass in einem so heterogenen Markt wie dem Detailhandel es weder möglich sei, Regeln für eine stillschweigende Vereinbarung zu finden, noch eine solche Vereinbarung aufrechtzuerhalten. Weiter unterstreicht das Gutachten die disziplinierende Wirkung von Aldi auf die etablierten Anbieter. Aldi würde zwar direkt nur mit den Billiglinien der anderen Anbieter konkurrenzieren, aufgrund einer gewissen maximalen Preisspanne zwischen Billiglinien und Markenartikeln hätten Discounter jedoch einen indirekten Einfluss auf die Preise des gesamten Coop-Sortiments. Weiter hat RBB Economics eine „Impact-Study“ erstellt, welche aufzeigt, dass nach der Eröffnung einer Aldi-Filiale in der Mehrheit der Fälle der relative Umsatz des jeweils nächstgelegenen Coop-Standortes abnahm. RBB Economics ist bezüglich Aldi (und Lidl) deshalb der Ansicht, dass eine mögliche stillschweigende Kollussion durch die Expansion der Discounter destabilisiert würde.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

45. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich namentlich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

46. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU, SR 251.4).

47. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Coop von den Carrefour- bzw. Maus-Frères-Konzerngesellschaften 100 % der Aktien von Distributis erwirbt und damit die alleinige Kontrolle an Distributis übernimmt. Damit ist die Voraussetzung von Art. 1 VKU erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinn von Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

48. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

49. Zusammenschlussvorhaben sind meldepflichtig, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG).

50. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr 2006 einen gemeinsamen Umsatz von CHF 15,7 Mrd. weltweit und jeweils mehr als CHF 100 Mio. in der Schweiz (Tabelle 1). Damit sind die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten, das Zusammenschlussvorhaben ist folglich meldepflichtig.

Tabelle 1: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2006 weltweit und in der Schweiz in CHF

Coop	14'699 Mio.
Distributis AG	>100 Mio.
Distributis Moncor SA	>100 Mio.
kumuliert weltweit und in der Schweiz	>500 Mio.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

51. Die Weko kann gemäss Art. 10 Abs. 2 KG einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss

a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die der wirksamen Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und

b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

52. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

53. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

54. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen[3]

- den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und
- den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.

Nachfolgend werden zuerst die Absatzmärkte und anschliessend die Beschaffungsmärkte bestimmt.

B.4.1.1.1 Absatzmärkte

55. Die Schweizer Konsumenten erwarten vom Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) ebenso wie die Konsumenten in anderen europäischen Ländern ein umfassendes Angebot an Gütern des täglichen Bedarfs. Die Konsumenten können durch die Bündelung ihrer Einkäufe in derselben Verkaufsstelle Transaktionskosten (Such- und Transportkosten, Zeitverlust) minimieren. Vor diesem Hintergrund wurde im Rahmen der Prüfung Coop/Waro festgehalten, dass der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment besteht (Sortimentskonzept), welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken (Konzept des „One-Stop-Shopping“).[4] Dieses Sortiment besteht aus Food-, Near- Food- und Non-Food-Produkten, wobei der Schwerpunkt im Bereich der Food-Produkte (insbesondere auf Frischprodukten) liegt.[5] Dieses Konzept des „One-Stop-Shopping“ entspricht auch der europäischen Praxis.[6]

56. Hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes vergleichbare Sortimente (Güterbündel) verschiedener Detailhändler sind für die Konsumenten im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU austauschbar.[7] Anbieter, die ein solches Vollsortiment anbieten, werden im Folgenden als Detailhändler bezeichnet. Dazu zählen einerseits klassische Detailhändler wie Migros und Coop, andererseits – wie unten dargelegt – Discounter wie Denner und Aldi.

Spezial-/Fachhandel / Convenience-Shops

57. Die Sortimente können weiter in Voll- und (spezialisierte) Teilsortimente unterteilt werden. Gemäss der bisherigen Rechtsprechung der Weko gehören Anbieter von Teilsortimenten, die ihre Absatzstrategie auf Spezialitäten, Qualität, Beratungskompetenz und längeren Ladenöffnungszeiten aufbauen, nicht zum relevanten Markt. Damit gehören insbesondere der Spezial-/Fachhandel (Metzgereien, Bäckereien etc.) sowie Convenience-Shops als Anbieter von Teilsortimenten nicht zum relevanten Absatzmarkt.[8] Diese Auffassung entspricht der europäischen und deutschen Rechtsprechung.[9]

58. Das Angebot des Spezial-/Fachhandels ist typischerweise auf ein bestimmtes Teilsortiment beschränkt und steht im Hinblick auf das Sortimentskonzept, die Verkaufsflächen und das durchschnittliche Preisniveau nicht in direktem Wettbewerb mit dem klassischen Detailhandel. Dementsprechend gaben die befragten Anbieter im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner an,

[3] Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.; Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 144, Rz. 163; Siehe in der EU: Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.
[4] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.
[5] CoopForte, RPW 2005/1, S. 150, Rz. 28.
[6] Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.
[7] Migros/Globus, RPW 1997/3, Rz. 11f.
[8] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 566, Rz. 35.
[9] Promodes/BRMC EU IV/M.242; Delhaize/PG EU IV/M.471; Promodes/Casino IV/M.991; Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684; Edeka/Spar, Bundeskartellamt B9-5211-Fa-27/05.

dass Spezial-/Fachgeschäfte die klassischen Verkaufsformate des Detailhandels nur in geringem Ausmass konkurrenzieren. Diese Aussagen wurden im vorliegenden Verfahren bestätigt.

59. Convenience-Shops verfügen ebenfalls nur über ein Teilsortiment und die durchschnittliche Verkaufsfläche ist sehr gering. Zudem können Convenience-Shops an Standorten mit restriktiven Ladenöffnungszeiten aufgrund mangelnder alternativer Einkaufsmöglichkeiten nach Ladenschluss höhere Preise fordern. Dementsprechend weichen die Coop Pronto-Shops für Frischprodukte und Markenartikel zum Teil von der sonst üblichen nationalen Preispolitik ab. Wegen der unterschiedlichen Beweggründe für den Einkauf in Convenience-Shops und in jenen Vertriebsformaten, welche ein Vollsortiment anbieten, sind diese beiden Distributionskanäle für den Konsumenten nicht genügend substituierbar.

60. Dass Konsumenten tatsächlich Spezial-/Fachgeschäfte und Convenience-Shops frequentieren, um ihre Lebensmitteleinkäufe zu tätigen, oder die Möglichkeit dazu haben, ist nicht ausschlaggebend, um diese in den relevanten Markt miteinzubeziehen. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein Bündel von Einkäufen in Spezial-/Fachgeschäften und Convenience-Shops für die Schweizer Konsumenten ein gutes Substitut zu einem Einkauf bei einem klassischen Detailhändler darstellt. Die Daten des Jahres 2002 in nachfolgender Tabelle legen nahe, dass der Schweizer Konsument das „One-Stop-Shopping" favorisiert. Dies wird zum einen durch die – im Vergleich zu den übrigen Ländern – hohen durchschnittlichen Ausgaben pro Einkauf (Euro 32.33) und zum anderen durch die tiefste durchschnittliche Anzahl Einkäufe pro Jahr (125) illustriert. Zudem tätigen die Schweizer wertmässig 87 % ihrer Lebensmitteleinkäufe in Super-/Hypermärkten. Dies suggeriert, dass Super-/Hypermärkte für die Haupteinkäufe, der Spezial-/Fachhandel und Convenience-Shops hingegen primär für Ergänzungskäufe genutzt werden. Die aktuellen Zahlen von 2006 legen nahe, dass sich der Schweizer Konsument mit durchschnittlich Euro 20 pro Einkauf und durchschnittlich 164 Einkäufen pro Jahr dem europäischen Einkaufsverhalten annähert, nach wie vor aber zum „One-Stop-Shopping" tendiert.

Tabelle 2: Einkaufsverhalten der Konsumenten bei Gütern des täglichen Bedarfs in Europa

	GB (2002)	E (2002)	I (2002)	F (2002)	D (2002)	CH (2002)	CH (2006)*
Durchschnittsausgaben pro Einkauf in EUR	22,96	13,20	16,92	37,56	14,35	32,33	20
Durchschnittliche Anzahl Einkäufe pro Jahr	142	130	247	130	229	125	164
%-Anteil der Ausgaben in Super-/Hypermärkten	89	89	55	82	72	87	k.A.

Quelle: ACNielsen, The Retail Pocket Book 2006, basiert auf ACNielsen Global Consumer Panels, 52 Wochen, Ende Dezember 2002. * ACNielsen, Schweiz, Home Scan, MAT: Moving Annual Total.

61. Die Parteien entgegnen dieser Auffassung, betreffend der Bedeutung des Spezial-/Fachhandels würde die Austauschbarkeit aus Kundensicht in einzelnen Produktebereichen nicht ausreichend berücksichtigt. Der Weko ist bewusst, dass der Einkauf im Spezial-/Fachhandel ergänzend zum Einkauf im Sinne des „One-Stop-Shopping"-Konzeptes existiert, sieht den Spezial-/Fachhandel aufgrund der Unterschiede betreffend das Sortimentskonzept, die Verkaufsfläche und das durchschnittliche Preisniveau jedoch nicht in direktem Wettbewerb mit dem klassischen Detailhandel. Sie hält den Spezial-/Fachhandel deshalb nicht für ein ausreichendes Substitut. Dies entspricht auch der EU-Praxis.

62. Die Parteien weisen darauf hin, dass Convenience-Shops über eine gleiche – wenn nicht gar höhere – Sortimentsbreite wie Discounter verfügen und genau wie diese den Grundbedarf abdecken würden. Dem ist in dem Masse zuzustimmen, als die Convenience-Shops in den vergangenen Jahren eine Entwicklung vollzogen haben, die neben der Erhöhung der Anzahl an Verkaufsstandorten und einem Anstieg der Umsatzzahlen auch zu einer Erweiterung des Sortiments führte. Dennoch liegt der Schwerpunkt der Convenience-Shops nach wie vor auf sog. Impulsartikeln, welche auf das Konzept der Convenience-Shops zugeschnitten sind und insbesondere nach den Ladenöffnungszeiten benötigt werden. Die Substituierbarkeit eines Einkaufs im Convenience-Shop mit einem solchen bei einem Detailhändler ist daher nicht gegeben.

63. Zusammenfassend wird festgehalten, dass der Spezial-/Fachhandel und die Convenience-Shops nicht zum relevanten Markt gehören.

Discounter

64. Zu den wesentlichen Vertriebsformen im Detailhandel gehören auch die Discounter. Sie verfügen im Vergleich zu den klassischen Detailhändlern über eine geringere Anzahl an Artikeln und eine eingeschränkte Sortimentstiefe. Als Vertriebsform, welche ein umfassendes

Angebot an Gütern des täglichen Bedarfs anbietet, gehören die Discounter jedoch gemäss ständiger Praxis der Weko zum Detailhandelsmarkt.[10]

65. Die Lebensmittelabteilungen der Warenhäuser setzen den Schwerpunkt ihrer Sortimente auf Spezialitäten und haben in der Regel ein höheres Preisniveau als der klassische Lebensmitteldetailhandel. Im Entscheid Coop/Waro wurde offen gelassen, ob Warenhäuser zum sachlich relevanten Markt gehören.[11] Später präzisierte die Weko im Entscheid CoopForte, dass zum Lebensmittel-Detailhandel all jene Geschäfte gehören, deren Angebot zu mindestens einem Drittel aus Lebensmitteln (Food) besteht.[12]

66. Im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner stellte die Weko fest, dass im Jahr 2006 lediglich das Warenhaus Coop City mehr als ein Drittel des Umsatzes mit Lebensmitteln erzielte.[13] Folglich gehört von den Warenhäusern grundsätzlich nur Coop City zum sachlich relevanten Markt des Detailhandels.

67. Da nicht auszuschliessen ist, dass von den Lebensmittelabteilungen der übrigen Warenhäuser Manor, Loeb, Globus und Jelmoli eine gewisse disziplinierende Wirkung auf den Detailhandelsmarkt ausgeübt wird, werden analog zum Entscheid Migros/Denner die Lebensmittelabteilungen dieser Warenhäuser in die wettbewerbsrechtliche Analyse miteinbezogen.[14]

Internethandel

68. Der Vertrieb von Lebensmitteln über das Internet verzeichnete in den letzten Jahren beachtliche Wachstumsraten. So hat sich der Umsatz bei der zur Migros-Gruppe gehörenden LeShop.ch zwischen 2004 und 2006 verdoppelt und jener von coop@home verdreifacht. In der Gesamtbetrachtung spielt der Internethandel – relativ zum gesamten Detailhandelsmarkt – mit einem Umsatz von rund CHF 110 Mio. im Jahr 2006[15] eine geringe Rolle. Die Frage, ob der Internethandel zum relevanten Markt gehört, kann vorliegend offen gelassen werden. An den Schlussfolgerungen der Weko ändert sich dadurch nämlich nichts.

Unterschiedliche Verkaufsstellenformate

69. In Anlehnung an das Sortimentskonzept kann eine Unterteilung nach der Grösse der jeweiligen Verkaufspunkte (Verkaufsfläche) und damit nach dem Umfang des angebotenen Gesamtsortiments in Betracht gezogen werden. In diesem Zusammenhang wurde im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Coop/Waro[16] offen gelassen, ob der Detailhandelsmarkt weiter zu unterteilen ist in

- *Hypermärkte* mit sehr grossen Verkaufsflächen (> 3000 m2), meist in der Nähe von Autobahnausfahrten,
- *Supermärkte* mit grossen Verkaufsflächen (700–3000 m2) in Städten oder in Agglomerationen und
- *kleine Supermärkte* von mittlerer Grösse (< 700 m2) in Quartieren und Dörfern.

70. Einerseits können die Konsumenten den Einkauf in einer kleineren Verkaufsstelle durch den Einkauf in einem grösseren Geschäft gut substituieren. Umgekehrt gilt dies jedoch nicht im selben Ausmass. Die Sortimentsbreite und –tiefe sprechen deshalb für eine einseitige Substituierbarkeit zwischen den Marktsegmenten. Andererseits verfügen kleinere Verkaufsstellen über die Vorteile der besseren Erreichbarkeit (Zeit, Transportkosten). Dadurch werden kleinere Verkaufsflächen zu besseren Substituten. Zudem ist die Preispolitik in den unterschiedlichen Verkaufsformaten von Coop, Migros, Spar und Casino einheitlich.

71. Diese Ausführungen deuten daraufhin, dass der Markt nicht in die drei genannten Verkaufsstellenformate zu unterteilen ist. Durch die Erhebungen des Sekretariates wurden diese Feststellungen bestätigt. Das Sekretariat fragte hierzu die Schweizer Detailhändler nach der Substituierbarkeit in beide Richtungen, d.h. inwiefern der Einkauf in einem bestimmten Verkaufsstellenformat jeweils mit dem Einkauf in den grösseren bzw. kleineren Formaten substituierbar ist.

72. Zudem wollte das Sekretariat wissen, ob betreffend das Hypermärkte-Konzept Besonderheiten bestehen und dieses Segment einen eigenständigen Markt darstellen würde. Nach Ansicht eines Anbieters könnten Kundenverhalten und Einkaufsfrequenz (der Einkauf in Hypermärkten erfolgt weitaus seltener als in anderen Verkaufsstellenformaten) auf einen eigenen Markt des Verkaufsformats Hypermärkte hindeuten. Alle anderen Befragten hingegen gehen von einer guten Substituierbarkeit der Segmente, und nicht von einem separaten Markt für Hypermärkte aus. Grundsätzlich wird in allen drei genannten Formaten das Kundenbedürfnis des „One-Stop-Shoppings“ durch ein bestehendes Vollsortiment abgedeckt. Somit sind die drei Verkaufsformate nicht als eigenständige Marktsegmente zu unterteilen.

Einkaufstourismus

73. Gemäss einer Einkaufstourismusstudie von Coop betrug der Direktimportwert der im Ausland gekauften Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs 2005 über CHF 2.1 Mrd, gegenüber CHF 1.4 Mrd. im Jahr 2001. Der Anstieg sei das Resultat steigender Frequenzen nach Deutschland, zunehmender Fleischimporte, wachsender Fahrtenkilometer sowie deutlich überschätzter Ersparnispotentiale der Einkaufstouristen.

74. In den drei Jahren seit der Einkaufstourismusstudie von Coop haben sich jedoch einige Rahmenbedingungen verändert. Erstens dürfte der hohe Eurokurs dazu geführt haben, dass die Einkäufe der Schweizer im Ausland abgenommen haben. Zweitens stiegen infolge des hohen Benzinpreises die Transportkosten in den letzten zwei Jahren. Dies senkt die Attraktivität eines Einkaufs

[10] Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 131 ff.
[11] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 567, Rz. 35.
[12] CoopForte, RPW 2005/1, S. 150, Rz. 28.
[13] Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 148, Rz. 188.
[14] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 148, Rz. 189.
[15] IHA-GfK, Detailhandel Schweiz 2007, S. 344.
[16] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 567, Rz. 36.

im Ausland für Konsumenten, welche eher weite Einkaufswege auf sich nehmen (siehe Rz. 73). Drittens dürfte der Einkaufstourismus in den letzten zwei Jahren auch dadurch begrenzt worden sein, dass Aldi Suisse seit dem Markteintritt im Oktober 2005 in der Schweiz rund 60 Verkaufsstellen eröffnet hat.[17]

75. Diese veränderten Rahmenbedingungen bringen auch Presseartikel sowie eine grenzübergreifende Studie aus dem Raum Genfersee zum Ausdruck.[18] Letztere zeigt, dass der Einkaufstourismus stark rückläufig ist. So haben gemäss dieser Untersuchung die Ausgaben der Schweizer Konsumenten in Frankreich im Jahr 2007 gegenüber 2001 über 40 % abgenommen. Die Studie nennt unter anderem folgende Gründe: der ungünstige Euro-Wechselkurs und kleiner gewordene Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und dem Ausland.

76. Gezielte Preissenkungen in den Grenzregionen würden der von den Schweizer Detailhändlern verfolgten nationalen Preispolitik widersprechen. Eine allfällige Preissenkung müsste deshalb gesamtschweizerisch erfolgen. Dies erscheint jedoch aufgrund einer damit in der „Restschweiz" verbundenen Gewinnminderung nicht sehr wahrscheinlich.

77. Die Weko betrachtet den Einkaufstourismus nicht als gutes Substitut zum Einkauf in der Schweiz. Nur ca. 20 % der Schweizer Konsumenten, die überhaupt im Ausland Einkäufe tätigen, gehen mehr als einmal pro Monat, mehr als 55 % gehen alle zwei Monate oder weniger häufig im Ausland einkaufen.[19] Damit lässt sich der Bedarf an Gütern des täglichen Gebrauchs nur schwer abdecken. Einkäufe im Ausland sind somit eher als Ergänzungskäufe zu betrachten.

78. Zusammengefasst wird der Einkaufstourismus nicht als Teil des relevanten Marktes aufgefasst. Allfälligen von ihm ausgehende disziplinierende Wirkungen werden allerdings in der gesamtheitlichen Wettbewerbsanalyse Rechnung getragen.

Fazit

79. Der sachlich relevante Markt umfasst den Detailhandelsmarkt (Detailhändler, welche ein Vollsortiment anbieten). Der Spezial-/Fachhandel, Convenience-Shops und der Einkaufstourismus gehören nicht zum relevanten Markt. Ob die Lebensmittelabteilungen in Warenhäusern, welche weniger als ein Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln erzielen, und der Internethandel zum relevanten Markt gehören, wird offen gelassen, da ein Einbezug dieser Verkaufsstellen die Schlussfolgerungen der Weko unbeeinflusst lässt.

B.4.1.1.2 Beschaffungsmärkte

Produktgruppen

80. Auf der Beschaffungsseite sind die Hersteller und Lieferanten von Detailhandelsprodukten die Marktgegenseite. Bei der Marktabgrenzung auf den Beschaffungsmärkten sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten und deren Absatzalternativen massgeblich. Die Hersteller produzieren in der Regel einzelne Produkte oder Produktgruppen (z.B. Molkereiprodukte, Backwaren) und sind nicht in der Lage, ihre Produktion ohne Weiteres auf andere Produkte umzustellen. Die Detailhändler fragen hingegen ein Gesamtsortiment nach, da ihre Kunden ebenfalls ein Sortiment nachfragen. Im Normalfall ist es aber für die Detailhändler nicht möglich, dieses Gesamtsortiment vom gleichen Lieferanten zu beziehen. Deshalb kann nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für den Detailhandel ausgegangen werden. Entsprechend der europäischen Rechtsprechung[20] werden verschiedene Beschaffungsmärkte nach Produktgruppen unterschieden. Es existieren folglich ebenso viele Märkte, wie es Produktgruppen gibt.

81. In ihrer bisherigen Praxis hat die Weko Produktgruppen unterschieden, ohne deren Definition abschliessend vorzunehmen.[21] Im Entscheid Coop/Waro wurde explizit darauf hingewiesen, dass die Produktgruppen weiter unterteilt und die Produktzuteilung zu den Gruppen anders vorgenommen werden kann.[22] Im Entscheid Migros/Denner passte die Weko die Produktgruppen aufgrund der im Verfahren zur Verfügung gestellten Beschaffungsmarktdaten leicht an.[23] Gewisse Produktgruppen wurden den Kategorien „Frischprodukte" bzw. „Kolonialwaren" zugeordnet, die Produktgruppe „Babybedarf" wurde hinzugefügt und die Produktgruppe „Fleisch" um die Produkte „Geflügel/Fisch" erweitert.

82. Gemäss Praxis der Weko seit dem Entscheid Migros/Denner sind die Produktgruppen im Bereich Food somit die Folgenden:

- Frischprodukte: Milchprodukte/Eier, Brot/Backwaren, Fleisch/Geflügel/Fisch, Tiefkühlprodukte, Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt), Gemüse/Salate, Obst/Früchte;
- Kolonialwaren: Konserven/Saucen, Beilagen/ Suppen/Kochzutaten, Grundnahrungsmittel/ Backzutaten, Frühstück/Warmge-tränke/Cerealien (Getreide), Süsswaren/Biscuits, Snacks /Apéro;
- Tiernahrung/Tierbedarf;
- Babybedarf;
- Getränke: Alkoholische Getränke, Erfrischungsgetränke.

83. Die Produktgruppen im Bereich Near-Food sind die Folgenden:

- Körperpflege/Kosmetik;
- Wasch-/Reinigungsmittel;
- Papier-/Hygiene Produkte;
- Sonstige.

[17] Gemäss ACNielsen erzielt Aldi Suisse 10 % seiner Umsätze auf Kosten des Einkaufstourismus (ACNielsen, Consumer Panel Services).
[18] Tages Anzeiger, 23. Februar 2008; Conseil du Léman, Flux de consommation des ménages de la région lémanique, Evolution 2001 / 2007.
[19] Coop, Einkaufstourismus Studie 2005.
[20] Rewe/Meinl, EU IV/M.1221.
[21] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 131 ff.
[22] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569, Rz. 43.
[23] Vgl. Migros/Denner RPW 2008/1, S. 150, Rz. 206ff.

Absatzkanäle

84. Der Detailhandel ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Detailhandelsprodukten zur Verfügung steht. Andere mögliche Absatzkanäle sind z.B. der Spezial-/Fachhandel, der Grosshandel, die Gastronomie, der Export, der Direktvertrieb und der Internethandel. Die Weko hat bisher offen gelassen, ob andere Absatzkanäle wie die Gastronomie, Spezial-/Fachgeschäfte, Convenience-Shops und der Export ebenfalls Teile des relevanten Markts sind.[24]

85. Um die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle für die Lieferanten einschätzen zu können, erhob das Sekretariat analog zum Zusammenschlussverfahren Migros/Denner[25] bei Lieferanten und Branchenverbänden die geschätzten Anteile der verschiedenen Absatzkanäle (Detailhandel, Gastronomie, Export, Spezial- und Fachgeschäfte und andere Absatzkanäle) am gesamten Absatzvolumen der jeweiligen Produktgruppe. Diese Information wurde bei den Lieferanten sowohl bezogen auf den Gesamtmarkt als auch auf die einzelnen Unternehmen (individuell) erhoben. Tabelle 3 fasst die Antworten zusammen. Bei den Tabelleneinträgen der Antworten der Lieferanten handelt es sich um Durchschnittswerte. Durch Erhöhung sowohl der Anzahl an Befragten als auch der Rücklaufquote konnten die Erkenntnisse aus den Erhebungen im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner in einzelnen Bereichen weiter präzisiert werden.

[24] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571, Rz. 50.
[25] RPW Migros/Denner, 2008/1, S. 151f., Rz. 212f.

Tabelle 3: Bedeutung des Detailhandelkanals

Anteil, welcher über verschiedene Kanäle abgesetzt wird [in %]																			
Marktsegment	**Anzahl Beobachtungen**		**Detailhandel**			**Gastronomie**			**Export**			**Fachhandel**			**Convenience**			**Andere**		
	(a)	(b)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)	(a)	(b)	(c)
Frischprodukte	**19**	**55**	**56**	**67**		**21**	**15**		**6**	**2**		**7**	**9**		**8**	**3**		**2**	**4**	
Milchprodukte/Eier	5	12	66	72	80	12	17	10	14	4	15	2	4	15	2	1	1	5	2	0
Brot/Backwaren	4	11	40	54		28	20		8	2		13	17		13	4		0	3	
Fleisch/Geflügel/Fisch	5	14	60	70	50	17	10	30	2	0	1	14	11	17	4	1	2	3	7	0
Tiefkühlprodukte	3	11	58	61		20	17		1	1		0	9		21	9		0	4	
Traiteur/Convenience	1	5	45	74	50	55	21	30	0	0	1	0	0	10	0	4	5	0	0	4
Gemüse/Salate	1	2	60	100	65	25	0	18	0	0	3	0	0	7	8	0	5	8	0	7
Kolonialwaren	**18**	**46**	**58**	**69**		**10**	**11**		**10**	**9**		**8**	**4**		**5**	**3**		**9**	**5**	
Konserven/Saucen	3	5	73	76		10	13		2	1		13	8		2	1		0	1	
Beilagen/Suppen/ Kochzutaten	2	3	71	91	55	19	6	23	4	0	19	0	1	0	1	2	0	5	1	3
Grundnahrungsmittel/ Backzutaten	3	5	39	61	50	1	0	35	0	0	10	18	15	0	2	1	5	40	22	0
Frühstück/Warmgetränke/ Cerealien	4	11	56	72		20	21		9	7		8	1		3	0		4	0	
Süsswaren/Biscuits	5	18	52	63	89	4	10	0	28	14	41	4	2	0	11	6	0	1	4	0
Snack/Apéro	1	5	89	57		5	18		0	19		0	1		3	1		3	3	
Tiernahrung/Tierbedarf	**1**	**3**	**90**	**73**		**0**	**0**		**0**	**0**		**3**	**5**		**0**	**0**		**7**	**22**	
Getränke	**13**	**16**	**49**	**67**		**36**	**19**		**4**	**1**		**3**	**7**		**6**	**2**		**2**	**5**	
Alkoholische Getränke	4	7	55	59	65	24	21	23	8	0	1	5	9	7	5	2	2	5	8	7
Erfrischungsgetränke	9	9	46	73		42	18		2	1		3	4		7	2		1	3	
Babybedarf	**2**	**2**	**62**	**56**		**0**	**0**		**2**	**11**		**35**	**33**		**2**	**0**		**1**	**1**	
Near-Food	**7**	**16**	**79**	**78**		**9**	**1**		**4**	**7**		**2**	**9**		**4**	**2**		**2**	**3**	
Körperpflege/Kosmetik	5	9	83	75	100	4	1	0	5	12	0	3	11	0	4	0	0	1	0	0
Wasch-/Reinigungsmittel	1	5	95	80		0	0		0	0		3	8		2	3		0	9	
Papier-/Hygiene Produkte	1	2	40	87	88	40	3	0	0	0	5	0	5	2	10	5	1	10	1	4
Andere Produkte	**2**	**4**	55	69		**20**	**2**		**0**	**2**		**5**	**26**		**3**	**0**		**18**	**1**	

Quelle: Antworten Lieferanten, Antworten Verbände.

Legende: (a) Gesamtmarktschätzung; (b) individuelle Daten; (c) Schätzung des entsprechenden Verbandes.
Grau markiert bedeutet einen Wert von mindestens 50 % Umsatzanteil des jeweiligen Absatzkanals.

86. Tabelle 3 zeigt, dass bei den individuellen Daten (b) der Detailhandel für alle Produktgruppen mit einem Umsatzanteil von mehr als 50 % mit Abstand der wichtigste Absatzkanal ist, auch wenn die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle nach Produktgruppen differiert. Bei einer Mehrheit der Produktgruppen liegt der Anteil gar bei 70 % und mehr.

87. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass sich der Detailhandel als in der Regel volumenmässig grösster Absatzkanal weniger gut durch andere Kanäle substituieren lässt als umgekehrt. Darüber hinaus erschweren folgende Faktoren den Wechsel zwischen den verschiedenen Absatzkanälen: unterschiedliche Gebindegrössen, Aufmachung und Verpackung (für die teilweise spezielle Maschinen oder andere Produktionsmittel erforderlich

sind), unterschiedliche Verkaufsstrategien (z.B. im Detailhandel und der Gastronomie), Erfordernis unterschiedlicher Kenntnisse und Kontakte für verschiedene Vertriebswege sowie unterschiedliche Logistikkonzepte. Weiter sind die Volumina der verschiedenen Absatzkanäle infolge gesättigter Märkte weitgehend durch die Nachfrage der Endkonsumenten vorgegeben. Umsatzverluste in einem Absatzkanal können deshalb nicht ohne Weiteres in einem anderen Kanal kompensiert werden. Dies deutet darauf hin, dass – jedenfalls für bestimmte Produktgruppen – nur der Detailhandelskanal zum relevanten Markt gehört.[26]

88. Das Sekretariat fragte in diesem Zusammenhang Branchenverbände und Lieferanten aller Produktgruppen, ob sich die Gebindegrösse, die Präsentation der Produkte (Verpackung, Design etc.), die Herstellung bzw. der Produktionsprozess (Maschinen etc.), die Verkaufsstrategie (Aktionen,Werbung etc.), das spezifische Know-how, der Aufbau von Geschäftsbeziehungen und die Logistik je nach Absatzkanal derart unterscheiden würden, dass sich die Umstellung vom Detailhandelskanal auf einen anderen Absatzkanal wie die Gastronomie, den Export, den Spezialhandel/Fachhandel etc. als sehr schwierig gestalte. Die nachfolgende Tabelle enthält sowohl die Antworten der Verbände als auch der Lieferanten (Tabelle 4). Sie gibt an, wieviel Prozent der befragten Lieferanten der jeweiligen Produktgruppen die Frage bejaht haben. Die Antworten der Lieferanten sind nur dann in der Tabelle enthalten, wenn mindestens vier Antworten vorlagen. Grau markiert sind jene Tabellenfelder, die einen Wert von mindestens 50 % für die Antwort „ja“ enthalten.

89. Den vier Produktbereichen (Frischprodukte, Kolonialwaren, Getränke und Near-Food) sind jeweils nur diejenigen Lieferanten zugeordnet, die ausschliesslich Artikel dieses Bereichs anbieten. Führt ein Lieferant Artikel aus mehreren Produktbereichen, fällt er unter die Rubrik „Mehrere“.

Tabelle 4: Anteil der Lieferanten, welche Umstellung als schwierig betrachten [in %]

	Frischprodukte		**Kolonialwaren**		**Getränke**		**Near-Food**		**Andere**	**Mehrere**
	Lieferant	Verband	Lieferant	Verband	Lieferant	Verband	Lieferant	Verband	Lieferant	Lieferant
Anzahl Beobachtungen	35	6	19	3	13	2	9	2	4	31
Umstellungsschwierigkeiten aufgrund von ...										
Gebindegrösse	37	67	68	67	62	50	33	100	0	71
Präsentation	49	100	53	67	62	50	33	100	25	55
Herstellung	29	17	37	33	38	0	11	50	0	48
Verkaufsstrategie	51	83	47	100	85	100	56	100	25	68
Spezifisches Know-how	40	33	37	67	23	50	22	50	0	35
Aufbau Geschäftsbeziehungen	71	83	63	100	69	100	67	100	75	71
Logistik	51	83	47	33	62	50	44	100	25	52

Quelle: Antworten Lieferanten.
Grau markiert bedeutet: einen Wert von mindestens 50 % für die Antwort „ja“.

90. Im Sinne einer Vorbemerkung ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Weko auf die Befragung von Lieferanten abstellt. Dabei ist nicht auszuschliessen, dass diese teilweise strategisch geantwortet und deshalb die Austauschbarkeit der verschiedenen Absatzkanäle tendenziell eher verneint haben. Bei der Interpretation der Tabellenwerte bleibt dies zu berücksichtigen. Aus dem Umstand, dass sich die Antworten der Branchenverbände teilweise von jenen der befragten Lieferanten unterscheiden, z.B. bei der Frage nach den Schwierigkeiten beim Aufbau von Geschäftsbeziehungen, darf jedoch

[26] Vgl. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, S. 21.

nicht geschlossen werden, dass die Lieferanten sich bezüglich dieser Frage zwingend strategisch verhielten. Es ist zu berücksichtigen, dass die befragten Verbände nur einen Teil der Lieferanten der entsprechenden Produktgruppe repräsentieren.

91. Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass der Aufbau von Geschäftsbeziehungen in mehreren Produktgruppen gewichtige Umstellungskosten nach sich zieht. Zentrale Faktoren sind daneben die Verkaufsstrategie und der Aufbau der Logistik. Die Verbände bestätigen grösstenteils die Angaben der Lieferanten, die Aussagen über Umstellungsschwierigkeiten fallen tendenziell strenger aus als bei den einzelnen Produzenten.

92. Im Folgenden wird auf Besonderheiten einzelner Produktgruppen eingegangen:

93. Im Getränkemarkt kann der Detailhandelskanal nicht durch den Gastronomiekanal ersetzt werden, weil die im Detailhandelskanal verlorenen Volumina vermutlich nicht durch den Gastronomiekanal kompensiert werden können. Weiter erschweren die in der Gastronomie typischen langfristigen Verträge (fünf bis zehn Jahre) den Zugang zu diesem Absatzkanal. Auch gestaltet sich der Export als schwierig, wenn nicht sogar unmöglich, wenn ein Hersteller keine internationale Marke anbietet.

94. Ähnliche Überlegungen gelten auch für andere Beschaffungsmärkte: Hinsichtlich der Substituierbarkeit der Absatzkanäle wurden die kontaktierten Lieferanten gefragt, welchen Prozentsatz ihres Umsatzes mit Coop und Carrefour sie bei einem Verlust von Coop oder Carrefour mit der Gastronomie, dem Exportgeschäft, dem Spezial-/Fachhandel oder mit anderen Vertriebskanälen kompensieren könnten.

95. Über 90 % der Lieferanten gaben an, dass sie weniger als 10 % der Umsatzeinbussen mit Absatzkanälen ausserhalb des Detailhandels kompensieren könnten. Diese Antworten legen nahe, dass der Detailhandelskanal mit anderen Kanälen nur in einem geringen Ausmass substituiert werden kann.

96. Die Parteien weisen darauf hin, dass nicht überprüft wurde, ob ein Lieferant mit hohen Umstellungskosten konfrontiert sei, wenn er die von ihm produzierten Lebensmittelprodukte nicht in den Detailhandel liefere. Dem ist zu entgegnen, dass eine Überprüfung der einzelnen Aussagen aufgrund der hohen Anzahl an Antworten nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand möglich gewesen wäre. Der Umstand, dass bei vielen Fragen über 50 % der Lieferanten in der jeweiligen Kategorie eine Umstellung als schwierig erachten, lässt es aber plausibel erscheinen, dass solche Umstellungskosten tatsächlich eine gewichtige Rolle spielen.

97. Zusammenfassend bildet der Absatzkanal des Detailhandels den primären Absatzkanal für die meisten der in Rz. 82 genannten Produktgruppen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass den Lieferanten einzelner Produktgruppen neben dem Detailhandelskanal weitere, gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen.

Berücksichtigung der Eigenindustrien von Coop und Migros

98. Gemäss Praxis der Weko wird das konzerninterne Beschaffungsvolumen bei der Analyse der Beschaffungsmärkte berücksichtigt.[27] Die Detailhändler (die Marktgegenseite) betrachten die Produkte von integrierten und nicht integrierten Produzenten als Substitute. Folglich stehen integrierte Hersteller und (nicht integrierte) Drittlieferanten im Wettbewerb um den Regalplatz in den Detailhandelsgeschäften. Damit beschränken integrierte und nicht integrierte Hersteller den Preissetzungsspielraum des jeweiligen Konkurrenten: Erhöhen Drittlieferanten ihre Preise, riskieren sie, durch die Eigenindustrien ersetzt zu werden. Das gleiche gilt grundsätzlich auch umgekehrt. Generell könnten folglich auch andere Lieferanten zum Zug kommen, wenn die jeweilige Eigenindustrie nicht das beste Angebot offeriert. Eine nicht wettbewerbsfähige Industrie wird sich ein Detailhandelsunternehmen kaum leisten können.

99. In diesem Zusammenhang wurden die Branchenverbände nach den wichtigsten Akteuren auf den jeweiligen Märkten befragt. In fast allen Produktgruppen zählen die Verbände die Eigenproduktionsunternehmen von Coop bzw. Migros zu den wichtigsten Akteuren.

100. Folglich gehören die Eigenindustrien zur Marktgegenseite der Detailhandelsunternehmen. Das konzerninterne Beschaffungsvolumen von Migros und Coop ist bei der Bestimmung des Volumens des Gesamtmarkts dementsprechend zu berücksichtigen.

Fazit

101. Für die meisten Produktgruppen bildet der Absatzkanal des Detailhandels den sachlich relevanten Markt. Die konzerninternen Beschaffungsvolumina der Migros und Coop sind bei der Festlegung des Gesamtmarktvolumens für jede Produktgruppe sowie bei der Bestimmung der jeweiligen Marktanteile mit zu berücksichtigen.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

102. 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).

B.4.1.2.1 Absatzmärkte

103. In geographischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer[28] und europäischer Rechtsprechung[29] auf zwei Ebenen ab: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufs-

[27] CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.

[28] Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571; Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 135; Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 156.

[29] In den Entscheiden der Europäischen Kommission werden sowohl die nationale wie auch die lokale Dimension berücksichtigt, wobei sich die Analyse je nach Fall auf eine Ebene konzentriert. In Rewe/Meinl (EU IV/M.1221) zum Beispiel ging die Kommission von einem nationalen Markt aus, weil alle beteiligten Unternehmen in sämtlichen österreichischen Bundesländern vertreten sind. Trotzdem wurde in der Analyse auf die regionalen Wettbewerbsverhältnisse eingegangen und diese als Grundlage für die auferlegten Auflagen verwendet.

punkten und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Analyse des Detailhandelsmarkts in Betracht zu ziehen.

Lokale Ebene

104. Aus Sicht der Konsumenten ist der geographisch relevante Markt lokal, da beim Einkaufen Transaktionskosten anfallen (Such-, Transport- und Opportunitätskosten) und diese typischerweise von den Nachfragern minimiert werden. Folglich wird ein Nachfrager bei Gütern des täglichen Bedarfs einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung bevorzugen; oft fällt die Wahl sogar auf den nächstgelegenen. Aufgrund dieser Überlegung lässt sich um jede Verkaufsstelle ein Marktkreis ziehen, welcher diesem Verkaufspunkt die typischen Nachfrager zuordnet.[30]

105. Im Entscheid Coop/EPA definierte die Weko die lokalen Märkte als Marktkreise mit einem Radius von 20 Autofahrminuten um die Verkaufsstellen.[31] Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass sich diese Marktkreise je nach zur Verfügung stehenden Transportmitteln, Verkehrsinfrastruktur, Wettbewerbsintensität, Präferenzen der Nachfrager, Grösse des Verkaufspunktes etc. unterscheiden können.

106. Im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner wurde überprüft, ob sich die Marktkreise je nach Grösse des Verkaufspunktes und je nach Transportmittel unterscheiden. Zu diesem Zweck wurden die befragten Detailhändler gebeten anzugeben, wie hoch der Anteil ihrer Kunden ist, welche ihre Verkaufspunkte zu Fuss, mit öffentlichen Verkehrsmitteln und mit dem Auto erreichen und wie lange die Kunden durchschnittlich unterwegs sind, um die jeweilige Verkaufsstelle zu erreichen.

107. Aufgrund dieser Analyse wurde festgehalten, dass der Marktradius mit der Grösse der Verkaufsstelle variiert. Die bisherige Praxis der Weko wurde wie folgt präzisiert: Die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufspunkte betragen 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.[32]

108. An der Marktabgrenzung gemäss Migros/Denner wird auch im vorliegenden Verfahren festgehalten. Dementsprechend werden die lokalen Märkte als Marktradien von 20 Autofahrminuten um die Carrefour-Hypermärkte definiert. Um einer allfälligen Kritik vorzubeugen, die Märkte seien zu eng abgegrenzt, wird zusätzlich aufgezeigt, dass sich an der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nichts ändert, wenn ein Radius von 30 Minuten zugrunde gelegt würde (siehe Rz. 185 ff.). Hierzu wurde die Analyse der lokalen Wettbewerbsverhältnisse sowohl mit Marktradien von 20 Minuten als auch mit 30 Minuten durchgeführt.

109. Der Radius von 30 Minuten wurde im Sinne eines maximalen Radius und somit einer grösstmöglichen Marktabgrenzung gewählt, da keiner der befragten Hypermarkt-Betreiber (Migros, Carrefour und Casino) angab, seine Kunden wären mehr als 30 Minuten unterwegs, um in ihre Verkaufsstellen zu gelangen. Coop machte dazu keine Angaben, gab jedoch Auskunft zur Streuung der Werbesendungen für ihre Hypermärkte. Die Streuung der Werbesendungen basiert gemäss Coop auf geographischen Gegebenheiten und auf realen Einkaufsströmen. Die Analyse von Werbesendungen ist ein guter Anhaltspunkt zur Bestimmung der Marktradien. So ist anzunehmen, dass Prospekte nur in denjenigen Regionen verteilt werden, in welchen Coop ihre tatsächlichen und potentiellen Kunden vermutet. Die Analyse durch das Sekretariat hat ergeben, dass Coop Werbesendungen für Hypermärkte mit sehr wenigen Ausnahmen bis maximal 30 Autofahrminuten vom Verkaufspunkt entfernt verteilt.

Nationale Ebene

110. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, wird die wettbewerbsrechtliche Analyse im Detailhandel aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang beurteilt: In besiedelten Gebieten gibt es für Güter des täglichen Bedarfs dichte und flächendeckende Vertriebsnetze. Die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide der Schweizer Detailhändler (Preis- und Aktionspolitik etc.) werden weitgehend zentral gefasst und koordiniert. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.

111. Die Parteien machen geltend, die europäische Rechtssprechung gehe entweder von einem lokalen, regionalen oder nationalen Markt, nicht jedoch von einem lokalen und nationalen Markt gleichzeitig aus.

112. Die Weko geht allerdings nicht gleichzeitig von einem nationalen und von lokalen relevanten geographischen Märkten aus. Allerdings spielt sich der Wettbewerb auf einer nationalen und einer lokalen Ebene ab. Für den Konsumenten ist der relevante Markt im Lebensmittel-Detailhandel grundsätzlich lokal oder regional. Für die Analyse kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren. In vorliegendem Fall liegt der Schwerpunkt der Analyse auf der lokalen Ebene, da Carrefour nicht in der gesamten Schweiz tätig ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die nationale Ebene in der Analyse nicht berücksichtigt wird.

113. Ein von Coop eingereichtes Gutachten macht geltend, der geographisch relevante Markt sei mit 20 Minuten zu eng abgegrenzt. Die Weko berücksichtige zwar Substitutionsketten, wenn sich verschiedene Marktradien direkt überlappen. Das Gutachten betont jedoch, dass auch Substitutionsketten bestehen, wenn sich die Einzugsgebiete zweier Carrefour-Märkte nicht direkt überlappen. Dies sei umso mehr der Fall, je dichter besiedelt ein Gebiet sei. Es sei deshalb in der Schweiz

[30] Aufgrund der im Vergleich zum Verfahren Migros/Denner (RPW 2008/1) begrenzten Anzahl von betroffenen Märkten auf der lokalen Ebene (12 Märkte) wurde im vorliegenden Verfahren auf die Verwendung von MS-Regionen als Analyseinstrument verzichtet. Die Analyse der lokalen Märkte wird somit ausschliesslich mit Marktkreisen durchgeführt.

[31] Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.

[32] Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 156, Rz. 239ff. Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14 ; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

zumindest von regionalen, wahrscheinlich aber einem nationalen Absatzmarkt auszugehen. Die nationale Preispolitik der Schweizer Detailhändler sei zudem ein starker Hinweis für einen nationalen Markt.

114. Bezüglich der 20-Minuten-Radien bleibt anzumerken, dass die Weko die Wettbewerbsverhältnisse auch mit 30-Minuten-Radien analysiert hat und zum Schluss gekommen ist, dass durch eine Erweiterung der Märkte die Verhältnisse auf den einzelnen lokalen Märkten weitgehend unverändert bleiben. Bezüglich der Substitutionsketten ist zu erwähnen, dass im vorliegenden Fall die Verhältnisse auf sieben lokalen Märkten analysiert wurden (Genf, Visp, Sion, Espace Mittelland, La-Chaux-de-Fonds, Zürich-Hinwil, Locarno und Lugano). Die Resultate dieser Betrachtungsweise decken sich weitgehend mit einer zusätzlichen Analyse des Sekretariats, welche Substitutionsketten stärker berücksichtigt. Jene Analyse umfasst nur noch fünf lokale Märkte (Genf, Wallis, Espace Mittelland inkl. La-Chaux-de-Fonds, Zürich-Hinwil und Tessin).[33] Einen Unterbruch der Substitutionsketten zwischen diesen fünf Märkten erachtet die Weko als wahrscheinlich, weil die Distanzen zwischen den verschiedenen Märkten beträchtlich sind.

115. Für eine eher enge Marktabgrenzung spricht auch der Umstand, dass ein Wettbewerber von Coop plant, gewisse Carrefour Produkte in sein Sortiment aufzunehmen, jedoch nur in den ehemaligen Einzugsgebieten von Carrefour.[34]

Fazit

116. Die geografische Dimension der Absatzmärkte ist sowohl national als auch lokal. Die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen betragen für Hypermärkte ca. 20 Autofahrminuten.

B.4.1.2.2 Beschaffungsmärkte

117. Gemäss der bisherigen Praxis der Weko weist der relevante Markt beschaffungsseitig mindestens nationale Dimensionen auf, wobei der räumlich relevante Markt insbesondere bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, grösser sein kann als die Schweiz.[35]

118. Die Erhebungen im vorliegenden Verfahren bestätigen die im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner gewonnenen Erkenntnisse, wonach überwiegend von nationalen Beschaffungsmärkten auszugehen ist.[36] Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens wurden die Schweizer Detailhändler gebeten, für sämtliche Produktgruppen den Anteil des Beschaffungsvolumens zu schätzen, der über ausländische Lieferanten (Direktimport), über ausländische Lieferanten mit Niederlassung/Vertriebsgesellschaft in der Schweiz (indirekter Import) und über Schweizer Lieferanten bezogen wird. Mit Ausnahme von Aldi beziehen Schweizer Detailhändler mehrheitlich über schweizerische Unternehmen, Importeure oder Schweizer Vertriebsgesellschaften internationaler Konzerne. Die nachfolgende Tabelle 5 gibt die Antworten in aggregierter Form wieder. Bei den Tabelleneinträgen handelt es sich um die gewichteten Durchschnittswerte der Antworten. Die Gewichtung basiert auf den Umsätzen der befragten Detailhändler.

[33] Bei dieser Betrachtungsweise fällt die Erhöhung der Konzentration im grösseren Markt Wallis etwas geringer aus gegenüber der Einzelbetrachtung des Marktes Visp, im Tessin etwas geringer gegenüber der Einzelbetrachtung des Marktes Locarno. Demgegenüber ist die (Erhöhung der) Konzentration in den grösseren Märkten Wallis und Tessin etwas grösser als in den Märkten Sion und Lugano. Beim Markt Espace Mittelland ergeben sich keine solchen Abweichungen.

[34] Coop macht hingegen geltend, sie würde schweizweit, und nicht nur in lokalen Märkten 2000 Carrefour-Produkte in ihr Sortiment aufnehmen.

[35] Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 135, Rz. 38; Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, RPW 2006/2, S. 271, Rz. 77 f.

[36] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 159, Rz. 252.

Tabelle 5: Anteil der Beschaffungsvolumina

Produktgruppe	Direktimport	Indirekter Import	Schweiz
Food			
Milchprodukte/Eier	3 %	10 %	87 %
Brot/Backwaren	4 %	9 %	87 %
Fleisch	4 %	10 %	85 %
Tiefkühlprodukte	35 %	20 %	45 %
Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt)	3 %	5 %	93 %
Gemüse/Salate	26 %	22 %	52 %
Obst/Früchte	29 %	25 %	47 %
Konserven/Saucen	43 %	16 %	42 %
Beilagen/Suppen/Kochzutaten	11 %	24 %	64 %
Grundnahrungsmittel/Backzutaten	6 %	14 %	80 %
Frühstück/Warmgetränke/Cerealien	18 %	22 %	59 %
Süsswaren/Biscuits	11 %	12 %	77 %
Snacks/Apéro	26 %	16 %	58 %
Tiernahrung/Tierbedarf	35 %	43 %	22 %
Babybedarf	54 %	24 %	23 %
Alkoholische Getränke	11 %	16 %	73 %
Erfrischungsgetränke	26 %	8 %	65 %
Near-Food			
Körperpflege/Kosmetik	30 %	40 %	30 %
Wasch-/Reinigungsmittel	22 %	41 %	37 %
Papier-/Hygieneprodukte	62 %	18 %	20 %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

119. Tabelle 5 illustriert, dass die überwiegende Mehrheit der aufgeführten Produktgruppen zu über 50 % in der Schweiz beschafft werden. Insbesondere bei Milchprodukten/Eiern, Brot/Backwaren, Fleisch, Traiteur/Convenience und Grundnahrungsmitteln/Backzutaten ist die inländische Beschaffung mit einem Prozentsatz von 80 % bis 93 % sehr hoch. Dagegen werden in den Produktgruppen Babybedarf, Tiefkühlprodukte, Konserven/Saucen sowie Tiernahrung/Tierbedarf zwischen rund einem Drittel und gut der Hälfte des Beschaffungsvolumens direkt im Ausland bezogen, im Bereich Papier-/Hygieneprodukte sogar 62 %. Bei einigen Produkten spielt zudem der indirekte Import eine gewisse Rolle, insbesondere bei Tiernahrung/Tierbedarf mit 43 % indirektem Import. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Mehrheit der Beschaffungsmärkte national ausgerichtet sind, einige Beschaffungsmärkte allerdings grösser als national sein könnten.

120. Die Parteien machen geltend, dass die geografisch relevanten Beschaffungsmärkte weiter definiert werden sollten als national. Der Importanteil bei Coop betrage [...] %. Sämtliche im Schweizer Detailhandel tätigen Unternehmen seien wie Coop in der Lage, einen substantiellen Anteil des Beschaffungsvolumens auf internationalen Märkten zu beziehen.

121. Die Weko anerkennt durchaus, dass ein gewisser Anteil der Detailhandelsprodukte international beschafft wird bzw. werden könnte. Für die Mehrheit der oben aufgeführten Produktkategorien hat die Beschaffung tatsächlich aber noch einen nationalen Schwerpunkt.

122. Die grundsätzlich nationale Dimension der Beschaffungsmärkte wird auch durch das Einkaufsverhalten von international tätigen Detailhändlern illustriert. Carrefour Schweiz beispielsweise beschaffte trotz des bestehenden, internationalen Beschaffungsnetzes die grosse Mehrheit der Produkte in der Schweiz. Obwohl Coop Mitglied der internationalen Einkaufsgemeinschaft „Coopernic“ ist, werden bislang gemäss eigenen Angaben lediglich [...] % der Artikel über diese Einkaufsgemeinschaft bezogen.

123. Zudem variiert das Sortiment international tätiger Lieferanten je nach Land, weil sich die Präferenzen der Konsumenten unterscheiden. Auch aus diesem Grund sind multinationale Unternehmen wie z.B. Unilever in nationalen Gesellschaften organisiert. Damit wird gewährleistet, dass die Kundenpräferenzen der Konsumenten optimal berücksichtigt werden.

124. Ferner führen Handelsbarrieren namentlich in Form von Importrestriktionen und Zöllen (vor allem im Agrar-

bereich)[37] zu einer „Nationalisierung" der Beschaffungsmärkte. Hierzu weisen die Parteien darauf hin, dass die bestehenden Importrestriktionen kurzfristig erodieren werden. Als Gründe nennen sie die Zulassung von Parallelimporten bei patentgeschützten Gütern, die Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips und den Abschluss eines Agrarabkommens mit der EU. Dem ist zu entgegnen, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zur Änderung des Patentgesetzes vom 21. Dezember 2007 nach wie vor am Prinzip der nationalen Erschöpfung festhält. Betreffend das Agrarabkommen mit der EU ist davon auszugehen, dass dieses Freihandelsabkommen erst 2012 in Kraft tritt, mit einer vollständigen Umsetzung wird erst 2016 gerechnet.[38] Gerade von einem solchen Freihandelsabkommen sind aber die hauptsächlichen Liberalisierungsauswirkungen auf den Detailhandel zu erwarten. Die Auswirkungen der Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips auf den Detailhandel, mit denen ab 2011 zu rechnen ist,[39] werden vergleichsweise gering ausfallen. Die Einführung dieses Prinzips wird zudem, wie die Erfahrungen innerhalb der EU zeigen, nicht für sämtliche Produkte zu einem freien Warenverkehr führen.[40] Deshalb ist in den nächsten Jahren nicht mit einer umfassenden Liberalisierung des Warenverkehrs zu rechnen.

125. Die Parteien führen an, im Entscheid Emmi/AZM[41] sei eine Situation offener Märkte vorweggenommen worden. Hiergegen ist einzuwenden, dass in diesem Entscheid zwar die zukünftige Entwicklung in den betroffenen Märkten und somit u.a. auch Verhandlungen mit der EU und WTO diskutiert wurden, schliesslich aber die Geschlossenheit der genannten Märkte gegenüber dem europäischen Ausland festgestellt wurde (Rz. 173).

126. Die Parteien führen weiter an, Coop kaufe 40 % ihres Beschaffungsvolumens und Aldi einen weitaus höheren Anteil seines Beschaffungsvolumens im Ausland ein, weshalb die Handelsschranken kein Grund seien, von einer Besonderheit im Schweizer Detailhandel zu sprechen. Dem ist zu entgegnen, dass der internationale Warenverkehr mit der Schweiz, insbesondere für Agrarprodukte, noch vielfach Zöllen und anderen Handelsbarrieren unterworfen ist. Derartige Handelsschranken fallen im Unterschied dazu z.B. innerhalb der EU nicht an. Deshalb kann der Schweizer Detailhandel, was die Beschaffung anbelangt, nicht mit demjenigen eines EU-Mitgliedstaates verglichen werden.

127. Schliesslich gelingt es relativ kleinen schweizerischen Lieferanten wie Düring (Durgol, WC Ente etc.) oder Rivella in der Schweiz höhere Marktanteile als multinationale Unternehmen zu erlangen.

128. Laut Coop entspricht ein nationaler Beschaffungsmarkt nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Sämtliche im Schweizer Detailhandel tätigen Unternehmen seien wie Coop in der Lage, einen substantiellen Anteil des Beschaffungsvolumens auf internationalen Märkten zu beziehen. Wie dargelegt, geht die Weko nicht abschliessend, sondern mindestens von nationalen Beschaffungsmärkten aus und weist explizit darauf hin, dass die Marktabgrenzung für gewisse Produkte grösser als die Schweiz ausfallen könnte (vgl. Rz. 119).

Fazit

129. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der relevante Markt beschaffungsseitig mindestens nationale Dimensionen aufweist. Bei Produkten, welche nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, könnte der räumlich relevante Markt grösser sein als die Schweiz.

B.4.2 Analyse der betroffenen Märkte

130. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

131. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a und b KG kann die Weko einen Zusammenschluss untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

132. Im Nachgang zu den Bundesgerichtsentscheiden i.S. Swissgrid[42] und BZ/20 Minuten[43] stellt sich die Frage der Auslegung dieser Bestimmung. Zur Diskussion steht insbesondere, ob dem Terminus „durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann" eigenständige Bedeutung zukommt oder ob die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs der Marktbeherrschung immanent ist.

133. Die Botschaft zum KG hält fest: Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG „genügt nicht für die Genehmigungsverweigerung, sie muss überdies die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen". Diese Formulierung zwingt gemäss Botschaft zum KG zu einer dynamischen Betrachtungsweise, da aus statischer Sicht die Marktbeherrschung die Abwesenheit von wirksamem

[37] So beträgt der Zollansatz für Milch aus Deutschland mit 1–6 Gewichtsprozent Fettgehalt CHF 76 pro 100 kg (sofern diese nicht innerhalb des Zollkontingents eingeführt wird).
[38] Vgl. NZZ, 15./16. März 2008, S. 15.
[39] Le Temps, „La libération des échanges avec l'UE prend du retard", 12. Januar 2008.
[40] Insbesondere im Lebensmittel-Bereich treten in der EU Probleme mit der Umsetzung des Cassis-de-Dijon-Prinzips auf, vgl. Europäische Kommission (2002), Zweiter Zweijahresbericht über gegenseitige Anerkennung – KOM (2002) 419.
[41] Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff.
[42] RPW 2007/2, S. 324 ff.
[43] RPW 2007/2, S. 331 ff.

Wettbewerb impliziert. Das für die Schweizerische Fusionskontrolle vorgeschlagene Kriterium der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs entspreche der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen.[44]

134. Die Botschaft zum Kartellgesetz geht bei wirksamem Wettbewerb von einem Wettbewerbsverständnis aus, das keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist. „Wettbewerb ist in dieser Sicht ein vielgestaltiger, dynamischer Prozess, und Wettbewerbspolitik hat (hauptsächlich) sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt, das heisst nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen (und auch dysfunktionale, staatliche Regulierungen) grundlegend beeinträchtigt werden. Wirksamer Wettbewerb soll m.a.W. die in einem Markt handelnden Unternehmen immer wieder zwingen oder doch anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Sind diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, so kann der Wettbewerb als ‚wirksam' bezeichnet werden."[45]

135. Für eine erhebliche Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs braucht ein Unternehmen keine Monopolstellung: das Unternehmen braucht in einem Markt nicht das einzige zu sein. Es genügt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Insbesondere hat ein marktbeherrschendes Unternehmen auch dann die Möglichkeit, die zentralen Funktionen des Wettbewerbs erheblich zu hemmen, wenn andere Unternehmen im Markt sind. Selbst bei einem Restwettbewerb hat ein marktbeherrschendes Unternehmen die Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.

136. Dass eine Monopolsituation keine notwendige Bedingung für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist, stellt auch die Europäische Kommission in ihrer EG-Fusionskontrollverordnung fest: „In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten."[46]

137. Die Weko ist zusammen mit einem Teil der Lehre der Auffassung, dass eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt in der Regel zur Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt führt.[47] Bei einer zweistufigen Prüfung, bei der zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und anschliessend die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geprüft wird, würden dieselben Kriterien zweimal geprüft: Sowohl für die Frage der Marktbeherrschung als auch für jene der möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist auf „die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz des Marktes unter Berücksichtigung des tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs, der Ein- und Austrittsbedingungen und der Mobilitätsbarrieren" abzustellen.[48] Dennoch wird vorliegend – um den Anforderungen des Bundesgerichts gerecht zu werden – ein zweistufiges Verfahren angewendet: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob durch das Zusammenschlussvorhaben auf einem der betroffenen Märkte eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussunternehmen begründet oder verstärkt wird.[49] Für den Fall, dass der Zusammenschluss auf einem bestimmten Markt eine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt, wird in einem zweiten Schritt im Sinne einer Kontrolle überprüft, ob die marktbeherrschende Stellung den Zusammenschlussunternehmen die Möglichkeit eröffnet wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt aktiv zu beseitigen bzw. ob der Zusammenschluss zu einer so starken Beeinträchtigung der Struktur führt, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussunternehmen beabsichtigt ist.

B.4.2.1 Absatzmärkte

B.4.2.1.1 Vorbemerkungen

138. Der Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt zeichnet sich durch einige Besonderheiten aus. Nachfolgend wird auf diese eingegangen.

a) Konzentration im europäischen Vergleich

139. Die nachfolgende Tabelle gibt die addierten Marktanteile der zwei grössten Marktteilnehmer („K2") in verschiedenen europäischen Ländern für das Jahr 2006 wieder. Wie der Tabelle zu entnehmen ist, weist der Schweizer Lebensmittel-Detailhandel eine sehr hohe Konzentration auf.

[44] Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG; BBl 1995 I S. 468 ff.; S. 583 f.
[45] Botschaft KG; S. 512; S. 583.
[46] Erwägungsgrund 25, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.
[47] Vgl. PHILIPPE M. REICH, Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 10 N 25; Jürg Borer, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 10 N 17; Patrik Ducrey, Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 293 f.
[48] PATRIK DUCREY, SIWR, S. 293 m.V.a. THOMAS VON BALLMOOS, „Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?", AJP 1999, S. 295 und ROLF WATTER/URS LEHMANN, „Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz", AJP 1996, S. 855.
[49] Bundesgericht i.S. Swissgrid, RPW 2007/2 S. 324 ff.; BZ/20 Minuten, RPW 2007/2, S. 331 ff.

Tabelle 6: „K2“ im europäischen Vergleich (2006) in %

Land	K2
Schweiz	[80–90]
Finnland	75,3
Schweden	61,5
Norwegen	60,0
Irland	52,1
Dänemark	49,9
Österreich	48,6
Niederlande	46,7
Belgien	41,3
Spanien	36,2
Deutschland	35,8
Frankreich	34,5
Portugal	34,0
Grossbritannien	33,4

Quelle: Europäische Länder: Planet Retail (Grocery Retail Banner Sales 2006); Schweiz: Erhebungen des Sekretariats. Die Marktanteile von Denner und Globus werden der Migros zugerechnet (vgl. Rz. 170).

140. Zusammenschlussvorhaben in Märkten mit ähnlichen Konzentrationen wie in der Schweiz wurden in der Vergangenheit von ausländischen Wettbewerbsbehörden verboten oder nur unter Auflagen zugelassen:

141. Der Zusammenschluss Carrefour/Promodes wurde von der EU im Jahr 1999 unter der Bedingung zugelassen, dass Carrefour seinen Anteil an einer Einkaufsgemeinschaft veräussert. Da der Zusammenschluss insbesondere Frankreich betraf, wurde der Fall auf Antrag der französischen Wettbewerbsbehörde an sie verwiesen. Der Zusammenschluss wurde in Frankreich mit der Auflage genehmigt, acht Hypermärkte und 26 Supermärkte zu veräussern. Zudem wurde Carrefour ein Verkaufsflächenstopp in den von der Wettbewerbsbehörde als problematisch identifizierten lokalen Märkten für die nächsten drei Jahre auferlegt.[50]

142. Das Zusammenschlussvorhaben Rewe/Meinl wurde im Februar 1999 von der EU-Kommission entschieden. Dabei beliefen sich die Marktanteile von Rewe/Meinl in einzelnen Schlüsselregionen auf bis zu 60 %. Der Lebensmitteleinzelhandel Österreichs war durch eine hohe Marktkonzentration (die führenden fünf Unternehmen hielten damals 80 % der Marktanteile, die beiden stärksten Anbieter vereinigten 60 %) und durch hohe Markteintrittsbarrieren, insbesondere für grossflächige Verkaufstellen, gekennzeichnet. Im Vergleich zu seinen Wettbewerbern waren Rewe/Meinl in den umsatzstärksten Regionen (Ostösterreich) die mit Abstand führenden Anbieter (ca. 60 % Marktanteil, nächste Wettbewerber ca. 20 %) und verfügten über ein besonders gut ausgebautes Netz produktivitätsstarker, grossflächiger Verkaufsflächen und günstig gelegener Standorte in städtischen Ballungsgebieten. Aus den oben erwähnten Gründen schloss die EU-Kommission auf eine marktbeherrschende Stellung auf dem Absatzmarkt. Rewe durfte nur 162 Verkaufsstellen von insgesamt 341 Meinl-Filialen übernehmen, welche sich ausschliesslich ausserhalb der Schlüsselregionen befanden.[51]

143. Die Übernahme von Spar Finnland, mit ca. 7 % Marktanteil die Nummer vier auf dem Markt, durch die Detailhandelskette Sok, mit 35 % Marktanteil die Nummer zwei, wurde von der finnischen Wettbewerbsbehörde im Jahr 2006 nur unter Auflagen zugelassen. Sok durfte von den insgesamt 280 Spar-Filialen 30 Filialen nicht übernehmen, welche sich in lokalen Märkten befanden, in denen SOK/Spar eine zu starke Marktstellung eingenommen hätten.[52]

144. Gemäss Pressemitteilung vom 27. Dezember 2007 wurde die Übernahme 12 bestehender und 13 geplanter Carrefour-Hypermärkte durch Sonae Distribuição von der portugiesischen Wettbewerbsbehörde nur unter Bedingungen und Auflagen zugelassen. Diese beinhalten die Veräusserung von drei Hypermärkten, den Verzicht auf zwei Projekte und eine Flächenreduzierung bzw. die Auferlegung einer maximalen Gesamtverkaufsfläche in bestimmten Regionen. Des Weiteren erhält die Käuferin während zwölf Monaten in fünf Regionen keine weiteren Bewilligungen mehr für den Verkauf von Lebensmitteln.

b) Weitere Besonderheiten des Schweizer Detailhandels

Angebotsvielfalt

145. Die Angebotsvielfalt in der Schweiz ist generell eher tiefer ist als im umliegenden Ausland.[53] Ein genauer Vergleich der Anzahl Artikel zwischen den verschiedenen Detailhändlern ist jedoch schwierig, da die verfügbaren Zahlen schwer vergleichbar sind. Zum Beispiel un-

[50] Carrefour/Promodes, COMP/M.1684.
[51] Rewe/Meinl, COMP/M.1221.
[52] http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=news-archive&sivu=news/n-2006-01-05 [27. Juli 2007].
[53] Le Temps, „Supermarchés: pourquoi l’offre alimentaire est plus pauvre en Suisse”, 12. Oktober 2002.

terscheidet sich die Zählweise zwischen den Anbietern bezüglich Saisonartikeln und Streichprodukten oder der Berücksichtigung von Varietäten desselben Produkts.

Einkaufsverhalten der Schweizer Konsumenten

146. Das Einkaufsverhalten der Schweizer Konsumenten weist gewisse Besonderheiten auf. Diese Besonderheiten wurden jüngst durch eine repräsentative Befragung von Accenture untersucht.[54] Im Folgenden werden die wichtigsten Aspekte für den vorliegenden Fall dargestellt:

- Kundenbindung

147. Die grosse Mehrheit der Schweizer, namentlich 88 %, kauft die Güter des täglichen Bedarfs hauptsächlich bei den beiden Grossverteilern Migros und Coop ein. Gemäss dieser Umfrage besitzen 87 % derjenigen Personen, welche eine Kundenkarte eines Detaillisten besitzen, eine solche von Coop und 82 % eine solche der Migros. Dies sind Indizien für eine ausserordentlich starke Kundenbindung der beiden Grossverteiler in der Schweiz.

- Frischangebot/Erreichbarkeit

148. Die beiden mit Abstand wichtigsten Kriterien für eine Einkaufsentscheidung sind ein „grosses Frischeangebot“ und die „gute Erreichbarkeit der Verkaufsstelle“. Auch der deutsche Discounter Aldi hat festgestellt, dass die Schweizer Konsumenten im europäischen Vergleich beim Frischeangebot anspruchsvoller sind.

- Regionale/Umweltverträgliche Produkte

149. Die Kriterien auf den Plätzen drei bis fünf sind «Produkte aus der Region», „Umweltverträglichkeit der Produkte/des Händlers“ und die „Angebotsvielfalt in der Verkaufsstelle“.

150. Gemäss der Studie sind 76 % der Schweizer bereit, für regionale und umweltverträgliche Produkte mehr zu bezahlen. Selbst bei Haushalten mit einem Bruttoeinkommen unter CHF 4’500 pro Monat sind noch 69 % der Befragten dazu bereit. Bei Haushalten mit einem Bruttoeinkommen über CHF 9’000 pro Monat sind sogar 86 % der Befragten bereit für solche Produkte mehr zu bezahlen.

- Preissensitivität

151. Gemäss der Studie von Accenture ist für die Schweizer Konsumenten der günstige Preis nicht unter den fünf wichtigsten Faktoren für eine Einkaufsentscheidung. In Deutschland ist laut Dirk Dreisbach, Leiter des Geschäftsbereichs Retail und Consumer Market bei Accenture, der Preis mit Abstand das wichtigste Krietrium. In der Schweiz folgt das Kriterium „günstiger Preis“ erst an sechster Stelle. Selbst bei Haushalten mit einem Bruttoeinkommen unter CHF 4’500 pro Monat vergleichen 60 % der Befragten die Preise vor ihren Einkäufen in der Regel nicht. Im europäischen Vergleich ist die Preissensitivät der Schweizer Konsumenten demnach weniger ausgeprägt.

- Markenartikelangebot

152. Das Angebot an Markenartikeln belegt für die Schweizer Konsumenten gemäss der Umfrage von Accenture den zehnten und damit letzten Platz der wichtigsten Kriterien für einen Einkauf. Somit ist dieses Kriterium sogar hinter dem Kriterium „Angebot von Eigen-/Handelsmarken“ platziert.

153. Coop stellt die Ergebnisse der erwähnten Accenture Studie in Frage. Insbesondere die Ergebnisse zur Preissensitivität ständen im Widerspruch zu den internen Marktforschungsstudien von Coop.

Zölle und andere Handelsbeschränkungen

154. Der Import einiger Produkte in die Schweiz wird aufgrund von Zöllen und anderen Beschränkungen (technische Handelshemmnisse, Zollformalitäten etc.) erschwert und in einigen Fällen sogar verunmöglicht. Dies trifft insbesondere auf den Bereich der Agrarprodukte zu. Aufgrund nicht-tarifärer Handelshemmnisse, wie zum Beispiel verschiedene Produktdeklarationen, sind jedoch auch Produkte aus anderen Bereichen betroffen.

155. Coop stellt in Frage, ob aufgrund von Handelsschranken von einer Besonderheit im Schweizer Detailhandel zu sprechen sei. Coop importiere 40 % des Beschaffungsvolumens aus dem Ausland, Aldi einen weit höheren Teil.

156. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Schweizer Markt in gewissen Bereichen wie dem Agrarsektor nach wie vor stark geschützt ist. Dies ist zum Beispiel in Deutschland, Frankreich oder Österreich anders (siehe Rz. 116).

B.4.2.1.2 Marktstruktur

157. Der Schweizer Detailhandelsmarkt wird durch die beiden Genossenschaften Migros und Coop geprägt. Neben Denner, der sich zu 70 % im Eigentum der Migros befindet, sind die folgenden Anbieter auf dem Markt tätig: Aldi, Carrefour, Casino, Spar, Valrhône und Volg, wobei die beiden letzteren nur im Segment der kleinen Supermärkte tätig sind.

B.4.2.1.2.1 Marktteilnehmer

158. Die nachfolgenden Ausführungen geben die wesentlichen Eckpunkte der in der Schweiz tätigen Anbieter wieder.

a) Detailhändler

Aldi

159. Der (Hard-)Discounter Aldi trat im Oktober 2005 in den Schweizer Markt ein und betreibt derzeit 57 Verkaufsstellen (Stand 1. Januar 2008) im Bereich Supermärkte. In seinem Konzept setzt Aldi auf ein stark limitiertes, preisgünstiges Sortiment von ca. 800 Produkten, welches vor allem aus Eigenmarken besteht. Aldi plant

[54] Accenture, Trends für den Detailhandel, 2007.

eine weitere Expansion in der Schweiz und hat sich bereits [60–80] zusätzliche Standorte gesichert.

Casino

160. Casino Schweiz ist Lizenznehmerin der Marke „Casino“ in der Schweiz und hat einen Bezugsvertrag mit Casino France. Casino Schweiz besitzt insgesamt 16 Verkaufsstellen in der Westschweiz. Dabei handelt es sich bei acht Standorten um Hypermärkte.

Denner

161. Denner ist ein Discounter mit ca. 430 Verkaufsstellen im Bereich kleine Supermärkte. Zusätzlich beliefert Denner rund 290 Denner-Satelliten. Migros besitzt 70 % der Aktien von Denner.

Migros

162. Die Migros-Genossenschaften betreiben ca. 530 Verkaufstellen. Darüber hinaus umfasst die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe unter anderem den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien, den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol und Hotelplan. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe.

Spar

163. Spar Schweiz ist Lizenznehmerin von Spar International und betreibt ca. 330 Standorte in der Schweiz, wovon ca. 320 auf kleine Supermärkte entfallen. Zusätzlich beliefert Spar die maxi///-Detaillisten, welche selbständige Detaillisten sind. Spar ist vor allem in der Deutschschweiz präsent.

Valrhône

164. Die Westschweizer Detaillistin Valrhône mit ihrer Muttergesellschaft La Valaisanne Holding beliefert schweizweit ca. 530 kleine Supermärkte (Pam, Proxi und Treffpunkt). Zudem beliefert Valrhône auch unabhängige Detaillisten.

Volg

165. Volg gehört zu 95 % dem Landwirtschaftskonzern Fenaco. Volg beliefert ein Verkaufsstellennetz von rund 800 kleinen Supermärkten in der Deutschschweiz, davon über 200 unabhängige Detaillisten.

b) Warenhäuser mit Lebensmittelabteilungen

Globus

166. Globus ist eine Warenhauskette, welche zur Migros-Gruppe gehört. Globus ist mit der Lebensmittelabteilung Delicatessa an neun Standorten in der Schweiz präsent.

Jelmoli

167. Jelmoli ist ein Warenhaus in Zürich und verfügt über eine Lebensmittelabteilung.

Loeb

168. Loeb ist eine Warenhauskette, welche am Standort Bern über eine Lebensmittelabteilung verfügt.

Manor

169. Manor ist eine Warenhauskette, welche an 30 Standorten in der Schweiz Supermärkte betreibt. Davon sind 26 als Lebensmittelabteilungen in ein Manor-Warenhaus integriert, die vier restlichen sind „standalone“ Supermärkte.

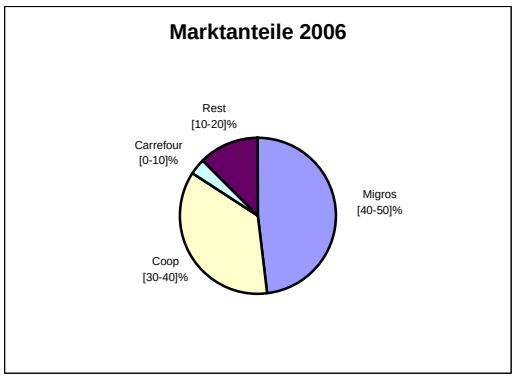
B.4.2.1.2.2 Marktanteile

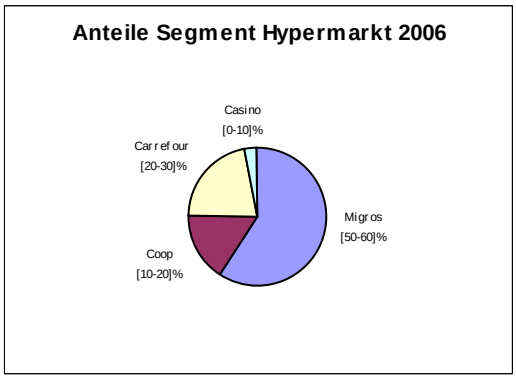
a) Nationale Ebene

170. Abbildung 2 illustriert die Marktanteile auf dem Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt sowie im Segment Hypermarkt. Obwohl Denner gemäss der im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner verfügten Auflagen vom 3. September 2007 operativ unabhängig von Migros geführt werden muss, werden die Marktanteile von Denner und Globus aufgrund der Eigentumsverhältnisse in der vorliegenden Analyse Migros zugerechnet.[55] Die Abbildung zeigt, dass der Schweizer Detailhandelsmarkt von Migros (inkl. Denner) und Coop dominiert wird.

171. Im Gegensatz hierzu sind im Segment Hypermärkte mit Migros, Coop und Carrefour drei grössere Anbieter tätig.

Abbildung 2: Marktanteile im Schweizer Detailhandelsmarkt (Quelle: Erhebungen des Sekretariats)



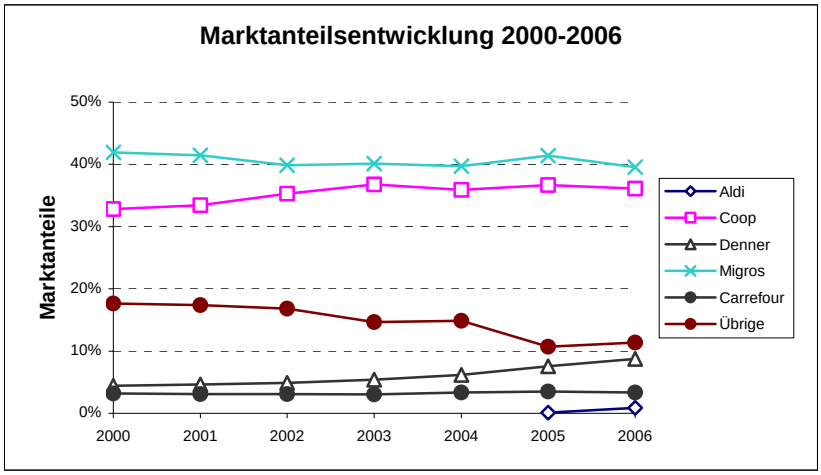


[55] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 207, Dispositiv, 1.1 u. 1.2.

172. Die Parteien machen geltend, die Marktanteile von Migros und Denner dürften aufgrund der Auflagen aus dem Verfahren Migros/Denner nicht addiert werden. Im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner sei verfügt worden, dass Denner bis ins Jahr 2014 juristisch, organisatorisch und operationell selbständig bleiben müsse. Darauf braucht vorliegend nicht weiter eingegangen zu werden, weil dies am Ergebnis nichts ändert.

173. Nachfolgende Abbildung 3 zeigt, dass sich die Marktanteile von Migros und Coop in den Jahren 2000–2006 annäherten, was namentlich auf die Übernahmen von EPA und Waro durch Coop zurückgeführt werden kann. Denner gewann in der betrachteten Periode durch die Übernahme von Pick Pay sowie durch organisches Wachstum ebenfalls Marktanteile. Der Marktanteil von Carrefour blieb dagegen während des betrachteten Zeitraums stabil. Die Gruppe der übrigen Marktteilnehmer büsste an Marktanteilen ein, was wiederum auf die genannten Übernahmen zurückzuführen ist. Somit haben sich die Marktanteile vor allem infolge von Übernahmen verändert. Seit 2005 ist Aldi auf dem Schweizer Markt präsent, verfügt jedoch bis dato über geringe Marktanteile. Zusammenfassend deutet dies auf eher stabile Marktstrukturen hin.

Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung



Quelle: Erhebungen des Sekretariats

174. Nachfolgend wird die Anzahl Standorte pro Marktsegment sämtlicher Anbieter aufgezeigt. Zum Hypermarkt-Segment gehören Verkaufsstellen-Kategorien mit durchschnittlichen Flächen von über 3000 m^2. Zum Supermarkt-Segment zählen Verkaufsstellen-Kategorien mit durchschnittlichen Flächen von 700 bis 3000 m^2. Verkaufsstellen mit einer durchschnittlichen Fläche unter 700 m^2 sind dem Segment kleine Supermärkte zuzuordnen (vgl. Rz. 69). In allen folgenden Tabellen werden unterhalb des fetten Strichs diejenigen Anbieter aufgeführt, welche nicht dem relevanten Markt zugehören (ausser Globus, welcher nicht zum relevanten Markt gehört, aber bei der Migros-Gruppe aufgeführt ist).

Tabelle 7: Anzahl Standorte pro Marktsegment (2006)[56]

Unternehmen	Gesamtmarkt	Hypermärkte	Supermärkte	Kleine Supermärkte
Migros	541	38	205	298
Denner	733	-	-	*733
Globus	9	-	9	-
Migros Gruppe	1283	38	214	1031
Coop	844	12	288	542
Aldi	33	-	33	-
Carrefour	12	12	-	-
Casino	16	8	5	3
Spar	333	-	9	324
Valrhône	529	-	-	529
Volg	786	-	-	786
Jelmoli	1	-	1	-
Loeb	1	-	1	-
Manor	30	-	30	-
Total	3’867	72	571	3’215

*davon 293 Satelliten
Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Da die Zahlen 2007 nicht für alle Unternehmen vorliegen, basiert die Analyse auf den Zahlen 2006. Veränderungen im Jahr 2007 (z.B. Aldi) sind unter Rz. 348 ff. beschrieben.

175. Tabelle 8 illustriert nebst den Gesamtmarktanteilen die Anteile in den einzelnen Segmenten. Betrachtet man die Veränderungen durch den Zusammenschluss in den einzelnen Segmenten, ist festzustellen, dass es einzig im Segment Hypermärkte zu einer Addition kommt. Coop kann sich durch die Übernahme von Carrefour im Segment Hypermärkte dem Marktanteil von Migros annähern.

176. Die Parteien bringen vor, dass durch den Zusammenschluss gemäss den Erfahrungen von Coop nicht der gesamte Umsatz/Marktanteil von Carrefour Coop zugerechnet werden könne, da ein gewisser Abwanderungseffekt zu Konkurrenten stattfinde. Gemäss Coop beträgt der Umsatzrückgang infolge des Abwanderungseffektes rund 25 %. Coop macht zudem geltend, dass Umsatzrückgänge durch Eigenkonkurrenzierung in der Analyse der Weko unberücksichtigt bleiben.

177. Eine im Nachgang zu einem Zusammenschluss einsetzende Abwanderung von Konsumenten ist durchaus möglich, braucht jedoch angesichts des Ausgangs dieses Verfahrens nicht abschliessend beurteilt zu werden.

178. Distributis bringt vor, die Übernahme der 12 Carrefour-Standorte würde durch den von Coop angekündigten Verzicht auf sechs Grossprojekte ungefähr zur Hälfte kompensiert.

179. Von den sechs Coop-Grossprojekten sind jedoch nur drei Neubauten, die restlichen Projekte sind Erweiterungen bestehender Coop-Verkaufsstellen. Gemäss Zahlen von Coop entspricht der Flächenzuwachs der sechs Projekte ungefähr 18'000 m^2, was ungefähr der Fläche von drei Carrefour-Standorten entspricht. Daraus folgt, dass der Verzicht auf die sechs Grossprojekte die Übernahme von Carrefour nicht „kompensieren“ kann.[57]

[56] Die Zuordnung zu den Segmenten Hypermärkte/Supermärkte/kleine Supermärkte basiert auf den Kategorien Migros (M, MM, MMM), Coop (Supermarkt A, B/C, Megastore) und Casino (Petit, Super und Hyper Casino). Die Einteilung basiert auf Durchschnittsflächen. Zum Beispiel beträgt die Durchschnittsfläche der Hyper Casino ungefähr 3'200 m^2, daher werden sämtliche Hyper Casino dem Segment Hypermarkt zugeordnet. Die Lebensmittelabteilungen der Warenhäuser werden dem Segment Supermarkt zugeordnet. Die Anzahl Aldi Filialen bezieht sich auf den Stand: 1.1.2007. Am 17. März 2008 betrieb Aldi rund 60 Standorte.

[57] Würden die beiden Carrefour-Projekte in St. Gallen und Chur mitberücksichtigt, läge der Verzicht bei nur rund 20 %.

Tabelle 8: Marktanteile im Schweizer Detailhandelsmarkt (2006)

Unternehmen	Gesamtmarkt	Segment Hypermärkte	Segment Supermärkte	Segment kleine Supermärkte
Migros	[30–40] %	[50–60] %	[40–50] %	[20–30] %
Denner	[0–10] %	-	-	[20–30] %
Globus	[0–10] %	-	[0–10] %	-
Migros Gruppe	[40–50] %	[50–60] %	[40–50] %	[40–50] %
Coop	[30–40] %	[10–20] %	[40–50] %	[30–40] %
Carrefour	[0–10] %	[20–30] %	-	-
Coop/Carrefour	[30–40] %	[30–40] %	[40–50] %	[30–40] %
Volg	[0–10] %	-	-	[0–10] %
Valrhône	[0–10] %	-	-	[0–10] %
Spar	[0–10] %	-	[0–10] %	[0–10] %
Aldi	[0–10] %	-	[0–10] %	-
Casino	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Manor	[0–10] %	-	[0–10] %	-
Jelmoli	[0–10] %	-	[0–10] %	-
Loeb	[0–10] %	-	[0–10] %	-

Quelle: Erhebungen des Sekretariats, Angaben der Parteien.

180. In der folgenden Tabelle sind die Marktanteile unter Berücksichtigung des Einkaufstourismus ausgewiesen.

Tabelle 9: Marktanteile mit Einkaufstourismus

	Marktanteil	Marktanteil mit Einkaufstourismus
Migros Gruppe	[40–50] %	[40–50] %
Coop	[30–40] %	[30–40] %
Carrefour	[0–10] %	[0–10] %
Coop/Carrefour	[30–40] %	[30–40] %
Einkaufstourismus	-	[0–10] %
Volg	[0–10] %	[0–10] %
Valrhône	[0–10] %	[0–10] %
Spar	[0–10] %	[0–10] %
Aldi	[0–10] %	[0–10] %
Casino	[0–10] %	[0–10] %
Manor	[0–10] %	[0–10] %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats; Volumen Einkaufstourismus gemäss Coop, Einkaufstourismus Studie 2005.

181. Tabelle 9 zeigt, dass bei der Berücksichtigung des Einkaufstourismus eine fiktive neue „Nummer drei“ auf dem Schweizer Detailhandelsmarkt entsteht. In der Realität handelt es sich jedoch nicht um einen Anbieter, sondern um eine Vielzahl von Unternehmen, welche allerdings nur in den Grenzregionen tätig sind. Grundsätzlich ändert der Einkaufstourismus aber kaum etwas an der in Rz. 170 beschriebenen Marktstruktur.

182. Tabelle 10 gibt die Konzentration auf dem Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt, gemessen am Herfindahl-Hirschman-Index (HHI)[58] sowie die durch die Übernahme induzierte Veränderung des HHI, den sog. Delta-Wert, wieder. Grundsätzlich gilt, dass mit einem höheren HHI die Möglichkeit der Anbieter ansteigt, Marktmacht auszuüben.

Tabelle 10: HHI auf dem Absatzmarkt, nationale Ebene[59]

HHI vor Zusammenschluss	[3'700-3'800]
HHI nach Zusammenschluss	[3'900-4'000]
Delta-Wert	[200-300]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

183. Coop bringt vor, die Konzentration würde sich durch die Expansion von Aldi und Lidl kurz- bis mittelfristig reduzieren. Das optimistischste Szenario für die Expansion der Discounter liefere einen HHI von 3'574. Zudem macht Coop geltend, dass der Delta Wert unter Berücksichtigung eines moderaten Wachstums von Aldi und Lidl unter die EU-Schwelle von 150 Punkten sinkt.

184. Hierzu ist zu erwähnen, dass die Konzentration, selbst unter Berücksichtigung der Expansion von Aldi und Lidl, immer noch sehr hoch ist. Die Expansion von Aldi und Lidl wird im Abschnitt B.4.2.1.4.4 behandelt. Bezüglich des Delta-Werts bleibt anzumerken, dass dieser grundsätzlich auf der Basis der zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses herrschenden Konzentration berechnet wird.

b) Marktanteile auf den lokalen Märkten

185. Die Wettbewerbssituation auf den lokalen Märkten unterscheidet sich zum Teil signifikant von derjenigen auf dem nationalen Markt. Da Carrefour nur in 12 Märkten tätig ist, sind die Marktanteile auf lokaler Ebene zum Teil deutlich höher als auf nationaler Ebene. Zur Beurteilung der lokalen Wettbewerbsverhältnisse ist gemäss bisheriger Praxis der Weko um jede Carrefour-Verkaufsstelle ein Marktkreis zu ziehen.[60] Wie in Rz. 108 dargelegt, geht die Weko in vorliegendem Fall von Marktradien von 20 (bzw. 30) Autofahrminuten für Hypermärkte aus.[61] Die Autofahrminuten wurden anhand des Computer-Programms „TwixRoute" erhoben. Nachfolgend werden die lokalen Märkte im Einzelnen beschrieben.

186. Das Sekretariat hat die Verkaufsstellen von neun Marktteilnehmern (Aldi, Casino, Coop, Carrefour, Denner, Migros, Spar, Volg und Valrhône) und vier Warenhäusern (Manor, Globus, Loeb und Jelmoli) den einzelnen Märkten zugeteilt. Mit wenigen Ausnahmen basieren die ausgewiesenen Marktanteile auf den exakten Umsätzen der Verkaufsstellen in den jeweiligen Regionen.[62] Um der Expansion von Aldi Rechnung zu tragen, wurden sämtliche Aldi-Filialen, welche bis Ende 2007 eröffnet wurden, in die Berechnungen miteinbezogen. Dabei wurden die aktuellen Monatsumsätze jeweils auf ein ganzes Jahr hochgerechnet.

187. Coop bringt vor, dass die Einzugsgebiete der Weko nicht korrekt berechnet wurden. Aufgrund zu enger Einzugsgebiete seien die Marktanteile von Coop überbewertet worden.

188. Hierzu ist zu entgegnen, dass Coop bei der Bestimmung der lokalen Märkte offenbar ein anderes Vorgehenzur Berechnung der Fahrzeiten gewählt hat. Grundsätzlich kann jedoch festgehalten werden, dass die Abweichungen zwischen den Analysen von Coop und der Weko nicht bedeutend sind.

189. Die Parteien bringen zudem vor, den Projekten von Aldi und Lidl in den lokalen Märkten werde nicht gebührend Rechnung getragen.

190. Entgegen der Darstellung der Parteien wurden sämtliche bis Ende 2007 eröffneten Aldi Filialen mit den (hochgerechneten) Jahresumsätzen in die Analyse ein-

[58] Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols). Gemäss Praxis der EU-Kommission stellen sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1'000 liegt. Liegt der HHI hingegen zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert über 250 oder ist der HHI höher als 2'000 und der Delta-Wert grösser als 150 müssen zusätzliche Kriterien (z.B. betreffend potenzielle Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbeherrschung) erfüllt sein, damit die EU-Kommission den Zusammenschluss grundsätzlich nicht eingehend prüft (Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5, Rz. 19 f).

[59] Carrefour und Manor werden aufgrund der Eigentumsverhältnisse vor dem Zusammenschluss als Einheit betrachtet.

[60] Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 505 ff.

[61] Im Verfahren Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 173ff.) wurde auf der lokalen Ebene neben der herkömmlichen Analyse mit Marktradien eine Analyse mittels MS-Regionen vorgenommen. Im vorliegenden Fall wird die Analyse der lokalen Märkte ausschliesslich mit den herkömmlichen Marktkreisen durchgeführt. Die Gründe hierfür sind die im Vergleich zum Verfahren Migros/Denner begrenzte Anzahl von betroffenen Märkten auf der lokale Ebene (vorliegend 12 Märkte) sowie die Tatsache, dass sich in diesem Verfahren die nationale Wettbewerbssituation zum Teil stark von jener auf den lokalen Märkten unterscheidet.

[62] Bei Denner fehlen dem Sekretariat die genauen Umsätze einiger weniger Filialen. In diesen Fällen wurde ein regionaler Durchschnittsumsatz eingesetzt. Zur Berechnung der Marktanteile von Volg und PAM (Valrhône) wurde auf regionale Durchschnittsumsätze abgestellt. Die Umsätze von Proxi und Treffpunkt (Valrhône) wurden zum Teil mit regionalen, zum Teil mit nationalen Durchschnittsumsätzen gebildet. Die regionalen Durchschnittsumsätze basieren jeweils auf mindestens fünf Verkaufsstellen pro Region. Die Umsätze der von Spar belieferten Maxi-Detaillisten entsprechen nationalen Durchschnittsumsätzen. Das teilweise Abstellen auf Durchschnittsumsätze bei diesen relativ kleinen Anbietern, hat kaum Einfluss auf die Genauigkeit der Marktanteils-Berechungen.

bezogen (siehe Rz. 186). In der folgenden Analyse werden zudem die geplanten Standorte von Aldi und Lidl jeweils aufgeführt.

191. Die Parteien machen weiter geltend, die Marktanteile von Migros und Denner dürften aufgrund der Auflagen im Entscheid Migros/Denner nicht addiert werden. Die Weko habe nämlich verfügt, dass Denner bis ins Jahr 2014 juristisch, organisatorisch und operationell selbständig bleibe. Die Konzentration werde somit auf den lokalen Märkten künstlich erhöht (vgl. hierzu Rz. 172).

Vernier (Genf)

192. Auf dem lokalen Markt Vernier haben Migros und Coop ähnliche Marktanteile wie auf der nationalen Ebene. Die beiden Grossverteiler verfügen über je einen Hypermarkt in der Region. Der Marktanteil von Carrefour beträgt [0–10] %. Die kumulierten Marktanteile von Migros (inkl. Denner) und Coop nach dem Zusammenschluss betragen rund [90–100] %. Die restlichen Anbieter sind Valrhône und Manor. Letzterer hat mit einem Marktanteil von gut [0–10] % eine relativ starke Stellung. Diese Stellung wird sich durch eine zusätzlich geplante Verkaufsstelle in Zukunft noch verstärken.

193. Die Konzentration in der Region Vernier ist vor dem Zusammenschluss etwa gleich hoch wie auf nationaler Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die bereits hohe Konzentration stark erhöhen.[63]

194. Eine Besonderheit des Marktes Vernier ist der Einfluss des Einkaufstourismus. Gemäss Angaben von Coop entfallen [10-30] % des gesamten Kaufkraftabflusses von CHF 2.1 Mrd. auf die Westschweiz. Hiervon dürfte ein grosser Teil in der Region Genf generiert werden. Zur Illustration hat das Sekretariat aus diesem Grund für die 20-Minuten-Radien [10-20] % der 2.1 Mrd. dem lokalen Markt von Vernier zugeordnet ([10-20] % bei den 30-Minuten-Radien).

Tabelle 11: Region Vernier

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Marktanteil mit Einkaufstourismus (*Kursiv* die Werte für 30 min.)	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen[64]	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen[65]
Migros	[30–40]	[30–40]	[30–40] *[30–40]*	1	-
Denner	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	-	-
Globus	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	(1)	-
Migros Gruppe	[40–50]	[40–50]	[40–50] *[40–50]*	1 (1)	-
Coop	[30–40]	[30–40]	[30–40] *[30–40]*	1 (3)	-
Carrefour	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	1	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[40–50]	[40–50] *[30–40]*	2 (3)	-
Valrhône	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	-	-
Casino	-	-	-	-	2 (2011)
Aldi/Lidl[66]	-	-	-	-	*[2–4]*
Manor	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	(2)	1 (2008)
Einkaufstourismus	-	-	[10–20] *[10–20]*	-	-

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 12: HHI Region Vernier

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[3'700-3'800]	[3'800-3'900]
HHI nach Zusammenschluss	[4'100-4'200]	[4'200-4'300]
Delta-Wert	[400-500]	[300-400]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

[63] Stark bedeutet im vorliegenden Fall ein HHI-Delta von 200–500, sehr stark bedeutet einen Wert von 501–800, ausserordentlich stark einen solchen von > 800. Die Einteilung könnte anders vorgenommen werden und stellt kein Präjudiz für andere Verfahren dar.

[64] Die Angaben beziehen sich auf Hypermärkte und in Klammern Warenhäuser. Die Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen bezieht sich jeweils auf einen Marktradius von 20 Minuten.

[65] In der Spalte Projekte sind nur aufgeführt: Megastores, MMM-Verkaufsstellen und Hypermärkte von Carrefour und Casino sowie Projekte von Lebensmittelabteilungen der Warenhäuser.

[66] Die geplanten Verkaufstellen von Aldi und Lidl werden in den nachfolgenden Betrachtungen der lokalen Märkten jeweils zusammen in der Spalte „Projekte grossflächiger Verkaufsstellen" angegeben. Die Anzahl Verkaufsstellen bezieht sich auf einen Marktradius von 20 Minuten. Die Angaben stützen sich auf die Angaben von Aldi (Eröffnungen bis 01/2010) und Lidl (Standorte, für welche eine Baubewilligung eingereicht oder bewilligt wurde). Da es sich um Geschäftsgehimnisse handelt, wird die Anzahl Projekte in Bandbreiten angegeben.

Conthey (Sion)

195. Auf dem lokalen Markt Conthey haben Migros und Coop bedeutend tiefere Marktanteile als auf nationaler Ebene. Migros und Carrefour betreiben je einen Hypermarkt in der Region. Coop hat auf dem lokalen Markt Conthey eine relativ schwache Stellung, plant jedoch die Eröffnung eines Megastores in Sion (Erweiterung eines bestehenden Supermarktes C). Coop teilte der Weko mit, nach dem Zusammenschluss mit Carrefour auf dieses Projekt zu verzichten. Der Marktanteil von Carrefour beträgt [10–20] %. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Coop nach dem Zusammenschluss betragen [70–80] %. Als Besonderheit auf dem Markt Conthey ist zu erwähnen, dass die übrigen Wettbewerber neben Migros/Denner und Coop/Carrefour zusammen relativ hohe Marktanteile halten. Valrhône, Casino und Manor haben hier eine wichtigere Stellung als auf nationaler Ebene.

196. Die Konzentration in der Region Conthey ist vor dem Zusammenschluss tiefer als auf nationaler Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration stark erhöhen.

Tabelle 13: Region Conthey

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[20–30]	[20–30]	1	-
Denner	[0–10]	[0–10]	-	-
Migros Gruppe	[30–40]	[30–40]	1	-
Coop	[10–20]	[10–20]	(1)	1 (Verzicht)
Carrefour	[10–20]	[10–20]	1	-
Coop/Carrefour	[30–40]	[30–40]	1 (1)	1 (Verzicht)
Valrhône	[10–20]	[10–20]	-	-
Casino	[0–10]	[0–10]	2	-
Aldi/Lidl	-	-	-	*[6–8]*
Manor	[10–20]	[0–10]	(2)	-

Tabelle 14: HHI Region Conthey

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[2'400-2'500]	[2'400-2'500]
HHI nach Zusammenschluss	[2'700-2'800]	[2'700-2'800]
Delta-Wert	[200-300]	[200-300]

Visp

197. Auf dem lokalen Markt Visp haben Migros und Coop tiefere Marktanteile als auf nationaler Ebene. Die beiden Grossverteiler verfügen über ähnlich hohe Marktanteile und über keine Hypermärkte in der Region. Coop plant die Eröffnung eines Supermarktes C in Visp (Erweiterung eines bestehenden Supermarktes B). Coop teilte der Weko mit, nach dem Zusammenschluss mit Carrefour auf dieses Projekt zu verzichten. Der Marktanteil von Carrefour beträgt [20–30] % in der Region. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Coop nach dem Zusammenschluss betragen [80–90] %. Als Besonderheit auf dem Markt Visp ist zu erwähnen, dass Valrhône und Aldi eine relativ starke Stellung innehaben.

198. Die Konzentration in der Region Visp vor dem Zusammenschluss ist deutlich tiefer als auf nationaler Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration ausserordentlich stark erhöhen.

Tabelle 15: Region Visp

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[20–30]	[20–30]	-	-
Denner	[0–10]	[0–10]	-	-
Migros Gruppe	[30–40]	[20–30]	-	-
Coop	[20–30]	[20–30]	-	1 (Verzicht)
Carrefour	[20–30]	[20–30]	1	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[40–50]	1	1 (Verzicht)
Aldi	[10–20]	[10–20]	-	-
Valrhône	[0–10]	[10–20]	-	-
Aldi/Lidl	-	-	-	*[2–4]*

Tabelle 16: HHI Region Visp

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[2'400-2'500]	[2'200-2'300]
HHI nach Zusammenschluss	[3'600-3'700]	[3'400-3'500]
Delta-Wert	[1'200-1'300]	[1'100-1'200]

Losone (Locarno)

199. Auf dem lokalen Markt Losone hat Migros einen tieferen und Coop einen höheren Marktanteil als auf der nationalen Ebene. Migros und Coop betreiben in der Region bisher keine Hypermärkte. Coop plant die Eröffnung eins Megastores in Tenero (Erweiterung eines bestehenden Supermarktes C) und eines Supermarktes C in Ascona (Neubau). Coop teilte der Weko mit, nach dem Zusammenschluss mit Carrefour auf beide Projekte zu verzichten. Der Marktanteil von Carrefour beträgt in der Region [20–30] %. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Coop nach dem Zusammenschluss betragen [90–100] %. Als restlicher Anbieter verbleibt nur Manor, welcher jedoch eine relativ starke Stellung hat.

200. Eine Besonderheit des Marktes Losone, sofern ein 30-Minuten-Radius zugrunde gelegt wird, ist der Einfluss des Einkaufstourismus. Gemäss Angaben von Coop entfallen [10-20] % des gesamten Kaufkraftabflusses von CHF 2.1 Mrd. auf die italienische Schweiz. Hiervon dürfte ungefähr die Hälfte auf die Region Losone entfallen, die andere Hälfte auf die Region Lugano. Zur Illustration hat das Sekretariat aus diesem Grund [0-10] % der CHF 2.1 Mrd. dem lokalen Markt von Losone zugeordnet. Betrachtet man die der Weko-Definition entsprechenden Marktradien von 20 Minuten, beeinflusst der Einkaufstourismus in der Region Losone die Verhältnisse jedoch nicht.

201. Die Konzentration in der Region Losone ist vor dem Zusammenschluss etwas tiefer als auf der nationalen Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration ausserordentlich stark erhöhen.

Tabelle 17: Region Losone

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Marktanteil mit Einkaufstourismus (Werte für 30 min.)	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[20–30]	[30–40]	[20–30]	-	-
Denner	[0–10]	[10–20]	[0–10]	-	-
Migros Gruppe	[30–40]	[40–50]	[30–40]	-	-
Coop	[30–40]	[30–40]	[20–30]	-	1 (Verzicht)
Carrefour	[20–30]	[10–20]	[0–10]	1	-
Coop/Carrefour	[50–60]	[50–60]	[30–40]	1	1 (Verzicht)
Aldi/Lidl	-	-	-	-	*[0–2]*
Manor	[0–10]	[0–10]	[0–10]	(2)	-
Einkaufstourismus	-	-	[20–30]	-	-

Tabelle 18: HHI Region Losone

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[3'300-3'400]	[3'700-3'800]
HHI nach Zusammenschluss	[4'400-4'500]	[4'500-4'600]
Delta-Wert	[1'000-1'100]	[800-900]

202. Coop bringt vor, das Einzugsbebiet des lokalen Marktes Losone sei von der Weko zu klein definiert worden. Wie jedoch aus Tabelle 17 und Tabelle 18 ersichtlich ist, sind die Unterschiede zwischen den 20 und 30-Minuten-Märkten gering (insbesondere hinsichtlich einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung von Migros/Denner und Coop/Carrefour). Die Konzentration im 30-Minuten-Markt ist sogar höher als im 20-Minuten-Markt.

Canobbio (Lugano)

203. Auf dem lokalen Markt Canobbio haben Migros und Coop tiefere Marktanteile als auf der nationalen Ebene. Migros betreibt zwei Hypermärkte in der Region, Coop verfügt über keinen solchen. Coop plant die Eröffnung eines Megastores in Manno (Neubau). Coop teilte der Weko mit, nach dem Zusammenschluss mit Carrefour auf dieses Projekt zu verzichten. Der Marktanteil von Carrefour in der Region beträgt [10–20] %. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Coop nach dem Zusammenschluss betragen [80–90] %. Als restlicher Anbieter verbleibt nur Manor, welcher jedoch eine starke Stellung innehat.

204. Eine Besonderheit des Marktes Canobbio, sofern ein 30-Minuten-Radius zugrunde gelegt wird, ist der Einfluss des Einkaufstourismus. Gemäss Angaben von Coop entfallen [10-20] % des gesamten Kaufkraftabflusses von CHF 2.1 Mrd. auf die italienische Schweiz. Hiervon dürfte ungefähr die Hälfte auf die Region Canobbio-Lugano entfallen, die andere Hälfte auf die Region Losone. Zur Illustration hat das Sekretariat aus diesem Grund [0-10] % der CHF 2.1 Mrd. dem lokalen Markt von Canobbio zugeordnet. Betrachtet man die der Weko-Definition entsprechenden Marktradien von 20 Minuten, beeinfluss der Einkaufstourismus in der Region Canobbio die Verhältnisse jedoch nicht.

205. Die Konzentration in der Region Canobbio ist vor dem Zusammenschluss ungefähr gleich hoch wie auf der nationalen Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration noch einmal stark erhöhen.

Tabelle 19: Region Canobbio

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Marktanteil mit Einkaufstourismus (Werte für 30 min.)	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[20–30]	[30–40]	[20–30]	2	-
Denner	[10–20]	[10–20]	[10–20]	-	-
Migros Gruppe	[30–40]	[40–50]	[30–40]	2	-
Coop	[20–30]	[30–40]	[20–30]	(1)	1 (Verzicht)
Carrefour	[10–20]	[10–20]	[0–10]	1	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[40–50]	[30–40]	1 (1)	1 (Verzicht)
Aldi/Lidl	-	-	-	-	*[4–6]*
Manor	[10–20]	[10–20]	[0–10]	(3)	-
Einkaufstourismus	-	-	[10–20]	-	-

Tabelle 20: HHI Region Canobbio

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[3'300-3'400]	[3'600-3'700]
HHI nach Zusammenschluss	[3'800-3'900]	[4'000-4'100]
Delta-Wert	[400-500]	[400-500]

Markt Tessin - Losone/Canobbio

206. Geht man von 20 Minuten-Marktradien aus, ergeben sich keine Überlappungen zwischen den Märkten Losone und Canobbio. Zieht man jedoch 30-Minuten-Radien, ergibt sich eine Überlappung der beiden lokalen Märkte im Tessin. Nachfolgend werden die beiden regionalen Märkte deshalb zur Illustration zusammen als ein einziger Markt analysiert. Es zeigt sich dabei ein sehr ähnliches Bild wie bei der Einzelbetrachtung. Grundsätz-

lich ist der Marktanteil von Carrefour höher als bei der Einzelbetrachtung. Die Konzentration vor dem Zusammenschluss ist im Tessin etwas tiefer als auf nationaler Ebene. Durch den Zusammenschluss würde sich die Konzentration sehr stark erhöhen.

Tabelle 21: Region Losone-Canobbio

	Marktanteil (30 Minuten) in %	Marktanteil mit Einkaufstourismus (Werte für 30 min.)	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[30–40]	[20–30]	4	-
Denner	[10–20]	[0–10]	-	-
Migros Gruppe	[40–50]	[30–40]	4	-
Coop	[30–40]	[20–30]	(1)	2 (Verzicht)
Carrefour	[10–20]	[0–10]	2	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[30–40]	2 (1)	2 (Verzicht)
Aldi/Lidl	-	-	-	*[4–6]*
Manor	[10–20]	[0–10]	(5)	1
Einkaufstourismus	-	[20–30]	-	-

Tabelle 22: HHI Region Losone-Canobbio

HHI vor Zusammenschluss	[3'500-3'600]
HHI nach Zusammenschluss	[4'100-4'200]
Delta-Wert	[500-600]

Espace Mittelland (Villars-sur-Glâne/Schönbühl/Biel/Heimberg)

207. Bei den lokalen Märkten des Mittellandes (Villars-sur-Glâne, Biel, Schönbühl und Heimberg) ergeben sich Überlappungen der Einzugsgebiete. Der Marktanteil von Migros ist etwas tiefer als auf nationaler Ebene, bei Coop verhält es sich genau umgekehrt. Migros verfügt über fünf, Coop über zwei Hypermärkte in der Region. Coop plant die Erweiterung von drei Supermärkten in Solothurn, Lyss und Münsingen (Erweiterungen Supermarkt A/B zu Supermärkten C). Zudem plant Coop grossflächige Verkaufsstellen (mindestens 3'000 m2) in Thun und Steffisburg. Der Marktanteil von Carrefour beträgt [0–10] %. Die kumulierten Marktanteile der Migros-Gruppe und von Coop betragen nach dem Zusammenschluss [90–100] %. Die übrigen Wettbewerber halten zusammen einen geringen Marktanteil. Migros wird 2008 zudem in Bern-Brünnen eine MMM-Verkaufsstelle eröffnen und Manor in der Stadt Biel ein Warenhaus mit Lebensmittelabteilung.

208. Die Konzentration vor dem Zusammenschluss ist im Espace Mittelland ähnlich wie auf nationaler Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration sehr stark erhöhen.

Tabelle 23: Region Espace Mittelland

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[30–40]	[30–40]	5	1 (2008)
Denner	[0–10]	[0–10]	-	-
Globus	[0–10]	[0–10]	(1)	-
Migros Gruppe	[40–50]	[40–50]	5 (1)	1 (2008)
Coop	[30–40]	[40–50]	2 (6)	-
Carrefour	[0–10]	[0–10]	4	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[40–50]	6 (6)	-
Valrhône	[0–10]	[0–10]	-	-
Aldi	[0–10]	[0–10]	-	-
Volg	[0–10]	[0–10]	-	-
Spar	[0–10]	[0–10]	-	-
Casino	-	[0-10]	-	-
Aldi/Lidl	-	-	-	*[20–22]*[67]
Manor	[0–10]	[0–10]	(2)	1 (2008)
Loeb	[0–10]	[0–10]	(1)	-

Tabelle 24: HHI Region Espace Mittelland

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[3'600-3'700]	[3'600-3'700]
HHI nach Zusammenschluss	[4'300-4'400]	[4'300-4'400]
Delta-Wert	[700-800]	[600-700]

209. Coop bringt vor, das Einzugsbebiet des lokalen Marktes Espace Mittelland sei von der Weko zu klein definiert worden.

210. Dem Vorbringen der Parteien ist zu entgegnen, dass die genaue Abgrenzung der lokalen Märkte im Espace Mittelland keinen Einfluss auf das Ergebnis hat (vgl. Tabelle 23 und Tabelle 24).

La Chaux-de-Fonds

211. Auf dem lokalen Markt La Chaux-de-Fonds hat Migros höhere, Coop hingegen bedeutend tiefere Marktanteile als auf nationaler Ebene. Die beiden Grossverteiler verfügen über zwei (Migros) bzw. einen Hypermarkt (Coop) in der Region. Der Marktanteil von Carrefour beträgt [10–20] % in der Region La-Chaux-de-Fonds. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Coop nach dem Zusammenschluss betragen [90–100] %. Die übrigen Wettbewerber neben Migros/Denner und Coop/Carrefour halten zusammen geringe Marktanteile.

212. Die Konzentration in der Region La Chaux-de-Fonds ist vor dem Zusammenschluss etwas höher als auf nationaler Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration sehr stark erhöhen.

213. Eine Besonderheit des Marktes La-Chaux-de-Fonds ist der Einfluss des Einkaufstourismus. Gemäss Angaben von Coop entfallen [10-30] % des gesamten Kaufkraftabflusses von CHF 2.1 Mrd. auf die Westschweiz. Hiervon dürfte nur ein kleiner Teil auf die Region La-Chaux-de-Fonds entfallen. Zur Illustration hat das Sekretariat aus diesem Grund für die 20-Minuten-Radien [0-10] % der 2.1 Mrd. dem lokalen Markt von La-Chaux-de-Fonds zugeordnet ([0-10] % bei den 30-Minuten-Radien).

[67] Gemäss Angaben von Coop verfügen Aldi und Lidl über 46 Projekte im Espace Mittelland.

Tabelle 25: Region La-Chaux-de-Fonds

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Marktanteil mit Einkaufstourismus (*Kursiv* die Werte für 30 min.)	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[40–50]	[40–50]	[40–50] *[30–40]*	2	-
Denner	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	-	-
Migros Gruppe	[50–60]	[50–60]	[40–50] *[40–50]*	2	-
Coop	[20–30]	[20–30]	[20–30] *[20–30]*	1 (1)	-
Carrefour	[10–20]	[10–20]	[10–20] *[10–20]*	1	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[40–50]	[30–40] *[30–40]*	2 (1)	-
Valrhône	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	-	-
Casino	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	-	-
Spar	-	[0–10]	*[0–10]*	-	-
Aldi/Lidl	-	-	-	-	*[0–2]*
Manor	[0–10]	[0–10]	[0–10] *[0–10]*	(1)	-
Einkaufstourismus	-	-	[0–10] *[10–20]*	-	-

Tabelle 26: HHI Region La-Chaux-de-Fonds

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[3'800-3'900]	[3'600-3'700]
HHI nach Zusammenschluss	[4'400-4'500]	[4'200-4'300]
Delta-Wert	[600-700]	[600-700]

Dietlikon-Hinwil

214. Bei den lokalen Märkten Dietlikon und Hinwil ergeben sich Überlappungen der Einzugsgebiete. Migros und Coop verfügen über ähnliche Marktanteile wie auf nationaler Ebene. Carrefour hat einen Marktanteil von [0–10] %. Migros verfügt über sechs, Coop über vier Hypermärkte in der Region. Die kumulierten Marktanteile von Migros und Coop nach dem Zusammenschluss betragen [90–100] %. Coop plant die Eröffnung eines Megastores in Zürich-Hardturm (Neubau), teilte dem Sekretariat jedoch mit, nach dem Zusammenschluss mit Carrefour das Projekt möglicherweise zu redimensionieren.

215. Die Konzentration in der Region Dietlikon-Hinwil ist vor dem Zusammenschluss etwas höher als auf der nationalen Ebene. Durch den Zusammenschluss wird sich die Konzentration stark erhöhen.

Tabelle 27: Region Dietlikon/Hinwil

	Marktanteil (20 Minuten) in %	Marktanteil (30 Minuten) in %	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[30–40]	[30–40]	6	[...]
Denner	[0–10]	[10–20]	-	-
Globus	[0–10]	[0–10]	3	-
Migros Gruppe	[40–50]	[40–50]	6 (3)	[...]
Coop	[30–40]	[30–40]	4 (6)	1 (ev. C/B)
Carrefour	[0–10]	[0–10]	2	-
Coop/Carrefour	[40–50]	[30–40]	6 (6)	1 (ev. C/B)
Volg	[0–10]	[0–10]	-	-
Spar	[0–10]	[0–10]	-	-
Aldi	[0–10]	[0–10]	-	-
Valrhône	[0–10]	[0–10]	-	-
Aldi/Lidl	-	-	-	*[14–16]*
Jelmoli	[0–10]	[0–10]	(1)	-
Manor	-	[0–10]	-	-

Tabelle 28: HHI Region Dietlikon-Hinwil

	20-Min.-Radius	30-Min.-Radius
HHI vor Zusammenschluss	[3'700-3'800]	[3'700-3'800]
HHI nach Zusammenschluss	[4'100-4'200]	[4'000-4'100]
Delta-Wert	[300-400]	[200-300]

Geplante Carrefour-Standorte

216. Gemäss eigenen Angaben wird Coop die zwei geplanten Carrefour Hypermärkte in St. Gallen und Chur als Coop-Megastores führen. Die Eröffnungen sind im Jahr 2008 und 2010 geplant. Damit wird Coop in diesen Regionen über dieselbe Anzahl an Hypermärkten verfügen wie Migros. Nachfolgende Tabellen geben die geschätzten Marktanteile auf den lokalen Märkten St. Gallen und Chur wieder.[68] Die Umsätze von Carrefour basieren auf Prognosen von Carrefour, welche im Business Plan der beiden Projekte enthalten sind.

Tabelle 29: Region St. Gallen

	Geschätzter Marktanteil in %	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[40–50]	2	-
Denner	[0–10]	-	-
Migros Gruppe	[40–50]	2	-
Coop	[30–40]	1 (2)	-
Carrefour	[0–10]	-	1 (2008)
Coop/Carrefour	[30–40]	1 (2)	1 (2008)
Spar	[0–10]	-	-
Aldi	[0–10]	-	-
Volg	[0–10]	-	-
Valrhône	[0–10]	-	-
Aldi/Lidl	-	-	*[6–8]*
Manor	[0–10]	(1)	-

[68] Die Marktanteile wurden mittels nationaler Durchschnittsumsätze geschätzt. Die Umsätze von Carrefour wurden zum regionalen Marktvolumen hinzuaddiert. Die Marktradien betragen ungefähr 30 Minuten.

217. Auf dem lokalen Markt St. Gallen zeigt sich ein sehr ähnliches Muster wie auf nationaler Ebene. Der geschätzte Marktanteil von Carrefour beträgt rund [0–10] %. Spar und Aldi verfügen über eine relativ starke Position in dieser Region. Die Wettbewerber neben Migros/Denner und Coop/Carrefour vereinen einen Marktanteil von [10–20] % auf sich. Der HHI beträgt nach der Fusion ungefähr [3'600-3'700] und die Veränderung der Konzentration (HHI-Delta) beläuft sich auf rund [200-300]. Berücksichtigt man zusätzlich den Einkaufstourismus, verringert sich die Konzentration leicht.

Tabelle 30: Region Chur

	Geschätzter Marktanteil in %	Anzahl grossflächiger Verkaufsstellen	Projekte grossflächiger Verkaufsstellen
Migros	[20–30]	1	-
Denner	[0–10]	-	-
Globus	[0–10]	1	-
Migros Gruppe	[30–40]	2	-
Coop	[30–40]	(1)	-
Carrefour	[10–20]	-	1 (2010)
Coop/Carrefour	[40–50]	(1)	1 (2010)
Volg	[0–10]	-	-
Spar	[0–10]	-	-
Aldi	[0–10]	-	-
Valrhône	[0–10]	-	-
Aldi/Lidl	-	-	*[2–4]*
Manor	[0–10]	3	-

218. In der Region Chur verfügen Migros und Coop über tiefere Marktanteile als auf nationaler Ebene. Der geschätzte Marktanteil von Carrefour beträgt rund [10–20] %. Die Wettbewerber neben Migros/Denner und Coop/Carrefour vereinen einen Marktanteil von [20–30] % auf sich. Der HHI beträgt nach der Fusion ungefähr [3'200-3'300] und die Veränderung der Konzentration (HHI-Delta) beläuft sich auf rund [400-500].

Fazit

219. Die nachfolgenden beiden Tabellen fassen die Situation auf den lokalen Märkten, verglichen mit derjenigen auf der nationalen Ebene, zusammen:

Tabelle 31: Übersicht lokale Märkte

	Veränderung Konzentration HHI Delta (CH: 229)	*Konzentration HHI nach dem Zusammenschluss (CH: 3'934)*	*Übrige Wettbewerber (CH: 12 %)*	*Fazit*
Vernier (Genf)	[400-500]	[4'100-4'200]	[0–10] %	Konzentriertere Struktur als national. Delta hoch. K2 sehr hoch. Möglicherweise disziplinierender Effekt durch Einkaufstourismus.
Conthey (Sion)	[200-300]	[2'700-2'800]	[20–30] %	Deutlich weniger konzentrierte Struktur als national. Delta hoch. K2 relativ hoch. Coop plant Megastore.
Visp	[1'200-1'300]	[3'600-3'700]	[10–20] %	Weniger konzentrierte Struktur als national. Delta ausserordentlich hoch. K2 hoch. Coop plant Megastore.
Losone	[1'000-1'100]	[4'400-4'500]	[0–10] %	Deutlich konzentriertere Struktur als national. Delta ausserordentlich hoch. K2 sehr hoch. Coop plant Megastore und Supermarkt C.
Canobbio	[400-500]	[3'800-3'900]	[10–20] %	Etwas weniger konzentrierte Struktur als national. Delta hoch. K2 hoch. Coop plant Megastore.
Espace Mittelland	[700-800]	[4'300-4'400]	[0–10] %	Deutlich konzentriertere Struktur als national. Delta sehr hoch. K2 sehr hoch.
La Chaux-de-Fonds	[600-700]	[4'400-4'500]	[0–10] %	Deutlich konzentriertere Struktur als national. Delta sehr hoch. K2 sehr hoch. Kaum disziplinierender Effekt durch Einkaufstourismus.
Dietlikon-Hinwil	[300-400]	[4'100-4'200]	[0–10] %	Konzentriertere Struktur als national. Delta hoch. K2 sehr hoch. Coop plant Megastore oder Supermarkt C.

Je dunkler die Schattierung, desto mehr wettbewerbliche Probleme zeigen sich.

Tabelle 32: Übersicht lokale Märkte – geplanten Standorte (Schätzungen)

	Veränderung Konzentration HHI Delta (CH: 229)	*Konzentration nach dem Zusammenschluss HHI (CH: 3'934)*	*Übrige Wettbewerber (CH: 12%)*	*Fazit*
St. Gallen	[200-300]	[3'600-3'700]	[10–20] %	Weniger konzentrierte Struktur als national. Delta hoch. K2 hoch.
Chur	[400-500]	[3'200-3'300]	[20–30] %	Deutlich weniger konzentrierte Struktur als national. Delta hoch. K2 relativ hoch.

220. Aus Tabelle 31 ist ersichtlich, dass auf dem lokalen Markt Conthey (Sion) und allenfalls Canobbio (Lugano) am wenigsten wettbewerbliche Probleme durch den Zusammenschluss zu erwarten sind, da die Konzentration nach dem Zusammenschluss tiefer ist als auf nationaler Ebene. In Visp ist die Konzentration ebenfalls tiefer als auf nationaler Ebene, die Veränderung der Konzentration durch den Zusammenschluss jedoch ausseror-

dentlich hoch. Die Märkte Vernier (Genf) und Dietlikon-Hinwil weisen eine höhere Konzentration auf als auf nationaler Ebene. In der Grenzregion Vernier ist jedoch eine disziplinierende Wirkung des Einkaufstourismus nicht auszuschliessen. In den Regionen Espace Mittelland, La-Chaux-de-Fonds und Losone (Locarno) ist die Marktkonzentration nach dem Zusammenschluss deutlich höher als gesamtschweizerisch und auch die Veränderung der Konzentration ist sehr hoch.

221. Hinsichtlich der geplanten Carrefour-Standorte in Chur und St. Gallen ändert sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss nicht grundlegend.

222. Es ist zu berücksichtigen, dass vor dem Hintergrund der von den Parteien vorgebrachten Abwanderungseffekte (siehe Rz. 176) die Marktanteile von Coop/Carrefour auf den lokalen Märkten möglicherweise etwas geringer ausfallen als in obenstehender Analyse dargestellt.

223. Daneben wird die Eröffnung der geplanten Filialen von Aldi und Lidl die Marktanteile der etablierten Anbieter und damit einhergehend die Konzentration auf den lokalen Märkten leicht senken.

224. Berücksichtigt man Marktradien von 30 Autofahrminuten, ergeben sich zwischen den beiden Märkten im Tessin Überlappungen. Die Wettbewerbssituation des gemeinsamen Marktes ist dann vergleichbar mit jener des Marktes Vernier (inkl. Einkaufstourismus).

225. Bei Marktradien von 30 Minuten ergibt sich auf sämtlichen lokalen Märkten – mit Ausnahme des Tessins (siehe oben) – ein sehr ähnliches Bild wie bei Radien von 20 Minuten.

B.4.2.1.2.3 Rolle der Marktteilnehmer

226. Migros und Coop sind über sämtliche untersuchten Wettbewerbsfaktoren (Preis, Sortiment, Standort, Qualität, Markenstärke und Kundenprofil) gesehen die wichtigsten Wettbewerber für alle anderen Teilnehmer im Markt. Dies unterstreicht die zentrale Rolle der beiden Grossverteiler in der Schweiz.

227. Carrefour ist nach der Übernahme von Denner durch die Migros nach Marktanteilen der grösste landesweit operierende Konkurrent neben Migros und Coop. Carrefour betreibt Hypermärkte an gut erschlossenen Standorten und bietet, wie Migros und Coop, ein umfassendes Sortiment für den täglichen Gebrauch. Die Hypermärkte von Carrefour zeichnen sich durch ein breites und tiefes Sortiment aus. Dies wird auch von den Konkurrenten Carrefours anerkannt. Bei der Beurteilung der Angebotsvielfalt fällt ins Gewicht, dass Carrefour zum Teil Artikel anbietet (beispielsweise Markenartikel und Frischprodukte), welche in den Hypermärkten von Coop und Migros nicht angeboten werden. Der Wegfall von Carrefour wird aus diesem Grund von Konsumenten auch bedauert. Trotz eines nationalen Marktanteils von unter 5 % kann deshalb davon ausgegangen werden, dass Carrefour im Schweizer Detailhandelsmarkt im Hinblick auf die Angebotsvielfalt eine wichtige Rolle spielt. Dieser Umstand verstärkt sich vor dem Hintergrund, dass Carrefour in fast allen grossen Ballungszentren der Schweiz Hypermärkte betreibt. Aufgrund des weiter unten beschriebenen Trends hin zu grösseren Verkaufsflächen und der schwierigen Erschliessung neuer, grosser Verkaufsstellen fällt diesem Umstand eine grosse Bedeutung zu. Für die Markenartikelhersteller ist Carrefour zudem ein sehr wichtiger Abnehmer, da er laut einigen Lieferanten einen alternativen Vertriebskanal zu Coop bei der Einführung neuer Produkte darstellt.

228. Coop bestreitet aufgrund geringer Marktanteile und eines wenig erfolgreichen Marktauftritts eine wichtige Rolle von Carrefour hinsichtlich der Einführung neuer Produkte.

229. Die Rolle der Discounter (v.a. Aldi) ist ambivalent. Hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Preis wird Aldi eine wichtige Rolle zugewiesen. Coop, Migros und Denner richten ihre Preise auch am Mitbewerber Aldi aus. Weiter beschreiben die Discounter Coop und Migros als ihre nächsten Konkurrenten. Dennoch ist das Verhältnis zwischen Discountern und klassischen Detailhändlern zweideutig: Discounter sehen sich primär als Ergänzung zu den klassischen Detailhändlern (vgl. Rz. 353 ff.). Diese Ansicht wiederum teilen die klassischen Detailhändler.

230. Die Parteien bringen zu diesem Punkt vor, die Weko gewichte Aldi (und Lidl) in ihrer Analyse zu wenig. Aldi habe bereits heute einen grossen Einfluss auf die Umsätze von Coop.

231. Zu den Vorbringen kann auf die Ausführungen in Abschnitt B.4.2.1.4.4 zur potentiellen Konkurrenz verwiesen werden.

B.4.2.1.2.4 Entwicklung der Verkaufstellenformate in der Schweiz

232. Entsprechend den Entwicklungen im Ausland ist in der Schweiz ein Trend hin zu grösseren Verkaufsstellen festzustellen.

233. Sowohl bei Migros als auch bei Coop erfolgte während der letzten drei Jahre eine starke Flächenexpansion vor allem bei grossflächigen Verkaufsstellen, sei es durch die Eröffnung neuer Standorte oder durch die Erweiterung von bestehenden Filialen. Bei Migros betrug die Expansion der Verkaufsfläche zwischen 2000 und 2006 für M-Filialen [10-15] %, für MM-Filialen [15-20] % und für MMM-Filialen [20-25] %. Dasselbe Bild präsentiert sich bei Coop. In den letzten drei Jahren vergrösserte sich die Verkaufsfläche der Supermärkte B um [0-5] %, jene der Supermärkte C um [5-10] %, die Fläche der Megastores wuchs um [10-15] %. Die Verkaufsfläche der Supermärkte A schrumpfte hingegen um [0-5] %.[69] Dies verdeutlicht, dass das Wachstum insbesondere bei den grossen Verkaufsflächen stattfand.

234. Für die nächsten Jahre scheint sich dieser Trend fortzusetzen. So liegt die Priorität der Migros, welche bereits über 38 MMM-Verkaufsstellen verfügt, bei der zukünftigen Expansion weiter auf Hypermärkten. Auch Coop hat sechs Grossprojekte, wovon fünf nach einer allfälligen Übernahme von Carrefour nicht weiter verfolgt würden.

[69] Berechnungen basieren auf IHA-GfK, Detailhandel Schweiz 2007, S. 109 /122.

235. In der Schweiz befinden sich überdies zahlreiche Einkaufszentren im Bau oder in Planung. Gemäss IHA-GfK sollen in den nächsten Jahren 19 neue Einkaufszentren (Fläche ab 7'000 m^2) entstehen. Daneben sollen 18 bestehende Zentren ausgebaut werden.[70] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass neue Einkaufszentren fast immer mit Migros oder Coop als Hauptmieter gebaut werden; „Wo auch immer ein neues Shoppingcenter entsteht – es geht fast nie ohne Migros oder Coop. Insofern kommt die ganze Expansion im Shoppingzenter-Bereich einem Wettrüsten zwischen den beiden Grossverteilern gleich".[71]

236. Das Segment der grossen Verkaufsflächen (Hypermärkte, Einkaufszentren) ist einerseits gekennzeichnet durch eine Knappheit an verfügbaren Standorten, andererseits durch aufwändige und langwierige Verfahren zur Erlangung von Baubewilligungen. Die Gründe hierfür sind unter anderem die Topographie und die dichte Besiedlung der Schweiz, die je nach Kanton unterschiedlichen Baubestimmungen, strenge Umweltschutznormen und eine restriktive Handhabung dieser Vorschriften. Überdies verzögern häufig Einsprachen von Anwohnern und Verbänden solche Bauprojekte. Dieses Umfeld führt dazu, dass die Errichtung grossflächiger Verkaufsstellen wie Hypermärkte und Einkaufszentren in der Schweiz sehr viel Zeit in Anspruch nimmt (siehe Rz. 333 ff.).

237. Coop bringt vor, dass angesichts der in Rz. 235 beschriebenen Zunahme von Einkaufszentern in der Schweiz, von einer Knappheit an Standorten keine Rede sein könne.

238. Diesbezüglich ist anzumerken, dass vom Wachstum im Bereich der Einkaufszentren in erster Linie Migros und Coop profitieren, ihre Konkurrenten hingegen selten. Für die Konkurrenten von Migros und Coop kann deshalb durchaus von einer Knappheit grossflächiger Standorte die Rede sein.

239. Neben den grossflächigen Verkaufsstellen zeichnete sich der Bereich der Discounter durch ein starkes Wachstum aus. Aldi trat im Oktober 2005 in den Schweizer Markt ein und verfügt gut zwei Jahre später über rund 60 Verkaufsstellen. Mit dem geplanten Markteintritt von Lidl im Jahr 2009 wird sich das Wachstum im Bereich Discounter voraussichtlich weiter fortsetzen (vgl. Rz. 348 ff.).

B.4.2.1.2.5 Alternative Kaufinteressenten

240. Die Attraktivität der Carrefour-Standorte wurde von mehreren Detailhändlern bestätigt. Während des Verfahrens bekundete Casino Interesse an einzelnen Carrefour-Standorten in der Westschweiz. Sogar Aldi, welcher ein ganz anderes Verkaufsstellen-Konzept als Carrefour kennt, könnte sich im Rahmen einer Shoppingcenter-Lösung vorstellen, in ehemaligen Carrefour-Standorten Filialen zu eröffnen. Gemäss Ermittlungen des Sekretariats bei grossen europäischen Handelsketten ist in den nächsten Jahren kein ausländischer Anbieter an einem Markteintritt in die Schweiz im Lebensmittel-Detailhandel interessiert (vgl. Rz. 363 ff.).

B.4.2.1.3 Einzelmarktbeherrschung

241. Sowohl auf nationaler als auch auf lokaler Ebene verfügt Migros über ähnliche bzw. höhere Marktanteile als Coop und Carrefour zusammen. Zudem verfügt Migros über ähnliche finanzielle Ressourcen und Wettbewerbsvorteile wie Coop und Carrefour. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach sich Coop nach dem Zusammenschluss auf den Absatzmärkten in wesentlichem Umfang unabhängig (insbesondere von Migros) verhalten könnte. Somit ist es unwahrscheinlich, dass Coop durch den Zusammenschluss einzelmarktbeherrschend wird. Anschliessend wird analysiert, ob und allenfalls inwiefern das Zusammenschlussvorhaben den Preiswettbewerb dämpfen kann (unilaterale Effekte).

242. In der einschlägigen ökonomischen Literatur geht man davon aus, dass eine Fusion in einer oligopolistischen Industrie mit differenzierten[72] Produkten zu höheren Preisen führt, da der Zusammenschluss den direkten Wettbewerb zwischen den beiden Zusammenschlussparteien eliminiert. Dieser Effekt kann – in unterschiedlichem Ausmass – bei jedem Zusammenschluss beobachtet werden.

243. Intuitiv lässt sich der Effekt wie folgt veranschaulichen: Angenommen die Sortimente zweier Detailhändler seien in hohem Masse substituierbar. Vor dem Zusammenschluss sind die Anbieter in der Lage durch aggressives Preissetzungsverhalten Nachfrage an sich zu ziehen. Als Folge dieses Verhaltens setzen beide Firmen auf ihren Teilsortimenten Preise, die tiefer sind als diejenigen Preise, welche den gemeinsamen Gewinn maximieren. Schliessen sich nun die beiden Firmen zusammen, so werden sie den gemeinsamen Gewinn maximieren und deshalb die Preise anheben („interner Koordinationseffekt bei der Preissetzung").[73]

244. Die anderen sich im gleichen Markt befindenden Unternehmen werden die Preise – auch bei Vorliegen von intensivem Preiswettbewerb – als Folge davon ebenfalls erhöhen („Gleichgewichtseffekt").[74] Durch einen Zusammenschluss steigen demnach die Preise sämtlicher Marktteilnehmer an. Der vorgängig beschriebene unilaterale Effekt ist sowohl in der theoretischen Literatur als auch in der wettbewerbspolitischen Praxis unumstritten.[75]

[70] IHA-GfK, Detailhandel Schweiz 2007, S. 217 ff.
[71] IHA-GfK, Detailhandel Schweiz 2007, S. 221.
[72] Der Grad der horizontalen Produktdifferenzierung ist kontinuierlich, d.h. von minimaler Substituierbarkeit bis zu annähernd perfekter Substituierbarkeit.
[73] Vgl. DENECKERE, R. J. und C. DAVIDSON (1985): „Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition", Rand Journal of Economics 16, S. 473–486.
[74] Dies aus dem Grund, weil Preise strategische Komplemente sind. Vgl. dazu Bulow, J., J. Geanakoplos und P. Klemperer (1985): „Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements", Journal of Political Economy 93(3), S. 488–511.
[75] Das ist der Grund, weshalb die 1992 DOJ und FTC Merger Guidelines ein grosses Gewicht auf die Untersuchung unilateraler Effekte legen. Eine Illustration der Praxis findet sich in Werden G. J. (1996): „A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products", Journal of Industrial Economics 44, S. 409–413.

245. Dieser statischen Betrachtungsweise sind mögliche Reaktionen der Angebotsseite wie Effizienzgewinne, Produkt-Repositionierungen von Konkurrenten und allfällige Markteintritte entgegenzustellen. Auf eine detaillierte Analyse dieser Faktoren kann jedoch verzichtet werden, da – wie nachfolgend dargestellt wird– unilaterale Effekte im vorliegenden Fall aller Aussicht nach von geringer Bedeutung sind.

246. Da Carrefour einen Marktanteil von [0–10] % hat, ist der Unterschied des gewinnmaximierenden Preisniveaus für Coop vor und nach der Fusion gering. Der „interne Koordinationseffekt bei der Preissetzung" ist also schwach ausgeprägt. Daneben muss berücksichtigt werden, dass Coop und Carrefour nicht die nächsten Wettbewerber sind. Vermutlich stellen für die Kunden Einkäufe bei Coop und Migros und nicht jene bei Coop und Carrefour die besten Substitute dar. Dies wird durch die Befragung der Detailhändler bestätigt. Coop sieht Migros als ihren nächsten Konkurrenten, bei Migros ist es Coop. Gemäss Carrefour ist Migros der nächste und Coop der zweitnächste Konkurrent. Das heisst, dass der Umsatzrückgang, den Coop durch eine mögliche Preiserhöhung nach dem Zusammenschluss erleiden würde, zu einem grossen Teil Migros zufallen würde. Dementsprechend klein sind die Anreize für Preiserhöhungen seitens Coop.

B.4.2.1.4 Kollektive Marktbeherrschung

247. Ein Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründen oder verstärken (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Zu prüfen ist, ob erstens Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.[76]

248. Es bleibt vorliegend zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss von Coop und Carrefour eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop und Migros/Denner begründet oder allenfalls verstärkt werden kann.

B.4.2.1.4.1 Begriff

249. Vor der Untersuchung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung von Coop/Carrefour und Migros/Denner werden zunächst einige in der ökonomischen Literatur etablierte Erkenntnisse zu stillschweigender Kollusion und kollektiver Marktbeherrschung erläutert.

250. Als stillschweigend kollusives Verhalten von Unternehmen werden rechtlich formlose Aktivitäten der Koordinierung und Kooperation bezeichnet, die zum Ziel haben, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken.[77] In der ökonomischen Literatur[78] und der wettbewerbsrechtlichen Praxis[79] ist das Konzept des stillschweigend kollusiven Verhaltens („Tacit Collusion") akzeptiert und breit abgestützt.

251. Diese Verhaltensweise lässt sich in einem Duopol bei Preiswettbewerb wie folgt veranschaulichen: Nimmt man an, dass beide Unternehmen ein substitutierbares Produkt zu den gleichen Kosten beschaffen und vertreiben, so ist der resultierende Marktpreis bei vollständiger Konkurrenz gleich den Grenzkosten. Weil die Marge in diesem Fall gleich Null ist, erzielen die beiden Unternehmen einen ökonomischen Gewinn von Null. Wenn sich nun die Unternehmen mittels stillschweigend abgestimmtem Preissetzungs-/Wettbewerbsverhalten auf ein kollusives Preisniveau über den Grenzkosten koordinieren, so können sie positive Gewinne erzielen. Der kurzfristige Anreiz für eine Unternehmen, von diesem kollusiven Preisniveau abzuweichen, besteht darin, in einer Periode den Konkurrenten zu unterbieten, um damit die Nachfrage an sich zu ziehen und den Gewinn zu erhöhen. Falls ein Sanktionsmechanismus bzw. Abschreckungsmechanismus[80] existiert, führt das zukünftig jedoch zu Konkurrenzverhalten zwischen den beiden Unternehmen und damit zu Nullgewinnen. Dem kurzfristigen Abweichungsgewinn sind demnach die langfristig entgangenen Gewinne aus dem Zusammenbruch der stillschweigenden Kollusion entgegenzuhalten. Beim Vorliegen gewisser Kollusion begünstigender Faktoren[81] übersteigen letztere typischerweise den kurzfristigen Abweichungsgewinn, so dass eine stillschweigende Kollusion stabil ist. Fehlende Anreize, von einem kollusiven Verhalten abzuweichen, können also genügen, um die Stabilität einer Kollusion zu gewährleisten.

252. Ein eigentliches Absprechen im Sinne einer exakten „Preisregel" ist dabei nicht nötig. Eine Regel von der Art „wir senken die Preise nicht" könnte ausreichend sein, ein stillschweigend kollusives Verhalten zu stützen.

---

[76] Die Wettbewerbsbehörde habe im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahre mit zu berücksichtigen (vgl. Botschaft zum KG vom 23. November 1994, S. 117).

[77] Stillschweigend kollusive Marktergebnisse sind typischerweise charakterisiert durch überhöhte Preise und exzessive Unternehmensgewinne.

[78] Klassische Referenzen sind SHAPIRO, CARL (1989): „Theories of Oligopoly Behavior", in: Schmalensee, R. und R. Willig (Hrsg.): Handbook of Industrial Organization, Vol. I, S. 329–414 (Amsterdam: Elsevier) und JACQUEMIN, ALEXIS und MARGARET E. SLADE (1989): „Cartels, Collusion, and Horizontal Merger", in: Schmalensee, R. und R. Willig (Hrsg.): Handbook of Industrial Organization, Vol. I, S. 415–473 (Amsterdam: Elsevier). Eine aktuelle Darstellung der ökonomischen Literatur findet sich in MOTTA, MASSIMO (2004): Competition Policy (Cambridge UK: Cambridge University Press). Für die wettbewerbspolitische Praxis sei verwiesen auf IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT und J. TIROLE (2003): „The Economics of Tacit Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse.

[79] Die wettbewerbsrechtliche Praxis der Schweiz ist ausführlich diskutiert in GANZ, ELIANE, E. (2004): Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 61–165 (Zürich: Schulthess). Eine aktuelle und umfassende Darstellung der wettbewerbspolitischen Praxis in der EU findet sich in MOSSO, CARLES E., STEPHEN A. RYAN, SVEND ALBAEK und MARIA L.T. CENTELLA (2007): „Article 82" in: Faull J. und A. Nikpay (Hrsg.) The EC Law of Competition (2. Aufl.), S. 338–344 (New York: Oxford University Press).

[80] Ein relativ einfacher Sanktionsmechanismus besteht darin, sich kollusiv zu verhalten, solange die andere Firma in der Vergangenheit nicht vom stillschweigend kollusiven Verhalten abgewichen ist. Sobald aber eine der Firmen in einer bestimmten Periode vom kollusiven Verhalten abweicht, verhalten sich die beiden Duopolisten der Zukunft als Konkurrenten.

[81] Rz. 258 listet die Faktoren auf, welche praxisgemäss zur Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Markt herangezogen werden, um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit eines stillschweigend kollusiven Verhaltens zu prüfen.

253. In einer oligopolistischen Industrie mit zwei bis drei grossen Anbietern und einer Gruppe kleinerer Anbieter (Randwettbewerber) kann stillschweigend kollusives Verhalten der grossen Anbieter zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen. Koordinieren sich die grossen Anbieter stillschweigend auf ein Verhalten, das den Wettbewerb in irgendeiner Form beschränkt, hängt es für die Frage, ob dieses Verhalten zu einer kollektiven Marktbeherrschung führt, davon ab, ob die Randwettbewerber willens und in der Lage sind, das kollusive Verhalten der grossen Firmen zu destabilisieren. Ist dies nicht der Fall, so resultiert das stillschweigend kollusive Verhalten der grossen Anbieter in einer kollektiven Marktbeherrschung.

254. Diese Erkenntnisse der einschlägigen ökonomischen Literatur haben auch Eingang in die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (BG) i.S. Swissgrid[82] und BZ/20 Minuten gefunden.[83] Gemäss diesen Entscheiden kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können.[84]

B.4.2.1.4.2 Eingriffskriterien und Rechtsprechung

255. Das Kartellgesetz anerkennt in Art. 4 Abs. 2 explizit, dass eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründet oder verstärkt werden kann (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Der Wortlaut des Kartellgesetzes und die Weko folgen in dieser Frage im Wesentlichen der Praxis der ausländischen Wettbewerbsbehörden. Bereits 1998 hat die Weko i.S. Revisuisse Price Waterhouse/STG Cooper & Lybrand festgestellt, dass eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anwendung des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung vorhanden ist.[85] Das Bestehen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung wurde seither in einigen Verfahren untersucht und in den Fällen Bell AG/SEG Poulets AG, Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM sowie Migros/Denner bejaht.[86] Dies bedeutet, dass die in Art. 10 KG vorausgesetzte marktbeherrschende Stellung auch eine kollektive sein kann.

256. Steht fest, dass zwei Unternehmen kollektiv marktbeherrschend werden bzw. sind, liegt die Gefahr – wie im vorliegenden Fall – auf der Hand, dass diese den wirksamen Wettbewerb beseitigen können.

257. Im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Coop/Waro hat die Weko das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop und Migros geprüft und insbesondere aufgrund der Existenz von Denner und Carrefour verneint.[87] Die Weko hat aber an gleicher Stelle festgehalten, dass sich als Folge des Zusammenschlusses die Tendenz zum Vorliegen einer kollektiven Marktmacht auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt verstärkt.[88] Im Entscheid Migros/Denner hat die Weko festgehalten, dass dieser Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung Migros/Denner und Coop auf dem Absatzmarkt begründet. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung wurde der Zusammenschluss Migros/Denner nicht untersagt, sondern mit Auflagen zugelassen. Die Weko ging davon aus, dass Aldi und Lidl nach einem erfolgreichen Markteintritt die heutige Rolle von Denner als bedeutendster Randwettbewerber übernehmen könnten und somit mittelfristig ein kollektives Verhalten von Migros/Denner und Coop destabilisieren könnten.[89] Es bleibt vorliegend zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss von Coop und Carrefour eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop und Migros begründet oder allenfalls verstärkt wird.

B.4.2.1.4.3 Prüfkriterien

258. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Absatzmarkt. Folgende Kriterien sind für die Beurteilung herangezogen worden:[90] Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile, die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Homogenität des Produktes, das Marktwachstum, die Markttransparenz, die Multimarktbeziehungen, die Stellung der Marktgegenseite und die potenzielle Konkurrenz.

Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

259. Im relevanten Markt gibt es zwei grosse Anbieter und wenige kleine Wettbewerber (vgl. 170 ff.). Die Marktanteile von Migros/Denner und Coop im Jahr 2006 betrugen rund [40–50] % bzw. [30–40] %. Mit dem Zusammenschluss wird der bedeutendste Randwettbewerber mit einem Marktanteil von [0–10] % übernommen. Nach dem Zusammenschluss verfügen die beiden grossen Anbieter über einen gemeinsamen Marktanteil („K2“) von [80–90] %. Im Bereich der Hypermärkte betragen die Anteile vor dem Zusammenschluss für Migros [50–60] % und für Coop [10–20] % (kumuliert [70–80] %). Die Marktanteile auf den lokalen Märkten sind zum Teil deutlich höher als auf der nationalen Ebene, dasselbe gilt für den HHI (vgl. Rz. 219). Die Marktanteile auf der lokalen Ebene von Migros/Denner und Coop/Carrefour betragen zwischen [70–80] % und [90–100] %.

[82] BGE 2A.325/2006.
[83] BGE 2A.327/2006.
[84] BGE 2A.327/2006, Erwägung 6.4.
[85] Revisuisse Price Waterhouse/STG-Cooper & Lybrand, RPW 1998/2, S. 242 Rz. 130 f.
[86] Vgl. Bell AG/SEG Poulets AG, RPW 1998/3, S. 392 ff.; Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff.; Migros/Denner RPW 2008/1, S. 206.
[87] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 587, Rz. 117f.
[88] Coop/Waro, RPW 2003/3, Rz. 114.
[89] Migros/Denner RPW 2008/1, S. 191, Rz. 524.
[90] Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 242 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 309 ff.; Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff., Rz. 39; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 134 ff., Rz. 162 ff; EU-Kommission i.S. Nestlé/Perrier vom 22. Juli 1992, Fall Nr. IV/M.190; sowie die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 41 ff.

Tabelle 33: Marktanteile Zusammenfassung

	Marktanteil national in %	Anteile Hypermärkte in %
Migros Gruppe	[40–50]	[50–60]
Coop	[30–40]	[10–20]
Carrefour	[0–10]	[20–30]
Coop & Carrefour	[30–40]	[30–40]
K2 nach Zusammenschluss	**[80–90]**	**[90–100]**

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

260. In diesem konzentrierten Markt sind neben Migros, Coop und Carrefour zurzeit lediglich Randwettbewerber (fringe competitors) mit individuellen Marktanteilen zwischen [0–10] % und [0–10] % tätig. Diese sind entweder nur regionale Anbieter und/oder ausschliesslich im Segment der kleinen Supermärkte tätig (Volg, Spar, Valrhône, Casino). Obwohl Migros 70 % an Denner hält, muss Denner aufgrund der im Verfahren Migros/Denner auferlegten Auflagen bis 2014 operativ unabhängig operieren.[91] Aufgrund der Eigentumsverhältnisse von Denner ist trotzdem nicht davon auszugehen, dass dieser eine allfällige kollektive Marktbeherrschung durch Migros und Coop destabilisiert. Aus diesem Grund ist Denner, der einen Marktanteil von [0–10] % hält, grundsätzlich nicht als Randwettbewerber einzustufen.

261. Eine solche oligopolistische Industriestruktur wird in der ökonomischen Literatur mit dem Begriff „Oligopoly of Small and Large Firms“ präzisiert.[92] Ein zentraler Aspekt einer solchen Industriestruktur ist, dass ein einzelner der kleinen Anbieter keinen disziplinierenden Effekt auf die „Large Firms“, und demnach auch nicht auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung dieser „Large Firms“ ausüben kann. In der Praxis zeigt sich, dass selbst der als äusserst preisaggressiv geltende Discounter Aldi sich in der Schweiz hauptsächlich an den Preisen von Migros und Coop ausrichtet. Während die Preisunterschiede zwischen deutschen Discountern und Aldi Suisse im Durchschnitt 36 % betragen,[93] ist die Preisdifferenz zwischen Aldi Suisse und Migros resp. Coop in der Schweiz relativ gering: In einem Vergleich des Magazins „Bon à Savoir“ vom November 2007 beträgt die Preisdifferenz für einen typischen Warenkorb zwischen Aldi Suisse und Migros 2.5 % (Coop 4.5 %).[94]

262. Der Verhaltensspielraum marktmächtiger Unternehmen kann überdies in beschränktem Umfang von Unternehmen diszipliniert werden, welche Waren oder Dienstleistungen anbieten, die mit denen des betroffenen Markts zwar nicht marktgleichwertig sind, sie jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen ersetzen können (Randsubstitution). Vorliegend stellt sich die Frage, ob vom Einkaufstourismus, dem Internethandel, dem Spezial-/Fachhandel, den Convenience-Shops, den Near-Food- und Non-Food-Abteilungen der Warenhäuser sowie der nicht berücksichtigten unabhängigen Lebensmitteldetaillisten allenfalls eine disziplinierende Wirkung infolge von Randsubstitution ausgeht.

263. Die Rolle dieser Randsubstitution wurde vorgängig in der Marktabgrenzung beschrieben (vgl. Rz. 57ff.). Es ist anzumerken, dass innerhalb der beschriebenen Randsubstitution Migros und Coop wiederum eine wichtige Rolle spielen (Onlinehandel, Convenience-Shops und unabhängige Detaillisten, welche sich im Grosshandel eindecken). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass von der Randsubstitution ein gewisser Wettbewerbsdruck auf die Lebensmittel-Detailhändler ausgeübt wird. Es ist jedoch sehr unwahrscheinlich, dass dieser Wettbewerbsdruck eine allfällige kollektive Marktbeherrschung zu disziplinieren vermag.

264. Daraus lässt sich schliessen, dass die Wahrscheinlichkeit stillschweigender Kollusion sowohl auf der nationalen als auch auf der lokalen Ebene zunimmt.

Veränderung durch den Zusammenschluss

265. Durch den Aufkauf von Carrefour wird ein Randwettbewerber vom Markt verschwinden. Der übrige Wettbewerb wird weiter geschwächt und die Marktanteile der beiden Grossverteiler im Schweizer Detailhandel steigen weiter an. Der HHI auf der nationalen Ebene erhöht sich durch den Zusammenschluss um [200-300] (siehe Tabelle 10).

266. Die Wettbewerbssituation auf der lokalen Ebene zeigt zum Teil ein noch konzentrierteres Bild: Die restlichen Anbieter neben Migros/Denner und Coop/Carrefour verfügen in vier lokalen Märkten nur noch über einen Marktanteil von [0–10] %. Auf der lokalen Ebene beträgt die Veränderung der Konzentration zwischen [200-300] und [1’200-1’300] (Delta Wert HHI).

267. Im Bereich der Hypermärkte gibt es nach dem Wegfall von Carrefour nur noch zwei Anbieter, welche gesamtschweizerisch tätig sind (Casino betreibt in der Westschweiz acht Hypermärkte). Dies führt dazu, dass Migros und Coop, ausser in der Region Conthey, im Bereich Hypermärkte keine Mitbewerber mehr haben.

[91] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 207, Dispositiv 1.1 u. 1.2.
[92] Vgl. PERRY, MARTIN, K. und ROBERT H. PORTER (1985): „Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger”, American Economic Review 75(1), S. 219–227.
[93] NZZ Online, „Keine deutschen Preise bei Aldi Suisse“, 21. Juni 2006.
[94] Bon à Savoir, Dezember 2007, S. 23–25.

268. In Übereinstimmung mit der ökonomischen Literatur lässt sich aufgrund der Tatsache, dass nur zwei Unternehmen an der potenziell kollektiven Marktbeherrschung beteiligt sind und der Markt darüber hinaus eine starke Konzentration aufweist, schliessen, dass die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen stillschweigender Kollusion hoch ist und durch den Zusammenschluss weiter erhöht wird.[95]

Symmetrien

269. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angeschaut.[96]

270. Migros und Coop sind - über ähnliche Marktanteile hinweg - ziemlich symmetrisch. Beide Unternehmen haben eine weitgehend gleiche Kundschaft, verfügen über Verkaufsstellen in allen Formaten, sind praktisch ausschliesslich auf dem schweizerischen Markt tätig und in sämtlichen Regionen der Schweiz vertreten. Sie verfügen über ähnliche Sortimente, welche von Tiefpreislinien bis zu Premium-Produkten das gesamte Sortiment abdecken, haben ähnliche Kundenbindungsprogramme, verfügen über Online-Shops (mit Alkohol und Markenartikeln), haben die gleiche Rechtsform und sind Mitglieder in einer Einkaufsgemeinschaft.

271. Auch bezüglich der von der Weko erhobenen Betriebskosten im Lebensmittel-Detailhandel zeichnen sich Migros und Coop durch Symmetrien aus. Sowohl die Höhe der Kosten pro m^2 als auch deren Struktur (Anteil Personalkosten, Mieten etc.) sind sehr ähnlich. Demgegenüber operieren die Discounter Aldi und Denner mit deutlich tieferen Kosten, wobei sich deren Kosten wiederum klar voneinander unterscheiden.

272. Darüber hinaus sind beide Unternehmen in denselben Bereichen ausserhalb des Lebensmittel-Detailhandels tätig:[97] Belieferungs- und Abholgrosshandel (Scana, Beteiligung an CCA; Transgourmet), Gastronomie (Migros-Restaurant; Coop-Restaurant), Convenience-Shops (Migrol-Tankstellenshops, Joint-Venture avec; Coop Pronto), Betrieb von Tankstellen (Migrol; Coop Mineraloel), Fachmärkte (Migros Do It + Garden, Micasa, Interio; Coop Bau&Hobby/TopTip), Reisegeschäft (Hotelplan Reisegruppe; Coop ITS-Travel) Elektronikfachhandel (m-electronics; Interdiscount, Fust).

273. Die aufgeführten Symmetrien verstärken die durch die hohe Konzentration wahrscheinliche Tendenz zu kollektiv marktbeherrschendem Verhalten in einem signifikanten Ausmass. “The received wisdom about tacit collusion is that it is more likely the fewer leading players there are in a market, and the more symmetric they are”.[98]

Veränderung durch den Zusammenschluss

274. Bei den Marktanteilen gleichen sich Migros und Coop durch den Kauf von Carrefour weiter an.

275. Neben den Marktanteilen führt der Zusammenschluss zu einer Angleichung der Vertriebsnetze. Durch den Zusammenschluss mit Carrefour ist Coop in der Lage, das Segment Hypermarkt von zwölf auf 24 (26 mit den beiden Carrefour-Projekten in St. Gallen und Chur) auszubauen und somit seinen Rückstand auf Migros (38 Hypermärkte) in diesem Bereich zu verringern. Insbesondere auf der lokalen Ebene gleicht sich die Anzahl Hypermärkte von Migros und Coop in fast allen Regionen an.

276. Die Angleichung der Ladennetze wird zu einer noch stärkeren Angleichung der Betriebskosten von Migros und Coop führen (vgl. Rz. 271).

277. Die oben beschriebene Verstärkung der bereits vorhandenen Symmetrien macht das Vorliegen stillschweigender Kollusion wahrscheinlicher.

278. Coop bringt vor, dass man bezüglich der Anzahl Hypermärkte nicht von einer Verstärkung der Symmetrie sprechen könne. Zudem sei der Vergleich der Betriebskosten weder nachvollziehbar noch aussagekräftig. Coop macht geltend, dass sie im Unterschied zu Migros eine bescheidene, integrierte Produktion betreibt und sich durch die grosse Anzahl Markenprodukte von der Migros unterscheide. Coop erwähnt in ihrer Stellungnahme zur Relativierung der Symmetrien einzelne Bereiche, in welchen Migros und Coop nicht gleichzeitig tätig seien (Buchhandel, Sportfachmärkte, Bankgeschäft, Arzneimittelgeschäft, Clubschulen und Freizeiteinrichtungen).

279. Dem ist entgegenzuhalten, dass es durch die Übernahme von zwölf Hypermärkten durch Coop durchaus zu einer Angleichung der Vertriebsstrukturen kommt.

280. Betreffend der Betriebskosten ist festzuhalten, dass dies ein Indiz für das Vorliegen von Symmetrien ist. Die Weko basiert ihre Beurteilung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht einzig auf diesem Kriterium. Die Weko hat die Betriebskosten und deren Struktur bei sämtlichen in der Schweiz tätigen Detailhändlern erhoben, weil dies ein wichtiges Kriterium bei der Beurteilung der Symmetrien darstellt.[99]

281. Hinsichtlich des Grades der vertikalen Integration besteht zwar eine Differenz zwischen Migros und Coop, diese ist jedoch nicht so gross wie gemeinhin angenommen. Die beiden Unternehmen unterscheiden sich bezüglich der Eigenproduktionsanteile[100] am Umsatz um weniger als [10-20] Prozentpunkte. Zwar unterscheiden sich Coop und Migros zudem beim Angebot an Markenprodukten. Der Unterschied zwischen den beiden Unternehmen beim mit Markenprodukten erzielten Anteil am

[95] Vgl. TIROLE, J. (1988): „The Theory of Industrial Organization” (Cambridge, MA: MIT Press).

[96] Vgl. IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT J. TIROLE (2003): „The Economics of Tacit Collusion”, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse. Für die wettbewerbsrechtliche Praxis sei anstelle vieler verwiesen auf den Entscheid der EU-Kommission vom 22.7.1992 in Sachen Nestlé/Perrier, Nr. IV/M.190, Rz. 123.

[97] Aufzählung ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

[98] DAVIES, STEPHEN, MATTHEW OLCZAK UND HEATHER COLES: „Tacit Collusion, Firm Asymmetries and Numbers: Evidence from EC Merger Cases”, Centre for Competition Policy Working Paper, 07-2007.

[99] Vgl. zum Beispiel EU-Kommission Nestlé/Perrier IV/M.190, Rz. 125 und 130; Pilkington-Techint/SIV IV/M.358, Rz. 41; Mannesmann/Vallourec/Ilva IV/M.315, Rz. 68 und 69; EuG Gencor vs. Kommission Rs T-102/96, Rz. 228.

[100] Eigenproduktion heisst Warenbezug aus Unternehmen, die zu mindestens 50 % in Besitz des Detailhändlers sind.

Umsatz beträgt jedoch weniger als [20–30] Prozentpunkte.

282. Der Umstand, dass Migros und Coop in einzelnen Bereichen nicht gleichzeitig tätig sind, liefert keine stichhaltige Relativierung der vorliegenden Symmetrien. Entscheidend ist, dass Migros und Coop in einer grossen Anzahl Bereichen gleichzeitig tätig sind (siehe Rz. 271).

Transparenz

283. Ist der Markt hinreichend transparent, insbesondere in Bezug auf den Schlüsselparameter „Preis", so ist die Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung von Migros und Coop hoch.[101]

284. Wie bereits im Zusammenschlussverfahren Migros/Denner[102] beschrieben, und in Einklang mit ausländischen Entscheiden[103], geht die Weko davon aus, dass der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt als transparent anzusehen ist. Entgegen der Ansicht der meldenden Partei ändert daran auch eine grosse Anzahl angebotener Artikel nichts.

285. Neben dem Umstand, dass die Preise in den Verkaufsstellen angeschrieben sind und spezielle Aktionen jeweils beworben werden, betreiben Migros und Coop ein sehr umfangreiches Preismonitoring. Der Ressourcenaufwand für das Preismonitoring bewegt sich dabei bei Migros und Coop im tiefen siebenstelligen Bereich. Die Preise folgender Produkte werden [je nach befragtem Anbieter] sehr häufig (mehrmals wöchentlich) erhoben: Frischprodukte (Obst und Gemüse, Fleisch, Brot etc.) ein Teil der Milchprodukte, ein Teil der Grundnahrungsmittel (Mehl, Zucker, Teigwaren etc.) und ein Teil der Markenprodukte. Produkte, deren Preise manchmal (monatlich) erhoben werden, sind [je nach befragtem Anbieter]: ein Teil der Milchprodukte, ein Teil der Grundnahrungsmittel, Süsswaren und ein Teil des Near-Food-Sortiments (Waschmittel, Kosmetikartikel etc.). Weniger häufig (drei bis vier Mal jährlich) werden die Preise der Near-Food- und Non-Food-Produkte (Textil, Haushalt, Papeterie etc.) erhoben [je nach befragtem Anbieter]. Mit Ausnahme von Carrefour, welcher die Preise einiger Spezialitäten nie vergleicht, geben alle zehn befragten Anbieter an, dass es keine Produkte gibt, deren Preise nie verglichen werden. Daraus lässt sich schliessen, dass die Detailhändler in der Lage sind, die Preise des gesamten Sortiments regelmässig zu vergleichen.

286. Die nachfolgende Tabelle gibt eine Übersicht über die verschiedenen Massnahmen, welche Coop im Rahmen seines Preismonitorings durchführt. Wie aus der Tabelle ersichtlich wird, vergleicht Coop regelmässig [die Preise und Aktionen der meisten Wettbewerber]. Die nachfolgende Tabelle illustriert, wie umfangreich und detailliert das Preismonitoring eines Grossverteilers in der Schweiz ist.

Tabelle 34: Preismonitoring bei Coop

Instrument	Periodizität	Migros	Spar	Volg	Denner	Aldi	Lidl	Carr.	Globus	Manor
Ad Hoc Erhebung Frische	[…] x wöchentlich	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]
FMCG Preismonitor 2000 Artikel	[…] x monatlich	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]
Frische Preismonitor	[…] x monatlich	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]
[…]	[…] x pro Tertial	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]
[…]	[…] x jährlich	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]
Aktionspiegel	[…] x monatlich	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]	[.]

Quelle: Angaben von Coop.

287. Möchte ein Anbieter durch eine Preisunterbietung vom kollusiven Verhalten abweichen, wird er dies bei Produkten tun, welche im Kundenfokus stehen, zum Beispiel beim Imageträger Frischprodukte.[104] Nur so besteht die Möglichkeit, einen Teil der Nachfrage resp. Marktanteile auf sich zu ziehen. Genau auf diesen Produkten liegt denn auch das Hauptaugenmerk beim Preismonitoring der Schweizer Lebensmittel-Detailhändler. Die Anbieter geben an, dass die grosse Wichtigkeit eines Artikels für die Kunden (gemessen am Bekanntheitsgrad oder an der Haushaltspenetration) die Häufigkeit des Preismonitorings positiv beeinflusst.

[101] Die klassische Referenz ist STIGLER, GEORGE J. (1964): „A Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy 72, S. 44–61. Eine neuere Darstellung findet sich in Green, E. J. UND R. H. PORTER (1984): „Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information", Econometrica 52, S. 87–100.

[102] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 189, Rz. 501ff.

[103] Siehe zum Beispiel Commerce Commission New Zealand: Progressive/Woolworths (Entscheide n°438 u. n°448).

[104] Accenture, Trends für den Detailhandel, 2007.

288. Durch die oben beschriebene Transparenz auf dem Schweizer Markt des Lebensmittel-Detailhandels ist ein Abweichen von einer allfälligen Kollusion für die beteiligten Unternehmen schnell feststellbar.

289. Der kurzfristige Anreiz für ein Unternehmen, von einem kollusiven Verhalten abzuweichen, besteht darin, in einer Periode den Konkurrenten zu unterbieten, um damit einen grossen Anteil der Nachfrage an sich zu ziehen, d.h. Marktanteile zu gewinnen. Aufgrund des Sanktionsmechanismus führt dies in den Folgeperioden zu einem Zusammenbruch der Kollusion, also zu Konkurrenzverhalten, und somit zu tieferen Gewinnen. Ein kollusives Verhalten kann daher stabil sein, wenn ein Abweichen entdeckt wird (siehe Rz. 284 ff.) und zudem ein glaubwürdiger Sanktionsmechanismus besteht, der die Bestrafung einer Abweichung erlaubt.

290. Senkt der eine Anbieter die Preise (Abweichen), kann der andere Anbieter sehr schnell darauf reagieren; Gemäss den Ermittlungen des Sekretariats liegt die minimale Umsetzungsdauer für eine Preissenkung – mit Ausnahme der im Segment kleine Supermärkte tätigen Volg und La Valaisanne Holding – bei deutlich unter einer Woche. Diese Möglichkeit einer umgehenden Reaktion auf ein Abweichen stellt möglicherweise einen glaubwürdigen Sanktionsmechanismus dar. Durch die raschen Preisanpassungen (Bestrafung) ist es nicht möglich, dass das abweichende Unternehmen einen grossen Teil der Nachfrage an sich ziehen kann (siehe Rz. 251). Dank der vorherrschenden Markttransparenz wird eine allfällige Bestrafung einer Abweichung vom kollusiven Verhalten auch als solche erkannt.

291. Coop macht geltend, das Vorhandensein eines Bestrafungsmechanismus sei von der Weko nicht genügend abgeklärt worden. Dem ist entgegen zu halten, dass nicht unbedingt ein konkreter Sanktionsmechanismus vorliegen muss. Die Rückkehr zu wettbewerblichem Verhalten kann unter gewissen Umständen ein hinreichendes Abschreckungsmittel darstellen (vgl. Rz. 251f. und 290). Andere Prüfkriterien (Transparenz, stabile Nachfragekonditionen, geringes Marktwachstum, keine bedeutenden Produktinnovationen, Multimarktbeziehungen etc.) unterstützen in vorliegendem Fall die Glaubwürdigkeit einer solchen Bestrafung.[105]

Homogenität

292. Bei homogenen Gütern ist kollusives Verhalten wahrscheinlicher als bei differenzierten Gütern, weil sich die kollusiven Anbieter nur über den Preis koordinieren müssen. Andere Aspekte wie Qualitätsunterschiede und Serviceleistungen können ausser Acht gelassen werden. Die Komplexität einer Koordination wird durch homogene Güter demnach stark reduziert.

Sortiment/Warenkorb

293. Laut den befragten Marktteilnehmern werden die Warenkörbe von Migros und Coop aus Sicht der Konsumenten als weitgehend homogen wahrgenommen. Für die Konsumenten sind die Sortimente von Migros und Coop hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des Verwendungszweckes vergleichbare Güterbündel und damit im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU austauschbar. Diese Güterbündel beinhalten ähnliche Produkte, die in einer vergleichbaren Qualität angeboten werden. Darüber hinaus bieten Migros und Coop bezüglich Service austauschbare Leistungen an.

294. Ferner führt die jeweils schnelle Imitation von Produktinnovationen zu einer parallelen Entwicklung der Sortimente. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang etwa auf die Premiumlinien Migros Sélection und Coop Fine Food oder auch die Kinderlinien Lilibiggs von Migros und JaMaDu von Coop.

Produkte-Ebene

295. Neben der weitgehenden Homogenität der Sortimente weist ein Grossteil der Güter des täglichen Bedarfs auf der Produkte-Ebene ein hohes Mass an Homogenität auf (z.B. Bananen, 1 l UHT-Milch, 1 kg Weissmehl oder Produkte der Billiglinien). Homogene Produkte, deren Preise auch der Konsument ohne weiteres vergleichen kann, werden von den Detailhändlern häufiger verglichen als zum Beispiel Spezialitäten.

296. Neben variablen Einkaufspreisen geben die Detailhändler denn auch folgende Faktoren an, welche die Häufigkeit der Preisvergleiche erhöhen: gute Vergleichbarkeit des Produkts und Positionierung des Produkts im unteren Preissegment. Diese Faktoren unterstreichen die Homogenität von Teilen der Sortimente von Migros und Coop.

297. Die vorgängig beschriebene, weitgehende Homogenität der Sortimente macht den Markt zuträglich für eine kollektive Marktbeherrschung.[106]

298. Coop bringt vor, der Lebensmittel-Detailhandel weise durch die Vielzahl der Produkte ein hohes Mass an Heterogenität auf. Auch habe ausser der Schweizer Wettbewerbsbehörde noch keine ausländische Wettbewerbsbehörde auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt eine kollektive Marktbeherrschung in Betracht gezogen oder nachgewiesen.

299. Die Wahrscheinlichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung hängt jedoch nicht nur von den Charakteristika der angebotenen Produkte ab, sondern auch von den Marktstrukturen. Die konzentrierte Struktur in der Schweiz ist etwa mit derjenigen in Neuseeland zu vergleichen, wo koordinierte Effekte auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt bereits in Betracht gezogen wurden.[107]

[105] Siehe auch EuG Rs T-342/99 Airtours vs. Kommission, Rz. 192–207. In diesem von Coop in seiner Stellungnahme erwähnten Fall (Rz. 154) hat das EuG die blosse Gefahr der Rückkehr zu einer Situation mit einem Angebotsüberschuss nicht als Abschreckungsmittel anerkannt, weil der Markt nicht ausreichend transparent sei, um jede Abweichung in der Planungsphase zu entdecken.

[106] Bell AG/SEG-Poulets AG, RPW 1998/3, 405 ff. Eine theoretische Analyse findet sich in RAITH, MICHAEL (1996): „Product Differentiaton, Uncertainty and the Stability of Collusion", London School of Economics-STICERD Discussion Paper Series EI 16. Vgl dazu auch Ganz (2004), a.a.O., S. 97 ff.; IVALDI et al. (2003), a.a.O.

[107] Siehe Commerce Commission New Zealand: Progressive/Woolworths (Entscheide n° 438 u. n° 448).

Potenzielle Konkurrenz (Markteintrittsbarrieren)

300. Die potenzielle Konkurrenz wird weiter unten in einem eigenen Abschnitt geprüft (B.4.2.1.4.4). Vorweg kann hier auf Folgendes hingewiesen werden:

301. Die Existenz von Marktzutrittsschranken stellt einen wichtigen Faktor für die Stabilität stillschweigender Koordination dar. Die beiden „Large Firms" Migros und Coop können dadurch vor neu eintretenden Anbietern geschützt werden (und somit vor Wettbewerbsdruck durch potenzielle Wettbewerber).[108]

302. Bei der Beurteilung der Markteintrittsbarrieren und der potenziellen Konkurrenz muss in vorliegendem Fall nach dem Konzept der Neueintreter unterschieden werden: Für Discounter wie Aldi und Lidl, welche Flächen um 1000 m^2 an verkehrsgünstigen Lagen suchen, scheinen die Markteintrittsbarrieren nicht unüberwindbar zu sein. Für grossflächige Verkaufsstellen wie Hypermärkte hingegen sind die Barrieren um einiges höher einzustufen (siehe Rz. 315 ff.).

303. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht. Weitere Markteintritte ausländischer Detailhändler, insbesondere im Bereich Hypermärkte, sind derzeit unwahrscheinlich. Deshalb wird die potenzielle Konkurrenz ein kollusives Verhalten zwischen Migros und Coop kurz- bis mittelfristig nicht destabilisieren können.

Veränderung durch den Zusammenschluss

304. Der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt ist weitgehend gesättigt. Infolge dieser Situation ist ein signifikantes Marktanteilswachstum für kleinere oder neue Wettbewerber vorwiegend über Akquisitionen möglich. Die Carrefour-Standorte gehören zu den wenigen Hypermarkt-Standorten in der Schweiz, welche nicht zu Migros oder Coop gehören. Durch die Übernahme Carrefours ist der Bereich der Hypermärkte fast ausschliesslich in den Händen der beiden Grossverteiler. Neue Standorte in diesem Segment sind, wie weiter unten dargelegt, schwer zu erschliessen. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass die Markteintrittschranken durch den Zusammenschluss zunehmen.

Stellung der Marktgegenseite

305. Wenn Käufer über eine ausgleichende Marktmacht verfügen („Countervailing Buyer Power"), ist eine kollektive Marktbeherrschung mit grosser Wahrscheinlichkeit kein Thema. Auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt haben aber die Konsumenten keine Marktmacht, weshalb eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Migros und Coop durch diese nicht destabilisiert werden könnte.

306. Konsumenten verfügen auch dann nicht über eine ausgleichende Marktmacht, um eine allfällige kollektive Marktbeherrschung zu destabilisieren, wenn ihre Interessen durch gewisse Organisationen vertreten werden. Dies gilt insbesondere, weil es sich bei den Konsumenten um eine grosse, heterogene Gruppe handelt, die schwierig zu organisieren ist bzw. deren Interessen schwierig zu bündeln sind.[109]

Stabile Marktverhältnisse

307. Der schweizerische Detailhandelsmarkt ist weitgehend gesättigt. Gemäss Erhebungen des Bundesamtes für Statistik nahmen die Detailhandelsumsätze im Bereich Nahrungs- und Genussmittel in der Schweiz im Jahr 2007 real um 2,4 % zu. Über die letzten fünf Jahre betrug der Zuwachs im Durchschnitt 1,2 % (über die letzten 10 Jahre 0,8 %). Folglich können die Verhältnisse auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt als gesättigt angesehen werden.

308. Trotz des Markteintritts von Aldi im Jahr 2005 kam es kaum zu Verschiebungen der Marktanteile (siehe Rz. 173 und Abbildung 3). Die Weko ist deshalb der Ansicht, dass die Marktanteile der Unternehmen als relativ stabil zu bezeichnen sind.

309. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.[110]

Multimarktbeziehungen

310. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens, dass die Stabilität kollusiven Verhaltens erhöht wird, wenn die Firmen auf mehreren Märkten interagieren.[111] Bei Migros und Coop gibt es infolge der unter „Symmetrie" beschriebenen Geschäftstätigkeiten eine Vielzahl von Multimarktbeziehungen. Diese Beziehungen sind in vorliegendem Fall insbesondere auf den dem Detailhandel vorgelagerten oder benachbarten Märkten von Bedeutung (z.B. Beschaffung von Fleisch, Grosshandel und Fachmärkte).

B.4.2.1.4.4 Potenzieller Wettbewerb

311. Im Entscheid Migros/Denner wurde festgestellt, dass im Schweizer Detailhandelsmarkt hohe Markteintrittsbarrieren bestehen.[112] Der Befund hoher Markteintrittsbarrieren in nationalen Detailhandelsmärkten deckt sich mit der Rechtsprechung der europäischen Wettbewerbsbehörden.[113]

[108] Vgl. IVALDI M., B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT und J. TIROLE (2003): „The Economics of Tait Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse.

[109] Vgl. OLSON, MANCUR (1965): The Logic of Collective Action (Cambridge).

[110] TIROLE, JEAN (1988): The Theory of Industrial Organization (Cambridge, MA: MIT Press). Vgl. auch Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.1993 in Sachen Pilkington-Techint/SIV, Nr. IV/M.358. In UBS/SBV wurden die bescheidenen Wachstumsraten des Markts für Kredite an Firmenkunden als wettbewerbswidriges Verhalten fördernd angesehen (RPW 1998/2, S. 311). In Bell AG/SEG-Poulets AG erachtete die Weko die Wahrscheinlichkeit von Kollusion (unter den gleichen Voraussetzungen) ebenfalls als erhöht (RPW, 1998/3, S. 405).

[111] Die klassische Referenz ist BERNHEIM, D. und WHINSTON, M. D. (1990): „Multimarket Contact and Collusive Behavior", Rand Journal of Economics 21, S. 1–26. Für emprische Evidenz sei stellvertretend verwiesen auf Parker, P. H. und L. H. RÖLLER (1997): „Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger", American Economic Review 75, S. 219–227. Des Weiteren PARKER, PHILIP und LARS-HENDRIK RÖLLER (1997): „Collusive Conduct in Duopolies: Multimarket Contact and Cross-Ownership in the Mobile Telephone Industry", Rand Journal of Economics 14(2), S. 304–322.

[112] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S.175, Rz. 381.

[113] Vgl. Rewe/Meinl, EU IV/M.1221.

312. Nachfolgend soll untersucht werden, inwiefern potenzielle Konkurrenz vorhanden ist. Vor dem Hintergrund, dass Coop durch den Zusammenschluss seine Position im Bereich der grossen Verkaufsflächen stärken kann, wird insbesondere untersucht, wie hoch die Markteintrittsbarrieren im Bereich der Hypermärkte sind. Im Entscheid Migros/Denner wurde festgestellt, dass die potenzielle Konkurrenz aufgrund hoher Marktzutrittsbarrieren als schwach zu beurteilen ist. Ferner wurde festgehalten, dass für ein beschränktes Sortiment eine gewisse disziplinierende Wirkung von den im Segment Supermarkt tätigen Discountern Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ausgeht.[114]

Markteintrittsschranken

313. Im Folgenden wird zwischen drei Arten von Marktzutrittsschranken unterschieden:[115]

- Strukturelle Marktzutrittsschranken: Es handelt sich dabei namentlich um Kostenvorteile (z.B. in den Bereichen Logistik/Distribution, Einkauf und Werbung), die auf der Realisierung von Skalenerträgen und Verbundsvorteilen beruhen sowie um Sprachbarrieren. Strukturelle Markteintrittsschranken werden in der Regel nicht absichtlich geschaffen, um einen Marktzutritt abzuwehren.
- Administrative Marktzutrittsschranken: Diese bestehen in Form von Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungspraktiken. Vorliegend ist insbesondere an Baubewilligungsverfahren zu denken, die kostspielig und zeitaufwändig sein können. Administrative Barrieren werden in der Regel nicht absichtlich geschaffen, um einen Marktzutritt abzuwehren. Es ist jedoch möglich, dass etablierte Unternehmen administrative Schranken zu ihren Gunsten beeinflussen.
- Strategische Marktzutrittsschranken: Die etablierten Unternehmen können durch ihr Marktverhalten faktische Zutrittsschranken für potenzielle Konkurrenten errichten und ihnen dadurch den Markteintritt erschweren oder sogar verunmöglichen. Zu den strategischen Barrieren gehören Vorteile, über welche die etablierten Detailhandelsketten mit ihrer Positionierung an strategisch wichtigen Standorten verfügen und Investitionen in die Reputation, durch die eine grosse Produkt- und Markentreue der Kunden erreicht werden kann.

314. Diese drei Arten von Markteintrittsbarrieren werden nachfolgend gestützt auf Aussagen von Marktteilnehmern sowie Immobiliengesellschaften, welche im Bereich der Einkaufszentren tätig sind, analysiert. Daneben wurden die Eintrittsbarrieren auch von kantonalen Behörden, welche in die Baubewilligungsverfahren involviert sind, beurteilt. Zudem wird aufgezeigt, welche Auswirkungen diese Schranken auf den Markteintritt neuer Wettbewerber sowie auf die Expansion bereits tätiger Wettbewerber haben.

Strukturelle Marktzutrittsschranken

315. Die wichtigsten strukturellen Markteintrittsbarrieren auf dem Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt sind die mangelnde Verfügbarkeit geeigneter Standorte, insbesondere für Hypermärkte und Einkaufszentren, sowie die Kostenvorteile der bereits seit längerer Zeit tätigen Marktteilnehmer.

a) Verfügbarkeit von Standorten

316. Die Suche nach geeigneten Standorten, insbesondere für Hypermärkte, kann sich für neu in den Markt eintretende Wettbewerber aber auch für bereits vorhandene Wettbewerber als sehr schwierig erweisen.

317. Wie bereits im Entscheid Migros/Denner erwähnt, verfügt die Schweiz über ein dichtes Verkaufsstellennetz.[116] Gemäss der Immobilien-Beratungsfirma Wüest & Partner ist der Schweizer Detailhandelsmarkt aus Immobilienoptik gesättigt; die Umsätze pro Fläche und Jahr sinken gesamtheitlich betrachtet und es findet ein Verdrängungs- und Umverteilungswettbewerb statt. Die guten Standorte sind aber grösstenteils bereits belegt. So bestätigt Aldi, dass Einkaufszentren bereits belegt seien oder durch Konkurrenzklauseln unzugänglich gemacht würden.

318. Migros und Coop scheinen bei der Erschliessung neuer, grossflächiger Standorte weniger Probleme zu haben als andere Detailhandelsunternehmen. Die befragten Immobiliengesellschaften geben in der Regel folgende beiden Kriterien an, welche den stärksten Einfluss auf die Wahl des Lebensmittel-Detaillisten für ihr Einkaufszentrum haben: Führende Unternehmen und langjährige Tätigkeit auf dem Schweizer Markt. Sie sehen überdies bei der Vermietung grossflächiger Standorte an Migros oder Coop die meisten Vorteile, da diese für das jeweilige Einkaufszentrum eine hohe Kundenfrequenz erzeugen. Dies zeigt, dass Migros und Coop als Mieter in Einkaufszentren oft bevorzugt werden. „Wo auch immer ein neues Shoppingcenter entsteht – es geht fast nie ohne Migros oder Coop. Insofern kommt die ganze Expansion im Shoppingzenter-Bereich einem Wettrüsten zwischen den beiden Grossverteilern gleich“.[117]

319. Die Schwierigkeit einiger Detailhandelsunternehmen, grosse Verkaufsflächen zu erschliessen, illustriert auch die wenig erfolgreiche Expansion von Carrefour. Carrefour übernahm bei seinem Markteintritt im Jahr 2001 elf Jumbo-Verkaufsstellen. In den folgenden sieben Jahren eröffnete Carrefour in der Schweiz lediglich einen einzigen weiteren Hypermarkt (zwei weitere Verkaufsstellen sind in Planung).

320. Die Bedeutung der beschriebenen Markteintrittsschranken wird dadurch verdeutlicht, dass die Mehrheit der befragten Detailhändler den Wettbewerbsparameter „Standort“ nebst „Preis“ und „Qualität“ als unverzichtbar qualifizieren.

[114] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184, Rz. 453.
[115] Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 518 f., Rz. 56.
[116] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 176, Rz. 385.
[117] IHA-GfK, Detailhandel Schweiz 2007, S. 221.

321. Coop macht geltend, dass von einer Standortknappheit keine Rede sein könne. Dies zeige die Expansion im Bereich der Shoppingcenter sowie von Aldi und Lidl.

322. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Expansion bei den Einkaufszentren in erster Linie einer Expansion der beiden Grossverteiler gleichkommt. Daneben hat die Weko insbesondere eine Knappheit an grossflächigen Standorten festgestellt. Der Umstand, dass Aldi (und Lidl), welche Flächen um 1000 m^2 suchen, planmässig Standorte erschliessen, steht dazu nicht im Widerspruch.

b) Grössenvorteile/Kostenvorteile

323. Grundsätzlich profitieren die grossen, etablierten Detailhändler von verschiedenen Kostenvorteilen. So können Migros oder Coop Fixkosten wie Verwaltung, Werbung oder auch Logistikkosten auf eine grössere Anzahl Filialen verteilen als zum Beispiel Carrefour oder Aldi. Nebst einem gewissen Bekanntheitsgrad muss ein Newcomer auch eine kritische Grösse erreichen, da Grössen- und Verbundsvorteile im Detailhandel von zentraler Bedeutung sind.[118]

324. Aldi schätzt, dass die kritische Grösse für ein Detailhandelsunternehmen, welches in der Schweiz ausschliesslich Hypermärkte betreibt, bei rund 40 Verkaufsstellen liegt. Valrhône weist auf die hohen Investitionen eines Markteintritts hin.

325. Migros und Coop, welche in allen drei Segmenten des Marktes (siehe Rz. 69) tätig sind, geniessen gegenüber einem Anbieter, welcher ausschliesslich im Segment Hypermärkte tätig ist, bedeutende Logistikkostenvorteile. So beliefern die beiden Grossverteiler eine hohe Anzahl Filialen mit demselben Grundsortiment. Das Zusatzsortiment, welches an die Hypermärkte geliefert wird, ist demnach bei Migros und Coop begrenzt. Carrefour hingegen muss seine zwölf Hypermärkte mit dem gesamten Hypermarkt-Sortiment beliefern und kann die Logistikkosten nur auf diese zwölf Filialen verteilen. Gemäss Coop wird in den ganz grossen Verkaufsstellen etwa ein Drittel des Sortiments separat geführt. Wenn man nicht auf eine gewisse Ladenzahl komme, sei die Bewirtschaftung dieser grossen Sortimente betriebswirtschaftlich heikel und im Wettbewerb irgendwann nicht mehr machbar.

326. Bezüglich des Werbebudgets weisen Migros/Denner und Coop Grössenvorteile gegenüber anderen, kleineren Wettbewerbern auf. Wie aus nachfolgender Tabelle hervorgeht, hatten 2006 Migros und Coop von den in der Schweiz tätigen Detaillisten die mit Abstand grössten Werbebudgets. Während Migros ihr Werbebudget in den letzten sechs Jahren um rund [...] % erhöht hat, blieb dasjenige von Coop in etwa stabil. Die nächstgrössten Werbebudgets haben Denner, Aldi und Carrefour.

Tabelle 35: Werbebudget im Lebensmittel-Detailhandel (in Mio. CHF)

	Migros	Coop	Carrefour	Denner	Manor	Spar	Volg	Aldi	Casino	LVH
2000	[>200]	[>180]	[...]	[>16]	[...]	[...]	[...]	-	-	-
2006	[>240]	[>200]	[...]	[>15]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats; Die Höhe der Werbeausgaben sind Geschäftsgeheimnisse der befragten Unternehmen. Deshalb wurden, wo vorhanden, Bandbreiten gestützt auf IHA-GfK, Detailhandel Schweiz, 2007, S. 142/155, angegeben.

327. Neben den erwähnten Kostenvorteilen haben die grossen Detailhändler Grössenvorteile in weiteren Bereichen, beispielsweise bei der Produktbeschaffung. Die Einkaufsmacht von Migros und Coop ist für die allermeisten Produkte bedeutend höher als jene kleinerer Mitbewerber. Dies gilt insbesondere für die Beschaffung im Inland, welche in vielen Produktgruppen die Regel darstellt (vgl. Rz. 118 ff.). Daneben ist der Zugang zu den Beschaffungsmärkten für einige Anbieter begrenzt. Gemäss Casino sind Coop und Migros die grössten Käufer von Milch- und Fleischkontingenten. Dies limitiert die Beschaffungsmöglichkeiten der Mitbewerber.

328. Coop bringt vor, dass Detailhandelsunternehmen wie Carrefour, Aldi, Lidl oder Casino auf der europäischen Ebene um einiges grösser seien als Coop. Deshalb sei es nicht nachvollziehbahr, warum diese Anbieter in der Schweiz keine Grössenvorteile in der Beschaffung ausnutzen könnten.

329. Dem ist zu entgegnen, dass Grössenvorteile europäischer Detailhandelsunternehmen in der Beschaffung nur ausgenutzt werden können, wenn der gemeinsame Einkauf betriebswirtschaftlich Sinn macht und Produkte frei zirkulieren können. Je nach Produktkategorie ist diese Voraussetzung für die Schweiz kaum gegeben. Einerseits macht ein geimeinsamer Einkauf bei relativ schwierig und teuer zu transportierenden Produkten wenig Sinn, andererseits ist der Grenzschutz zum Beispiel im Bereich der Agrarprodukte immer noch ausgeprägt (vgl. B.4.1.2.2).

[118] Vgl. MARIO A. LOPEZ (2007): „The Locational Efficiencies that Drive Geographic Expansion", NERA Antitrust Insights; Thomas J. Holmes (2006): The Diffusion of Wal-Mart and Economies of Density, Working Paper University of Minnesota.

Administrative Marktzutrittsbarrieren

330. Neben den Schwierigkeiten, geeignete Standorte zu finden, sind die erforderlichen Baubewilligungen oft schwierig zu erhalten. Dieses Problem stellt sich insbesondere für grosse Verkaufsflächen wie Hypermärkte oder Einkaufszentren. Restriktive Baubestimmungen, und ab einer gewissen Projektgrösse auch Umweltverträglichkeitsprüfungen, erschweren die Erschliessung neuer Standorte. Bei geplanten grossen Verkaufsstellen werden zudem aufgrund negativer Externalitäten (z.B. Mehrverkehr) oft Einsprachen von Anwohnern und (Umwelt-) Verbänden eingereicht. Eine andere Form administrativer Markteintrittschranken können Importrestriktionen darstellen.

a) Baubestimmungen

331. Gewichtige Eintrittskosten in den Detailhandelsmarkt entstehen durch strenge kantonale und kommunale raumplanerische Vorschriften und die Möglichkeit der Einsprache beim Bau von Filialen.[119]

332. Die administrativen Hürden für den Bau von Verkaufsstellen variieren je nach Grösse der Fläche. Gemäss Angaben der befragten Marktteilnehmer hängt die Zeitspanne von der Grundstückssuche bis zur Eröffnung stark vom Verkaufsformat (Grösse der Verkaufsstelle) ab. Wie untenstehende Tabelle aufzeigt, schätzen die Detailhändler, dass der Prozess des Baus eines kleinen Supermarkts im Durchschnitt 1.2 - 3.5 Jahre in Anspruch nimmt, derjenige eines Supermarkts 2.5 - 5.6 Jahre und derjenige eines Hypermarkts 4 - 7.5 Jahre. Potenzielle Konkurrenten, insbesondere im Segment Hypermärkte, können deshalb nicht damit rechnen, innerhalb kurzer Zeit eine kritische Grösse an Verkaufsstellen zu erreichen. Dies ist ein negativer Anreiz, in den Schweizer Markt einzutreten.

Tabelle 36: Gesamtdauer Grundstückssuche bis Eröffnung [in Jahren]

Verkaufsformat	Durchschnittliches Minimum	Durchschnittliches Maximum	Anzahl Beobachtungen
Kleiner Supermarkt (<700 m^2)	1,2	3,5	6
Supermarkt (700–3000 m^2)	2,5	5,6	4
Hypermarkt (>3000 m^2)	4,0	7,5	4

Quelle: Erhebungen des Sekretariats. Die Marktteilnehmer gaben die minimale und die maximale Dauer zwischen der Grundstücksuche und der Eröffnung einer Verkaufsstelle an.

333. Auch Migros weist darauf hin, dass die Bewilligungsverfahren für Hypermärkte aufwändiger und zeitraubender sind als für kleinere Projekte. Einige der befragten Anbieter geben an, dass die geltenden Baubestimmungen die Expansion bestehender Anbieter oder Markteintritte bremsen können. Dies gilt insbesondere für grosse Verkaufsflächen.

334. Bei der Realisierung eines Standortes mit einer Verkaufsfläche ab 5'000 m^2 ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung (nachfolgend: UVP) erforderlich. Zudem ist in der Schweiz – unabhängig von der Baufläche – ab 300 Parkplätzen eine UVP erforderlich. Die effektive Fläche, ab der diese Genehmigungshürde wirksam wird, kann deshalb im Einzelfall geringer ausfallen als 5'000 m^2. An die UVP geknüpft ist gemäss Art. 55 Abs. 1 Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) die Möglichkeit der Verbandsbeschwerde, welche geplante Bauten weiter verzögern oder gar verunmöglichen kann.

335. Je nach Kanton und Gemeinde kann die Dauer einer Bewilligungserteilung stark variieren. In dicht besiedelten Gebieten dauert die Erteilung einer Bewilligung in der Regel länger als in ländlichen Gebieten. Darüber hinaus nutzen kommunale Behörden teilweise ihren Gestaltungsspielraum zuungunsten ausländischer Markteintreter aus.

336. Carrefour beispielsweise, welcher in der Schweiz ausschliesslich Hypermärkte betreibt, hat es nicht geschafft, innert nützlicher Zeit ein genügend grosses Netz an Standorten aufzubauen (siehe Rz. 319). Im Unterschied dazu konnten Aldi und Lidl, welche Flächen um 1'000 m^2 suchen, ihre Expansion in der Schweiz wie geplant vorantreiben. Diesen Befund bestätigt auch das Baudepartement Genf. Verkaufsflächen in der Grössenordnung von 800–1'200 m^2 bedürfen keines Zonenplans, und die Anzahl erforderlicher Parkplätze (< 300) erübrigen eine UVP.

337. Im Vergleich mit EU-Ländern dauert die Baubewilligungsphase in der Schweiz bedeutend länger. Diesbezüglich hält eine Studie von BAK Basel Economics fest: „Im Hinblick auf die Produktivitätsentwicklung wirkt sich die raumplanerische Regulierung dadurch negativ aus, dass erstens Economies of Scale (Grössenvorteile) nicht

[119] Siehe auch NZZ am Sonntag, «Hindernisse für das Bauprojekt», 20. Mai 2007, S. 47.

optimal genutzt werden können und zweitens die Anreize für Neuinvestitionen gesenkt werden. Neueintritte im Bereich der grossflächigen Verkaufsstellen sind daher eher unwahrscheinlich."[120]

b) Importrestriktionen

338. Importrestriktionen wie Zölle, technische Handelshemmnisse oder Zollformalitäten schaffen zusätzliche Markteintrittsbarrieren für ausländische Unternehmen. Die Beschaffungsmöglichkeiten der Schweizer Händler und eintrittswilliger Handelsunternehmen aus dem Ausland sind durch die genannten Handelshemmnisse beschränkt (vgl. auch Rz.124 und Rz. 154). Allfällige ausländische Markteintreter müssen in der Schweiz für die betroffenen Produkte eine komplett neue Lieferkette für einen relativ kleinen Markt aufbauen. Auf bestehende Logistikstrukturen im Ausland kann daher für den Markteintritt in der Schweiz nur beschränkt zugegriffen werden.[121]

339. Wie bereits in Migros/Denner und Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM erwähnt, stellt sich dieses Problem insbesondere im Agrarbereich (vgl. Rz. 124).[122] Ausländische Handelsketten können Landwirtschaftsprodukte infolge der Agrargesetzgebung grösstenteils nicht über ihre bisherigen Einkaufskanäle beziehen und in die Schweiz importieren.[123]

340. Die Detailhändler in der Schweiz müssen aufgrund der Nicht-Zugehörigkeit zur EU aus den oben erwähnten Gründen Zusatzkosten tragen. Diese Zusatzkosten betreffen insbesondere ausländische Detailhandelsketten (vgl. Rz. 338).

Strategische Marktzutrittsschranken

341. Zu den strategischen Barrieren gehören Vorteile, über welche die etablierten Detailhandelsketten mit ihrer Positionierung an strategisch wichtigen Standorten verfügen und Investitionen in die Reputation, durch die eine grosse Produkt- und Markentreue der Kunden erreicht werden kann.

a) Standorte

342. Verkaufslokale an strategisch wichtige Lagen sind oft bereits durch Migros und Coop belegt. Verkaufslokale an Top-Lagen, insbesondere in Grossstädten, sind deshalb knapp. Gemäss dem „Immo-Monitoring" von Wüest & Partner sind internationale Ladenketten, welche in die Schweiz expandieren, bereit, für die Übernahme solcher Verkaufsflächen nebst hohen Mieten erhebliche Handgelder zu zahlen.[124] In Einzelfällen könnten diese „Ablösesummen" über die Dauer des Mietvertrags verteilt bis zur Hälfte der Quadratmetermieten ausmachen.[125]

343. Gemäss Aussagen von Konkurrenten würden Migros und Coop die bereits hohen Investitionskosten bei der Erschliessung neuer Standorte weiter in die Höhe treiben, indem sie ihre Mitbewerber bei wichtigen Projekten bzw. Standorten überbieten. Weiter würden strategisch wichtige Standorte sofort besetzt. Für solche Standorte würden Migros und Coop jeden Preis bezahlen. Dies erschwere die Expansion der Schweizer Detailhändler.

344. Der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt ist weitgehend gesättigt. In Folge dieser Situation ist ein Marktanteilswachstum für kleinere oder neue Wettbewerber vorwiegend über Akquisitionen möglich. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass bei der von Coop geplanten Übernahme Carrefours durch die Blockierung von Standorten endogene Markteintrittsbarrieren geschaffen werden. Somit würden die bereits bestehenden Eintrittshürden weiter erhöht. Coop bestreitet, dass sie in der Vergangenheit jemals strategisch Standorte besetzt habe. Das sei auch durch die geplante Übernahme nicht der Fall.

b) Kundenbindungen

345. Gemäss einer repräsentativen Umfrage von Accenture kaufen 88 % der befragten Personen ihre Einkäufe des täglichen Gebrauchs bei den beiden Grossverteilern Migros und Coop ein.[126] Dies illustriert die starke Kundenbindung im Schweizer Lebensmittel-Detailhandel. Hohe Werbeausgaben (siehe Tabelle 35), Investitionen in die Reputation (z.B. Kulturprozent von Migros) sowie die Treueprogramme Cumulus (Migros) und Supercard (Coop) könnten dazu dienen, die bereits treue Kundschaft noch mehr an sich zu binden und dadurch Marktzutrittsschranken auszubauen.

346. Gemäss oben erwähnter Studie besitzen 86 % der Konsumenten eine Kundenkarte eines Schweizer Detailhändlers. Die grosse Mehrheit dieser Personen sind entweder im Besitz der Cumuluskarte (82 % der erwähnten 86 %) oder der Supercard (87 % der erwähnten 86 %).

347. Einige kleinere Detailhändler gaben an, die Treueprogramme würden ihre Wettbewerbsposition beeinträchtigen. Auch die Fédération Romande des Consommateurs (FRC) schätzt, dass die Kundenbindungsprogramme von Migros und Coop einen Einfluss auf die Auswahl der Konsumenten zugunsten der beiden Grossverteiler haben. Diese Ergebnisse werden von den Autoren Schiller und Walkerbestätigt.[127] Die Autoren vergleichen die Jahresabschlüsse von Migros und Coop mit derjenigen internationaler Detailhändler. Diese Analyse legt nahe, dass in der Schweiz starke Indizien vorhanden sind, wonach Kundenbindungen endogene Marktzutrittschranken erhöht haben.

[120] BAK, Überwindung der Wachstumsschwäche dank beschleunigtem Produktivitätswachstum, 14.06.07, S. 77.
[121] BAK, Überwindung der Wachstumsschwäche dank beschleunigtem Produktivitätswachstum, 14.06.07, S. 77.
[122] Vgl. auch Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 176, Rz. 394; Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff.
[123] Vgl. REINER EICHENBERGER, „Hochpreisinsel Schweiz: Ursachen, Folgen, wirkungsvolle Rezepte", Agrarwirtschaft und Agrarsoziologie, 02/05, S. 41–54, hier: S. 42 f.
[124] Wüest & Partner AG, Immo-Monitoring 2007; Bände 3 und 4: Geschäftsflächenmarkt, Zürich.
[125] NZZ, „Grosse Einkaufszentren boomen – Zunehmender Verdrängungswettbewerb im Detailhandel", 25. April 2007, S. 27.
[126] Accenture, Trends für den Detailhandel, 2007.
[127] ULF SCHILLER, BJÖRN WALKER (2007): „Marktzutrittsbarrieren, Preistreiberei oder Kostendruck? Vergleichende Analyse der Jahresabschlüsse Schweizer Detailhändler mit internationalen Gegenspielern", Die Unternehmung 61(2), S. 105–123.

Expansion und disziplinierender Effekt von Aldi und Lidl

a) Expansion von Aldi und Lidl

348. Der jüngste Markteintritt fand durch Aldi Suisse im Oktober 2005 statt. Aldi, der im Bereich Supermärkte tätig ist, gibt an, dass seine Expansion in der Schweiz bisher nach Plan verläuft. Der Discounter verfügte per 31.12.2007 über 57 Verkaufsstellen in der Schweiz. Daneben plant Aldi in in den nächsten zwei Jahren in der gesamten Schweiz die Eröffnung weiterer [60–80] Standorte.

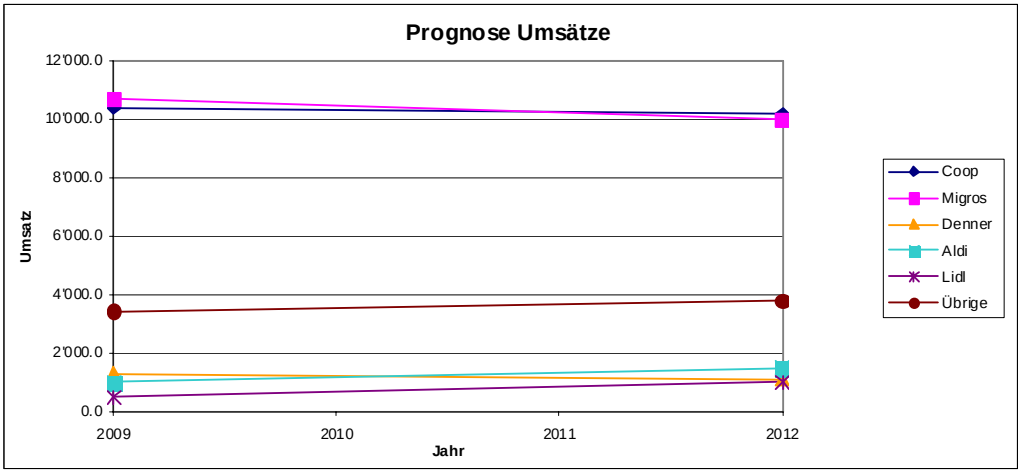
349. Lidl, der ebenfalls im Bereich Supermärkte tätig ist, plant seinen Markteintritt für das Jahr 2009. Im Grossen und Ganzen ist Lidl mit der Suche nach Standorten zufrieden. Gemäss Lidl gestaltet sich die Suche nach Standorten in der Westschweiz schwieriger als in der Deutschschweiz, weil die Gemeinden dort eher von ihrem Gestaltungsspielraum Gebrauch machen. Lidl hat in der gesamten Schweiz für [80–100] Standorte bereits eine Baubewilligung vorliegen resp. eingereicht.

350. Gemäss Schätzungen des Marktforschungsinstituts IHA-GfK dürften Aldi und Lidl im Jahr 2010 zusammen über 220 Filialen in der Schweiz verfügen und einen gemeinsamen Umsatz von rund CHF 2 Mrd. erzielen.[128] Ein ehemaliger Lidl-Manager prognostiziert für das Jahr 2010 75 Verkaufsstellen von Lidl und 120 von Aldi. Er erwartet, dass Aldi und Lidl die Milliarden-Umsatz-Schwelle im Jahr 2010 bzw. 2013 erreichen, was im Jahr 2013 einem gemeinsamen Anteil der beiden Discounter am Schweizer Lebensmittelhandel von 6 % entsprechen würde.[129]

351. Offensichtlich bestehen für Flächen, wie sie von Aldi und Lidl gesucht werden, keine unüberwindbaren Markteintrittsschranken. Im Fall Migros/Denner ist die Weko davon ausgegangen, dass die Rolle von Denner mittelfristig von den beiden Discountern Aldi und Lidl übernommen würde.[130] Dies ist im vorliegenden Fall bezüglich Carrefour sehr unwahrscheinlich, da Carrefour sich insbesondere hinsichtlich Sortimentstiefe und -breite stark von Aldi und Lidl unterscheidet.

352. Folgende Abbildung zeigt eine Prognose der Umsatzentwicklung der Detailhändler in der Schweiz. Es ist deutlich zu sehen, dass sich die Situation in der Schweiz – selbst wenn man Aldi und Lidl ein starkes Wachstum unterstellt – nicht substantiell verändern wird. Migros und Coop verfügen gemäss dieser Prognose in einigen Jahren immer noch über die mit Abstand stärkste Stellung auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt. Die Expansion Aldis und der Markteintritt Lidls werden kurz- bis mittelfristig keine grundlegenden Veränderungen im Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt hervorrufen.

Abbildung 4: Umsatzprognose [CHF Mio.]



Quelle: Angaben der befragten Detailhändler und Schätzungen des Sekretariats.

b) Disziplinierender Effekt von Aldi und Lidl

353. Die Rolle der Discounter (v.a. von Aldi) ist ambivalent. Hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Preis wird Aldi von den Konkurrenten eine wichtige Rolle zugewiesen. Coop, Migros und Denner richten ihre Preise denn auch am Mitbewerber Aldi aus. Weiter beschreiben Aldi und Lidl Coop und Migros als ihre nächsten Konkurrenten in der Schweiz. Nichtsdestotrotz ist das Verhältnis zwischen Discountern und klassischen Detailhändlern zweideutig: Discounter sehen sich primär als Ergänzung zu den klassischen Detailhändlern wie Migros oder Coop. Diese Ansicht wiederum teilen die klassischen Detailhändler.[131]

[128] IHA-GfK, „Detailhandel Schweiz 2007“, S. 95.
[129] NZZ, „Lidl verstärkt den Aldi-Effekt“, 29. August 2007, S. 19.
[130] Vgl. RPW 2008/1, S. 191, Rz. 524ff.
[131] Vgl. z.B. L'Hebdo, „Les discounteurs allemands profitent à Coop“, 5 juillet 2007.

354. Für eine disziplinierende Wirkung der Discounter spricht auf der einen Seite, dass der Markteintritt von Aldi u.a. zur Einführung der Billiglinie Prix Garantie bei Coop sowie zu einer Erweiterung der M-Budgetlinie bei Migros führte. Ferner investieren die Schweizer Marktführer seither werbewirksam in Preisabschläge. Die Konkurrenz zwischen Aldi und den etablierten Detailhändlern dürfte sich demnach vor allem bei den Billiglinien abspielen.

355. Auf der anderen Seite sprechen folgende Umstände gegen eine disziplinierende Wirkung der Discounter. Gemäss Aussagen verschiedener Detailhändler führen die Discounter über weite Strecken ein komplementäres Sortiment, insbesondere zu Coop. Die Sortiments-Überschneidungen sind gering und betreffen vor allem die Billiglinien. So gibt der Vorsitzende der Geschäftsleitung von Coop in einem Interview an, dass „partout où Aldi s'est implanté, les magasins Coop voient leur chiffre d'affaires se maintenir et même, dans certains cas, progresser. Les ventes du centre Coop à Oerlikon (ZH) ont augmenté de plus de 10 % depuis qu'Aldi s'est installé à proximité. (…) La nouvelle clientèle attirée par Aldi découvre dans nos magasins toute une gamme d'articles que le discounter ne lui offre pas, des produits frais à ceux de la boucherie en passant par les denrées de culture biologique."[132]

356. Die Komplementarität der Sortimente zeigt sich auch darin, dass Coop und Aldi ihre Standorte zum Teil in unmittelbarer Nähe errichten. In einigen Fällen vermietet Coop gar im selben Gebäude Flächen an Aldi, in welchem ihr Supermarkt untergebracht ist (z.B. in Ittigen BE).

357. Weiter ist der Einfluss Aldis aus folgenden Gründen zu relativieren: Die vergangenen Preissenkungsrunden wären laut Aussagen von Coop ohne jeden Zweifel auch ohne die (erwartete) Präsenz von Aldi und Lidl durchgeführt worden. Man orientiere sich an Migros, nicht an Aldi und Lidl.[133]

358. Schliesslich ist zu erwähnen, dass das Preisniveau bei Aldi Suisse 36 % höher ist als in Deutschland.[134] Eine mögliche Erklärung hierfür könnte sein, dass Aldi seine Preise dem hiesigen Preisniveau anpasst. Dies erlaubt es Aldi, mittels hoher Margen von den Handelsstrukturen der Schweiz zu profitieren. So richtet Aldi gemäss eigenen Angaben seine Preise an Migros, Coop und Denner aus (Vgl. Rz. 261). Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass dieses Preisniveau nach einem erfolgreichen Markteintritt von Lidl ins Rutschen geraten wird.

359. Coop teilt die Auffassung der Weko nicht, dass die disziplinierende Wirkung von Aldi auf Coop zu relativieren sei. Coop macht darauf aufmerksam, dass Aldi [...] % seines Umsatzes zu Lasten von Coop generiert. Diese Aussage bestätige auch eine von Coop eingereichte „Impact Study" von RBB Economics. Demnach sank der Umsatz der jeweils am nächsten gelegenen Coop-Filiale im Durchschnitt um [...] %, nachdem in der direkten Umgebung eine Aldi-Filiale eröffnet wurde. Die Analyse verglich die Umsätze dieser Coop-Filialen in einem Zeitraum von drei Wochen vor der Eröffnung der Aldi-Filiale mit denjenigen drei Wochen nach der Eröffnung. Die so eruierte Umsatzentwicklung wurde anschliessend der Entwicklung des Umsatzes sämtlicher Coop-Filialen im gleichen Zeitraum gegenübergestellt. Der Umsatzrückgang ist also nicht absolut zu sehen, sondern relativ zur Umsatzentwicklung aller Coop-Filialen. Coop betont, dass sich dieser Effekt mit dem Markteintritt Lidls ab 2009 noch verstärken werde.

360. Die Weko ist sich bewusst, dass Umsatzgewinne eines Unternehmens in einem gesättigten Markt auf Kosten anderer gehen müssen. Dennoch sind die Ergebnisse der RBB-Studie zumindest zu relativieren: Bei der Analyse bleiben weitere mögliche Einflüsse – neben der Eröffnung einer nahe gelegenen Aldi-Filiale – auf den Umsatz der jeweiligen Coop-Filiale unberücksichtigt. So könnten z.B. der Einfluss weiterer Wettbewerber oder die Distanz der Coop-Filiale zur neu eröffneten Aldi-Filiale auch einen Einfluss auf den Umsatz einer Coop-Verkaufsstelle haben. Die Unterschiede der Umsatzentwicklung zwischen den in der Studie untersuchten Coop-Standorten ist mit [...] % denn auch sehr gross, was auf andere, in der Studie nicht berücksichtigte Effekte hindeuten könnte.

361. Das von Coop eingereichte Gutachten betont weiter, dass die Discounter nicht nur mit den Billiglinien der etablierten Anbieter im Wettbewerb stünden, sondern mit dem gesamten Sortiment. Zunächst decke zum Beispiel Aldi mit seinem Sortiment die gesamte Bedarfspalette eines Haushalts ab. Somit sei ein Einkauf bei Migros oder Coop prinzipiell durch einen Einkauf bei Aldi substituierbar. Darüber hinaus hätten die Preise der Coop-Tiefstpreislinie einen Einfluss auf die Preise höherwertiger Coop Produkte, da zwischen den verschiedenen Segmenten eine gewisse Preisspanne existiere, welche nicht überschritten werden dürfe. Der Grund hierfür sei, dass die verschiedenen Linien eines Produkts (z.B. Eigenmarke und Markenprodukt) grundsätzlich demselben Markt angehörten und dementsprechend substituierbar seien.[135] Aufgrund des Umstandes, dass sich die Preise von Substituten weitgehend parallel bewegten, habe der direkte Einfluss von Aldi auf die Billiglinie von Coop auch einen indirekten Effekt auf das restliche Coop-Sortiment.

362. Dem Vorbringen Coops ist entgegenzuhalten, dass die Aussagen bezüglich der maximalen Preisspanne trotz Anfrage der Weko nicht mit konkreten Beispielen – an welchen es aufgrund vergangener (breiter) Preissenkungen auf Produkten der Coop-Tiefstpreislinie nicht mangeln sollte – untermauert werden konnte. Daneben ist anzumerken, dass durch die Einführung der Premiumlinie „Fine Food"[136] aufgrund der von Coop vorge-

[132] L'Hebdo, „Les discounteurs allemands profitent à Coop", 5 juillet 2007.
[133] L'Hebdo, „Les discounteurs allemands profitent à Coop", 5 juillet 2007.
[134] NZZ Online, „Keine deutschen Preise bei Aldi Suisse", 21. Juni 2006.
[135] Dies entspreche auch der Praxis der Europäischen Kommission (vgl. SCA/P&G, Unilever/Bestfoods) und der Praxis des britischen Office of Fair Trading/Competition Commission (vgl. United Biscuits/Jacobs Bakery, British Sugar/Billington Food Group, Supermarket Report).
[136] Die „Fine Food" Linie wurde knapp ein Jahr vor dem Markteintritt Aldis eingeführt.

brachten Gründe auch ein entgegengesetzter Trend hin zu Preissteigerungen des Sortiments auszumachen sein sollte. Selbst wenn der indirekte Effekt auf das gesamte Sortiment tatsächlich besteht, gibt es keine Gewissheit, dass der Preisdruck der Discounter auf die Billiglinien der etablierten Anbieter fortbesteht. Darauf deutet etwa hin, dass Aldi die Preise zumindest bei den Frischprodukten im letzten Jahr angehoben hat.[137]

Weitere Markteintritte

363. Es ist in der Vergangenheit keinem der grossen europäischen Detailhandelsunternehmen gelungen, in der Schweiz nennenswerte Marktanteile zu gewinnen. Carrefour begründete seine Expansionsschwierigkeiten insbesondere mit der fehlenden Verfügbarkeit bezahlbarer Standorte (Hypermärkte). Damit der potenzielle Wettbewerb eine disziplinierende Wirkung haben kann, müssten Neuanbieter jedoch in der Lage sein, bedeutende Marktanteile zu erobern.

364. Es stellt sich die Frage, ob nebst Lidl weitere Detailhändler einen Markteintritt in die Schweiz planen. Die Mehrheit der befragten Detailhändler ist der Ansicht, dass es keine weiteren Markteintritte in den Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt geben wird. Migros und Denner geben an, dass weitere Markteintritte möglich sind, insbesondere im Bereich Discounter. Die Befragung ausländischer Detailhändler zeigt, dass diese keine Absicht haben, in den Schweizer Markt einzutreten.

365. Einer der befragten ausländischen Detailhändler fasst die Situation in der Schweiz wie folgt zusammen: „Especially the Coops [Migros und Coop] have developed a very good position with all added historical advantages. This all makes it very difficult for a publicly traded company […] to enter".

366. Basierend auf den dargelegten Erwägungen kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die potenzielle Konkurrenz durch allfällige Markteintritte aufgrund der hohen Markteintrittsbarrieren, insbesondere im Bereich Hypermärkte, als schwach zu beurteilen ist. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht.

B.4.2.1.4.5 Fazit

367. Der vorliegende Zusammenschluss verstärkt das bereits im Fall Migros/Denner[138] festgestellte Potenzial für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung. Die nachfolgende Tabelle fasst zusammen, welche Prüfkriterien grundsätzlich erfüllt bzw. nicht erfüllt sind und zeigt die Veränderung der Kriterien durch den Zusammenschluss auf.

Tabelle 37: Zusammenfassung der Prüfkriterien

Prüfkriterien	Vorhanden	Veränderung durch Zusammenschluss
Marktkonzentration	++	national + / lokal ++
Symmetrie	+	+
Transparenz	++	=
Homogenität	+	=
Markteintrittsschranken	++	+
Schwache Stellung der Marktgegenseite	++	=
Stabile Marktverhältnisse	++	=
Multimarktbeziehungen	+	=

+ hoch/steigt; ++ sehr hoch/steigt stark; = keine Veränderung

368. Sämtliche geprüften Kriterien sind im Wesentlichen als erfüllt zu betrachten. Die Marktkonzentration, die Symmetrien und die Markteintrittsschranken verstärken sich durch den Zusammenschluss zusätzlich. Die disziplinierende Wirkung der Discounter Aldi (mittels Expansion) und Lidl (mittels Markteintritt) ist zwar vorhanden, darf aber derzeit nicht überschätzt werden, da der Preisdruck lediglich von einem beschränkten Sortiment ausgeht. Demzufolge bestehen auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt Anreize zu kollusivem Verhalten, und ein solch kollusives Verhalten wird durch vorliegenden Zusammenschluss wahrscheinlich stabiler.

369. Durch den Zusammenschluss wird demnach eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und Coop begründet, allenfalls verstärkt. Die Parteien machen geltend, dass Aldi und Lidl eine mögliche stillschweigende Kollusion zwischen Migros/Denner und Coop/Carrefour zu destabilisieren vermögen. Dem ist entgegenzuhalten, dass Aldi und Lidl kurz- bis mittelfristig keinen destabilisierenden Effekt auf die bestehende kollektive Marktbeherrschung zwischen Migros und Coop auszuüben vermögen.[139] Die in vorliegendem Verfahren erhobenen Angaben zur Expansion von Aldi und

[137] K-Tipp 1/2008, S. 26–27.
[138] Migros/Denner RPW 2008/1, S. 191, Rz. 521.
[139] Vgl. auch Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 190, Rz. 516 u. Dispositiv 1.10.

Lidl, bestätigen die Prognosen, welche dem Entscheid Migros/Denner zugrunde liegen.

B.4.2.1.5 Zwischenergebnis

Einzelmarktbeherrschung

370. Die Analyse der Übernahme Carrefours durch Coop ergab keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer (einzel-)marktbeherrschenden Stellung, durch die gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Aufgrund der starken Stellung von Migros wird auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Coop und Migros fokussiert.

Kollektive Marktbeherrschung

371. Durch den Zusammenschluss von Coop mit Carrefour, einem der grössten Randwettbewerber, sind die Kriterien für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop und Migros auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt im Wesentlichen als erfüllt zu betrachten, weil erstens die Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Somit wird durch den Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros/Denner und Coop begründet oder allenfalls verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden kann.

372. Wie in Rz. 368 und 369 festgehalten, vermögen Aldi und Lidl ein kollusives Verhalten zwischen Coop/Carrefour und Migros/Denner einstweilen nicht zu destabiliseren. Deshalb kann der Zusammenschluss in der gemeldeten Form nicht zugelassen werden. Falls die Tatbestandsmerkmale von Art. 10 Abs. 2 KG erfüllt sind, kann die Weko den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen.

373. Es ist damit zu rechnen, dass Aldi sowie Lidl nach erfolgtem Markteintritt mittel- bis langfristig eine bedeutende Rolle als Randwettbewerber übernehmen und somit ein kollusives Verhalten von Migros und Coop destabilisieren können. Bis dahin soll durch Auflage 3 (Dispositiv), wonach Coop während sechs Jahren in der Schweiz keinen anderen Lebensmittel-Detailhändler erwerben darf, sowie durch die nachfolgend umschriebene Auflage 4 (Dispositiv) sichergestellt werden, dass der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt für Mitbewerber offengehalten wird.

B.4.2.1.6 Mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

374. Die Analyse hat ergeben, dass der Zusammenschluss von Coop/Carrefour zur Begründung, allenfalls Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop und Migros auf dem Absatzmarkt führen würde. Mit ihrer Marktstellung haben Coop und Migros die Möglichkeit zu verhindern, dass bereits vorhandene Konkurrenten sich ihnen gegenüber weiterhin als Wettbewerber verhalten, dass neue Konkurrenten auf dem betreffenden Markt auftreten oder bereits vorhandene Konkurrenten vom betreffenden Markt zu verdrängen.[140]

375. Der vorliegende Zusammenschluss kann zu einer solchen Beeinträchtigung der Marktstruktur führen, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Diese Möglichkeit ergibt sich vorliegend aufgrund der Begründung oder Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung. Durch den Aufkauf von Carrefour wird ein weiterer Wettbewerber vom Markt verschwinden. Der übrige Wettbewerb wird weiter geschwächt, resp. die Marktanteile der beiden Grossverteiler im Schweizer Detailhandel werden weiter ansteigen. Die Wettbewerbssituation auf den einzelnen lokalen Märkten zeigt zum Teil ein noch konzentrierteres Bild: Die restlichen Anbieter neben Migros/Denner und Coop/Carrefour verfügen in vier lokalen Märkten nur noch über einen Marktanteil von [0–10] %.

376. Der Eintritt neuer Konkurrenten bzw. die Expansion vorhandener Konkurrenten in der Schweiz ist aufgrund der Standortsituation nicht einfach. Darüber hinaus sind der Weko Fälle bekannt, in denen versucht wurde, Konkurrenten an ihren Expansionsplänen aktiv zu behindern bzw. von Standorten zu verdrängen. Casino wurde bspw. durch den Kauf eines benachbarten Grundstückes die Belieferung einer geplanten Verkaufsstelle verunmöglicht. Gemäss Aussagen weiterer Konkurrenten wurde zudem die Einmietung in Einkaufszentren in einigen Fällen vermutlich durch Druckausübung verhindert.

377. Im Lichte vorstehender Erwägungen besteht die Möglichkeit, dass der Zusammenschluss auf dem Absatzmarkt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und dadurch nicht ausgeschlossen werden kann, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

B.4.2.1.7 Zusagen der Parteien und deren Beurteilung

378. Gestützt auf die vorangehende Analyse bestehen in bestimmten Regionen Wettbewerbsprobleme. Anhaltspunkte dafür sind die zum Teil starke Erhöhung der Konzentration in diesen Regionen bzw. die Gefahr einer Begründung, allenfalls Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

379. Anlässlich der Anhörung vom 10. März 2008 hat Coop folgende, die Absatzseite betreffenden Zusagen vorgestellt. Mit Schreiben vom 12. und 13. März 2008 wurden diese Zusagen konkretisiert. Coop hat sich bereit erklärt,

1.) auf Projekte bzw. Erweiterungen von Verkaufsstellen gemäss Liste vom 12. März 2008 zu verzichten. Dieser Verzicht wurde der Wettbewerbskommission bereits am 21. Dezember 2007 mitgeteilt. [...]

2.) auf zusätzliche Projekte gemäss Liste vom 12. März 2008 zu verzichten. [...]

3.) bestehende Standorte gemäss Liste vom 12. März 2008 an Dritte abzugeben. Diese Standorte befinden sich in den von der Übernahme betroffenen lokalen Märkten [...]. Gemäss Präzisierungen vom 13. März

[140] ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, 2005, Rz. 783.

2008 existieren für diese Standorte keine Wettbewerbsverbote, welche eine Übertragung an andere Lebensmittel-Detailhändler verhindern könnten. Mit der Abgabe der Standorte soll ein unabhängiger Dritter beauftragt werden, welcher diesen Prozess aktiv führt.

380. Der oben unter Rz. 379 Punkt 3.) beschriebene Vorschlag von Coop trägt den Bedenken der Wettbewerbskommission wie nachfolgend dargelegt Rechnung.

381. Maus Frères beauftragte nach der Ankündigung des Rückzugs Carrefours ein angesehenes Unternehmen mit der Suche nach potentiellen Käufern für die Carrefour-Standorte in der Schweiz (vgl. Rz. 6). Überprüft wurden in der Folge rund dreissig in- und ausländische Handelsunternehmen. Ausser mit Coop wurde jedoch mit keinem Unternehmen in einer fortgeschrittenen Phase verhandelt. Ausführliche Abklärungen des Sekretariats bestätigten, dass sowohl im In- als auch im Ausland keine geeigneten Interessenten für die Carrefour-Standorte gefunden werden konnten. Somit wäre selbst bei einem Verbot der Übernahme durch Coop kein alternativer Käufer für die zwölf Standorte vorhanden (ausser möglicherweise Migros).

382. Wie sich aus den schriftlichen Befragungen und den Anhörungen feststellen liess, haben jedoch Konkurrenten von Coop Interesse an kleineren und mittleren Verkaufsstellen. Dazu gehören auch Aldi und Lidl, welche insbesondere in der Westschweiz bisher wenige Filialen eröffnen konnten resp. Baubewilligungen für Standorte erhalten haben. Die Zusagen kommen folglich den Konkurrenten von Coop entgegen und sollten zu einer Belebung der Wettbewerbssituation in den von der Übernahme betroffenen lokalen Märkten führen.

383. Ein summarischer Markttest bei einigen potentiellen Interessenten für die von Coop zur Verfügung gestellten Flächen hat gezeigt, dass durchaus Interesse an den anzubietenden Coop-Standorten besteht. Coop bestätigte in einer Anhörung, dass ein Interesse an den abzutretenden Standorten realistisch sei.

384. Bezüglich Rz. 379, Punkt 1.) ist anzumerken, dass Coop den Verzicht auf diese Grossprojekte bereits öffentlich in Aussicht gestellt hat. Deshalb sind aus Sicht der Weko hierzu keine Vorgaben (z.B. Auflage) angezeigt.

385. Bezüglich Rz. 379, Punkt 2.) ist die Weko der Auffassung, dass keine Sicherheit besteht, dass diese Projekte überhaupt je realisiert werden. Zudem ist aufgrund der Planungsphase nicht davon auszugehen, dass die von Coop genannten Standorte – mit Ausnahme des Projekts in Münsingen – in den nächsten Jahren eröffnet werden. Somit wird ein Verzicht auf diese Projekte die Wettbewerbsverhältnisse kurzfristig kaum verändern. Deshalb sind aus Sicht der Weko auch hierzu keine Vorgaben angezeigt.

386. Demgegenüber stellt die Zusage in Rz. 379, Punkt 3.), nämlich das Anbieten bzw. Abtreten bestehender Verkaufsflächen in besonders problematischen Regionen vor dem Hintergrund, dass mutmassliche Interessenten für eine Übernahme von Coop-Standorten bestehen, eine sinnvolle Massnahme dar. Angesichts der unbestimmten, unsicheren und erst Jahre später eintretenden Wirkungen des offerierten Verzichts gemäss Rz. 379, Punkt 1.) und 2.) hat die Weko die nach Rz. 379, Punkt 3.) abzutretende Fläche [...] erhöht.

387. Coop wird demnach verpflichtet (Auflage 4, Dispositiv), einen unabhängigen Dritten zu beauftragen, 20'000 m^2 bestehender Verkaufsfläche in besonders problematischen Regionen zu marktüblichen Bedingungen Lebensmittel-Detailhändlern mit weniger als 25 % Marktanteil während [...] Monaten ab Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung zum Erwerb anzubieten und gegebenenfalls zu verkaufen bzw. zu übertragen.

388. Die Modalitäten für das Anbieten bzw. Abtreten der Verkaufsflächen sind nachfolgend beschrieben:

a) [...]

b) [...]

c) [...]

d) [...]

e) [...]

f) [...]

g) [...]

h) [...]

i) Um den Verkaufsprozess nicht zu beeinträchtigen, werden die Modalitäten der Durchführung dieser Auflage der Öffentlichkeit nicht mitgeteilt.

B.4.2.2 Beschaffungsmärkte

B.4.2.2.1 Marktstruktur

389. Der Beschaffungsmarkt weist auf der Nachfrageseite eine hohe Konzentration auf. Die Lieferanten haben im Detailhandel zwar mehrere mögliche Absatzkanäle, davon decken aber nur zwei (Migros und Coop) das gesamte Gebiet der Schweiz in sämtlichen Segmenten (Hypermärkte, Supermärkte, kleine Supermärkte) ab.

390. Migros ist der grösste Absatzkanal im Schweizer Detailhandel. Das Sortiment von Migros ist geprägt durch einen hohen Anteil an Eigenmarken und einen kleinen Anteil an Markenartikeln ([< 15] %). Migros ist in einem gewissen Masse vertikal integriert und beschafft in verschiedenen Produktgruppen über die Hälfte ihres Absatzes konzernintern.

391. Coop ist der zweitgrösste Absatzkanal im Schweizer Detailhandel. Coop teilt sein Sortiment in drei Kategorien auf: in Eigenmarken (Prix Garantie, JaMaDu, Fine Food etc.), Kompetenzmarken (Naturaplan, Weight Watchers etc.) und Markenartikel, wobei das Sortiment zu 45 % aus Markenartikeln besteht. Damit stellt Coop den grössten Absatzkanal für Markenartikel im Schweizer Detailhandel dar. Coop ist für die Markenartikelhersteller auch infolge des flächendeckenden Vertriebsnetzes und der gesamtschweizerischen Werbeaktivitäten von besonderer Bedeutung. Eine entscheidende Rolle spielt der Absatzkanal Coop für die flächendeckende Einführung neuer Markenprodukte auf den Schweizer Markt

(siehe Rz. 458).[141] Einen gewissen Anteil des restlichen Sortiments stellt Coop in Eigenproduktion her. Zu den Eigenproduktionsbetrieben von Coop gehören Bell (Fleisch/Geflügel), Chocolats Halba (Schokolade, Pralinen), Swissmill (Getreide), Nutrex (Essig), CWK (Kosmetika) Pasta Gala (Teigwaren, Halbfabrikate), Steinfels (Reinigungsmittel), Reismühle Brunnen (Reis) und Sunray (Zucker, Speiseöle, Gewürze, Trockenfrüchte, Nüsse etc.).

392. Neben diesen beiden gesamtschweizerisch tätigen Hauptabsatzkanälen bestehen noch weitere Vertriebskanäle (vgl. Abschnitt B.4.2.1.2.1), von denen allerdings lediglich Denner über ein Filialnetz verfügt, das sich über die gesamte Schweiz erstreckt. Die übrigen Händler unterscheiden sich von Migros, Coop und Denner dahingehend, dass sie entweder nicht in der ganzen Schweiz vertreten sind, wie Casino, Spar und Volg, nicht alle Segmente abdecken wie Valrhône (nur kleine Supermärkte) oder nur ein beschränktes Sortiment anbieten wie Aldi (nur ca. 800 Artikel).

B.4.2.2.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch die Marktteilnehmer

393. Im Rahmen des Verfahrens zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wurden rund 140 Lieferanten von Coop und/oder Carrefour sowie diverse Branchenverbände befragt, wie sie das vorliegende Zusammenschlussvorhaben generell beurteilen und inwiefern dieses ihre Position im Wettbewerb verändern wird. Wie nachstehende Tabellen aufzeigen, beurteilen lediglich rund 5 % der Lieferanten das Zusammenschlussvorhaben als positiv, dagegen rund 66 % als negativ. Rund 74 % sehen ihre Position durch das Zusammenschlussvorhaben als geschwächt. Bei den Verbänden sehen die Antworten ähnlich aus. Von den 14 Verbänden, welche geantwortet haben (17 Verbände wurden angefragt),[142] sieht keiner positive Auswirkungen des Zusammenschlusses, nur drei Verbände beurteilen den Zusammenschluss als neutral.

Tabelle 38: Generelle Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

Beurteilung durch	Anzahl Beobachtungen	Anteil, welche das Zusammenschlussvorhaben beurteilen			
		positiv	negativ	neutral	keine Meinung
Lieferanten	116	5,3 %	66,4 %	27,4 %	0,9 %
Verbände	14	0 %	76,9 %	21,1 %	

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 39: Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf Marktposition der Lieferanten

Beurteilung durch	Anzahl Beobachtungen	Auswirkung auf eigene Position im Markt		
		stärken	schwächen	keine Auswirkung
Lieferanten	116	8,8 %	73,5 %	17,7 %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

394. Bei den Lieferanten, die sich vorwiegend positiv zum Zusammenschluss geäussert haben, handelt es sich zumeist um Lieferanten, die bereits langjährige Geschäftsbeziehungen zu Coop pflegen oder Carrefour nicht beliefern. Sie sehen die Übernahme von Carrefour als Chance zur Erhöhung ihres Verkaufspotenzials.

395. Unternehmen, welche ihre Position geschwächt sehen, sind insbesondere Lieferanten von Carrefour, die befürchten, bei Coop, nicht gelistet zu werden. So ist anzunehmen, dass die Eigenmarkenlieferanten von Carrefour nicht von Coop übernommen werden.

396. Mehrere befragte Lieferanten weisen darauf hin, dass sie bei Carrefour eine grössere Anzahl verschiedener Produkte anbieten als bei Coop und es für sie deshalb durch den geplanten Zusammenschluss schwieriger wird, gewisse ihrer Produkte abzusetzen. Dies führt möglicherweise zu einer Verdrängung von Produkten, welche aktuell im Sortiment von Carrefour gelistet sind. Aus diesem Grund befürchten viele Lieferanten, ihre Angebotspalette an die Wünsche von Coop anpassen zu müssen und damit Umsatz zu verlieren.

[141] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 597, Rz. 148.

[142] Schweizer Milchproduzenten, Schweizerischer Kosmetik- und Waschmittelverband, Swisscofel, Fruit-Union Suisse, Gallo Suisse, Groupement suisse des spiritueux de marque, Association Suisse du commerce des vins, Schweizerischer Verband für Kühl-und Tiefkühllogistik, Verband Schweiz. Hersteller von Suppen und Saucen, Swisspasta, Biscosuisse, Verband Schweiz. Glace- und Eiscream-Fabrikanten, Schweizer Fleisch-Fachverbände SFF, Swiss Convenience Food Association.

397. Um nicht in zu starke Abhängigkeiten eines einzelnen oder einiger weniger Detailhändler zu gelangen, versuchen Lieferanten zu diversifizieren, indem sie ihre Produkte über mehrere Absatzkanäle vertreiben. Letzteres ist allerdings insbesondere für auf die Schweiz fokussierte Lieferanten schwierig, da Migros und Coop weitere unabhängige Distributionskanäle aufgekauft haben (Globus, Epa, Waro, Pick Pay, CCA, Prodega, Denner und nun Carrefour). Zudem erschwert die Eigenmarken-Förderung der beiden Grossverteiler zunehmend einen erfolgreichen Marktaufbau von Markenprodukten in der Schweiz (vgl. Dispositiv 1.5.).

398. Da die Meldung des Zusammenschlussvorhabens Coop/Carrefour kurze Zeit nach derjenigen von Migros/Denner erfolgte und in beiden Fällen einer der beiden grössten Detailhändler der Schweiz als Käufer auftrat, wurden Lieferanten und Branchenverbände dazu befragt, inwieweit sich die beiden Zusammenschlussvorhaben gleichen oder unterscheiden. Gestützt auf diese Antworten sieht das Sekretariat im Wesentlichen die folgenden Unterschiede zwischen dem Zusammenschlussvorhaben Coop/Carrefour und demjenigen von Migros/Denner:[143]

- Im Unterschied zum Zusammenschluss Migros/Denner plant Coop, die Carrefour-Verkaufsstellen in Coop-Verkaufsstellen umzuwandeln. Somit verschwindet ein Wettbewerber und unabhängiger Absatzkanal mit eigenem Sortiment vom Markt. Dagegen wird Denner mit eigenständigem Sortiment weitergeführt, „lediglich" der Mehrheitseigentümer hat gewechselt.
- Der Umstand, dass sich Carrefour vom Schweizer Markt zurückzieht, bedeutet für die Konsumenten, dass sich ihre Produktauswahl verringert.
- Carrefour führt ein umfassenderes Sortiment als Denner. Somit sind vom Zusammenschlussvorhaben und einer möglichen Auslistung im Fall Coop/Carrefour bedeutend mehr Lieferanten betroffen als bei Denner.
- Zahlreiche Lieferanten, welche sowohl Coop als auch Carrefour beliefern, befürchten, dass ihre Abhängigkeit gegenüber Coop zunehmen wird. Die Anzahl von „Doppel-Lieferanten" ist bei Coop/Carrefour deutlich höher als bei Migros/Denner, womit der Effekt der zunehmenden Abhängigkeit bei Coop/Carrefour stärker wiegt als bei Migros/Denner.
- Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben geht die wichtigste Alternative zu Coop für die Einführung neuer Markenprodukte verloren. Carrefour wurde dank seines grossen Sortiments von verschiedenen Lieferanten von Markenartikeln als Testmarkt für die Einführung neuer Produkte angesehen. In der Tat konnten verschiedene Produkte, welche bei Coop nicht ins Sortiment aufgenommen wurden, bei Carrefour gelistet werden. Eine erfolgreiche Einführung bei Carrefour lieferte sodann ein neues Argument, doch noch bei Coop gelistet zu werden (vgl. Dispositiv, 1.5).

399. Die Parteien machen grundsätzlich geltend, dass die befragten Lieferanten strategisch geantwortet hätten, weil ihnen eine Intervention der Weko Nutzen bringen werde. Die Parteien stellen deshalb die Angaben der befragten Lieferanten insgesamt in Frage und bemängeln, dass deren Antworten vom Sekretariat nicht verifiziert worden seien. Die Wettbewerbsbehörde anerkennt, dass strategische Antworten nicht ausgeschlossen werden können und trägt diesem Umstand gebührend Rechnung.

B.4.2.2.3 Aktuelle Konkurrenz

400. Es können nach Produktgruppen aufgeteilt verschiedene Beschaffungsmärkte unterschieden werden (vgl. Rz 81). Aufgrund der zahlreichen Produktgruppen wird nicht jeder Markt einzeln untersucht. Stattdessen werden die Beschaffungsmärkte gemeinsam analysiert. Weisen Märkte Eigenheiten auf, wird in der nachfolgenden Analyse darauf hingewiesen.

401. Um die Stellung von Coop auf den Beschaffungsmärkten beurteilen zu können, wird zunächst die Bedeutung der beiden Absatzkanäle Coop und Carrefour anhand deren Marktanteile untersucht. Anschliessend wird die Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel analysiert. Ein spezieller Fokus wird dabei auf die Bedeutung dieser Absatzkanäle für die Einführung neuer (Marken-)Produkte gerichtet.

B.4.2.2.3.1 Marktanteile

402. Die Berechnung der Marktanteile der Nachfrager in den einzelnen Produktgruppen ist mit Schwierigkeiten verbunden. Es fällt teilweise schwer, Produkte eindeutig einer Produktgruppe zuzuordnen, weshalb die von den einzelnen Unternehmen (Lieferanten als auch Detailhändler) angegebenen Umsätze oftmals nicht miteinander „kompatibel" sind. Die internen Daten, auf welche die Unternehmen zurückgreifen können, entsprechen häufig nicht der tatsächlichen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung. Schliesslich wäre die Erhebung der Umsätze sämtlicher Marktteilnehmer (insbesondere auf der Lieferantenseite) mit sehr grossem Aufwand verbunden und somit nicht verhältnismässig.

403. Die Weko muss aufgrund der Untersuchungsmaxime die erforderlichen Daten für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens erheben. Jedoch kann sich die Weko nicht auf Daten stützen, welche der vorgenommenen Marktabgrenzung nicht entsprechen. Die Parteien haben dem Sekretariat Daten zur Verfügung gestellt, welche sämtliche möglichen Absatzkanäle miteinbeziehen, unabhängig davon, ob sie tatsächlich zum relevanten Markt gehören oder nicht. So berücksichtigen die Parteien bei ihren Schätzungen u.a. die Ausgaben der Konsumenten in Spezial-/Fachgeschäften, Convenience-Shops und der Gastronomie und rechnen einen internationalen Anteil zum relevanten Markt hinzu.

[143] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 129 ff.

404. Im Verlaufe des Verfahrens hat das Sekretariat die schweizerischen Detailhändler um eine Schätzung ihrer Absatz- und Einkaufsvolumina gebeten. Tabelle 40 (Spalte B) beinhaltet eine Schätzung der Marktanteile auf den relevanten Märkten, welche auf den Absatzvolumina basiert. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Marktanteile der verschiedenen Detailhändler auf den einzelnen Beschaffungsmärkten annähernd so gross sind wie in den entsprechenden Absatzmärkten.

405. Diese Daten müssen aus folgenden Gründen relativiert werden. Erstens wird dabei nicht in Betracht gezogen, dass für gewisse Beschaffungsmärkte der relevante Markt mehr umfasst als den Detailhandel. Die ausgewiesenen Marktanteile basieren auf einer engen Marktabgrenzung. Für einige der Produktgruppen bestehen jedoch alternative Absatzkanäle wie die Gastronomie oder der Spezial-/Fachhandel. Insofern können die Angaben als Höchstwerte herangezogen werden. Zweitens kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse Angaben der Detailhändler nicht genau mit der Marktabgrenzung übereinstimmen. Es war dem Sekretariat nicht möglich, die Genauigkeit der Angaben zu verifizieren.

406. Das Sekretariat hat die von den Marktteilnehmern erhaltenen Daten mit den im Verfahren Migros/Denner verwendeten Daten verglichen (Tabelle 40, Spalte A). Diese Marktanteile basieren auf Informationen von IHA-GfK. Die von IHA-GfK verwendete Klassifizierung der Produktgruppen (BoSS-ID-Produktgruppen[144]) stimmt allerdings nicht mit derjenigen der Weko überein. Deshalb mussten die BoSS-ID-Produktgruppen den von der Weko definierten Produktgruppen zugeordnet werden. Zudem sind die Marktanteile hinsichtlich der fehlenden Berücksichtigung der Beschaffungsmarktvolumina von Aldi, Casino und Valrhône sowie der für einzelne Produkte möglicherweise vorhandenen Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels ebenfalls zu relativieren.

407. Coop kritisiert, dass ihre eigenen, zur Verfügung gestellten Daten, nicht berücksichtigt wurden. Stattdessen seien Daten aus dem Zusammenschlussverfahren Migros/Denner und von Lieferanten, deren Schätzungen nicht nachvollziehbar seien, verwendet worden. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass die Daten von Coop nicht unbesehen verwendet wurden, weil sie nicht den relevanten Märkten entsprechen. Deshalb wurde seitens des Sekretariates auf andere Daten zurückgegriffen.

408. Demnach sind die folgenden Marktanteile nicht absolut, sondern lediglich als Indikatoren für die Stellung von Coop auf den Beschaffungsmärkten zu betrachten.

[144] BoSS = Bedarfsorientierte Sortimentsstruktur.

Tabelle 40: Marktanteile der Parteien auf den Beschaffungsmärkten [in %]

Produktgruppe	Coop		Carrefour		Coop/Carrefour	
	A	B	A	B	A	B
Frischprodukte						
Milchprodukte/Eier	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[30-40]
Brot/Backwaren[145]	[30-40]	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[40-50]
Fleisch/Geflügel/Fisch	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[40-50]
Tiefkühlprodukte	[30-40]	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[20-30]
Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt)[146]	[40-50]	[50-60]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[50-60]
Gemüse/Salate	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[30-40]
Obst/Früchte	[30-40]	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[40-50]
Kolonialwaren						
Konserven/Saucen	[30-40]	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[20-30]
Beilagen/Suppen/Kochzutaten[147]	[30-40]	[60-70]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[60-70]
Grundnahrungsmittel/Backzutaten[148]	[30-40]	[20-30]	[0-10]	[10-20]	[30-40]	[40-50]
Frühstück/Warmgetränke/Cerealien (Getreide)	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[40-50]
Süsswaren/Biscuits	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[40-50]
Snacks/Apéro	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[30-40]
Tiernahrung/Tierbedarf	[30-40]	[40-50]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[40-50]
Babybedarf	[30-40]		[0-10]		[40-50]	
Getränke						
Alkoholische Getränke		[40-50]		[0-10]		[50-60]
Erfrischungsgetränke	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[40-50]
Near-Food						
Körperpflege/Kosmetik	[30-40]	[50-60]	[0-10]	[0-10]	[40-50]	[60-70]
Wasch-/Reinigungsmittel	[30-40]	[40-50]	[10-20]	[0-10]	[40-50]	[40-50]
Papier-/Hygieneprodukte[149]	[30-40]	[30-40]	[0-10]	[0-10]	[30-40]	[30-40]

Spalte A: Angaben aus dem Verfahren Migros/Denner;
Spalte B: Schätzung des Sekretariats gestützt auf Angaben der befragten Detailhändler.

409. Tabelle 40 weist zwei unterschiedliche Schätzungen aus. Vergleicht man die Ergebnisse der Schätzungen der befrageten Detailhändler (Spalte B) mit den Daten aus dem Verfahren Migros/Denner (Spalte A), sind teilweise grosse Differenzen festzustellen. Insbesondere bei der Kategorie Grundnahrungsmittel/Backzutaten weisen die beiden Schätzungen grosse Unterschiede auf. Ein Grund hierfür könnte sein, dass gewisse Anbieter alle Kolonialwaren, welche ihres Erachtens nicht in eine gegebene Kategorie passen, dieser Basis-Kategorie zuordnen.

410. Aus den oben genannten Gründen wird daher keine vertiefte Analyse der einzelnen Produktgruppen vorgenommen. Die Weko beschränkt sich auf die grundsätzliche Feststellung der Wichtigkeit des Absatzkanals Coop.Tabelle 40 ist zu entnehmen, dass Coop auf den Beschaffungsmärkten generell über hohe Marktanteile verfügt. In der Mehrheit der ausgewiesenen Produktgruppen hat Coop einen Marktanteil von über 30 %. Die Marktanteile von Carrefour in diesen Gruppen beträgt

[145] Diese Zahlen entsprechen dem Durchschnittswert der von den Parteien angegebenen Marktanteilen für die beiden BoSS-ID-Produktgruppen Feinbackwaren und Brotwaren.
[146] Diese Zahlen entsprechen dem Durchschnittswert der von den Parteien angegebenen Marktanteilen für die beiden BoSS-ID-Produktgruppen Convenience Ready to Eat und Ready to Cook.
[147] Diese Zahl entspricht dem von den Parteien angegebenen Marktanteil für die BoSS-ID-Produktgruppe Beilagen/Zutaten.
[148] Diese Zahlen entsprechen dem Durchschnittswert der von den Parteien angegebenen Marktanteilen für die beiden BoSS-ID-Produktgruppen Backshop und Beilagen/Zutaten.
[149] Diese Zahl entspricht dem von den Parteien angegebenen Marktanteil für die BoSS-ID-Produktgruppe Beauty Selfcare World.

zumeist zwischen etwa [0-10] % und [0-10] %. Coop und Carrefour sind beide in allen ausgewiesenen Produktgruppen des Detailhandels tätig, somit generiert die geplante Übernahme in allen Produktgruppen Marktanteilsadditionen.

411. Durch den Zusammenschluss erhöht sich folglich die bereits heute wichtige Stellung von Coop auf den Beschaffungsmärkten.

B.4.2.2.3.2 Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel

412. Im Falle eines Abbruchs der Lieferbeziehung mit Coop/Carrefour könnte ein Lieferant den Verlust des Verkaufsvolumens entweder durch die Erschliessung neuer Absatzkanäle oder durch die Erhöhung des Absatzvolumens bei bestehenden Kunden ausgleichen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Substituierbarkeit der Absatzkanäle im Detailhandel.

413. Diesbezüglich ist vorab festzuhalten, dass sowohl die internationalen als auch die Schweizer Lieferanten in fast allen Produktkategorien in der Regel bereits einen sehr hohen Distributionsgrad über alle Absatzkanäle erreicht haben und bei allen grossen Detailhändlern vertreten sind, sofern dies nicht durch Exklusivitätsvereinbarungen verhindert wird (vgl. Rz. 418).[150] Somit gestaltet sich die Kompensation eines verlorenen Absatzkanals durch einen anderen grundsätzlich als schwierig. Auch ist eine Kompensation der Umsatzverluste durch eine Erhöhung des Absatzvolumens bei bestehenden Kunden infolge gesättigter Märkte nicht zu erwarten.

414. Im Folgenden wird die Substituierbarkeit der Absatzkanäle Migros und Coop analysiert. Anschliessend wird die Substituierbarkeit zwischen den Absatzkanälen Migros und Coop auf der einen Seite und der übrigen Detailhändlern auf der anderen Seite genauer betrachtet.

415. Im Entscheid Migros/Denner wurde festgestellt, dass Coop und Migros bezüglich die Vertriebsstruktur und das Sortiment gute Substitute darstellen.[151] Im vorliegenden Verfahren hat das Sekretariat vertiefte Erhebungen betreffend die Substituierbarkeit gemacht. Befragt wurden sowohl Lieferanten als auch Verbände, ob Coop und Migros substituierbare Absatzkanäle sind (d.h. ob es theoretisch für den Produzenten möglich ist, sein Produkt über den einen oder anderen Absatzkanal zu vertreiben). Sie wurden gebeten diese Frage mit einer Zahl von 1 (stimmt völlig) bis 5 (stimmt überhaupt nicht) zu beantworten.

Tabelle 41: Substituierbarkeit zwischen Migros und Coop aus Sicht der Lieferanten

Substituierbarkeit bezüglich	Anzahl Antworten	Durchschnitt	Prozentuale Anzahl Antworten 1: stimmt völlig 5: stimmt überhaupt nicht				
			1	2	3	4	5
Einführung neuer Produkte	104	3,9	11	8	9	28	45
Markenprodukte	101	4,1	5	8	18	16	53
Andere Produkte	101	3,5	14	16	18	14	39

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

416. Tabelle 41 ist zu entnehmen, dass die Substituierbarkeit der Absatzkanäle Migros und Coop für Lieferanten von Markenprodukten als auch für die Einführung neuer Produkte gering ist, während die Substituierbarkeit für andere Produkte etwas grösser ist. So bewerten 73 % die Substituierbarkeit bezüglich der Einführung neuer Produkte mit einer 4 oder 5, d.h. als wenig resp. gar nicht substituierbar. Bezüglich der Substituierbarkeit von Markenprodukten haben 69 % der Lieferanten mit einer 4 oder 5 geantwortet, bezüglich anderer Produkte (beispielsweise Frischprodukte und Eigenmarken) 52 %. Die angefragten Verbände bewerten die Substituierbarkeit ähnlich wie die Lieferanten mit durchschnittlichen Werten von 3,8 für die Einführung neuer Produkte und Markenprodukte (jeweils 12 Antworten) und einem Wert von 3,4 für andere Produkte (13 Antworten).

417. Die Erhebungen des Sekretariats haben ergeben, dass die Aussagen über die Substituierbarkeit von Migros und Coop zu relativieren sind, wenn man die Problematik differenzierter betrachtet. Die geringe Substituierbarkeit der beiden wichtigsten Absatzkanäle im Schweizer Detailhandel betreffend Markenprodukte ist darauf zurückzuführen, dass Migros im Unterschied zu Coop nur wenige Markenprodukte anbietet. Auch bei der Einführung neuer Produkte bestehen bei Migros weniger Möglichkeiten als bei Coop. Migros führt eher wenig neue (Marken-)Produkte ein und imitiert stattdessen erfolgreiche Produkte anderer Detailhändler.

418. Ein weiteres Hindernis für die Substituierbarkeit verschiedener Absatzkanäle sind Exklusivitäten, welche Detailhändler von ihren Lieferanten fordern. Besteht ein Anbieter darauf, dass ein gewisses Produkt nur bei ihm, nicht aber bei (gewissen) anderen Detailhändlern gelistet werden darf, bleiben dem Lieferanten alternative Absatzkanäle für dieses Produkt verschlossen.

[150] Eine Ausnahme bilden gewisse Unterkategorien der Gruppe Frischprodukte und Grundnahrungsmittel, in welchen die Marke eine geringe Rolle spielt (z.B. Mehl, Reis, Gemüse).
[151] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 197, Rz. 558.

419. Die Lieferanten und die Verbände wurden dazu befragt, ob Coop und Migros ihrer Ansicht nach eine Exklusivitätsstrategie dahingehend befolgen, dass ein spezifisches Produkt nur bei Migros oder nur bei Coop verkauft wird. Sie wurden gebeten diese Frage mit einer Zahl von 1 (stimmt völlig) bis 5 (stimmt überhaupt nicht) zu beantworten.

Tabelle 42: Exklusivitätsstrategie aus Sicht der Lieferanten

Exklusivitätsstrategie von	Anzahl Antworten	Durchschnitt	Prozentuale Anzahl Antworten 1: stimmt völlig 5: stimmt überhaupt nicht				
			1	2	3	4	5
Coop bezüglich							
- Migros	107	2,3	30	32	24	9	5
- andere	98	2,1	39	31	18	8	4
Migros bezüglich							
- Coop	107	2,4	27	34	20	13	6
- andere	98	2,3	34	23	24	14	4

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

420. Tabelle 42 ist zu entnehmen, dass die Lieferanten durchschnittlich davon ausgehen, dass sowohl Migros als auch Coop eine Exklusivitätsstrategie verfolgen. Jeweils rund 60 % der Lieferanten sehen eine deutliche Exklusivitätsstrategie bei Migros und Coop und antworteten mit einer 1 oder 2. Diese Resultate werden, wenngleich etwas abgeschwächt, auch von den befragten Verbänden bestätigt. So beträgt die durchschnittliche Bewertung der Verbände einer möglichen Exklusivität von Coop gegenüber Migros 2,8 und von Migros gegenüber Coop 2,3.

421. Coop weist darauf hin, dass im Entscheid Migros/Denner den Absatzkanälen eine gute Substituierbarkeit bezeugt wurde und die Weko nun, gestützt auf nicht verifizierten Aussagen von Lieferanten, eine andere Auffassung vertrete. Dem ist zu entgegnen, dass für Produkte, die weder unter neu eingeführte noch unter Markenprodukte fallen durchaus eine gewisse Substituierbarkeit der Absatzkanäle Migros und Coop vorliegt. Zudem wurde eine gute Substituierbarkeit im Verfahren Migros/Denner lediglich unter dem Vorbehalt der Abwesenheit von Exklusivitäten attestiert.[152] Letztere können gerade bei der Einführung neuer Produkte und bei Markenprodukten eine wichtige Rolle spielen.

422. Die Parteien stellen zudem fest, dass die geringe Substituierbarkeit von Coop und Migros für die Lieferanten im Widerspruch zu den Ausführungen der Weko stehen, wonach die Angebote von Coop und Migros weitgehend symmetrisch seien und mögliche Anreize zu kollusivem Verhalten begünstigen. Dem ist zu entgegnen, dass eine weitgehende Angebotssymmetrie auf der Absatzseite (z.B. ähnliche Sortimente, vgl. Rz. 292) nicht zwingend eine gute Substituierbarkeit aus Sicht der Lieferanten (Beschaffung) bedingt.

423. Im Folgenden wird die Frage behandelt, in welchem Ausmass Migros und Coop durch andere Detailhändler substituiert werden können.

424. Gemäss Aussagen von Lieferanten können Migros oder Coop nur mit grossen Schwierigkeiten mit anderen Absatzkanälen im Detailhandel substituiert werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die beiden wichtigsten Absatzkanäle im Schweizer Detailhandel von den anderen Vertriebskanälen aus folgenden Gründen deutlich unterscheiden:

425. Erstens sind die Verkaufsvolumina der anderen Detailhändler nicht annähernd mit denjenigen von Migros und Coop vergleichbar. Das Sekretariat fragte die Lieferanten, inwiefern ein Detailhändler, welcher nicht das gleiche Absatzvolumen umsetzt wie Migros oder Coop, eine richtige Alternative zu Migros und Coop darstellt. Die Antworten der Lieferanten als auch der Verbände deuten klar darauf hin, dass ein Detailhändler mit einem geringeren Umsatz als Migros oder Coop keine richtige Alternative für die beiden Grossverteiler darstellt.

426. Zweitens sind die von Migros und Coop angebotenen Sortimente breiter als diejenigen der anderen in der Schweiz tätigen Detailhändler (abgesehen von Carrefour), sodass ein bei Migros oder Coop ausgelisteter Lieferant nicht ohne Weiteres bei einem anderen Detailhändler aufgenommen werden kann.

427. Drittens bestehen Exklusivitäten von Coop und Migros nicht nur gegenseitig, wie weiter oben aufgezeigt (Rz. 420), sondern auch gegenüber weiteren Detailhändlern. Die Lieferanten wurden dazu befragt, ob Coop und Migros ihrer Ansicht nach eine Exklusivitätsstrategie dahingehend befolgen, dass sie ein Produkt nicht (mehr) listen, wenn dieses bei einem anderen Konkurrenten verkauft werde wie z.B. bei Aldi und/oder Lidl. Sie wurden gebeten diese Frage mit einer Zahl von 1 (stimmt

[152] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 197, Rz. 561.

völlig) bis 5 (stimmt überhaupt nicht) zu beantworten. Die durchschnittlichen Werte betragen 2,1 betreffend eine allfällige Exklusivitätsstrategie gegenüber anderen seitens Coop und 2,3 bezüglich einer solchen seitens der Migros (vgl. Tabelle 42). Rund 71 % der Lieferanten antworteten mit einem Wert von 1 oder 2 bezüglich eine Exklusivitätsstrategie von Coop, 57 % mit einem Wert von 1 oder 2 bezüglich eine Exklusivitätsstrategie von Migros. Gemäss den Verbänden trifft diese Aussage weniger stark zu, sie antworteten durchschnittlich mit 2,8 (Coop), resp. 2,5 (Migros).

428. Bezüglich Exklusivitäten bekräftigt Coop, dass sie die wenigen bestehenden Exklusiv-Vereinbarungen in der Meldung des Zusammenschlussvorhabens offen legte sowie begründete und keine stillschweigenden Exklusivitäten kenne. Im Übrigen würden sich die grossen Markenartikelhersteller nie von Coop zu einer Exklusivstrategie zwingen lassen. Der Ausführung von Coop ist zu entgegnen, dass die Lieferantenbefragung der Weko aufgezeigt hat, dass eine Mehrheit der Hersteller von einer Exklusivitätsstrategie sowohl von Coop als auch von Migros ausgeht (vgl. Tabelle 42), auch wenn Coop stillschweigende Exklusivitäten bestreitet.

429. Zusammenfassend kann bezüglich Substituierbarkeit und Exklusivitätsstrategien folgendes festgehalten werden. Vor dem Hintergrund einer ähnlichen Vertriebsstruktur und -netzes und ähnlicher Sortimentstypen, sollten die Absatzkanäle Migros und Coop für Lieferanten grundsätzlich gute Substitute darstellen. Diese Substituierbarkeit muss allerdings aus verschiedenen Gründen relativiert werden. Für Markenprodukthersteller ist Migros nur beschränkt eine Alternative zu Coop, da Migros im Vergleich zu Coop einen sehr viel geringeren Anteil solcher Produkte im Sortiment führt. Für die Einführung neuer (Marken-)Produkte ist Migros wiederum nur teilweise ein Substitut zu Coop, da Migros eher Markenprodukte kopiert als diese neu einführt. Andere Anbieter sind aufgrund einer beschränkten Sortimentsbreite und eines relativ geringen Absatzvolumens keine guten Alternativen zum Absatzkanal Coop. Schliesslich führen stillschweigende oder formelle Exklusivitätsvereinbarungen zu einer Beschränkung der möglichen Absatzkanäle (Vgl. Dispositiv 1.1).

Fazit zur aktuellen Konkurrenz

430. Nach dem Zusammenschluss werden Coop und Carrefour auf allen Beschaffungsmärkten über eine starke Stellung verfügen. Auf allen Märkten ergeben sich Marktanteilsadditionen.

431. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Absatzalternativen der Lieferanten innerhalb des Detailhandels zu beurteilen sind. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben, dass die Substitution zwischen Coop und Migros mit Schwierigkeiten verbunden ist. Zudem ist die Substituierbarkeit zwischen Migros bzw. Coop und den anderen Vertriebskanälen als schwach zu beurteilen. Somit ist die aktuelle Konkurrenz unter den verschiedenen Vertriebskanälen des Detailhandels nach dem Zusammenschluss als ungenügend zu qualifizieren.

432. Im Rahmen des Verfahrens schlugen die Parteien Auflagen vor, welche die dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Weko mindern: Um die Substituierbarkeit zwischen den Absatzkanälen und damit den Wettbewerb zwischen den Detailhändlern beschaffungsseitig zu erhöhen, verpflichtet sich Coop laut Auflage 1 (Dispositiv 1.1) dauerhaft, gegenüber allen Produkte-Lieferanten auf Exklusivität zu verzichten. Zulässig sind jedoch Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt und bei welchem sich Coop an den Kosten der Markteinführung wesentlich beteiligt, oder für einen Hersteller, bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Produkten dieses Herstellers beteiligt. Die verfügte Auflage 1 (Dispositiv 1.1) stellt sicher, dass mit dem Verzicht auf exklusive Vertriebsverträge Lieferanten inskünftig vermehrt über alternative Absatzkanäle verfügen. Der Verzicht auf Exklusivitäten gilt nun für die Migros-Gruppe wie auch für Coop.

B.4.2.2.4 Potenzielle Konkurrenz

B.4.2.2.4.1 Potenzielle Absatzkanäle innerhalb des Detailhandels

433. Vor dem Hintergrund der Markteintritte von Aldi und Lidl in der Schweiz und der damit verbundenen Möglichkeit neuer Absatzkanäle, die – im Falle von Aldi – von zahlreichen Lieferanten schon genutzt werden und – im Falle von Lidl – sich in Kürze ergeben könnten, prüfte das Sekretariat, ob Aldi und/oder Lidl in der Lage sein könnten, sich als gute alternative Absatzkanäle zu etablieren.

434. Hierzu wurden Lieferanten und Branchenverbände danach gefragt, ob Aldi bzw. Lidl kurz- oder längerfristig für die befragten Unternehmen selbst, resp. für alle Lieferanten einer Produktgruppe zu einem Absatzkanal werden könnten, welcher eine valable Alternative zu Carrefour darstellt. Die Lieferanten wurden aufgefordert, diese Frage mit einer Zahl zwischen 1 (valable Alternative) bis 5 (keine Alternative) zu beantworten. Die Antworten sind in Tabelle 43 und Tabelle 44 zusammengefasst.

Tabelle 43: Aldi und Lidl als alternative Absatzkanäle gemäss Antworten Lieferanten

Ist … ein alternativer Absatzkanal zu Carrefour?	Anzahl Antworten	Durchschnitt	Prozentuale Anzahl Antworten für jeden Wert 1: valable Alternative 5: keine valable Alternative				
			1	2	3	4	5
Aldi							
- momentan							
für eigenes Unternehmen	109	4,2	9	6	9	11	65
für alle Unternehmen	105	3,8	4	9	26	30	32
- langfristig							
für eigenes Unternehmen	108	3,8	10	12	11	18	49
für alle Unternehmen	104	3,4	5	15	32	27	21
Lidl							
- in fünf Jahren							
für eigenes Unternehmen	108	4,0	6	6	19	24	45
für alle Unternehmen	106	3,5	4	11	34	30	21
- langfristig							
für eigenes Unternehmen	108	3,7	8	14	18	20	40
für alle Unternehmen	106	3,3	7	19	32	25	18

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Tabelle 44: Aldi und Lidl als alternative Absatzkanäle gemäss Antworten Verbände

Für Aldi	Durchschnitt
Momentan:	3,8
Langfristig	3,3
Für Lidl	
in 5 Jahren	3,4
Langfristig	3,1

Quelle: Erhebungen des Sekretariat.

435. Betrachtet man Tabelle 43 und Tabelle 44, ist die Frage nach Aldi als Absatzalternative zu Carrefour tendenziell zu verneinen. Rund 76 % der Lieferanten antworteten hinsichtlich ihres eigenen Unternehmens mit einem Wert von 4 oder 5 (Durchschnitt: 4,2), d.h. Aldi bildet aktuell keine oder kaum eine valable Alternative für diese Lieferanten. Zu erkennen ist aber durchaus eine leichte Tendenz, dass Aldi langfristig für einige Lieferanten ein valabler alternativer Absatzkanal werden könnte (Durchschnitt: 3,8). Dennoch stellt Aldi für eine Vielzahl der Lieferanten auch langfristig keine valable Alternative dar.Tabelle 44, welche die Antworten der befragten Verbände zusammenfasst, ergibt ein ähnliches, etwas optimistischeres Bild.

436. Hier ist zu berücksichtigen, dass einige Lieferanten möglicherweise strategisch geantwortet und die Frage nach Aldi als mögliche Alternative stärker verneint haben könnten, als es ihrer tatsächlichen Meinung entspricht (vgl. Rz. 90). Allerdings ist die Zugangsmöglichkeit zu Aldi als Abnehmer für die Lieferanten aufgrund der Eigenmarkenstrategie und dem beschränkten Sortiment (ca. 800 Artikel) in der Tat als eher gering einzuschätzen. Das Sortiment von Aldi entspricht – unter Ausklammerung des Bereichs Obst und Gemüse – nur etwa 5 % einer in etwa gleich grossen Migros bzw. Coop-Verkaufsstelle. Im Bereich Obst und Gemüse könnte sich eine bessere Substituierbarkeit abzeichnen, da es hier auf die Frische und Qualität der Produkte ankommt und somit die Regionalität der Produzenten eine grössere Rolle spielt. Aldi könnte insbesondere für diejenigen

Produkte eine valable Alternative zu Carrefour darstellen, bei welchen Aldi auf Schweizer Lieferanten angewiesen ist. Die gilt speziell für die „zollgeschützten" Produkte des Agrarbereichs.

437. Betreffend Lidl als Alternative in fünf Jahren antworteten rund 69 % der Lieferanten mit einem Wert von 4 oder 5. Die Einschätzung, dass Lidl in fünf Jahren eine valable Absatzalternative zu Carrefour darstellt, könnte u.a. auch deshalb so tief ausgefallen sein, da Lidl erst vor kurzem damit begonnen hat, Gespräche mit potenziellen Lieferanten zu führen. Eine gewisse Tendenz ist auch hier vorhanden, dass Lidl langfristig etwas stärker als alternativer Absatzkanal in Betracht gezogen wird. Dass die Lieferanten eher Lidl als Aldi in fünf Jahren eine alternative Rolle spielen sehen, könnte mit mit der Markenstrategie von Lidl zusammenhängen. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass Lidl auch langfristig nur für eine Minderheit der Lieferanten als valable Alternative zu Carrefour in Frage kommt. Tabelle 44, welche die Antworten der befragten Verbände zusammenfasst, ergibt ein ähnliches, eher etwas optimistischeres Bild.

438. Schliesslich ist festzuhalten, dass Aldi und Lidl (nach dem erwarteten Markteintritt) ihre Nachfrage vorwiegend über ein konzerninternes Beschaffungswesen auf internationalen Beschaffungsmärkten befriedigen (werden). Bei Aldi sind lediglich [0–30] % der Lieferanten inländischer Herkunft. Somit sind diese Absatzkanäle – selbst wenn sich die beiden Discounter schneller als erwartet etablieren – für viele Schweizer Lieferanten schwer zugänglich. Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass Lidl seinen Markteintritt frühestens für das Jahr 2009 plant und Aldi mit bislang 57 Filialen[153] volumenmässig noch eine geringe Rolle spielt.

439. Die Parteien machen geltend, dass die Weko im Fall Migros/Denner den Discountern Aldi und Lidl zukünftig eine wichtige Stellung zuschreibt. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb im vorliegenden Verfahren der Nachfrage von Aldi und Lidl bei der Beschaffung faktisch jegliches Potential abgesprochen werde.

440. Hierzu ist anzuführen, dass die Weko Aldi und Lidl im Entscheid Migros/Denner – insbesondere bei der Beschaffung – tatsächlich eine geringere Wichtigkeit zuschreibt als von den Parteien angenommen.[154]

B.4.2.2.4.2 Potenzielle Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels

441. Es mag für Lieferanten gewisser Produktgruppen zutreffend sein, dass nebst den Vertriebskanälen des Detailhandels ausreichend andere Absatzkanäle wie die Gastronomie, der Spezial-/Fachhandel sowie der Export zur Verfügung stehen. Als Beispiel sei der Export für Lieferanten von Süsswaren genannt.[155] Für die meisten Lieferanten stellen die Absatzalternativen ausserhalb des Detailhandels aber kein gutes Substitut zu den Vertriebskanälen im Detailhandel dar, sondern können diese lediglich ergänzen. Dies trifft beispielsweise auch für den Absatzkanal Gastronomie im Getränkemarkt zu (vgl. Rz 92).

442. Grundsätzlich gilt, dass sich der Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels zumeist als schwierig und kostenaufwändig gestaltet und in der Regel kurzfristig nur in Ausnahmen möglich ist (vgl. Rz. 87 ff.). Namentlich ist ein Ausweichen auf den Export kurzfristig selten realisierbar. Um Exportmärkte aufzubauen, ist normalerweise eine Präsenz vor Ort und eine intensive, kostenaufwändige Marktbearbeitung notwendig.[156] Eine besondere Schwierigkeit stellt hier der Aufbau von Geschäftsbeziehungen dar, der laut den befragten Lieferanten in vielen Produktgruppen die gewichtigsten Umstellungskosten generiert (vgl. Rz. 91). Als Besonderheit bleibt auch die Schweizer Nichtzugehörigkeit zur EU anzuführen. Im Vergleich zu Lieferanten aus den europäischen Mitgliedstaaten bestehen bisweilen zusätzliche Hürden und Benachteiligungen, die es für Schweizer Produzenten zu überwinden gilt, um in den EU-Raum liefern zu können.

443. Auch Spezial-/Fachgeschäfte vermögen die Umsatzverluste durch einen möglichen Abbruch der Lieferbeziehung mit Coop/Carrefour für die allermeisten betroffenen Unternehmen nicht zu ersetzen, was insbesondere mit den unterschiedlichen Absatzvolumina zu tun hat.[157]

Fazit zur potenziellen Konkurrenz

444. Aus Sicht der Lieferanten scheint es fraglich, ob Aldi und Lidl sich in den nächsten Jahren als flächendeckende Anbieter etablieren und somit valable Absatzalternativen zu Migros, Coop und Carrefour werden können. Dies entspricht auch dem Ergebnis der Analyse der potenziellen Konkurrenz in Abschnitt B.4.2.1.4.4. Dort wurde festgehalten, dass die potenzielle Konkurrenz wegen der hohen Markteintritts- und Expansionsbarrieren als schwach zu beurteilen ist. Ferner befriedigen Aldi und Lidl (nach dem erwarteten Markteintritt) ihre Nachfrage vorwiegend über ein konzerninternes Beschaffungswesen auf internationalen Beschaffungsmärkten. Es ist festzuhalten, dass Lidl seinen Markteintritt frühestens für das Jahr 2009 plant.

445. Schliesslich ist für zahlreiche Lieferanten ein Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels als schwierig und kostenaufwändig zu beurteilen und in der Regel zumindest kurzfristig nicht möglich. Daraus lässt sich schliessen, dass die potenzielle Konkurrenz die Schweizer Detailhändler auf den Beschaffungsmärkten zumindest während den nächsten Jahren nicht genügend zu disziplinieren vermag.

446. Die verfügte Auflage 1 (Dispositiv 1.1) stellt sicher, dass mit dem Verzicht auf exklusive Vertriebsverträge Lieferanten inskünftig vermehrt über alternative Absatzkanäle, insbesondere auch durch neu in die Schweiz eintretende Detailhändler, verfügen.

[153] Stand: 01.01.2008.
[154] Vgl. Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 198, Rz. 569ff.
[155] Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 590, Rz. 127.
[156] Vgl. Rewe/Meinl EU IV M.1221.
[157] Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 593, Rz. 237.

B.4.2.2.5 Stellung der Marktgegenseite

447. Bei der Analyse der Stellung der Marktgegenseite geht es um die Frage, ob und in welchem Ausmass die Marktgegenseite in der Lage ist, die Verhaltensspielräume der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einzuschränken. Die Stellung der Marktgegenseite hängt von der Struktur der Angebotsseite, von der vertikalen Integration der Detailhändler, der Verhandlungsmacht der Lieferanten sowie von den Abhängigkeitsverhältnissen zwischen Lieferant und Detailhändler ab. Diese Einflussfaktoren sollen im Folgenden analysiert werden.

B.4.2.2.5.1 Struktur der Angebotseite

448. Wie in Rz. 389 erwähnt, weist der Beschaffungsmarkt auf der Nachfrageseite eine hohe Konzentration auf. Nachstehend wird untersucht, ob die Angebotsseite genügend konzentriert ist, um ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu schaffen.

449. Wie im Folgenden gezeigt wird, variiert die Struktur der Angebotsseite je nach Produktgruppe.

Oligopolistische Märkte mit grossen international tätigen Unternehmen

450. Grosse international tätige Unternehmen in oligopolistischen Märkten verfügen meistens über die notwendige Marktmacht, um ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu bilden. Dies im Wesentlichen aus folgenden zwei Gründen:

- Sie produzieren bzw. vertreiben international stark verankerte Markenprodukte (sog. Leadermarken) oder bieten ein Portfolio an, welches solche umfasst.
- Der Umstand, dass es pro Produktgruppe nur wenige solche Unternehmen gibt, führt dazu, dass ein Detailhändler, der ein Vollsortiment anbieten möchte, nur schwerlich auf einen solchen Lieferanten verzichten kann.

Somit sind die Detailhändler und die Hersteller gegenseitig aufeinander angewiesen.

451. Ein oligopolistischer Markt mit grossen international tätigen Firmen wurde namentlich auf den Märkten Körperpflege/Kosmetik (Procter&Gamble, Beiersdorf, Lever-Fabergé) und Tiernahrung (Masterfoods, Vitakraft) festgestellt. Die Angebotsseite scheint in diesen Märkten genügend konzentriert zu sein, um gegenüber den Detailhändlern ein Gegengewicht zu bilden.[158]

Atomistische Angebotsmärkte

452. In atomistischen Märkten hat jeder Lieferant zahlreiche Konkurrenten. Die Produkte solcher Unternehmen sind weitgehend homogen. Deshalb können Hersteller eines Produkts ohne Schwierigkeiten substituiert werden. Im Allgemeinen sind solche Lieferanten nicht in der Lage, eine tatsächliche Gegenmacht zum Detailhandel auszuüben. Diese Marktstruktur trifft insbesondere für die Beschaffungsmärkte Obst/Früchte sowie Gemüse/Salate zu.

Gemischte Märkte

453. In gemischten Märkten gibt es sowohl Grossunternehmen als auch kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Auf solchen Märkten können Grossunternehmen – wie in oligopolistischen Märkten – eine Gegenmacht zur Nachfragemacht des Detailhandels ausüben. KMU hingegen sind hierzu weniger in der Lage, sofern sie nicht auf einem Nischenmarkt tätig sind oder Leadermarken verkaufen. Diese Marktstruktur trifft auf die meisten Produktgruppen zu.

Vertikale Integration und Eigenmarkenstrategie

454. Die vertikale Integration von Coop (vgl. Rz. 391) bewirkt grundsätzlich eine stärkere Verhandlungsposition gegenüber den Lieferanten. Dank eigener Produktionsbetriebe können beispielsweise Herstellungskosten gewisser Produkte, welche Coop selbst produziert, besser eingeschätzt werden und so allfällige Informationsasymmetrien in Verhandlungen reduziert werden.

455. Zudem kann aufgrund der Eigenmarkenstrategie gegenüber Drittlieferanten glaubhafter mit der Drohung einer Produktauslistung Druck ausgeübt werden. Auch eine bevorzugte Behandlung bei der Platzierung von Eigenmarken ist nicht ganz auszuschliessen.

456. In diesem Zusammenhang spielen auch die Listinggebühren eine Rolle. Sie führen nach Aussagen von Lieferanten zu einer Benachteiligung der Markenartikel gegenüber den Eigenmarken. Der Handel messe mit zweierlei Mass, wenn er lediglich die Markenartikel mit Listingpreisen belaste. Dies beeinträchtige die Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller.

457. Die Lieferanten wurden befragt, ob ihrer Meinung nach Eigenmarken von Coop bei der Platzierung im Regal bevorzugt behandelt werden (bei einer möglichen Bewertung dieser Aussage von 1, stimmt völlig, bis 5, stimmt überhaupt nicht). Wie nachfolgende Tabelle aufzeigt, antworteten die Lieferanten im Durchschnitt mit einem Wert von 2,0. Rund 71 % gaben einen Wert von 1 oder 2 bezüglich eine Bevorzugung von Coop an, dagegen nur 10 % eine 4 oder 5. Damit sieht eine deutliche Mehrheit der Lieferanten eine Bevorzugung von Eigenmarken durch Coop als gegeben an. Wie bereits in Rz. 455 erwähnt, können Detailhändler ihre Verhandlungsmacht gegenüber Herstellern erhöhen, wenn sie Eigenmarken anstelle von Markenartikeln absetzen, da ein Wechsel zwischen verschiedenen Herstellern eines bestimmten Eigenmarkenprodukts aus der Sicht des Konsumenten in der Regel weniger einschneidend ist als ein Wechsel zwischen verschiedenen Markenprodukten.

[158] Vgl. auch CoopForte, RPW 2005/1, S. 157, Rz. 80.

Tabelle 45: Behandlung bei der Platzierung von Eigenmarken

Behandlung bei der Platzierung von Eigenmarken	Anzahl Antworten	Durchschnitt	Prozentuale Anzahl Antworten für jeden Wert 1: stimmt völlig 5: stimmt überhaupt nicht				
			1	2	3	4	5
	103	2,0	40	31	19	7	3

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

Einführung neuer Produkte

458. Für einen Hersteller, der ein neues (Marken-) produkt in der Schweiz flächendeckend lancieren möchte, stellt Coop die rentabelste Möglichkeit dar. Bereits seit dem Zusammenschluss Coop/Waro verfügt Coop über eine so starke Stellung, dass sie quasi unabhängig von den Lieferanten entscheiden kann, ob ein Produkt in der Schweiz eingeführt werden kann oder nicht. Diese Problematik wurde in Coop/Waro ausführlich behandelt und Coop hat, um die Bedenken der Weko zu zerstreuen, verbindlich erklärt, ein standardisiertes Verfahren für die Prüfung der Marktchancen von Neuheiten anzuwenden.[159]

459. Mit dem Wegfall von Carrefour verstärkt sich die Stellung von Coop gegenüber den Herstellern von Neuheiten noch weiter. Lieferanten und Promarca befürchten, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben praktisch die letzte Alternative zu Coop für die Einführung neuer Produkte verloren geht. Dank seines grossen Sortiments wurde Carrefour von verschiedenen Lieferanten von Markenartikel als Testmarkt für die Einführung neuer Produkte angesehen (vgl. Rz. 398).

B.4.2.2.5.2 Verhandlungsmacht der Lieferanten

460. Zunächst wird die Verhandlungsmacht der Lieferanten mit derjenigen der Detailhändler verglichen. Anschliessend wird auf die Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller sowie jener der Eigenmarkenhersteller eingegangen.

(i) Vergleich Verhandlungsmacht Lieferanten vs. Detailhändler

461. Im Allgemeinen ist die Position der Lieferanten gegenüber den Detailhändlern aus folgenden Gründen schwächer als die der Detailhändler gegenüber den Lieferanten:

- Der Umsatzanteil, den die Lieferanten mit Detailhändlern erzielen, ist beträchtlich höher als der Umsatzanteil, den Detailhändler mit den Produkten der jeweiligen Lieferanten generieren. So sind die Auswirkungen eines Geschäftsabbruchs für einen Detailhändler in aller Regel gesamthaft gesehen weniger gravierend als für einen Lieferanten.
- Die Umstellungskosten für einen Lieferanten, der den Absatzkanal wechseln muss, sind in der Regel höher als für einen Detailhändler, der den Lieferanten wechseln muss. Dies gilt namentlich dann, wenn den Detailhändlern eine Auswahl alternativer Lieferanten mit genügend Kapazitäten zur Verfügung steht. Kündigt hingegen ein (grosser) Detailhändler den Vertrag mit einem Lieferanten, kann dieser das verlorene Absatzvolumen, zumindest kurzfristig, nur schwerlich durch andere Absatzkanäle ersetzen.

(ii) Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller

462. Die Position der Markenartikelhersteller gegenüber den Detailhändlern wird durch die Stärke der Marke determiniert. Die Stärke eines Markenartikels hängt davon ab, welche Auswirkungen eine fehlende Verfügbarkeit des Artikels für einen Detailhändler hat. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, wie die Endkunden auf die fehlende Verfügbarkeit dieses Produktes reagieren.

463. Gerade bei Lebensmitteleinkäufen ist der Zeitbedarf für die Kunden ein wesentlicher Faktor. Wie bereits in Rz. 55 erwähnt, erwarten die Konsumenten in den Detailhandelsverkaufsstellen ein umfassendes Angebot an Gütern des täglichen Bedarfs (Konzept des „One-Stop-Shopping"). Sollte in einer Verkaufsstelle ein vom Konsumenten nachgefragter Markenartikel nicht vorrätig sein, stellt sich die Frage, ob der Kunde

a) das Produkt in einer Verkaufstelle eines anderen Detailhändlers kauft;

b) ein anderes Marken- oder Eigenmarkenprodukt beim gleichen Detailhändler kauft;

c) auf lange Sicht den Detailhändler wechselt;

d) ganz vom Kauf des Produktes absieht.

464. Die Antwort auf diese Frage hängt von der Stärke der Marke ab.[160] Im Rahmen der Ermittlungen hat das Sekretariat rund 140 Lieferanten die in Rz. 463 erwähnte Frage bezüglich ihrer eigenen Produkte gestellt. Aufgrund der Antworten lassen sich Leadermarken, Nicht-Leadermarken und Mitnahmeprodukte unterscheiden.

465. Leadermarken haben einen grossen Bekanntheitsgrad. Wird ein solches Produkt ausgelistet, werden viele Konsumenten eine Verkaufsstelle eines anderen Detailhändlers aufsuchen, anstatt auf ein Substitut auszuweichen. Dies generiert beim (ursprünglichen) Detailhändler

[159] Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 595, Rz. 145 ff.

[160] Vgl. Buying Power of Multiproduct Retailers, OECD, 1999, S. 78 f. Verfügbar unter http://www.oecd.org/dataoecd/1/18/2379299.pdf [29. Juli 2007].

einen Umsatzverlust, welcher durch die weniger markentreuen Konsumenten, die sich bei fehlender Verfügbarkeit des Markenprodukts für ein Substitut entscheiden, reduziert werden kann. Für den Hersteller der Leadermarke käme es durch den Kaufverzicht der weniger treuen Kunden ebenfalls zu einem Umsatzverlust. Ein Teil davon kann er aber mit den zusätzlichen Verkäufen in anderen Vertriebskanälen kompensieren. Vor diesem Hintergrund ist die Verhandlungsposition der Hersteller von Leadermarken gegenüber jener der Detailhändler in den meisten Fällen als ausgeglichen zu beurteilen.

466. Im Falle einer Auslistung von Nicht-Leadermarken werden die meisten Konsumenten ein anderes Markenprodukt oder eine Eigenmarke kaufen. Gerade Coop und Migros-Eigenmarken stellen infolge ihrer hohen Akzeptanz gute Substitute dar. Aufgrund dieser Substitutionsvorgänge kann der Hersteller den verlorenen Umsatz nicht anderweitig kompensieren. In diesem Fall muss lediglich der Lieferant eine Umsatzeinbusse hinnehmen, wohingegen der Detailhändler den verlorenen Umsatz mit dem Verkauf anderer Markenprodukte und Eigenmarken kompensieren kann. Die Verhandlungsmacht solcher Markenhersteller ist deshalb als schwach zu beurteilen.

467. Mitnahmeprodukte sind Markenartikel, die beim Einkauf der übrigen Güter des täglichen Bedarfs „impulsartig“ in den Einkaufskorb gelangen. Im Falle einer Auslistung solcher Produkte sehen die Konsumenten vom Kauf gänzlich ab, wodurch sowohl der Detailhändler als auch der Hersteller eine Umsatzeinbusse hinnehmen müssen. Der Detailhändler wird diese Umsatzeinbusse aber weniger zu spüren bekommen, weil der Umsatzverlust, gemessen am Verkaufsvolumen, beim Detailhändler infolge seines Vollsortiments erheblich kleiner sein wird als beim Hersteller. Aus diesem Grund haben Hersteller von Mitnahmeprodukten nur eine schwache Verhandlungsmacht gegenüber den Detailhändlern.

468. Bezüglich der Frage in Rz. 463 zeigt sich, dass Hersteller, welche Leadermarken produzieren, tendenziell (a) und (c) angekreuzt haben. Lieferanten, welche eine Palette an Produken offerieren, bieten oft sowohl Leader- als auch Nicht-Leadermarken an und haben entsprechend mehrere Antworten angekreuzt.

469. Zusammenfassend wird die Verhandlungsposition der Markenartikelhersteller von der Stärke der produzierten bzw. vertriebenen Markenprodukte beeinflusst. Während die Verhandlungsposition der Hersteller von Leadermarken gegenüber jener der Detailhändler in den meisten Fällen als ausgeglichen zu qualifizieren ist, wird die Verhandlungsmacht der Lieferanten von Nicht-Leadermarken und Mitnahmeprodukten grundsätzlich als schwach beurteilt.

(iii) Verhandlungsposition der Eigenmarkenhersteller

470. Eigenmarken werden entweder durch Eigenindustriebetriebe oder durch Drittlieferanten hergestellt. Sie dienen gemäss Aussagen von Migros und Coop in erster Linie dazu, sich von den Konkurrenten zu differenzieren.

471. Drittlieferanten, die Eigenmarken herstellen, müssen hierzu in der Regel erhebliche (spezifische) Investitionen – namentlich betreffend die Rezeptur, Produktionsanlagen und Verpackung – tätigen. Diese Investitionen sind risikoreich, weil Hersteller von Eigenmarken einfach zu ersetzen sind. Die Konsumenten würden einen Ersatz von Eigenmarkenlieferanten denn auch kaum wahrnehmen, weil diese gegenüber den Konsumenten nicht sichtbar in Erscheinung treten. Wenn sich eine Eigenmarke einmal etabliert hat, wird diese mit dem Detailhändler assoziiert und nicht mit dem Hersteller.[161] Infolge von Exklusivitäten haben Eigenmarkenhersteller zudem das Problem, dass sie meist nur einen der beiden grossen Detailhändler (Migros oder Coop) beliefern können.

472. Ferner wird die Position von Eigenmarkenhersteller manchmal dadurch geschwächt, dass Coop bei Verhandlungen zur Durchsetzung der gewünschten Konditionen drohen könnte, die fraglichen Produkte durch ihre eigenen Produktionsbetriebe herzustellen.

473. Folglich befinden sich Eigenmarkenhersteller in einer schwachen Verhandlungsposition. Diese Schlussfolgerung gilt allerdings nicht für solche Lieferanten, die nebst der Produktion von Eigenmarken auch starke Markenprodukte führen, wie beispielsweise Hero, BIC, Kimberly-Clark oder Emmi.

474. Zur Stellung der Marktgegenseite bekräftigt Coop, dass sie einen Grossteil des Beschaffungsvolumens von international tätigen Herstellern beziehe, bei denen Coop keine Nachfragemacht ausüben könne.

475. Die Weko anerkennt diese verhältnismässig schwache Nachfragemacht Coops gegenüber international tätigen Grosskonzernen. Die Sorge der Weko gilt denn auch v.a. denjenigen Lieferanten, welche vorwiegend national tätig sind und deren Verhandlungsmacht gegenüber den Marktteilnehmern des Schweizer Detailhandels beschränkt ist.

B.4.2.2.5.3 Abhängigkeitsverhältnisse

476. Im Rahmen der Ermittlungen wurde ebenfalls untersucht, ob Lieferanten durch den Zusammenschluss von Coop individuell abhängig werden bzw. ob allfällig bestehende individuelle Abhängigkeiten verstärkt werden.

477. Dabei wurde auf die im Rahmen der Untersuchung CoopForte[162] entwickelten Kriterien zur Prüfung individueller Abhängigkeiten zurückgegriffen. Die erste Gruppe von Kriterien betrifft die Absatzalternativen und gilt insbesondere für Lieferanten von Markenartikeln. Die zweite Gruppe von Kriterien betrifft spezifische Investitionen und wurde insbesondere für Lieferanten von Eigenmarken erstellt.

478. In der Untersuchung CoopForte wurde nicht explizit festgehalten, ob die beiden Gruppen von Kriterien kumulativ oder alternativ zur Anwendung gelangen.[163] Beim Zusammenschlussvorhaben Denner/Pick Pay wurde hingegen festgehalten, dass die Kriterien alternativ zur Anwendung kommen.[164]

[161] Siehe in der EU: Rewe/Meinl EU IV/M.1221.
[162] CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.
[163] CoopForte, RPW 2005/1, S. 161, Rz. 98.
[164] Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 138, Rz. 57.

479. Die beiden Gruppen von Kriterien A.1 bis A.3 und B.1 bis B.3 lauten wie folgt:

A: Kriterien insbesondere für Lieferanten von Markenprodukten

A.1 Der Lieferant erzielt auf dem Detailhandelsmarkt mehr als 30 % des Umsatzes mit Coop und Carrefour.

A.2 Die Verhandlungsmacht des Lieferanten gegenüber Coop/Carrefour ist nicht ausreichend, um zu verhindern, dass Coop/Carrefour die Bedingungen einseitig durchsetzen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

- der Lieferant kein wichtiger Akteur auf dem Markt ist;
- der Lieferant die Produkte nicht exportieren kann;
- der Lieferant keine Leadermarken oder kein schwer ersetzbares Produktsortiment anbietet.

A.3 Der Lieferant hat nebst Coop und Carrefour keine alternativen Absatzkanäle innerhalb und ausserhalb des Detailhandels. Mit anderen Worten ist seine Existenz gefährdet, wenn er den Absatzkanal Coop/Carrefour innerhalb eines Jahres verlieren würde.

B: Kriterien insbesondere für Lieferanten von Eigenmarken

B.1 Der Lieferant hat für die Absatzkanäle Coop und/oder Carrefour spezifische Investitionen getätigt, beispielsweise im Zusammenhang mit den Eigenmarken der Detailhändler.

B.2 Der Lieferant hat mit Coop und/oder Carrefour keine exklusiven und/oder langfristigen Verträge abgeschlossen, die ihm erlauben, allfällige spezifische Investitionen zu amortisieren.

B.3 Die Umstellungskosten auf andere Märkte oder Absatzkanäle sind so hoch, dass eine Umstellung die wirtschaftliche Existenz des Lieferanten gefährden würde.

480. Damit ein Lieferant als individuell abhängig qualifiziert werden kann, muss er erstens entweder die Kriterien A.1 bis A.3 oder B.1 bis B.3 erfüllen. Zweitens darf die Abhängigkeit keine Konsequenz einer strategischen Entscheidung des Lieferanten sein, die sich im Nachhinein als unvorteilhaft erweist. Mit anderen Worten muss die Abhängigkeit ohne Selbstverschulden des Lieferanten aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten entstanden sein. Ergibt oder verstärkt sich die Abhängigkeit durch ein Zusammenschlussvorhaben, kann es sich allerdings nicht um eine strategische Fehlentscheidung des Lieferanten handeln.

481. Eine durch den Zusammenschluss induzierte individuelle Abhängigkeit kann sich für Lieferanten ergeben, die vor dem Zusammenschluss lediglich Carrefour oder sowohl Carrefour als auch Coop beliefern und die oben genannten Kriterien erfüllen.

482. Im Rahmen des Verfahrens wurden 106 Lieferanten von Coop und Carrefour zum Thema individuelle Abhängigkeiten befragt. Dabei handelt es sich um Grosslieferanten, kleinere Lieferanten sowie Eigenmarkenhersteller von Coop und Carrefour.

483. In der nachfolgenden Tabelle werden die Resultate dieser Befragung wiedergegeben. Die Resultate müssen mit Vorsicht interpretiert werden, da sie auf Angaben basieren, die von der Weko innerhalb der kurzen Verfahrensfrist nicht verifiziert werden konnten. Es ist nicht auszuschliessen, dass einige Lieferanten auf die Fragen strategisch oder fehlerhaft antworteten. Aus diesen Gründen sind die Angaben in Tabelle 46 lediglich als Indikatoren für den Einfluss des Zusammenschlusses auf die Lieferanten zu lesen.

Tabelle 46: Auswertung individuelle Abhängigkeiten

Abhängigkeit vor und nach Fusion	**Anzahl**	**%**
Vor Fusion abhängig von		
(i) Coop	19	18
(ii) Carrefour	11	10
(iii) Coop und Carrefour	1	1
(iv) Total abhängige Lieferanten	31	29
Nach Fusion abhängig		
(v) Durch Zusammenschluss neu abhängig	12	12
(vi) Total von Coop/Carrefour abhängig	43	41
(vii) Durch Zusammenschluss neu von Coop abhängig (ii + v)	23	22
Auswertbare Antworten	106	100

Total: 106 befragte Lieferanten. Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

484. Wie Tabelle 46 aufzeigt, sind nach einem allfälligen Zusammenschluss insgesamt 41 % der Lieferanten von Coop/Carrefour abhängig (vi), gegenüber 29 % vor dem Zusammenschluss (iv). Die Veränderung durch den Zusammenschluss beträgt somit 12 Prozentpunkte (v). Die Veränderung ergibt sich aus Lieferanten, welche vorher mit Coop und Carrefour jeweils weniger als 30 % ihrer Umsätze generierten, durch die Addition beider Umsätze nun aber die 30 %-Schwelle übersteigen. Daneben sind die 10 % der Lieferanten, welche vor der dem Zusammenschluss von Carrefour abhängig waren (ii), nachher neu von Coop abhängig.

485. Der Zusammenschluss führt nicht nur zu einer vermehrten Anzahl Lieferanten, welche abhängig werden, sondern kann zudem zu einer Verstärkung der Abhängigkeit eines Teils der bereits vor dem Zusammenschluss von Coop abhängigen Unternehmen führen, sollten diese ebenfalls Carrefour beliefern.

486. Individuell abhängige Lieferanten haben keine Verhandlungsmacht gegenüber den Detailhändlern, da Coop und Carrefour in der Lage sind, sich von ihnen in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

487. Von den Parteien wird kritisiert, dass bei keinem der befragten Zulieferer, welche eine besondere Abhängigkeit gegenüber Coop geltend machen, eine Verifizierung der Auskünfte vorgenommen wurde. Zudem bemängeln sie, dass bei keinem Zulieferer die Marktkonformität und die Qualität seines Sortiments hinterfragt wurde. Ein solcher Test kann indes unterbleiben, nachdem bereits im Entscheid Coop/Waro derartige Abhängigkeitsverhältnisse bestanden.[165]

488. Des Weiteren fügen die Parteien an, dass bei keinem der Zulieferer die Frage des Selbstverschuldens einer möglichen Abhängigkeit hinterfragt wurde.

489. Hierzu ist einzuwenden, dass die Frage nach einem Selbstverschulden bei der Befragung der Lieferanten explizit gestellt wurde.

490. Gemäss Coop beruht die Abhängigkeitsdiagnose der Weko auf einer fraglichen Auslegung der entsprechenden Bestimmung des Kartellgesetzes (Art. 4 Abs. 2 KG). Zudem weist sie darauf hin, dass in der Vergangenheit und auch in diesem Verfahren keine substantiierten und substantiellen Klagen gegen Coop vorgebracht wurden. Eine Offenlegung der Identität sich gegenüber Coop in Abhängigkeit befindender Lieferanten kann angesichts der Zusagen von Coop jedoch unterbleiben (vgl. Dispositiv 1.2).

Fazit zur Stellung der Marktgegenseite

491. Die Konzentration der Angebotsseite (Lieferanten) variiert je nach Beschaffungsmarkt. Je konzentrierter die Angebotsseite ist, desto eher können die Lieferanten ein Gegengewicht zur Nachfrageseite (Detailhändler) schaffen.

492. Ferner wirkt sich die in gewissen Bereichen vertikale Integration und die Eigenmarkenstrategie von Coop positiv auf ihre Verhandlungsposition gegenüber den Lieferanten aus, weil diese namentlich Informationsasymmetrien reduzieren und die Möglichkeit eröffnen, Drittlieferanten glaubwürdig mit der Auslistung zu drohen.

493. Zudem wurde festgehalten, dass sich die Stellung der Hersteller und Lieferanten je nach produzierten bzw. vertriebenen Produkte unterscheiden kann. Während die Hersteller von Leaderprodukten am ehesten ein Gegengewicht zum Detailhandel bilden können, trifft dies für Hersteller von weniger bekannten Marken und Mitnahmeprodukten sowie für Eigenmarkenhersteller in einem weit geringeren Ausmass zu. Keine Verhandlungsmacht haben individuell abhängige Lieferanten.

494. Weiter ergab die Analyse der Abhängigkeitsverhältnisse, dass sich bereits heute gewisse Lieferanten in einem Abhängigkeitsverhältnis zu Coop und/oder Carrefour befinden und durch den Zusammenschluss möglicherweise weitere Lieferanten unverschuldet in eine solche Situation geraten. Zudem könnten sich bestehende Abhängigkeiten durch den Zusammenschluss verstärken.

495. Insgesamt ist die Stellung der Marktgegenseite – mit Ausnahme international tätiger Unternehmen und grosser schweizerischer Unternehmen, die stark verankerte Markenprodukte oder ein Portfolio anbieten, welches solche umfasst – als schwach zu beurteilen. Durch den Zusammenschluss wird die Marktgegenseite zusätzlich geschwächt, da für die Lieferanten ein Absatzkanal wegfällt. Zusammenfassend hat der Zusammenschluss insbesondere auf vier Gruppen von Lieferanten Auswirkungen. Im Einzelnen:

496. Ein Grossteil der Lieferanten von *Leadermarken* beliefert bereits heute sowohl Coop als auch Carrefour. Selbst wenn ein Lieferant von Leadermarken heute nur einen der beiden Kanälen beliefert, hat er infolge der hohen Akzeptanz seiner Marken auch nach dem Zusammenschluss die nötige Verhandlungsmacht zur Schaffung eines Gegengewichts zu Coop.

497. Für *Markenhersteller, die keine Leaderprodukte führen*, und bisher Carrefour belieferten, nicht aber Coop, könnte der Zusammenschluss den Zugang zum Absatzmarkt bedeutend erschweren.

498. *Eigenmarkenherstellern von Carrefour* droht die Gefahr, nach dem Zusammenschluss durch Coop Eigenmarkenhersteller ersetzt zu werden.

499. Hervorzuheben sind die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens für *Lieferanten, welche ein neues Markenprodukt lancieren möchten*, da mit Carrefour praktisch der einzige alternative Absatzkanal mit einem umfassenden Angebot an Markenprodukten neben Coop wegfällt.

B.4.2.2.6 Zwischenergebnis

500. Infolge der starken Stellung von Coop/Carrefour auf den Beschaffungsmärkten, der Verringerung der Absatzmöglichkeiten sowie der insbesondere aufgrund rechtlicher bzw. faktischer Exklusivitäten grundsätzlich schwachen Substituierbarkeit der Absatzkanäle innerhalb des Detailhandels ist die aktuelle Konkurrenz unter den verschiedenen Vertriebskanälen des Detailhandels nach dem Zusammenschluss als ungenügend zu qualifizieren.

501. Aus Sicht der Lieferanten ist es zudem fraglich, ob sich Aldi und Lidl in den nächsten Jahren als flächendeckende Anbieter etablieren können. Weiter ist für zahlreiche Lieferanten ein Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels als schwierig und kostenaufwändig zu beurteilen. Daraus lässt sich schliessen, dass die potenzielle Konkurrenz die Schweizer Detailhändler

[165] Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 587, Rz. 119ff.

während den nächsten Jahren auf den Beschaffungsmärkten nicht genügend zu disziplinieren vermag.

502. Die Stellung der Marktgegenseite hängt ab von der Konzentration auf den Beschaffungsmärkten sowie der produzierten bzw. vertriebenen Produkte. Hersteller von Leaderprodukten können am ehesten ein Gegengewicht zum Detailhandel schaffen. Dies trifft auf Hersteller von weniger bekannten Marken und Mitnahmeprodukten sowie auf Eigenmarkenhersteller in einem geringeren Ausmass zu. Insgesamt ist die Stellung der Marktgegenseite – mit Ausnahme von Unternehmen, die Leadermarken anbieten – als schwach zu beurteilen (Zunahme der Abhängigkeiten namentlich bei KMU). Soweit es um die Einführung neuer Produkte geht, besteht das Risiko, dass Coop sich unabhängig verhalten kann.

503. Die Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben auf gewissen Beschaffungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung begründet, kann infolge der Auflagen (vgl. Dispositiv) jedoch offen gelassen werden.

B.4.2.2.7 Mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

504. Basierend auf den vorstehenden Erwägungen kommt die Weko in der Analyse der Beschaffungsmärkte zum Schluss, dass die Marktstellung von Coop verstärkt und die Abhängigkeitsverhältnisse vergrössert werden. Die Weko schliesst nicht aus, dass der wirksame Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG dadurch beseitigt werden kann. Die weiterhin bestehenden Absatzkanäle können nämlich keinen hinreichenden Einfluss auf das Verhalten von Coop auf den Beschaffungsmärkten ausüben. Letztlich kann dies infolge der verfügten Auflagen jedoch offen gelassen werden.

B.4.2.2.8 Zusagen der Parteien und deren Beurteilung

505. Die von den Parteien am 12. März 2008 vorgeschlagene Auflage 2 (vgl. Dispositiv 1.2) vermag - nebst dem Verzicht auf Exklusivitäten (vgl. Dispositiv 1.1) - den beschaffungsseitigen Bedenken der Weko Rechnung zu tragen: Coop verpflichtet sich, Lieferanten, die in den Jahren 2005 bis 2007 nachweislich im Durchschnitt mehr als 30 % ihres Umsatzes mit Carrefour erzielt haben („30 %-Lieferanten“), im bisherigen Umfang (Toleranz: 10 % der im Vorjahr abgenommenen Menge) zu behalten, sofern der Lieferant die Produkte entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis (als konkurrenzfähiger Preis gilt der Durchschnittspreis von zwei Konkurrenzofferten) liefert. Listet Coop ein Produkt aus dem Sortiment aus, obwohl der Lieferant bereit ist, das Produkt entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis zu liefern, verpflichtet sich Coop, für den betroffenen 30 %-Lieferanten eine individuelle Lösung zu finden, wenn der 30 %-Lieferant sonst als unmittelbare Folge der Auslistung seine wirtschaftliche Existenz verlieren würde.

506. Im Weiteren hat die Weko in Auflage 5 (vgl. Dispositiv 1.5) zur Kenntnis genommen, dass Coop betreffend die Problematik der Einführung neuer Produkte am 12. März 2008 verbindlich erklärt hat, bei der Prüfung der Marktchancen von Neuheiten ein standardisiertes Verfahren analog zu demjenigen bei Coop/Waro anzuwenden. Gegenstand dieses Verfahren sind - wie von Coop dargelegt und namentlich seit Coop/Waro praktiziert - insbesondere:

- Sämtliche angebotenen und selbstverständlich auch die von Coop initiierten Neuheiten werden ausnahmslos in das standardisierte Prüfungsverfahren einbezogen.
- Der Prüfungsablauf ist für sämtliche Lieferanten und Produkte gleich; er erfolgt nach den Vorgaben des Coop-Category-Managements. Diese Vorgaben werden zu Beginn des Prüfungsprozesses dem betroffenen Lieferanten bekannt gemacht; der Lieferant ist im Rahmen eines Dialogs in das Prüfungsverfahren mit einbezogen.

507. Die Prüfungsergebnisse werden dem Lieferanten in nachvollziehbarer Weise mitgeteilt. Der Lieferant hat Gelegenheit die Prüfungsergebnisse mit den Verantwortlichen des Coop-Category-Managements zu besprechen und im Falle eines negativen Prüfungsergebnisses Gelegenheit, Verbesserungsvorschläge für sein Produkt zu unterbreiten, welche anschliessend von Coop nach den im ursprünglichen Prüfungsverfahren geltenden Bedingungen erneut evaluiert werden.

C ERGEBNIS

508. Die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Coop/Carrefour ergibt, dass der Zusammenschluss auf dem Absatzmarkt des Schweizer Detailhandels eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop und Migros im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG begründen oder allenfalls verstärken würde. Auf den Beschaffungsmärkten würde der Zusammenschluss die Stellung von Coop gegenüber den Herstellern und Lieferanten weiter verstärken.

509. Eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG führt nach Auffassung der Weko in der Regel zur Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Sinne einer Kontrolle wurde vorliegend jedoch geprüft, ob die Marktbeherrschung auf den betreffenden Märkten zu einer möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt. Dies ist sowohl für den Absatzmarkt als auch für die Beschaffungsmärkte nicht auszuschliessen. Eine abschliessende Beurteilung kann aufgrund der verfügten Auflagen unterbleiben.

510. Eine durch den Zusammenschluss bewirkte Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung in vorgenannten Märkten überwiegt, ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht ersichtlich.

511. Gestützt auf den vorstehenden Erwägungen kommt die Weko zum Schluss, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unter den im Dispositiv dargelegten Auflagen zu genehmigen.

D KOSTEN

[...]

E DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangegangenen Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Zusammenschlussvorhaben Coop/Carrefour wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

    1. Coop wird verpflichtet, gegenüber allen Produkte-Lieferanten dauerhaft auf Exklusivität zu verzichten. Zulässig sind jedoch Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt und bei welchem sich Coop an den Kosten der Markteinführung wesentlich beteiligt, oder für einen Hersteller, bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Produkten dieses Herstellers beteiligt.

    2. Coop wird verpflichtet, Lieferanten, die in den Jahren 2005 bis 2007 nachweislich im Durchschnitt mehr als 30 % ihres Umsatzes mit Carrefour erzielt haben („30%-Lieferanten“), im bisherigen Umfang (Toleranz: 10 % der im Vorjahr abgenommenen Menge) zu behalten, sofern der Lieferant die Produkte entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis (als konkurrenzfähiger Preis gilt der Durchschnittspreis von zwei Konkurrenzofferten) liefert. Listet Coop ein Produkt aus dem Sortiment aus, obwohl der Lieferant bereit ist, das Produkt entsprechend den Anforderungen des Coop-Category-Managements und zu einem konkurrenzfähigen Preis zu liefern, verpflichtet sich Coop, für den betroffenen 30%-Lieferanten eine individuelle Lösung zu finden, wenn der 30%-Lieferant sonst als unmittelbare Folge der Auslistung seine wirtschaftliche Existenz verlieren würde.

    3. Coop darf während sechs Jahren in der Schweiz keinen anderen Lebensmittel-Detailhändler erwerben. Als Lebensmittel-Detailhändler gelten: Migros, Denner, Manor, Aldi, Lidl, Spar, Maxi, Volg, Landi, Valrhône/Pam, Magro/Casino.

    4. Coop wird verpflichtet, einen unabhängigen Dritten zu beauftragen, 20'000 m^2 bestehender Verkaufsfläche in besonders problematischen Regionen zu marktüblichen Bedingungen Lebensmittel-Detailhändlern mit weniger als 25 % Marktanteil während [...] Monaten ab Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung zum Erwerb anzubieten und gegebenenfalls zu verkaufen bzw. zu übertragen.

    5. Die Weko nimmt Vormerk davon, dass Coop sich ihr gegenüber verpflichtet hat, den Prozess für die Einführung von Neuheiten sowie analog für die Auslistung öffentlich zugänglich zu machen.

    6. Sollten sich die Verhältnisse im Schweizer Detailhandelsmarkt in wesentlichem Masse ändern, hat Coop das Recht, ab 1. Januar 2010 bei der Weko die Abänderung bzw. die Aufhebung der Auflagen zu beantragen. Als Indiz für eine wesentliche Änderung der Verhältnisse gilt etwa der Nachweis, dass Aldi zusammen mit Lidl in der Schweiz insgesamt mindestens 250 Verkaufsstellen eröffnet haben und in allen Landesteilen vertreten ist bzw. sind. Die Weko ist in ihrem Entscheid in jedem Fall frei.

    7. Eine durch die Weko zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut. Bei Vorliegen von wichtigen Gründen steht Coop bei der Bezeichnung der Revisionsstelle ein Vetorecht zu. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der Weko unter Inkenntnissetzen der Coop jährlich. Die Kosten der Revisionsgesellschaft werden von Coop bezahlt.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können – ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden.

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt [...] werden den Unternehmen Coop und Distributis AG/Distributis Moncor AG zu gleichen Teilen, d.h. je [...], und unter solidarischer Haftung auferlegt.

4. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

[...]

B 2.3	**2. ETA Manufacture Horlogère Suisse SA/Burri SA**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 20. Oktober 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2008

1. Am 17. September 2008 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt die ETA Manufacture Horlogère Suisse SA (nachfolgend: ETA) die uhrenspezifischen Geschäftsbereiche (Décolletageabteilung) – inklusive Personal und der für diese Aktivitäten benötigten Maschinen – von der Burri SA (nachfolgend: Burri) zu übernehmen.

2. In der Verfügung ETA SA Manufacture Horlogère Suisse vom 8. November 2004 (RPW 2005/1, S. 128) hat die Wettebewerbskommission festgestellt, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- eine marktbeherrschende Stellung innehat. Da die zu übernehmende Burri im Décolletage-Markt tätig ist und dieser ein vorgelagerter Markt des Ebauches-Markts ist, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

3. Das meldende Unternehmen ETA in Grenchen ist Teil der Swatch Group SA mit Sitz in Biel. Die ETA SA ist heute schwerpunktmässig vor allem in der Herstellung von fertigen mechanischen Uhrwerken und der Herstellung von fertigen Quarzuhrwerken tätig.

4. Die Zielgesellschaft des zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens Burri mit Sitz in Moutier ist eine Tochtergesellschaft der Ferton Holding SA mit Sitz in Delsberg. Burri ist im Bereich Décolletage et pièces à façon tätig, d.h. sie stellt verschiedenste Kleinteile für die Medizinal- und Automobilindustrie, sowie für die Uhrenindustrie her.

5. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3	**3. Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Oktober 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2008

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Mifroma AG/Emil Dörig Käsehandel AG auf eine Prüfung nach Art. 10 KG zu verzichten.

Der Antrag wird wie folgt begründet:

A SACHVERHALT

1. Am 10. September 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Mifroma AG (nachfolgend: Mifroma) 85 % der Aktien der Emil Dörig Käsehandel AG (nachfolgend: Dörig) zu übernehmen.

2. Das meldende Unternehmen, Mifroma, ist Teil der Migros-Gruppe. Sie beschafft Käse, konfektioniert und packt diesen ab und liefert diesen hauptsächlich an die Migros. Zudem betreibt sie ein Reifungslager zur Veredelung von Gruyère-Käse (sog. Affinage).

3 Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (Migros, Denner), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (Jowa, Micarna, Mifroma, Estavayer Lait, Bischofszell Nahrungsmittel, Chocolat Frey, Midor, Optigal, Mifa, Mibelle, Seba Aproz), den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Hotelplan und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe. Dem Migros-Genossenschafts-Bund kommt innerhalb der Migros die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.

4. Die Zielgesellschaft des zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens, Dörig, gehört den natürlichen Personen Leo Dörig und Urs Dörig. Dörig betreibt in Urnäsch ein Käsereifungslager v.a. für Appenzeller Käse und verkauft diesen in zumeist als ganze, halbe oder geviertelte Laibe an Grossisten. Zudem produziert sie zur Restenverwertung Reibkäse.

5. Migros beabsichtigt mit der Übernahme u.a., ihre Abhängigkeit von der Emmi Käse AG (nachfolgend: Emmi) zu reduzieren und Synergien zu erzielen.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

7. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben beinhaltet den Kauf von 85 % der Aktien von Dörig rückwirkend auf den 1. August 2008. Damit erlangt Mifroma die vollständige Kontrolle über Dörig. Somit stellt die vorliegende Akquisition einen Kontrollerwerb gemäss Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 KG dar.

B.2 Meldepflicht

9. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

10. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG, nicht aber nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. So erzielten die Migros-Gruppe und Dörig weltweit einen kumulierten Umsatz von über CHF 2 Mrd., einen in der Schweiz anfallenden Umsatz von über CHF 100 Mio. erreichte aber lediglich die Migros-Gruppe.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2007, in Mio. CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Migros-Gruppe	22'697	> 100
Dörig	< 100	< 100
Kumuliert	[...]	

11. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

12. Gemäss der Verfügung Migros/Denner (RPW, S. 207, Auflage 4) wurde Migros verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, wobei als relevanter Markt der Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) (Absatzmarkt) festgelegt wurde. Da die zu übernehmende Dörig in der Affinage und – im geringen Ausmass – im Käsegrosshandel tätig ist und diese vorgelagerte Märkte des Detailhandels sind, handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

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

B.3.1 Relevante Märkte

15. Vorliegend werden nur die sachlich relevanten Märkte definiert, in welchen die zu übernehmende Dörig tätig ist oder die diesen Märkten vor- oder nachgelagert sind, sofern Migros in diesen agiert. Es sind dies die sachlich relevanten Märkte, welche die Affinage, die Konfektionierung und den Vertrieb (Grosshandel) von Käse sowie den Detailhandel betreffen.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

16. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

17. In ihrer Stellungnahme zur Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 529 ff.) wies die Weko darauf hin, dass im Käsemarkt in sachlicher Hinsicht einerseits zwischen Herstellungsphasen und andererseits zwischen Märkten für den produzierten Käse unterschieden werden muss. Folgende Herstellungsphasen wurden dabei genannt: Milchproduktion, Käseproduktion (inkl. Schmelzkäse), Affinage, Konfektionierung und Vertrieb. Betreffend Märkte für den produzierten Käse wurden fünf Produktgruppen identifiziert: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse (vgl. auch RPW 2006/2, S. 269, Rz. 63, RPW 2003/4, S. 778 ff.). Affinage fällt nur für Halbhart- und Hartkäse an.

18. Im Käsemarkt sind Unternehmen oft auf mehreren, nachgelagerten Stufen tätig. So sind z.B. die wichtigsten Grosshändler zumeist auch in der Konfektionierung von Käse tätig und betreiben oftmals eine eigene Affinage.

19. Bei gewissen Produktgruppen können nachgelagerte Stufen derart eng miteinander verzahnt sein, dass sie eine einzige Marktstufe darstellen. So wurde bei Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 537, Rz. 51) darauf hingewiesen, dass in der Schmelzkäse-Industrie die Marktstufen Herstellung und Konfektionierung als eine einzige Marktstufe zu betrachten sind. Auch bei gewissen Frisch- und Weichkäsesorten sind diese beiden Marktstufen stark miteinander verbunden.

20. Wie bereits erwähnt (Rz. 18), wird die Konfektionierung von Halbhart- und Hartkäse oftmals vom Grosshändler selbst vorgenommen. Sie ist gemäss Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 537, Rz. 50) kundenspezifisch. So könnte man argumentieren, dass diese beiden Marktstufen einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt darstellen. Letztlich kann aber offen gelassen werden, ob diese Stufen als einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt zu betrachten sind, da unabhängig von der gewählten Einteilung des relevanten Marktes, wie nachfolgend in der Beurteilung aufgezeigt, keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

21. Nebst der Frage, ob gewisse Marktstufen einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt bilden, stellt sich zudem die Frage, ob auf gewissen Marktstufen mehrere Produktgruppen zum gleichen sachlich relevanten Markt zu zählen sind. So machen die Parteien geltend, dass auf der Stufe der Affinage Halbhart- und Hartkäse zum selben relevanten Markt gehören, da für einen Betrieb beim Wechsel auf den einen oder anderen Käsetyp relativ geringe Umstellungskosten entstehen. Ob die Affinage von Halbhart- und Hartkäse einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt bilden oder nicht, kann letztlich aber offen gelassen werden, da der jeweilige kumulierte Marktanteil der beiden Parteien bei der Affinage, unab-

hängig davon, ob Halbhart- und Hartkäse zu einem und demselben Markt gehören, gering sind.

22. Die Parteien machen geltend, dass der konzerninterne Absatz von konfektioniertem Käse nicht zum relevanten Markt hinzugerechnet werden kann. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) wird allerdings das konzerninterne Beschaffungsvolumen bei der Analyse der Beschaffungsmärkte berücksichtigt.[1] So sind Produkte von integrierten und nicht integrierten Produzenten aus Sicht des Detailhändlers Substitute. Damit einher geht, dass z.B. eine Preiserhöhung des Produkts des externen Produzenten dazu führen kann, dass der Detailhändler einen grösseren Anteil beim internen Produzenten bezieht und umgekehrt.

23. Dem Käsemarkt nachgelagert ist der Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, „welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken“ (vgl. Coop/Carrefour, voraussichtlich RPW 2008/4, S. 598. Rz. 55). Dieses Konzept des „One-Stop-Shopping“ wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.[2]

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

24. 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).

25. Die Affinage von Halbhart- und Hartkäse ist gemäss Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 54, Rz. 66–67) aus verschiedenen Gründen, u.a. historischen und ökonomischen, schweizweit abzugrenzen. AOC-geschützte Käsesorten (z.B. Greyerzer) dürfen sogar lediglich in einem regionalen Umkreis gereift werden.

26. Die Konfektionierung von Käse der verschiedenen Produktgruppen findet hauptsächlich im Inland statt und ist gemäss Emmi/SDF (RPW 2003/3, Rz. 69) räumlich ebenfalls schweizweit abgrenzen.

27. Der Vertrieb der Produktgruppen Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse ist gemäss Emmi/SDF (RPW 2003/3, S. 542, Rz. 70–73) u.a. aufgrund des existierenden Grenzschutzes schweizweit abzugrenzen. Gemäss Auskunft von Emmi ist der Käsemarkt zur EU seit dem 1. Juni 2007 vollständig liberalisiert. Deshalb ist nicht auszuschliessen, dass neu die Marktabgrenzung aus Abnehmersicht geographisch europaweit abzugrenzen ist. Letztendlich kann aber die genaue Abgrenzung offen gelassen werden, da selbst bei der engsten räumlichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

28. Aus Sicht der Konsumenten ist der Detailhandelsmarkt lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156, Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.[3] Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (voraussichtlich RPW 2008/4, S. 606 Rz. 112).

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

29. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

30. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben liegt mit dem Detailhandel, in welchem die Migros einen Marktanteil von > 30 % hat, ein betroffener Markt vor. Bei der Konfektionierung hat die Migros einen geschätzten Marktanteil von rund [20–30] %, wobei diese Schätzung aufgrund fehlender Gesamtmarktangaben ungenau ist. Der Marktanteil von Migros dürfte aber unter 30 % liegen. Da Dörig in diesem Bereich nicht tätig ist, liegt somit bei der Konfektionierung kein betroffener Markt vor. Der Marktanteil beim Vertrieb (inkl. betriebsinterne Warenströme) liegt für die Migros bei rund [10–20] %. Dörig ist in diesem Bereich nur marginal tätig (sie verkauft rund [0–10] % ihrer Produktion direkt an den Detailhandel). Somit liegt auch hier kein betroffener Markt vor.

31. Mit dem Detailhandel liegt somit lediglich ein betroffener Markt vor, in dem es aber zu keiner Marktanteilsaddition kommt. Eine Marktanteilsaddition ist lediglich im Markt für Affinage vorzufinden – sofern Halbhart- und Hartkäse zum selben relevanten Markt gezählt werden – und evt. im Bereich der Vertriebs, ohne dass jedoch betroffene Märkte vorliegen. Da aber möglicherweise vertikale Effekte auftreten könnten, wird nachfolgend dennoch eine kurze Übersicht über die wichtigsten Wettbewerber auf den Märkten Affinage, Konfektionierung und Vertrieb gegeben.

[1] Coop/Carrefour, voraussichtlich RPW/2008/4, S. 605, Rz. 98 ff., Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 154 ff., Rz. 224 ff., CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.

[2] Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

[3] Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. z.B.

Promodes/Catteau IV/M.1085, Rz. 14 ; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

Tabelle 2: Marktanteile in den nachgelagerten Märkten im Jahr 2007

Produktemärkte	**Migros**	**Dörig**
Affinage	[0–10] %	[0–10] %
- Halbhartkäse	–	[0–10] %
- Hartkäse	[0–10] %	–
Konfektionierung	< 30 %	–
Vertrieb (inkl. innerhalb eines Unternehmens)	ca. [10–20] %	[0–10] %
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–

Quelle: Angaben der Parteien und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats

32. Emmi ist der klare Marktführer der Schweiz bei der Affinage von Käse im Allgemeinen (vgl. Tabelle 3). Rund [30–40] % des Käses, welcher in der Schweiz affiniert wird, stammt von Emmi. Der zweitgrösste Affineur der Schweiz ist Fromalp AG (nachfolgend: Fromalp), welcher rund [0–10] % des in der Schweiz produzierten Halbhart- und Hartkäses affiniert. Neben Emmi und Fromalp gibt es viele kleinere Wettbewerber, die sich oftmals auf die Affinage einer bestimmte Käsesorte (z.B. Greyerzer) spezialisieren. Auch Mifroma und Dörig affinieren jeweils nur eine einzige Käsesorte.

Tabelle 3: Die wichtigsten Wettbewerber auf den verschiedenen Käse-Produktionsstufen in der Schweiz, 2007

	Wichtigste Wettbewerber im schweizerischen Käsemarkt		
Rang	**Affinage**	**Konfektionierung**	**Vertrieb**
1	Emmi	Emmi	Mifroma
2	Fromalp	Mifroma	Emmi
3	L&D	Fromalp	nicht bekannt
Im Weiteren	viele kleinere Unternehmen	wenige mittelgrosse und viele kleinere Unternehmen	wenige mittelgrosse und viele kleinere Unternehmen

Quelle: Berechnungen des Sekretariats aufgrund Angaben von Wettbewerbern

33. Auch bei der Konfektionierung im Allgemeinen ist Emmi Marktführer (geschätzter Marktanteil: [20–30] %), gefolgt von Migros (rund [20–30] %). Weitere bedeutend kleinere Wettbewerber sind beispielsweise Fromalp, Hardegger Käse (nachfolgend: Hardegger) und Lustenberger & Dürst SA (nachfolgend: L&D). Sowohl Grosshändler als auch Affineure sind in diesem Bereich tätig.

34. Beim Vertrieb von Käse im Allgemeinen kann Migros (Marktanteil: [10–20] %) schweizweit den grössten Umsatz aufweisen, gefolgt von Emmi (Marktanteil: [10–20] %). Daneben sind viele weitere Unternehmen mit einem jeweils deutlich geringeren Marktanteil im Vertrieb von Käse tätig, so Fromage Gruyère SA, Fromalp und L&D.

35. Hauptabnehmer von Dörig sind die Migros- und die Emmi-Gruppe, mit welchen sie insgesamt rund [60–70] % ihres Umsatzes erzielt. Es sind dies auch, wie in Tabelle 3 aufgeführt, die beiden wichtigsten Akteure für die Konfektionierung und den Vertrieb in der Schweiz. Daneben beliefert sie verschiedene Käsegrosshändler und in geringem Ausmass einen Detaillisten.

36. Aufgrund des Zusammenschlussvorhabens erwarten mehrere Lieferanten Mifromas einen Rückgang resp. den Verlust ihrer Lieferungen von Appenzeller Käse an Mifroma. Allerdings stehen diesen Unternehmen ausrei-

chend andere Absatzmöglichkeiten zur Verfügung, so die Lieferung an andere Detailhändler und der Export. Zudem betrifft dieser Rückgang lediglich den Appenzeller Käse und stellt somit nur einen geringen Teil des Marktes für Halbhartkäse im engeren und des Marktes für Käse im Allgemeinen dar. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Käsemarkt in der Schweiz gering sind.

37. Während das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden kann, könnte allerdings ein sukzessiver Aufkauf kleinerer im Käsemarkt tätiger Unternehmen durch die Migros aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – angesichts der Stellung der Migros im nachgelagerten Detailhandelsmarkt – problematisch sein.

B.3.3 Ergebnis

38. Der Zusammenschluss führt lediglich zu geringen Marktanteilsadditionen (auf der Stufe Affinage, sofern Halbhart- und Hartkäse zum selben Markt gezählt werden, sowie im Vertrieb). Gewichtiger sind die vorliegenden vertikalen Beziehungen zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. [...]. Es ist davon auszugehen, dass andere Migros-Lieferanten von Appenzeller Käse dieser zukünftig weniger Appenzeller Käse liefern können. Allerdings stehen den bisherigen Lieferanten von Migros genügend alternative Absatzmöglichkeiten zu Verfügung, so Grosshändler wie Emmi, andere Detaillisten oder der Export ins Ausland.

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

B 2.3	**4. Sunrise/Tele2**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. November 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. November 2008

A SACHVERHALT

1. Am 30. September 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Sunrise Communications AG (Sunrise) und Tele2 Telecommunications AG (Tele2) ein. Gleichentags bestätigte das Sekretariat den Erhalt und forderte am 3. Oktober 2008 zusätzliche Angaben an, welche am 8. Oktober 2008 beim Sekretariat eingingen. Am selben Tag wurde die Vollständigkeit der ergänzten Meldung erklärt. Am 16. Oktober 2008 versandte das Sekretariat Fragebogen an mehrere Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA), um zusätzliche Informationen zur aktuellen Marktsituation zu erhalten.

2. Sunrise gehört zur dänischen Tele Danmark Communications Group (TDC) und ist im Bereich Telekommunikation tätig. Sie wurde 1997 gegründet, ist rechtlich als Aktiengesellschaft eingetragen und hat ihren Sitz in Zürich. Zweck der Gesellschaft ist der Aufbau und der Unterhalt von Telekommunikationsinfrastruktur. Darauf basierend werden Telekommunikations-Dienstleistungen unterschiedlicher Art bereit gestellt. Sunrise wies im Jahre 2007 einen Umsatz von 1'949 Mio. CHF aus. Sunrise ist in der Schweiz tätig.

3. Tele2 ist seit 1998 im Schweizer Markt aktiv und ist rechtlich als Aktiengesellschaft eingetragen. Ihren Sitz hat Tele2 in Zürich. Zweck des zur schwedischen Tele2 gehörenden Unternehmens ist das Angebot von Telekommunikations-Dienstleistungen in den Bereichen Mobilfunk, Breitbanddienste und Festnetz. Im Jahr 2007 belief sich der in der Schweiz erwirtschaftete Umsatz von Tele2 auf 269 Mio. CHF.

4. Sunrise beabsichtigt nach der Übernahme von Tele2 soweit dies fernmelderechtlich möglich ist, diese als eigenständige Tochtergesellschaft weiterzuführen. Der Tele2 Kunde soll von dieser Übernahme nicht tangiert sein. Ebenso soll die Marke Tele2 bis auf weiteres erhalten bleiben. Konditionen bestehender Verträge von Tele2 Kunden sollen beibehalten und die Tele2 Mitarbeiter von Sunrise weiterbeschäftigt werden.

5. Tele2 habe sich in der Schweiz für eine Neuorientierung entschieden. Dies allen voran deshalb, weil die notwendigen Kundenzugänge fehlten und diese nur durch hohe Investitionen („letzte Meile") sichergestellt werden könnten. Ohne diese könnten langfristig auch keine flächendeckenden Festnetz-Dienstleistungen angeboten werden.

6. Bis anhin habe Tele2 einzig Dienstleistungen basierend auf Vorleistungsprodukten von Swisscom weiterverkauft (Carrier Preselection und ADSL). Der damit erwirtschaftete Gewinn sei nicht ausreichend gewesen. Zum Bestehen in diesem Markt würden höhere Margen und Kundenzahlen benötigt, um Investitionen in Infrastruktur und damit verbundene Skaleneffekte sicherzustellen. Nur so könnten die verhältnismässig hohen Fixkosten gedeckt werden.

7. Aus den oben genannten Gründen beabsichtigt Tele2, sich aus der Schweiz zurückzuziehen. Da Sunrise seit längerem National Roaming-Partner im Mobilfunk ist, wurden mit diesem Unternehmen Verhandlungen aufgenommen.

8. Sunrise bietet sich mit dieser allfälligen Übernahme die Möglichkeit, weitere Kundschaft zu akquirieren und dadurch zusätzliche Skaleneffekte zu nutzen. Durch die Übernahme kann Sunrise die Ertragskraft weiter stärken.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

9. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Nach Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

12. Sunrise beabsichtigt die Übernahme von Tele2 mit allen Aktiven und Passiven. Sunrise wird nach einer allfälligen Übernahme Tele2 alleine kontrollieren. Dies ist gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG als Zusammenschluss zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens zwei Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenen Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

15. Werden die Umsatzschwellen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG und nach Art. 3 bis 5 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) erreicht, so liegt ein meldepflichtiger Zusammenschluss vor. Die beiden Unternehmen erzielten im Jahr 2007 folgende Umsätze:

Tabelle 1: Umsätze der beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen

Unternehmen	Umsatz 2007 in Mio. CHF
Sunrise	1’895
Tele2	269
Gemeinsam	2’164

16. Die beteiligten Unternehmen erzielten somit gemeinsam einen Umsatz von über 2 Mrd. CHF, womit der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG erreicht wurde.

17. Im Jahre 2007 erwirtschafteten beide Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von mehr als 100 Mio. CHF (siehe Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Es besteht somit gemäss Art. 9 Abs. 1 KG eine Meldepflicht.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

20. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

B.4.1.1.1. Breitband-Internet-Markt

21. In diesem Markt fragen Endkunden eine Verbindung ins Internet nach. Dabei kann zwischen einer Dial-up- und einer Breitbandverbindung unterschieden werden. Unterschiedlich sind die Bandbreiten dieser beiden Verbindungstypen. Dial-up-Verbindungen nutzen die tiefen Frequenzen des Kupferkabels, Breitbandverbindungen die höheren Frequenzen. Dies erlaubt bei Breitbandverbindungen ein paralleles Telefonieren und Surfen im Internet, was bei Dial-up-Verbindungen nicht möglich ist.

22. Eine genaue Definition, ab welcher Übertragungsrate eine Internetverbindung als breitbandig bezeichnet werden kann, existiert nicht. Die internationale Fernmeldeunion (ITU) definiert ein Dienst oder ein System als breitbandig, wenn die Datenübertragungsrate 2048 kbit/s übersteigt. Bei kleineren Bandbreiten wird von Dial-up-Verbindungen gesprochen. Diese erlauben Geschwindigkeiten bis 56 kbit/s ohne und 128 kbit/s mit ISDN-Modem.

23. Weiter unterscheiden sich die beiden Anschlusstechnologien betreffend Preise. Während bei einer Dial-up-Verbindung jede Minute einzeln verrechnet wird, so ist bei Breitbanddiensten eine monatlich Grundgebühr zu entrichten (Pauschaltarif), welche unabhängig vom zeitlichen Internetgebrauch oder der bezogenen Datenmenge ist (RPW 2008/1, S. 223, Rz. 11 ff.).

24. Der relevante Markt umfasst aus Sicht der Endkunden aus den genannten Gründen den Zugang zu Breitbanddiensten. Zum relevanten Markt gehören die leitungsgebundenen Technologien, welche auf dem Netz und insbesondere der Kupferleitung von Swisscom beruhen (u.a. Bitstream Access, ADSL bzw. BBCS) sowie CATV, PLC und Glasfaser (RPW 2004/4 S. 1270 Rz. 27).

B.4.1.1.2. Festnetz-Telefonie-Markt

25. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebunden Zugängen um einen Festnetzanschluss handelt.

26. Ausgehend von Sprachtelefonie-Dienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz erheblich günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Ebenso lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Anzahl Mobilfunkanschlüsse betreffend Mobilfunkkunden zu keinem signifikanten Rückgang der Anzahl Festnetzkunden geführt hat,[1] was damit zusammenhängen könnte, dass gleichzeitig mit dem Festnetzanschluss oft auch ein (Breitband-)Internetzugang nachgefragt wird.

27. Ausgehend von Festnetzanschlüssen ist zu fragen, welche Anschlüsse geeignet sind, Sprachtelefonie zu übertragen. Das Übertragen von Sprachtelefonie ist ohne Weiteres basierend auf dem ursprünglich dafür konzipierten, mehrheitlich aus Kupferkabel bestehenden Anschlussnetz von Swisscom möglich (i.d.R. plain old telephone service; POTS). Im Folgenden ist zu prüfen, inwiefern insbesondere die internetprotokollbasierte Telefonie, welche über andere drahtgebundene Anschlussnetze übertragen wird, als Alternative angesehen werden kann.

28. Mittels internetprotokollbasierter Telefonie besteht die Möglichkeit über einen Breitbandzugang zu telefonieren. In der Regel wird für internetprotokollbasierte Sprachtelefonie der in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Begriff VoIP (Voice over IP [Internet Protocol]) benutzt. Gewisse VoIP-Anwendungen lassen sich hinsichtlich Sprachqualität mittlerweile mit denjenigen der herkömmlichen Telefonie vergleichen. Dabei können diejenigen VoIP-Anwendungen als Substitute zur herkömmlichen Telefonie betrachtet werden, die bezüglich Zuverlässigkeit, Sprachqualität und eingesetzter Endgeräten (insbesondere Telefon zu Telefon) mit der herkömmlichen Telefonie vergleichbar sind. VoIP wird in der Schweiz mittlerweile bei steigender Popularität von mehreren FDA, darunter auch Kabelnetzunternehmen, angeboten (RPW 2005/3, S. 589, Rz. 18 ff.).

29. Der relevante Markt umfasst aus den genannten Gründen drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie (POTS oder IP-basiert) geeignet sind, wobei im Falle der IP-basierten Übertragung ein Breitbandanschluss notwendig ist (RPW 2005/3, S. 591, Rz. 28).

B.4.1.1.3. Mobilfunk-Markt

30. Im Retail-Markt Mobilfunk fragen Endkunden ein Kommunikationsmittel nach, mit welchem sie eine Verbindung von A nach B sicherstellen können. Aus Sicht der Endkunden unterscheidet sich die Verbindungen von A nach B oder von B nach A nicht betreffend Verwendungszweck. Allenfalls gibt es den Unterschied, dass die finanziellen Folgen bei der anrufenden Person anfallen. Erhält somit ein Mobilfunkteilnehmer einen Anruf, so muss er nichts bezahlen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet; dann kommen sogenannte Roaming-Gebühren zur Anwendung, bei denen auch der angerufene Endkunde in Abhängigkeit von telefonierten Minuten bezahlt (RPW 2008/2, S. 345 Rz. 48 ff.).

31. Marktgegenseite der Endkunden A und B sind Mobilfunkanbieter (MFA), welche die zur Kommunikation notwendige Infrastruktur aufbauen und unterhalten. Dabei kann ein Anruf in Originierung, Transit und Terminierung unterteilt werden. Die von den Endkunden erwirtschafteten Einnahmen kommen den jeweiligen Anbietern von Originierung, Transit und Terminierung zu. Diese drei Leistungen können theoretisch von drei unterschiedlichen FDA erbracht werden, was sich auf den Preis eines Anrufes auswirken kann.

32. Ein Kunde entscheidet sich hauptsächlich wegen folgenden zwei Eigenschaften für einen Mobilfunkvertrag:

- Der Kunde hat im Falle vorhandener Netzabdeckung die Möglichkeit, immer, wann und wo er auch gerade ist, zu telefonieren.

33. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entscheidender Weise von einem Festnetzanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meistens ortsbezogen ist.

34. In ihrer Praxis teilt die Wettbewerbskommission den Mobilfunkdienstleistungsmarkt in zwei Ebenen ein; die Wholesale- und die Retail-Ebene (RPW 2002/1, S. 118 ff.). Beim obigen Zusammenschluss wird hier vorerst nur die Retail-Ebene betrachtet und nachfolgend beim Markt für Mobilfunk-Terminierung die Wohlesale-Ebene.

B.4.1.1.4. Mobilfunk-Terminierungs-Markt

35. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen. Beim Mobilfunk-Terminierungs-Markt handelt es sich um die Terminierung eines Anrufes in das eigene Netz. Dabei ist jede MFA verpflichtet, Anrufe von anderen MFA in ihr eigenes Netz zu terminieren (RPW 2006/4, S. 744, Rz. 49).

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

36. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

37. Breitband-Internet basiert auf dem Festnetz der Schweiz. Dieses ist fernmelderechtlich auf den Schweizer Markt beschränkt. Zudem bieten die FDA der Schweiz ausschliesslich innerhalb der Schweiz Dienstleistungen an. Gleiches gilt somit auch für den Festnetz-Markt.

38. Im Mobilfunkmarkt und in gleicher Weise für den Mobilfunk-Terminierungs-Markt besitzen die Unternehmen nationale Konzessionen, womit sie rechtlich auf ein nationales Angebot in der Schweiz eingeschränkt sind. Des Weiteren bieten die MFA nur schweizweit ihre Dienste an.

39. Die vier abgegrenzten relevanten Märkte können somit räumlich schweizweit abgegrenzt werden.

[1] BAKOM, „Indikatoren zur Entwicklung der Telekommunikation in der Schweiz“, 31.10.2007, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/ S. 5.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

40. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

Tabelle 2: Marktanteile von Sunrise und Tele2; Stand 2007[2]

	Sunrise [%]	Tele2 [%]	Kumulierter [%]
Breitband-Internet-Markt	10,0	3,4	13,4
Festnetz-Telefonie-Markt	11,4	7,6[3]	19,0
Mobilfunk-Markt	18,7	< 0,8	< 19,5
Mobilfunk-Terminierungs-Markt	100,0	100,0	100,0

41. Den Anteilen aus Tabelle 2 ist zu entnehmen, dass einzig der Mobilfunk-Terminierungs-Markt „ein betroffener Markt" im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist. Auch im Mobilfunk-Markt kommen die beiden Unternehmen nach einem allfälligen Zusammenschluss nicht auf die erforderlichen 20 %. Trotzdem werden die vier Märkte nachfolgend vertiefter analysiert.

B.4.2.1 Breitband-Internet-Markt

I. Aktueller Wettbewerb

42. Aus Tabelle 2 wird ersichtlich, dass der kumulierte Marktanteil nach dem allfälligen Zusammenschluss von Sunrise und Tele2 ca. 13,4 % beträgt. Es kann somit gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht von einem „vom Zusammenschluss betroffener Markt" gesprochen werden.

43. In Tabelle 3 sind die Marktanteile der Anbieter von Breitband-Internet via ADSL und via Kabelnetz aufgeführt. Im DSL (Digital Subscriber Line)-Bereich kommt es zu einer Konsolidierung des zweit- und drittgrössten Anbieters; dies führt zu einem kumulierten Marktanteil von 67 % der beiden grössten DSL Anbieter. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob Swisscom und die fusionierte Sunrise den Markt nicht kollektiv beherrschen könnten.

44. Breitband-Internet Anschlüsse von Sunrise und Swisscom werden auch von Cablecom mit Angeboten basierend auf Kabelnetz konkurrenziert. Die unterschiedlichen Technologien führen zu verschiedenen Kostenstrukturen. Dieses Argument erschwert es für Sunrise und Swisscom den Markt kollektiv zu beherrschen. Deshalb kann eher nicht von einer kollektiven Marktbeherrschung ausgegangen werden.

45. Drahtlose Verbindungen kommen nur bedingt als Substitut zu DSL in Frage. Zum einen ist die Ausfallswahrscheinlichkeit infolge äusserer Einflüsse höher und zum anderen sind nur geringere Distanzen mit diesen Technologien machbar.

Tabelle 3: Marktanteile Breitband-Internet

		Swisscom	Cablecom	Sunrise	Tele2	Green	VTX
Marktanteile [%]	DSL	[...]		10,0	3,4	[...]	[...]
	Kabel		[...]				

II. Potenzieller Wettbewerb

46. Zukünftig werden einige neue Akteure basierend auf der Glasfaser-Technologie Breitband-Internet anbieten. Bis auf weiteres sind jedoch erst in einigen Städten Glasfaserkabel bis ins Haus verlegt (Fiber to the Home; FTTH). Sowohl Elektrizitätswerke als auch FDA haben jedoch angekündigt, dass sie in den nächsten Jahren den Ausbau forcieren wollen.

[2] Daten aus BAKOM, „Indikatoren zur Entwicklung der Telekommunikation in der Schweiz", 31.10.2007, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/.

[3] Kundenzahl Festnetz von Tele2, Stand 30. Juni 2008: 305'000; insgesamt Anzahl Festnetzverträge: 4'015'000 (BAKOM, „Indikatoren zur Entwicklung der Telekommunikation in der Schweiz", 31.10.2007).

[4] Siehe bspw. ewz.zürinet, „Das Breitbandnetz für alle", www.stadt-zuerich.ch/internet/ewz/home.html.

III. Zwischenergebnis

47. Im Breitband-Internet-Markt konkurrieren sich Sunrise, Swisscom und einige kleinere Anbieter im DSL-Bereich. Cablecom bietet basierend auf Kabelnetz ebenfalls Breitband Internet-Dienstleistungen an. In naher Zukunft wird den FDA zusätzlich im Bereich Glasfaser-Technologie durch städtische Elektrizitätswerke Konkurrenz erwachsen.

B.4.2.2 Festnetz-Telefonie-Markt

IV. Aktueller Wettbewerb

48. FDA müssen die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen sicherstellen (Carrier Preselection; CPS), wobei die Kommunikationskommission (ComCom) die Einzelheiten unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung und der internationalen Harmonisierung regelt (Art. 28 Abs. 4 FMG). Die Einzelheiten wurden in Art. 9 ff. der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz (ComComV; SR 784.101.112) und im Anhang 2 zur ComComV, Technische und administrative Vorschriften betreffend die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen festgelegt (SR 784.101.112/2).

49. CPS erlaubt es FDA, ohne grosse Eintrittsbarrieren Festnetz-Telefonie anzubieten. In Vergangenheit hat sich jedoch gezeigt, dass ein Verbleiben im Markt eine gewisse Grösse erfordert. Festnetz wird sehr oft im Gesamtpaket mit Breitband-Internet angeboten (2008/1, S. 219, Rz. 39 ff.).

50. Aus Tabelle 2 wird ersichtlich, dass der kumulierte Marktanteil nach dem allfälligen Zusammenschluss von Sunrise und Tele2 19,0 % beträgt. Es kann somit gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auch hier nicht von einem „vom Zusammenschluss betroffener Markt“ gesprochen werden.

51. Swisscom ist in diesem Markt mit 67,6 % (siehe Tabelle 4) dominant. Auch nach dem allfälligen Zusammenschluss würde neben Swisscom und Sunrise auch Cablecom weiterhin als dritter Anbieter mit namhaftem Marktanteil in diesem Markt konkurrieren. Die Kundenzahlen in diesem Markt sind rückläufig.

52. Das konventionelle Telefonieren wird zudem je länger je mehr durch IP-basiertes Telefonieren über Breitband-Internet substituiert. Dies ist billiger und verursacht nur geringe Zusatzkosten, sofern im Hause bereits ein Computer in Betrieb ist. Zusätzlichen Schub wird die IP-Telefonie zukünftig durch die hohen Bandbreiten von Glasfaserinfrastruktur erhalten.

Tabelle 4: Marktanteile Festnetz-Telefonie[5]

	Swisscom	Sunrise	Tele2	Cablecom	andere
Marktanteile [%]	67,6	11,4	7,6	7,2	6,2

V. Zwischenergebnis

53. Obwohl Sunrise mit der allfälligen Übernahme von Tele2 die Position neben Swisscom festigen kann, besteht weiterhin genügend Wettbewerb von Cablecom und anderen kleineren Anbietern. Es gilt weiter festzuhalten, dass die Kundenzahlen der Festnetz-Telefonie rückläufig sind. und der Festnetz-Bereich vor allem vom Mobilfunk-Bereich und von der IP-basierten Internet-Telefonie konkurrenziert wird.

B.4.2.3 Mobilfunk-Markt

I. Aktueller Wettbewerb

54. Auch dies ist kein „vom Zusammenschluss betroffener Markt“ (siehe Tabelle 2). Nach dem allfälligen Zusammenschluss wird sich an der bisherigen Marktkonstellation nichts Wesentliches ändern. Die der Tele2 erteilte Konzession könnte nur mit Einwilligung der ComCom als Konzessionsbehörde auf Sunrise übertragen werden (Art. 24d Abs. 1 FMG). Dadurch besteht für Unternehmen auch zukünftig die Möglichkeit in den Mobilfunk-Markt einzutreten.

55. In den letzten Jahren sind auf dem Mobilfunkmarkt einige neue Produkte der MFA eingeführt worden. Namentlich handelt sich dabei um die Angebote M-Budget, Natel Swiss Liberty, CoopMobile, Orange Optima, Yallo, Aldi Salut, Tele2 Big und Smart Deal. Diese Produkte unterscheiden sich meistens betreffend Preis von den bisherigen Standard Angeboten der MFA und erweitern die Auswahl der Konsumenten.

56. Konsequenz dieses Zusammenschlusses auf den Mobilfunk-Markt wäre jedoch, dass ein Anbieter weniger im Markt wäre und Sunrise ca. 1 % Marktanteil zulegen könnte.

[5] Indikatoren zur Entwicklung der Telekommunikation in der Schweiz, Entwicklungen bis zum 31.12.2007, S. 6, www.bakom.admin.ch /dokumentation/zahlen/00744/00746/

Tabelle 5: Marktanteile Mobilfunk-Markt[6]

	Swisscom	Sunrise	Orange	Tele2
Marktanteile [%]	61,8	18,7	18,7	< 0,8

II. Potenzieller Wettbewerb

57. Mit Eintritten in den Mobilfunkmarkt ist zukünftig eher nicht zu rechnen, da wegen den hohen Infrastrukturkosten eine sehr hohe Markteintrittsbarriere besteht. Mit dem Zusammenschluss könnte die ComCom die Konzession von Tele2 neu vergeben, jedoch müssten interessierte Unternehmen mit dem Bau neuer Infrastruktur hohe Investitionen tätigen, was den Eintritt eines neuen Marktteilnehmers eher unwahrscheinlich erscheinen lässt.

III. Zwischenergebnis

58. Die Marktsituation im Mobilfunkmarkt wird sich nur unwesentlich ändern, da bereits bisher vieles von den drei grossen MFA Orange, Sunrise und Swisscom ausging. Konsequenz ist, dass Sunrise um ca. 1 % wachsen würde und ein Konkurrent weniger vorhanden wäre. Weiterhin besteht jedoch die Möglichkeit eines Marktzutritts, da die Konzession von der ComCom an ein neu eintretendes Unternehmen übertragen werden könnte.

B.4.2.4 Mobilfunk-Terminierungs-Markt

I. Aktueller Wettbewerb

59. In Tabelle 6 sind die mit Mobilfunk-Terminierung generierten Jahresumsätze. Daraus können nicht direkt Marktanteile berechnet werden, da zum einen der Gesamtumsatz dieses Marktes nicht bekannt ist und zum anderen die FDA unterschiedliche Terminierungsgebühren haben, die sie im Verlaufe der Zeit auch immer wieder angepasst haben. Da bereits bisher alle Marktteilnehmer einen Marktanteil von 100 % hatten (RPW 2006/4, S. 744, Rz. 49), bewirkt der allfällige Zusammenschluss diesbezüglich keine Veränderung. Tele2 hatte in Vergangenheit mit Sunrise ein National Roaming Abkommen und deshalb wurden bereits bisher ein Grossteil der Mobilfunkanrufe auf dem Mobilfunknetz von Sunrise terminiert.

Tabelle 6: Mobilfunk-Terminierungs-Umsätze der MFA

	Umsatz Mobilfunk-Terminierung [Mio. CHF]		
	2005	2006	2007
Orange	[...]	[...]	[...]
Swisscom	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]
Tele2	-	[...]	[...]

Quelle: Befragung Unternehmen

II. Zwischenergebnis

60. Auf dem Mobilfunk-Terminierungs-Markt kommt es nur zu marginalen Änderungen.

B.4.3 Ergebnis

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

[6] Indikatoren zur Entwicklung der Telekommunikation in der Schweiz, Entwicklungen bis zum 31.12.2007, S. 8, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/

B 2.3	**5. Airtrust AG/Edelweiss Air AG**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. April 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. April 2008

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Airtrust AG / Edelweiss Air AG auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

A SACHVERHALT

1. Am 14. März 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben der Airtrust AG, Zug (Airtrust) bzw. Swiss International Air Lines AG, Basel (Swiss) und der Edelweiss Air AG, Zürich (Edelweiss) erhalten. Demnach beabsichtigt Airtrust, von Kuoni Reisen AG, Zürich (Kuoni) 100 % der Aktien an der Edelweiss zu übernehmen. Zudem kauft Swiss drei Fluggeräte Airbus A320-214 von der Alp Air Holdings Limited (Alp Air), Jersey. Die Alp Air ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Kuoni Travel Ltd., London. Kuoni Travel Ltd. ihrerseits ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Kuoni. Die Kuoni wiederum ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Kuoni Travel Holding AG, Zürich (Kuoni Travel Holding). Damit erwerben Airtrust/Swiss sämtliche Aktivitäten der Kuoni im Bereich der Beförderung von Flugpassagieren.

2. Die Deutsche Lufthansa AG, Köln (Lufthansa) steht an der Spitze des Lufthansa-Konzerns und ist in den Geschäftsfeldern Passagierbeförderung, Catering, Logistik, Technik, IT-Services und weitere flugbetriebsnahe Bereiche tätig. Im vorliegenden Fall ist die Passagierbeförderung von Bedeutung. Die Lufthansa Passage Airline (LH) ist ein Bereich von Lufthansa, wohingegen Lufthansa CityLine GmbH (LH Cityline) und Air Dolomiti (Dolomiti) 100 %-ige Tochtergesellschaften von Lufthansa sind. Mit Ausnahme der sog. „ad-hoc"-Charter, d.h. sehr kurzfristiges Vermieten von ganzen Flugzeugkapazitäten an Reiseunternehmen oder Privatpersonen, hat weder LH noch LH Cityline und Dolomiti Aktivitäten im Bereich der Direktflüge an Feriendestinationen aus der Schweiz.

3. Weiter hält Lufthansa 49 % der Fluggesellschaft Eurowings AG (Eurowings), die ihrerseits 100 % der Billigfluggesellschaft Germanwings GmbH (Germanwings) hält. Zudem kontrolliert Lufthansa mittels einer Stimmbindungsvereinbarung mit einem Treuhänder von Albert Knauf, dem Hauptaktionär von Eurowings, weitere 1.0001 % Eurowings-Anteile und damit die Eurowings bzw. deren Tochtergesellschaft Germanwings. Weder Eurowings noch Germanwings bieten gemäss Informationen der Parteien Direktverbindungen aus der Schweiz an Feriendestinationen an.

4. Lufthansa hält zurzeit auch noch eine Beteiligung von 24,9 % an Condor Flugdienst GmbH (Condor), welche aber im Rahmen einer Transaktion voraussichtlich im Februar 2010 an Air Berlin übergehen sollen. Auch Condor bietet derzeit aus der Schweiz keine Direktverbindungen an Feriendestinationen an.

5. Darüber hinaus kontrolliert Lufthansa gemeinsam mit Turkish Airlines durch eine Beteiligung von jeweils 50 % Ekspres Havacilik Anonim Sirketi (SunExpress), eine deutsch-türkische Ferien-Fluggesellschaft mit Sitz in Antalya. SunExpress verbindet verschiedene Länder mit den türkischen Flughäfen Istanbul, Antalya und Izmir. So unterhält SunExpress ab Antalya drei wöchentliche Linienflüge nach Basel und vier wöchentliche Linienflüge nach Zürich sowie ab Izmir, einen wöchentlichen Linienflug nach Zürich.

6. Zusammengefasst ergibt sich somit Folgendes: Von den Fluggesellschaften im Lufthansa-Konzern fliegt nebst Swiss nur SunExpress aus der Schweiz direkt an Feriendestinationen. Alle anderen Konzernfluggesellschaften bieten derzeit keine Direktverbindungen aus der Schweiz an Feriendestinationen an, ebenso wenig indirekte Verbindungen aus der Schweiz an Langstreckenferiendestinationen.

7. Zurzeit befindet sich Lufthansa in Gesprächen mit TUI Travel PLC (Tui Travel), einer Tochtergesellschaft des Touristikkonzerns TUI AG (TUI), deren Ziel es ist, die unter der Marke TUIfly zusammengefassten Fluggesellschaften der TUI mit Germanwings und Eurowings unter dem Dach eines Gemeinschaftsunternehmens von Lufthansa und TUI zusammenzuführen. Zunächst müssen diesbezüglich aber eine Due Diligence sowie Detailverhandlungen erfolgen. Der Zusammenschluss bedarf ebenfalls der Freigabe durch die Europäische Kommission.

8. Nachfolgend wird der mögliche Zusammenschluss zwischen Lufthansa und Tui Travel unter dem Vorbehalt von Art. 21 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ausser Acht gelassen.

A.1 Beteiligte Unternehmen und Zusammenschlussvorhaben

9. Die Airtrust ist eine blosse Holdinggesellschaft. Sie wird zu 100 % von der Lufthansa gehalten und hält selbst 100 % der Aktien an Swiss, welche eine schweizerische Fluggesellschaft zur Beförderung von Passagieren, Fracht und Post im In- und Ausland betreibt. Die Swiss ist sowohl im Linien- als auch im Charterfluggeschäft tätig und bedient mit derzeit 71 Flugzeugen (plus 7 Geräte im Wetlease) im Winterflugplan 2007/08 insgesamt 71 (43 europäische und 28 interkontinentale) Destinationen in 42 Ländern.

10. Kuoni gehört zu den führenden Reiseveranstaltern in der Schweiz und in Europa, wobei sie Spezialistin für Reisen aller Art ist und im Segment der Ferienreisen unter verschiedenen Markennamen (u.a. Frantour Suisse SA, Manta Reisen AG etc.) auftritt. In der Schweiz hat Kuoni über hundert Reisebüros sowie fünf Franchise-Partner, welche Kuoni-Produkte wie auch Produkte anderer Reiseveranstalter vertreiben.

11. Edelweiss ist im Bereich Personentransport und dort im Charterflugverkehr tätig und bedient mit derzeit 4 Flugzeugen insbesondere Flugrouten an sog. Warmwasserstandorte („warm water flights“) im Mittelmeerraum, auf den Kanarischen Inseln, am Roten Meer und in Übersee (zurzeit Karibik, Brasilien, Malediven, Sri Lanka und Kenya). In aufkommensschwachen Saisonzeiten vermietet Edelweiss teilweise Flugzeuge, um eine erhöhte Auslastung der Flugzeugkapazitäten zu erzielen.

12. Mit dem Zusammenschlussvorhaben übernimmt Airtrust von Kuoni 100 % der Aktien an Edelweiss und Swiss erwirbt zusätzlich von Alp Air, Tochtergesellschaft von Kuoni (vgl. Ziff. 1) drei Fluggeräte vom Typ Airbus A320-214. Der Leasingvertrag [...] mit Bezug auf das Fluggerät Airbus A330-243 soll auch nach dem geplanten Zusammenschluss bei Edelweiss bestehen bleiben.

13. Weiter treffen Airtrust/Swiss und Kuoni [eine] Kooperationsvereinbarung (Kooperationsvertrag) [...].

14. Kuoni hat [...] die Möglichkeit, die von ihr gewünschte Flugkapazität entweder bei Edelweiss oder [...] bei jedem anderen Anbieter im Markt frei zu erwerben. Edelweiss [...] trägt [...] das volle wirtschaftliche Risiko des Flugbetriebes [und] kann [...] die Sitzkapazitäten über eigene Kanäle vermarkten.

15. [Kuoni und Airtrust/Swiss vereinbaren einen Partnerschaftsvertrag mit Bezug auf Hotelbuchungen.]

A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

16. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ermöglicht es Swiss, im Segment der Ferienflüge zu wachsen und das eigene Flugprogramm u.a. mit neuen Langstreckendestinationen zu ergänzen. [...]

17. Für Edelweiss bedeutet die Integration in Swiss, sich von der Abhängigkeit ihres Hauptkunden Kuoni bis zu einem gewissen Grad zu lösen und durch die Möglichkeit des selbständigen Vertriebs von Sitzplatzkapazitäten zu wachsen. Zudem verspricht sich Edelweiss von der Zusammenarbeit mit Swiss Synergien in der Höhe von [...] v.a. in den Bereichen Bodenabfertigung, Unterhalt und Flugzeugfinanzierung.

18. Durch den Verkauf von Edelweiss kann sich Kuoni der mit dem Betrieb einer Fluggesellschaft verbundenen Risiken entledigen, sowie einen grossen Teil des Auslastungsrisikos auf die Swiss überwälzen. Darüber hinaus hat Kuoni vermehrt die Möglichkeit, Flugleistungen bei anderen Anbietern als Edelweiss zu Marktpreisen einzukaufen. Ziel von Kuoni ist es, sich auf das Kerngeschäft der Reisevermittlung zu konzentrieren.

A.3 Keine Zuständigkeit der Europäischen Kommission

19. Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wurde nicht bei der Europäischen Kommission gemeldet.

20. Gemäss Art. 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen, SR 0.748.127.192.68) sind die Bestimmungen dieses Abkommens in dem Umfang anwendbar, in dem sie den Luftverkehr betreffen.

21. Art. 11 Abs. 1 Luftverkehrsabkommen sieht vor, dass die Organe der EU Art. 8 und 9 Luftverkehrsabkommen anwenden, wobei bei der Zusammenschlusskontrolle das sog. „one-stop-shop-Prinzip“ für die Zuständigkeit gilt.[1] Das heisst, dass die EU alle Unternehmenszusammenschlüsse auf dem Gebiet der Luftfahrt kontrolliert, welche die Schwellenwerte der EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 erreichen und an denen schweizerische Unternehmen beteiligt sind. Unterhalb der Umsatzschwellen bleibt die Wettbewerbskommission weiterhin zuständig für die Beurteilung der Zusammenschlüsse, welche in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes fallen.[2]

22. Im vorliegenden Fall erreichen die beteiligten Unternehmen Airtrust/Swiss und Edelweiss keinen gemeinschaftsweiten Umsatz von jeweils mehr als 250 Mio. EUR (Art. 1 Abs. 2 Bst. b EG-Fusionskontrollverordnung). Es liegt auch kein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 EG-Fusionskontrollverordnung vor, weil u.a. der gemeinschaftsweite Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR nicht übersteigt.

23. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Zuständigkeit der EU-Kommission entfällt. Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission wird im folgenden Abschnitt geprüft.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

24. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

25. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

26. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere

[1] VON BÜREN, Auswirkungen des Luftverkehrsabkommens auf das Wettbewerbsrecht, in: t. cottier/m. oeschger (Hrsg.), BTJP 2002, Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, 2002, S. 71 ff., S. 76.
[2] VON BÜREN, a.a.o.

Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

27. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein, ebenso wie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (vgl. Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU).

28. An Edelweiss ist zurzeit Kuoni zu 100 % beteiligt, wobei durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben sämtliche Aktien der Edelweiss an Airtrust übertragen werden sollen, so dass Airtrust danach die alleinige Kontrolle über Edelweiss hat.

29. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist aufgrund der beschriebenen Eigenschaften als Kontrollerwerb und damit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

30. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

31. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

32. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2006[3] sind in folgender Tabelle aufgeführt:

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF)	**Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)**
Lufthansa	31'229	[> 100][4]
Swiss	[> 100]	[> 100]
Edelweiss	[> 100]	[> 100][5]
Kumuliert	**[> 31'339]**	**[> 200]**

33. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2006 einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken und zwei der beteiligten Unternehmen (Swiss und Edelweiss) erzielten einen Umsatz von je über CHF 100 Mio. in der Schweiz. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Vorbemerkungen

36. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt nur auf Kurz- und Mittelstreckenflügen zu Überschneidungen im Tätigkeitsgebiet der Parteien. Im Bereich Langstreckenflüge an Feriendestinationen überschneiden sich die Aktivitäten der Parteien nicht, da einzig Edelweiss darin tätig ist. Im Segment Luftfracht und Beförderung von Post im In- und Ausland überschneiden sich die Tätigkeiten der Parteien nicht, weil einzig Swiss darin tätig ist.

[3] Obwohl sich grundsätzlich die Schwellenwerte nach dem Umsatz im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss– im vorliegenden Fall somit im Jahr 2007 – richten, wird nachfolgend von den Umsatzzahlen vom Jahr 2006 ausgegangen, da die Jahresabschlüsse von 2007 noch nicht in revidierter Form vorliegen.

[4] Inkl. Swiss.

[5] Es handelt sich hierbei um eine Schätzung von Edelweiss, da keine Statistiken der Umsätze nach Wohnsitz der Kunden geführt werden. Entsprechende Informationen stehen den Reise-Veranstaltern, nicht aber Edelweiss zur Verfügung. Edelweiss schätzt, dass [...] ihrer Kunden Wohnsitz in der Schweiz haben.

37. Die Parteien betonen, dass Marktanteile eine geringe Aussagekraft über die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse haben. Die Preise und Flugpläne werden jeweils zwischen Reiseveranstaltern und Fluggesellschaften im Voraus für eine Saison vereinbart.[6] Der Flugplan und damit die bedienten Destinationen einer Gesellschaft können sich deshalb von Saison zu Saison verändern, wie auch die Marktanteile der Fluggesellschaften.

38. Auch können Reiseveranstalter zur Deckung ihres Sitzplatzbedarfes auf verschiedene Fluggesellschaften zurückgreifen, die Flüge in entsprechende Feriengebiete anbieten. Dementsprechend passen sich Marktanteile auch diesen Gegebenheiten an. Nichtsdestotrotz können Marktanteile insbesondere über die Zeit betrachtet Hinweise auf die Marktpositionen der Fluggesellschaften geben. Gemäss einem Artikel in der NZZ vom 1. April 2008 („Steigender Ölpreis belastet den amerikanischen Luftverkehr", B 9) ist es sogar branchenüblich, den Marktanteilen eine erhöhte Bedeutung beizumessen.

Abgangsort/Bestimmungsort (O&D) Ansatz

39. Gemäss gängiger Rechtsprechung der EU-Kommission werden im Bereich Luftverkehr der sachlich relevante Markt für Personenbeförderungsdienstleistungen aufgrund des „point of origin / point of destination" (O&D)-Ansatzes definiert.[7] Entsprechend diesem Ansatz wird aus Sicht des Kunden jede Kombination eines Ausgangspunktes mit einem Bestimmungsort als separater Markt angesehen. Um festzustellen, ob O&D tatsächlich einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen, wird geprüft, ob und welche Transportalternativen einem Kunden auf dieser Strecke zur Verfügung stehen. In die Betrachtung fliessen nicht nur Direktflüge zwischen den beiden betroffenen Flughäfen ein, sondern sämtliche Transportmöglichkeiten, welche den Direktflug substituieren könnten. Hierzu können Direktflüge zwischen anderen Flughäfen mit überschneidendem Kundeneinzugsgebiet gehören (Austauschbarkeit von Flughäfen), indirekte Flüge zwischen den betroffenen Flughäfen oder andere Transportmittel via Land- oder Seeweg (intermodaler Wettbewerb). Die Substituierbarkeit hängt von verschiedenen Faktoren wie der gesamten Reisedauer, Häufigkeit der Dienstleistungen sowie vom Preis ab, wobei dies für jede Route einzeln festzustellen ist.[8]

40. Obwohl der O&D-Ansatz bislang insbesondere für Linienflüge angewendet wurde, steht einer analogen Anwendung für Charterflüge nichts entgegen, zumal die Strecken, die durch Charterfluggesellschaften bedient werden, in besonderem Mass durch die Nachfrage (Reiseveranstalter und Bedürfnisse der Endkonsumenten) bestimmt sind. Dies ergibt sich aus der Besonderheit des Charterfluggeschäftes, wobei das Flugprogramm nicht einseitig durch die Fluggesellschaft festgesetzt wird, sondern vielmehr Ergebnis eines Planungs- und Abstimmungsprozesses zwischen Reiseveranstaltern und Fluggesellschaften ist. Die Reiseveranstalter wiederum sind abhängig von den Wünschen ihrer Kunden, den Endkonsumenten. Angesichts vorbeschriebener Situation rechtfertigt sich eine analoge Anwendung des O&D-Ansatzes für Charterflüge.

Zeitbewusste und nicht unter Zeitdruck stehende Kunden

41. Die Rechtsprechung der EU-Kommission macht weiter eine Unterscheidung zwischen zeitbewussten Passagieren, die auf grössere Flexibilität angewiesen sind und nicht-zeitabhängigen Passagieren, welche vermehrt auf den Preis als auf die Häufigkeit der Verbindungen achten und auch eine längere Reisezeit in Kauf nehmen. Hauptsächlich Geschäftsreisenden ist es wichtig, dass die Möglichkeit zur Umwandlung eines Tickets besteht und sie schnellstmöglich zu ihrem point of origin zurückkehren können. Deshalb ist für die Wahl auch wichtig, dass eine Fluggesellschaft möglichst viele Verbindungen für dieselbe Route anbietet.[9]

42. Grösstenteils entsprechen die Geschäftsreisenden den zeitbewussten Passagieren, wohingegen Freizeitreisende vermehrt auf die Preise achten, dafür allenfalls weniger Komfort, längere Reisezeiten und niedrigere Flugfrequenzen in Kauf nehmen.[10]

43. Insgesamt kann festgehalten werden, dass zeitbewusste Reisende i.d.R. Geschäftsreisende und nicht unter Zeitdruck stehende Passagiere i.d.R. Freizeitreisende sind.[11] Da Edelweiss primär sog. Warmwasserdestinationen im Charterflugbetrieb bedient und Swiss ebenfalls auf diesem Gebiet tätig ist, sind vom vorliegenden Zusammenschlussverfahren vornehmlich Freizeitreisende betroffen. Deshalb ist in dem vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben keine Unterscheidung zwischen zeitbewussten und nicht unter Zeitdruck stehenden Reisenden nötig. In anderen Fällen hingegen ist getrennte Betrachtung von zeitbewussten und nicht unter Zeitdruck stehenden Reisenden möglich oder notwendig.

Linien- und Charterflüge

44. Die EU-Kommission hat im Entscheid Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007) festgehalten, dass aus Sicht des Endkunden kaum ein Unterschied zwischen einem Platz für einen Linienflug und einem sogenannten dry seat (Einzelplätze in einem Charterflug) besteht.[12] Allerdings wurde im gleichen Entscheid betont, dass sich der Markt für Charterflüge im Bereich Pauschaltouristik von demjenigen für Individualflugverkehr für den Endkunden mit Linienflügen unterscheide, zumal die Nachfrage der Reiseveranstalter der Nachfrage der Endkunden vorgelagert und damit anderen Bedingungen

[6] [...]
[7] U.A. Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004); Lufthansa/Swiss (COMP/M.3770 vom 4. Juli 2005); Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007).
[8] Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 9.
[9] Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 19; Lufthansa/Eurowings (COMP/M. 3940 vom 22. Dezember 2005), Rn. 12.
[10] European Commission, case 34.600 – European Night Services, OJ 1994 L259/20, Rn. 17 ff.; Report of the European Competition Authorities Air Traffic Working Group : Mergers and alliances in civil aviation (EC-Report), Rn. 19.
[11] EC-Report, Rn. 9.
[12] Vgl. Rn. 300.

unterliege (z.B. Einkauf von Grosskontingenten, Preis- bzw. Rabattverhandlungen etc.). Die EU-Kommission kam zum Schluss, dass Charterflüge kein Substitut für Linienflüge darstellen.[13] Allerdings ist zu beachten, dass im vorliegenden Fall nicht die Substituierung von Linienflügen im Zentrum steht. Vielmehr stellt sich die Frage, inwiefern Charterflugdienstleistungen durch Linienflugdienstleistungen ersetzt werden können.

45. Der sachlich relevante Markt wird aus Sicht der Nachfrager abgegrenzt. Charterfluggesellschaften bedienen in erster Linie Reiseveranstalter, vor allem in den populären Segmenten des Auslandsurlaubsmarktes, weshalb auch der Grossteil der Sitzplatzkontingente auf sie entfällt.[14] Die Parteien führen diesbezüglich aus, dass die Kunden von Swiss und Edelweiss im Ferienflugsegment ausschliesslich Reiseveranstalter sind, mit Ausnahme zweier Destinationen (Palma de Mallorca und Thessaloniki), welche von der Swiss auch mit Linienflügen bedient werden.

46. Die Geschäftstätigkeit von Charterfluggesellschaften weist zudem bestimmte Merkmale auf, welche sich von denjenigen für Linienfluggesellschaften unterscheiden. So führen Chartergesellschaften Flüge (i.d.R. ohne Zwischenaufenthalt) zwischen dem Herkunftsland und den Flughäfen in den wichtigsten Urlaubsregionen durch. Die Wahl der Flugroute und die Häufigkeit der Flüge richten sich nach dem Bedarf der Reiseveranstalter. Charterfluggesellschaften passen ihren Flugplan der Nachfrage der Reiseveranstalter bzw. der Endkunden zu bestimmten Zielorten an.[15]

47. Linienfluggesellschaften hingegen bedienen ein Streckennetz, welches vor allem Hauptstädte und wichtige Grossstädte miteinander verbindet. Sie bieten daher nicht unbedingt Direktflüge in Feriengebiete an, welche typisches (Kurzstrecken-) Ziel der Reiseveranstalter sind.

48. Charterfluggesellschaften gehen in der Regel davon aus, dass ein Reiseveranstalter Sitzplatzkontingente für mindestens eine Urlaubssaison erwirbt. Dementsprechend können auch die Reiseveranstalter einen gewissen Druck auf die Preise durch ihre Nachfrage ausüben. Ziel der Reiseveranstalter ist es, Kapazitäten in grösseren Kontingenten und frühzeitig zu erwerben, um die Kosten möglichst niedrig zu halten und um ihren Kunden ein verlässliches Angebot zu sichern.[16]

49. Linienflugplätze legen jedoch i.d.R. ihre Flugpläne recht lange im voraus fest und müssen ihren Kunden auch relativ kurzfristig einen Sitzplatz anbieten können.[17] Kunden von Linienfluggesellschaften legen meistens vermehrt Wert auf die Flexibilität des Flugscheines und die Häufigkeit der Verbindungen.

50. Charterfluggesellschaften bedienen oftmals Destinationen, welche nicht durch Linienfluggesellschaften bedient werden. Zudem erfolgen diese Flüge meist auf einer saisonalen Basis und mit relativ niedriger Frequenz, je nach Nachfrage der Reiseveranstalter.[18]

51. Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass für den vorliegend zu beurteilenden Fall Charterflüge und Linienflüge voneinander abzugrenzen sind.

Direkte vs. indirekte Flüge

52. Ein weiteres Kriterium ist die Frage nach der Substituierbarkeit der Direktflüge durch indirekte Flüge. Die EU-Kommission hat dazu festgehalten, dass dies im Einzelfall entschieden werden muss und auch davon abhängig ist, ob es sich um Kurz- oder Langstreckenflüge handelt.[19] Bei Langstreckenflügen sind Zwischenhalte weniger unvorteilhaft, weil sie im Verhältnis zur Gesamtdauer der Reise weniger ins Gewicht fallen. Die Kommission hat festgestellt, dass indirekte Flüge vom Kunden als Ersatz angesehen werden, sofern sie als Anschlussflüge täglich angeboten werden und sich die Gesamtreisedauer nicht mehr als 150 Minuten verlängert. Ob allenfalls eine Substituierbarkeit durch indirekte Langstreckenflüge möglich ist, muss ebenfalls von Route zu Route festgestellt werden.[20]

53. Endkunden können zu einer Destination auf direktem, meist aber auch auf indirektem Weg fliegen, wobei indirekte Flüge in der Regel sehr viel mehr Zeit in Anspruch nehmen, als direkte Flüge.[21]

54. Entsprechend der Rechtsprechung der EU-Kommission wird unterschieden zwischen Kurz-, Mittel- (innereuropäisch) und Langstreckenflügen (interkontinental), wobei in der Regel indirekte Flüge nur für Langstreckenflüge demselben sachlich relevanten Markt zugeordnet werden können.[22] Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind mehrheitlich Kurz- und Mittelstreckenflüge betroffen, bei welchen davon ausgegangen wird, dass indirekte Flüge keinen Ersatz für Direktflüge darstellen. Bei den Langstreckenflügen werden indirekte Flüge als allfällige Konkurrenz betrachtet.

Intermodaler Wettbewerb

55. Da für sämtliche im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben relevanten Reiserouten durch die Benutzung anderer Transportmittel via See- oder Landweg die gesamte Reisedauer erheblich verlängert würde, kann davon ausgegangen werden, dass im vorliegenden Fall kein anderes Transportmittel das Flugzeug substituieren kann, weshalb alternative Transportmittel vom sachlich relevanten Markt ausgeschlossen werden können.

B.4.1.2 Sachlich relevante Märkte

56. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

[13] Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 311.
[14] Airtours/First Choice (Sache Nr. IV/M.1524), Rn. 35.
[15] Airtours/First Choice (Sache Nr. IV/M.1524), Rn. 35; vgl. Kooperationsvertrag, 3.2.
[16] Airtours/First Choice (Sache Nr. IV/M.1524), Rn. 35 ff.
[17] Airtours/First Choice (Sache Nr. IV/M.1524), Rn. 39.
[18] Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 298.
[19] Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 20 f.; Lufthansa/Swiss (COMP/M.3770 vom 4. Juli 2005), Rn. 17; Lufthansa/Eurowings (COMP/M.3940 vom 22 Dezember 2005), Rn. 11.
[20] Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 20 f.
[21] Ryanair/ Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 288 ff.
[22] Ryanair/ Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 288 ff.; Lufthansa/Swiss (COMP/M. 3770 vom 4. Juli 2005), Rn. 16 f.; Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 20 ff.

57. Da die sich überschneidenden Flugdestinationen der beteiligten Unternehmen mit wenigen Ausnahmen (Island und Finnland) in ausländischen Feriengebieten liegen, sind die Zusammenschlussparteien für diesen Bereich den Ferienfluggesellschaften zuzuordnen. Als Feriengebiete gelten Gebiete, welche mit touristischen Angeboten (Sonne, Strand, Meer) die Endkunden locken.[23]

58. Als Nachfrager dieser Flugdienstleistungen stehen sowohl Swiss als auch Edelweiss einerseits Endkonsumenten (nachfolgend Endkunden) und andererseits Reiseveranstaltern gegenüber. Den Reiseveranstaltern nachgelagert sind ebenfalls die Endkunden. Swiss und Edelweiss stehen sich somit auf der Marktstufe Flugdienstleistungen als Konkurrenten gegenüber.

59. Für die Beurteilung des sachlich relevanten Marktes von Bedeutung sind somit die Absatzmärkte Reiseveranstalter, über welche die Flugdienstleistung an die Endkunden gelangt, sowie die Endkunden selbst.

60. Zusammen mit den Vorbemerkungen führen diese Betrachtungen zu folgenden zwei sachlich relevanten Märkten: Charterflugverkehr für den Bereich Pauschaltouristik und Individualflugverkehr für den Endkunden-Tourismus.

B.4.1.2.1. Charterflugverkehr für den Bereich Pauschaltouristik

61. Das Nachfrageverhalten der Reiseveranstalter zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass Flüge in Feriengebiete typischerweise als Paket zusammen mit anderen Dienstleistungen wie Hotel, Mietwagen u.ä. angeboten werden (sog. Pauschaltouristik). Fluggesellschaften, welche dafür Flugdienstleistungen erbringen, werden als sog. Charter- oder Ferienfluggesellschaften bezeichnet.

62. Im Chartergeschäft wird das Flugprogramm nicht einseitig von den Fluggesellschaften festgelegt, vielmehr erfolgt ein Planungs- und Abstimmungsprozess zwischen Reiseveranstaltern und Fluggesellschaften, wobei Preise und Kontingente i.d.R. pro Saison (Flugperiode) ausgehandelt werden.[24]

63. Die Nachfrage von Reiseveranstaltern unterscheidet sich von derjenigen der Endkunden insofern, als sie z.B. grössere Kontingente von der Fluggesellschaft erwerben wollen und Rabattverhandlungen führen können.

64. Das deutsche Bundeskartellamt fasst Angebote von Linienfluggesellschaften und Charterfluggesellschaften in einem sachlich relevanten Markt zusammen mit dem Argument, dass Reiseveranstalter auf die Angebote der Linienfluggesellschaften zurückgreifen könnten. Billigfluggesellschaften seien hingegen diesbezüglich weniger geeignet, da diese in der Regel Einzelplätze ausschliesslich über das Internet vermarkten.[25] Aus Sicht der Reiseveranstalter ist jedoch irrelevant, ob ein Einzelplatz im Internet oder anderweitig angeboten wird, da sie in jedem Fall wie Endkunden auftreten müssen. Einzelplätze von Linien- oder Billigfluggesellschaften werden für einen Reiseveranstalter tendenziell teurer sein als ein Charterflugsitzplatz, dessen Preis er im Hinblick auf grössere Kontingente vor einer Saison mit der Charterfluggesellschaft aushandelt.

65. In Anlehnung an die Rechtsprechung der EU-Kommission ist der Verkauf von Chartersitzplätzen somit einem anderen Markt zuzuordnen als Linienflugsitzplätze für Endkonsumenten.[26]

B.4.1.2.2. Individualflugverkehr für den Endkunden-Tourismus

66. Die EU-Kommission hat eine Veränderung im Bereich Pauschalreisen festgestellt, wobei vermehrter Wettbewerbsdruck seitens der Billigfluggesellschaften zu verzeichnen sei.[27] Die Parteien merken diesbezüglich an, dass rein quantitativ die im Rahmen einer Pauschalreise getätigte Flugbuchung für Ferienfluggesellschaften weiterhin ein erhebliches Übergewicht gegenüber dem individuell gebuchten Flug habe und sich daher vorderhand nichts daran ändern werde, dass Warmwasserdestinationen überwiegend von Reiseveranstaltern mit fest gebuchten Sitzplatzkontingenten angeflogen werden. Jedoch haben Endkunden vermehrt die Möglichkeit, sich ihre Reise unabhängig von Reiseveranstaltern selbst zusammenzustellen.[28]

67. Endkunden können einerseits auf das Angebot der Linienfluggesellschaften, andererseits aber auch auf die Angebote der Billigfluggesellschaften zurückgreifen. Nebst des selbständigen Zusammenstellens der einzelnen Elemente (Flug, Hotel, Mietwagen, usw.) von verschiedenen Websites, bieten sowohl Fluggesellschaften (z.B. easyjet auf www.easyjet.com oder Airberlin auf www.airberlin.ch) die Möglichkeit, Flug und Hotel in einem Paket zu buchen. Reiseveranstalter ihrerseits bieten sog. Bausteintouristik an, wobei im Gegensatz zur Pauschalreise einzelne Elemente wie Flug, Unterkunft, Mietwagen u.ä. separat angeboten werden (vgl. bspw. Hotelplan www.hotelplan.ch/Reisen/Buchen/SelbstKombinieren/ oder TUI www.tui.ch; beide besucht am 1. April 2008).

68. Für Endkunden, welche sich ihre Reise selbst zusammenstellen, ist insbesondere der Preis zentral für die Auswahl einer Fluggesellschaft. In Bezug auf die Ankunfts- und Abflugszeiten sind sie eher flexibel, jedoch werden auf Kurz- bis Mittelstreckenflügen grundsätzlich ebenfalls Direktflüge vorgezogen.[29]

69. Im Unterschied zu den Reiseveranstaltern, welche über ihre Kontingente einen bestimmten Nachfragedruck auf die Fluggesellschaften ausüben, beeinflussen die Endkunden durch ihr Preisbewusstsein das Angebotsverhalten der Fluggesellschaften.[30]

---

[23] Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes Air Berlin/LTU (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07, Rn. 17.

[24] [...]

[25] Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes Air Berlin/LTU (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07), Rn. 24.

[26] Ryanair/ Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 299 und 311.

[27] Ryanair/ Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 307.

[28] Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes Air Berlin/LTU (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07), Rn. 20.

[29] Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes Air Berlin/LTU (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07), Rn. 21.

[30] Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes Air Berlin/LTU (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07), Rn. 21.

70. Die Parteien beziehen sich auf den Entscheid Air Berlin/LTU des deutschen Bundeskartellamtes (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07), um zu begründen, dass Linien- und Charterflüge einen sachlich relevanten Markt bilden. Das Bundeskartellamt hat in seinem Entscheid ausgeführt, dass Charterfluggesellschaften vermehrt dazu übergehen, Sitzplätze als Einzelsitzplätze am Markt für Linienflüge anzubieten, um eine möglichst hohe Auslastung des eingesetzten Fluggeräts zu erreichen. Aus Sicht der Endkunden seien daher Angebote der Charterfluggesellschaften mit Angeboten der Linienfluggesellschaften und Billigfluggesellschaften austauschbar.[31]

71. Die Parteien führen in ihrer Meldung jedoch an, dass die Kunden beider Fluggesellschaften im Ferienflugsegment ausschliesslich Reiseveranstalter sind und nicht Endkunden. Edelweiss stelle zurzeit keine Tickets direkt an Endkunden aus, der Vertrieb von Einzelplätzen erfolge vollumfänglich im Namen und auf Kosten der Kuoni.

72. Momentan liegen nicht genügend Anhaltspunkte vor, welche in dem vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben eine Zuordnung der Angebote von Linien- und Charterfluggesellschaften zu einem gemeinsamen sachlich relevanten Markt rechtfertigen würden. Sollte sich jedoch ergeben, dass eine Vermischung der Flugangebote tatsächlich stattfindet, müsste gegebenenfalls künftig ein sachlich relevanter Markt für Flugdienstleistungen von Charter- und Linienfluggesellschaften abgegrenzt werden.

73. Zusammenfassend wird somit neben dem Charterflugverkehr für die Pauschaltouristik ein sachlich relevanter Markt für Individualflugverkehr für den Endkunden-Tourismus abgegrenzt.

B.4.1.2.3. Detaillierte O&D-Analyse

74. Für die Auflistung der einzelnen Strecken wird auf die von den Parteien gemachten Angaben abgestellt. Sofern sich zwischen Meldung und BAZL-Daten für das Jahr 2007 Widersprüche ergeben, werden die Zahlen des BAZL herangezogen und dies an entsprechender Stelle vermerkt. Die einzelnen Strecken stellen jeweils eigene sachlich relevante Märkte dar.

75. Gemäss Meldung wurden im Jahr 2007 folgende Strecken von Edelweiss, nicht aber von Swiss bedient:

- Zürich ZRH – Assuan ASW
- Zürich ZRH – Marsa Alam RMF
- Genf GVA – Sharm el Sheik SSH
- Genf GVA – Las Palmas LPA; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Edelweiss diese Strecke bediente.
- Genf GVA – Teneriffa TFS
- Zürich ZRH – Kittila KTT
- Zürich ZRH – Rovaniemi RVN
- Genf GVA – Heraklion HER
- Zürich ZRH – Mikonos JMK
- Zürich ZRH – Skiathos JSI
- Genf GVA – Zakynthos ZTH; gemäss Meldung wurde diese Strecke im Jahr 2007 von Swiss und Edelweiss bedient, wohingegen die BAZL-Daten ergeben, dass nur Edelweiss auf dieser Strecke tätig war.
- Zürich ZRH – Lesbos MJT
- Genf GVA – Kos KGS; gemäss Parteiangaben hat weder Edelweiss noch Swiss diese Destination im Jahr 2007 bedient, die BAZL-Daten ergeben jedoch, dass Edelweiss diese Strecke beflogen hat.
- Genf GVA – Rhodos RHO; gemäss Parteiangaben hat weder Edelweiss noch Swiss diese Destination im Jahr 2007 bedient, die BAZL-Daten ergeben jedoch, dass Edelweiss diese Strecke beflogen hat.
- Zürich ZRH – Reykjavik KEF
- Zürich ZRH – Cagliari CAG
- Genf GVA – Cagliari CAG; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Edelweiss diese Strecke bediente.
- Genf GVA – Sardinien OLB; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Edelweiss diese Strecke bediente.
- Zürich ZRH – Catania CTA; gemäss Meldung wurde diese Strecke von Swiss und Edelweiss bedient, wohingegen die BAZL-Daten ergeben, dass nur Edelweiss diese Strecke bediente.
- Genf GVA - Pristina PRN
- Genf GVA - Djerba DJE
- Zürich ZRH – Varadero VRA
- Zürich ZRH – Holguin HOG
- Zürich ZRH – Punta Cana PUJ
- Zürich ZRH – Puerta Plata POP
- Zürich ZRH – Male MLE
- Zürich ZRH – Cancun CUN
- Zürich ZRH – Colombo CMB
- Zürich ZRH – Fortaleza FOR
- Zürich ZRH – Salvador da Bahia SSA
- Zürich ZRH – Mombasa MBA

76. Gemäss Meldung wurden im Jahr 2007 folgende Strecken von Swiss, nicht aber von Edelweiss bedient:

- Basel BSL - Hurghada HRG
- Zürich ZRH – Menorca MAH
- Genf GVA – Palma de Mallorca PMI
- Zürich ZRH – Reus REU
- Zürich ZRH - Jerez de la Frontera XRY

[31] Entscheid des deutschen Bundeskartellamtes Air Berlin/LTU (Beschluss vom 7. August 2007, Rs. B9-69/07), Rn. 22 ff.

- Basel BSL – Heraklion HER
- Basel BSL – Kos KGS
- Zürich ZRH – Rhodos RHO; gemäss Meldung wurde diese Strecke von Swiss und Edelweiss bedient, wohingegen die Zahlen des BAZL aufzeigen, dass nur Swiss diese Strecke beflogen hat.
- Zürich ZRH – Patras GPA
- Basel BSL – Rhodos RHO
- Genf GVA – Reykjavik KEF
- Genf GVA – Kittila (Finnland) KTT; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss diese Strecke bediente.
- Genf GVA – Agadir AGA; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss diese Strecke bediente.
- Basel BSL – Sardinien OLB
- Zürich ZRH – Faro FAO
- Zürich ZRH – Antalya AYT
- Zürich ZRH – Ibiza IBZ
- Basel BSL – Lamnezia Terme SUF; diese Strecke wurde in der Meldung nicht aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss diese Strecke bediente.
- Basel BSL – Monastir MIR; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss diese Strecke bediente.
- Basel BSL – Djerba DJE; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss diese Strecke bediente.
- Basel BSL – Korfu CFU; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss diese Strecke bediente.

77. Gemäss Meldung wurden im Jahr 2007 folgende Strecken von Swiss und Edelweiss bedient:

- Zürich ZRH – Larnaca LCA
- Zürich ZRH - Hurghada HRG
- Genf GVA - Hurghada HRG
- Zürich ZRH – Luxor LXR
- Zürich ZRH – Sharm el Sheik SSH
- Zürich ZRH – Lanzarote ACE
- Zürich ZRH – Fuerteventura FUE
- Zürich ZRH – Las Palmas LPA
- Zürich ZRH – Teneriffa TFS; gemäss Parteiangaben soll allein Edelweiss diese Destination im Jahr 2007 bedient haben, die BAZL-Daten ergeben jedoch, dass sowohl Swiss als auch Edelweiss diese Strecke beflogen haben.
- Zürich ZRH – Palma de Mallorca PMI
- Zürich ZRH – Korfu CFU
- Zürich ZRH – Heraklion HER
- Zürich ZRH – Kos KGS
- Zürich ZRH – Thessaloniki SKG
- Zürich ZRH – Thira-Santorini JTR; gemäss Meldung wird diese Strecke nur von Edelweiss beflogen. Die BAZL-Daten zeigen jedoch, dass sowohl Swiss als auch Edelweiss diese Strecke bedienten.
- Zürich ZRH – Zakynthos ZTH; diese Strecke wurde nicht in der Meldung aufgeführt, aus den BAZL-Daten ist jedoch ersichtlich, dass Swiss und Edelweiss diese Strecke bedienten.
- Zürich ZRH – Sardinien OLB
- Zürich ZRH – Agadir AGA
- Zürich ZRH – Marrakech RAK
- Zürich ZRH – Pristina PRN
- Zürich ZRH – Djerba DJE
- Zürich ZRH – Monastir MIR
- Genf GVA - Monastir MIR
- Zürich ZRH – Bodrum BJV

78. Gemäss Meldung wird die Strecke Basel BSL - Antalya AYT von Swiss bedient, wohingegen die Daten des BAZL aussagen, dass keine der beiden Fluggesellschaften diese Strecke im Jahr 2007 beflogen hat.

79. Gemäss Meldung wird die Strecke Genf GVA - Antalya AYT von Swiss bedient. Die Zahlen des BAZL sagen jedoch aus, dass keine der beiden Fluggesellschaften diese Strecke im Jahr 2007 beflogen hat.

80. Gemäss Meldung wird die Strecke Zürich ZRH – Izmir ADB von Swiss bedient. Die Zahlen des BAZL zeigen jedoch, dass weder Swiss noch Edelweiss diese Strecke im Jahr 2007 beflogen haben.

81. Gemäss Meldung wird die Strecke Basel BSL – Izmir ADB von Swiss bedient. Die Zahlen des BAZL sagen jedoch aus, dass weder Swiss noch Edelweiss diese Strecke im Jahr 2007 bedient haben.

B.4.1.3 Räumlich relevante Märkte

82. 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).

B.4.1.3.1. Charterflugverkehr für Pauschalreisetouristik

83. Die Marktgegenseite im Markt Charterflugverkehr für Pauschalreisetouristik sind die Reiseveranstalter. Die EU-Kommission grenzt den Markt für Charterflugverkehr in gängiger Rechtsprechung national ab.[32] Für ein klei-

[32] Karstadtquelle/Mytravel (COMP/M.4601 vom 4. Mai 2007), Rn. 44 f.; TUI/First Choice (COMP/M.4600 vom 4. Juni 2007), Rn. 58 f.

nes Land wie die Schweiz ist eine solche Betrachtungsweise jedoch nicht sachgerecht. Reiseveranstalter haben durchaus die Möglichkeit, ihren Bedarf durch ausländische Chartergesellschaften zu decken, weshalb das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite, i.c. die Reiseveranstalter, die den sachlichen Markt umfassenden Leistungen nachfragt, international, zumindest aber europaweit abzugrenzen ist. Eine genaue räumliche Marktabgrenzung kann hier jedoch offengelassen werden, da auch bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung auf Europa das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wettbewerbsrechtlich unbedenklich bleibt.

B.4.1.3.2. Individualflugverkehr für den Endkunden-Tourismus

84. In Übereinstimmung mit dem Ansatz der EU-Kommission wird für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes von einer Einzelstreckenbetrachtung ausgegangen, wobei entsprechend der Rechtsprechung der EU-Kommission berücksichtigt wird, dass sich der Abflug- oder Zielort auf mehrere Flughäfen erstrecken kann.

85. Bei der Frage nach der Ersetzbarkeit unterschiedlicher Flughäfen müssen sowohl die Angebots- als auch die Nachfragerseite betrachtet werden. Nachfrager bzw. Endkunden, die ihre Reise im Einzugsgebiet zweier oder mehr Flughäfen beginnen oder beenden, können wählen zwischen den beiden Flughäfen. Dies kann die Konkurrenz zwischen den Fluggesellschaften erhöhen, sofern die verschiedenen Flughäfen auch von unterschiedlichen Fluggesellschaften bedient werden. Allerdings muss eine genügend grosse Anzahl von Endkunden in überschneidenden Einzugsgebieten leben, ansonsten sind sie für die Fluggesellschaften bei der Preisfestsetzung unbeachtlich. Zudem besteht ein Zusammenhang zwischen der zusätzlichen Reisezeit, welche Endkunden bereit sind aufzubringen, um zu einem anderen Flughafen zu gelangen und der Gesamtdauer der Reise. Daraus folgend ergibt sich, dass für europaweite Flüge die Einzugsgebiete für Flughäfen eher klein sind wohingegen sie bei Langstreckenflügen eher grösser sind.[33] Die EU-Kommission wendet die Faustregel an, dass alle Flughäfen, die vom gegebenen Stadtzentrum maximal 100 km oder 1 Stunde Fahrt entfernt liegt, einem sachlich relevanten Markt zugeordnet werden können.[34]

86. Aus Sicht der Fluggesellschaften kann jedoch ein anderes Bild entstehen, da diese bei der Auswahl der Flughäfen insbesondere auf die Infrastruktur des Flughafens oder auf das Kundeneinzugsgebiet und die Konkurrenzsituation achten.[35] Aus der Substituierbarkeit zweier Flughäfen aus Sicht der Nachfrager kann demnach keine Substituierbarkeit aus Sicht der angebotsorientierten Nachfrager abgeleitet werden. Die Sicht der Nachfrager ist entscheidend für die Definition des sachlich relevanten Marktes, wobei die Sichtweise der Fluggesellschaften allenfalls bei der Marktbeurteilung einfliessen kann.[36]

87. Die Distanz zwischen den zwei Stadtzentren Zürich und Basel beträgt ungefähr 83 Kilometer. Eine Autofahrt zwischen den zwei Stadtzentren dauert ungefähr eine Stunde. Für dieselbe Strecke ist für eine Zugreise ebenfalls mit einer Fahrdauer von ungefähr 1 Stunde zu rechnen. Folglich liegt die Distanz zwischen den zwei Stadtzentren Zürich und Basel sowie die entsprechende Wegzeit gerade an der Grenze zu dem, was die EU-Kommission für Flughäfen dem gleichen sachlich relevanten Markt zuordnet. Deshalb erstreckt die Wettbewerbskommission in dem vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben den sachlich relevanten Markt nicht über die zwei Flughäfen Zürich (ZRH) und Basel (BSL). Allerdings trägt die Wettbewerbskommission diesem Grenzfall insofern Rechnung, dass Flüge ab ZRH zu Flügen ab BSL potentielle Konkurrenz darstellen können und umgekehrt. Jedoch stellen Flüge ab Genf keine potentielle Konkurrenz zu Flügen ab Zürich oder Basel dar und umgekehrt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Vorbemerkungen

88. Die Lufthansa hält u.a. 49 % der Fluggesellschaft Eurowings AG (Eurowings), die ihrerseits 100 % der Billigfluggesellschaft Germanwings GmbH (Germanwings) hält. Zudem kontrolliert Lufthansa mittels einer Stimmbindungsvereinbarung mit einem Treuhänder von Albert Knauf, dem Hauptaktionär von Eurowings, weitere 1.0001 % Eurowings-Anteile und damit die Eurowings bzw. deren Tochtergesellschaft Germanwings.

89. Zurzeit befindet sich Lufthansa in Gesprächen mit TUI Travel PLC (Tui Travel), einer Tochtergesellschaft des Touristikkonzerns TUI AG (TUI), deren Ziel die Zusammenführung der unter der Marke TUIfly zusammengefassten Fluggesellschaften der TUI mit Germanwings und Eurowings unter dem Dach eines Gemeinschaftsunternehmens von Lufthansa und TUI ist. Zunächst müssen diesbezüglich aber eine Due Diligence sowie Detailverhandlungen erfolgen. Der Zusammenschluss bedarf ebenfalls der Freigabe durch die Europäische Kommission.

90. Die Parteien weisen darauf hin, dass Marktanteile im Chartergeschäft nur über eine beschränkte Aussagekraft verfügen, da das Flugprogramm Ergebnis eines Planungs- und Abstimmungsprozesses zwischen Reiseveranstaltern und Fluggesellschaften ist und nicht einseitig durch die Fluggesellschaften festgelegt wird. Preise und Kontingente werden in der Regel pro Saison (Flugplanperiode) mit den Fluggesellschaften ausgehandelt, weshalb für den Wettbewerb insbesondere das Bestehen von glaubwürdigen Anbietern von Flugdienstleistungen mit wettbewerbsfähigen Produkten entscheidend sei.

B.4.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

91. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder

[33] Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 24 ff.; Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 69 ff.
[34] Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 82 ff.
[35] Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004), Rn. 26; Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 69.
[36] Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007), Rn. 282 ff.

mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

92. Zur Bestimmung der Marktanteile von Swiss und Edelweiss ersuchte die Wettbewerbskommission das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) um Passagierzahlen. Auf dieses Ersuchen hin überwies das BAZL der Wettbewerbskommission Daten über die Passagierzahlen auf bestimmten Destinationen für die Jahre 1998 bis 2007. Bei den gelieferten Zahlen handelt es sich um Ankünfte und Abflüge. Die Daten des BAZL enthalten die Passagierzahlen einzeln für bestimmte Destinationen und ausgehend von den Flughäfen Genève, Bern-Belp, Zürich, Basel-Mulhouse, St. Gallen-Altenrhein und Lugano-Agno. Beispielsweise geben die Daten die Passagierzahlen für die Strecke von Zürich nach Fuerteventura an. Zudem weisen die Daten für alle Strecken die Anzahl Passagiere aus, welche die Fluggesellschaften auf den jeweiligen Strecken transportierten. Schliesslich unterteilen die BAZL-Daten die Passagierzahlen nach Charter- und Linienflug. Dementsprechend geben die BAZL-Daten für jede Strecke den Fluggrund Charterflug oder Linienflug an. Eine Unterscheidung zwischen Passagieren mit einem Linienflugsitz und Passagieren mit einem Charterflugsitz ist gemäss BAZL jedoch nicht in jedem Fall eindeutig.

93. Mit den BAZL-Daten berechnet die Wettbewerbskommission Streckenanteile für jede Fluggesellschaft und jede Strecke einzeln. Zudem erfolgt die Berechnung der Streckenanteile getrennt nach Charter- und Linienflug. Zur Berechnung der Anteile bildet die Wettbewerbskommission für jedes Jahr den Quotienten aus der Anzahl von einer Fluggesellschaft transportierten Passagiere und dem Total aller auf einer bestimmten Strecke transportierten Passagiere. Diese mit den BAZL-Daten errechneten Streckenanteile dienen als proxy für die Marktanteile der Fluggesellschaften. Folgende Tabelle 1 enthält die Marktanteile, welche mittels der errechneten Streckenanteile bestimmt werden.

Tabelle 1: Sämtliche Märkte Kurz- und Mittelstrecken

	Marktanteil Edelweiss Charterflug in %	**Marktanteil Swiss Charterflug in %**	**Total Charter in %**	**Marktanteil Edelweiss Linienflug in %**	**Marktanteil Swiss Linienflug in %**	**Total Linienflüge in %**
Genf GVA-Palma de Mallorca PMI	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Sharm el Sheik SSH	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[60-80 %]	[0-20 %]	[60-80 %]
Genf GVA-Las Palmas LPA	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]
Genf GVA-Teneriffa TFS	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Genf GVA-Heraklion HER	[70-90 %]	[0-20 %]	[70-90 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Zakynthos ZTH	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Kos KGS	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Genf GVA-Rhodos RHO	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Pristina PRN	[50-70 %]	[0-20 %]	[50-70 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Cagliari CAG	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Sardinien OLB	[70-90 %]	[0-20 %]	[70-90 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Djerba DJE	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Reykjavik KEF	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

	Marktanteil Edelweiss Charterflug in %	Marktanteil Swiss Charter-flug in %	Total Charter in %	Marktanteil Edelweiss Linienflug in %	Marktanteil Swiss Linien-flug in %	Total Linienflüge in %
Genf GVA-Kittila KTT	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]
Genf GVA-Hurghada HRG	[50-70 %]	[20-40 %]	[80-100 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Genf GVA – Agadir AGA	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Monastir MIR	[10-30 %]	[20-40 %]	[30-50 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Hurghada HRG	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Heraklion HER	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Kos KGS	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Rhodos RHO	[0-20 %]	[50-70 %]	[50-70 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Korfu CFU	[0-20 %]	[50-70 %]	[50-70 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Sardinien OLB	[0-20 %]	[70-90 %]	[70-90 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Monastir MIR	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Djerba DJE	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Assuan ASW	[0-20%]	[0-20%]	[0-20%]	[80-100%]	[0-20%]	[80-100%]
Zürich ZRH-Marsa Alam RMF	[50-70 %]	[0-20 %]	[50-70 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Kittila KTT	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Rovaniemi RVN	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Mikonos JMK	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Skiathos JSI	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Lesbos MJT	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Reykjavik KEF	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Cagliari CAG	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[60-80 %]	[0-20 %]	[60-80 %]
Zürich ZRH-Catania CTA	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Menorca MAH	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Reus REU	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

	Marktanteil Edelweiss Charterflug in %	Marktanteil Swiss Charter-flug in %	Total Charter in %	Marktanteil Edelweiss Linienflug in %	Marktanteil Swiss Linien-flug in %	Total Linienflüge in %
Zürich ZRH-Jerez de la Frontera XRY	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Rhodos RHO	[0-20 %]	[30-50 %]	[30-50 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Patras GPA	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Faro FAO	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Antalya AYT	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Larnaca LCA	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]
Zürich ZRH-Hurghada HRG	[0-20 %]	[30-50 %]	[40-60 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Luxor LXR	[20-40 %]	[50-70 %]	[70-90 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Sharm el Sheik SSH	[0-20 %]	[30-50 %]	[40-60 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Lanzarote ACE	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[30-50 %]
Zürich ZRH-Fuerteventura FUE	[10-30 %]	[70-90 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Las Palmas LPA	[0-20 %]	[10-30 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]
Zürich ZRH-Teneriffa TFS	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Palma de Mallorca PMI	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[30-50 %]	[40-60 %]
Zürich ZRH-Korfu CFU	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[30-50 %]	[0-20 %]	[30-50 %]
Zürich ZRH-Heraklion HER	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[40-60 %]	[0-20 %]	[40-60 %]
Zürich ZRH-Kos KGS	[0-20 %]	[30-50 %]	[30-50 %]	[60-80 %]	[0-20 %]	[60-80 %]
Zürich ZRH-Thessaloniki SKG	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Thira-Santorini JTR	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Zakynthos ZTH	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Sardinien OLB	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[40-60 %]	[0-20 %]	[40-60 %]
Zürich ZRH-Agadir AGA	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[30-50 %]	[0-20 %]	[30-50 %]

	Marktanteil Edelweiss Charterflug in %	Marktanteil Swiss Charter-flug in %	Total Charter in %	Marktanteil Edelweiss Linienflug in %	Marktanteil Swiss Linien-flug in %	Total Linienflüge in %
Zürich ZRH-Marrakech RAK	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Pristina PRN	[20-40 %]	[30-50 %]	[60-80 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[80-100 %]
Zürich ZRH-Djerba DJE	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]	[30-50 %]	[0-20 %]	[30-50 %]
Zürich ZRH-Monastir MIR	[0-20 %]	[30-50 %]	[30-50 %]	[40-60 %]	[0-20 %]	[40-60 %]
Zürich ZRH-Bodrum BJV	[20-40 %]	[60-80 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Ibiza IBZ	[0-20 %]	[80-100 %]	[80-100 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Lamezia Terme SUF	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

94. Die nachstehende Tabelle 2 zeigt alle Strecken für Charterflüge auf, welche keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen.

Tabelle 2: Nicht betroffene Märkte Charterflüge

	Marktanteil Edelweiss Charterflug in %	Marktanteil Swiss Charter-flug in %	Total Charter in %
Genf GVA-Djerba DJE	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Hurghada HRG	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]
Basel BSL-Heraklion HER	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]
Basel BSL-Monastir MIR	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Djerba DJE	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH- Assuan ASW	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Kittila KTT	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Rovaniemi RVN	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Mikonos JMK	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Lesbos MJT	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Reykjavik KEF	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Cagliari CAG	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Catania CTA	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Antalya AYT	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Larnaca LCA	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]
Zürich ZRH-Lanzarote ACE	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]
Zürich ZRH-Teneriffa TFS	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Palma de Mallorca PMI	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Heraklion HER	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Thessaloniki	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

	Marktanteil Edelweiss Charterflug in %	Marktanteil Swiss Charterflug in %	Total Charter in %
SKG			
Zürich ZRH-Zakynthos ZTH	[0-20 %]	[20-40 %]	[20-40 %]
Zürich ZRH-Agadir AGA	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Marrakech RAK	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Djerba DJE	[0-20 %]	[10-30 %]	[10-30 %]
Basel BSL-Lamezia Terme SUF	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

95. Die nachstehende Tabelle 3 zeigt alle Strecken für Linienflüge auf, welche keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen.

Tabelle 3: Nicht betroffene Märkte Linienflüge

	Marktanteil Edelweiss Linienflug in %	Marktanteil Swiss Linienflug in %	Total Linienflüge in %
Genf GVA-Palma de Mallorca PMI	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Las Palmas LPA	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]
Genf GVA-Heraklion HER	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Zakynthos ZTH	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Rhodos RHO	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Pristina PRN	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Cagliari CAG	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Sardinien OLB	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Djerba DJE	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Reykjavik KEF	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Hurghada HRG	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Genf GVA–Agadir AGA	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Genf GVA-Monastir MIR	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Hurghada HRG	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Heraklion HER	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Kos KGS	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Rhodos RHO	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Korfu CFU	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Sardinien OLB	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Monastir MIR	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Djerba DJE	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Kittila KTT	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Catania CTA	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Menorca	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Reus REU	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Jerez de la Frontera XRY	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

	Marktanteil Edelweiss Linienflug in %	Marktanteil Swiss Linienflug in %	Total Linienflüge in %
Zürich ZRH-Rhodos RHO	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Patras GPA	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH- Faro FAO	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Antalya AYT	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Larnaca LCA	[20-40 %]	[0-20 %]	[20-40 %]
Zürich ZRH-Fuerteventura FUE	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Teneriffa TFS	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Marrakech RAK	[10-30 %]	[0-20 %]	[10-30 %]
Zürich ZRH-Bodrum BJV	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
ZRH-CUN	E: [0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Zürich ZRH-Ibiza IBZ	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]
Basel BSL-Lamezia Terme SUF	[0-20 %]	[0-20 %]	[0-20 %]

96. Die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte werden nachfolgend analysiert. Es handelt sich dabei um Märkte, in denen zu einem grösseren Teil oder ausschliesslich eines oder beide der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig ist/sind. Im Interesse der Übersichtlichkeit erfolgt die Analyse in tabellarischer Form. Dabei werden zunächst die Marktanteile der Parteien bzw. die Marktanteilsadditionen dargestellt, die wichtigsten Konkurrenten genannt und schliesslich eine Bewertung der Veränderung in den Wettbewerbsverhältnissen, insbesondere in Bezug auf die potentielle Konkurrenz, abgegeben.

97. Die Beurteilung erfolgt in Tabellenform, wobei die Bewertung der Veränderung der Situation mit „0“ oder „–“ beschrieben wird. „0“ bedeutet, dass keine Veränderung erwartet wird. „–“ bedeutet, dass eher eine Verschlechterung zu erwarten ist. Auf die mit einem „–“ versehenen Märkte wird jeweils separat in der Folge eingegangen.

98. Zunächst erfolgt die Beurteilung der Charterflüge. Kurz- und Mittelstrecke werden gemeinsam behandelt, wohingegen Langstrecken separat beurteilt werden. Danach erfolgt die Beurteilung der betroffenen Märkte für den Linienflugverkehr, ebenfalls aufgeteilt nach Kurz- und Mittelstreckenflügen sowie separat Langstreckenflüge.

B.4.2.2.1. Allgemeines

99. Das Kartellgesetz sieht vor, dass im Rahmen der vorläufigen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 32 Abs. 1 KG untersucht werden muss, ob sich Anhaltspunkte ergeben, dass eine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird.[37] Das Kriterium der möglichen „Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“ entspricht der Absicht, Zusammenschlüsse nur im Fall hoher Konzentration auf dem betroffenen Markt zu untersagen. In der Botschaft 1994 wird diesbezüglich festgehalten, dass eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein wird, da eine solche Voraussehbarkeit i.d.R. hohe Marktzutrittsschranken voraussetzt, welche die zusammengeschlossenen Unternehmen vor neuen Marktteilnehmern weitgehend schützt.[38] „In der Praxis ist daher zu erwarten, dass eine Verweigerung der Genehmigung in der Hauptsache für Zusammenschlüsse zu erwägen sein wird, bei denen der schweizerische Markt wegen privater oder staatlicher Regulierungen vom Weltmarkt abgeschottet ist oder aus anderen Gründen (beispielsweise wegen der Kundenpräferenzen) einen eigenen Markt bildet. Bei international verflochtenen Märkten ist hingegen die Möglichkeit der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einer Beseitigung des Wettbewerbs [auf dem schweizerischen Markt] führt, unwahrscheinlich; die ausländischen Konkurrenten werden regelmässig für ein bestimmtes Mass an wirksamem Wettbewerb besorgt sein.“[39]

100. Für den hier zu beurteilenden Fall ist demnach zu beachten, dass es keinen eigentlichen schweizerischen Markt für das Erbringen von Flugdienstleistungen gibt. Zwar liegen im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sämtliche Abflugsorte in der Schweiz (Basel, Zürich oder Genf), jedoch können internationale Fluggesellschaften genauso wie schweizerische Fluggesellschaften von diesen Abflugssorten die fraglichen Strecken bedienen.

[37] Vgl. Art. 10 Abs. 1 KG.

[38] DUCREY/DROHLSHAMMER, in: e. homburger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/1997, Art. 10 KG, Rn. 3 ff.

[39] Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft 1994, BBl 1995 I, S. 584.

101. Bezüglich Marktzutrittsschranken führen die Parteien aus, dass diese niedrig seien. Ferienflüge werden üblicherweise zu Tagesrandzeiten oder nachts angeboten. Die Slotzuteilung (Zeitfenster für Starten und Landen) stellt in der Regel kein Problem dar. Zudem sind zwar die Flughäfen Zürich und Genf slot-reguliert, nicht aber Basel. Entsprechend Parteiangaben betrug die Slot-Auslastung in Zürich im Jahr 2007 65,8 %, in Genf 58,3 %. Es sollten sich somit keine Kapazitätsengpässe ergeben und damit entfällt diese mögliche Marktzutrittsschranke.

102. Konkret ist gemäss Ausführungen der Parteien bspw. im Jahr 2003 die Chartergesellschaft Hello AG in den Markt eingetreten. Easyjet startete im Jahr 2004 in Basel und bediente damals zwei Destinationen, wohingegen heute Easyjet auf dem Flughafen Basel die wichtigste Airline ist.[40] Unter den 21 Destinationen, die von ihr bedient werden, sind auch Feriendestinationen wie Cagliari, Mallorca, Marrakesch oder Olbia. Im Jahr 2006 hatte Helvetic Airways ihren ersten Einsatz ab dem Flughafen Zürich.[41] Es handelt sich hierbei um Beispiele, um aufzuzeigen, dass Markteintritte in näherer Vergangenheit stattfanden und auch für die Zukunft wahrscheinlich sind.

[40] Vgl. Handelszeitung Online vom 08.01.2008, "Flughafen Basel-Mülhausen 2007 mit Passagierrekord", www.handelszeitung.ch /artikel/ Finanz-Flughafen-Basel-Muelhausen-2007-mit-PassagierrekordAF258 163.html (besucht am 7. April 2008).

[41] Vgl. http://www.swiss-press.com/newsflashartikel.cfm?key=171969, (besucht am 7. April 2008).

B.4.2.2.2. Charterflugverkehr für den Bereich Pauschaltouristik

Tabelle 4: Kurz- und Mittelstreckenflüge im Charterflugbereich

Markt	Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Genf GVA-Sharm el Sheik SSH	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	Hello AG	0
Genf GVA-Las Palmas LPA	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	Air Senegal	0 (Swiss geht als potentielle Konkurrenz verloren)
Genf GVA-Teneriffa TFS	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0 (Wettbewerb hat tendenziell seit 2003 abgenommen, jedoch auch die Anzahl transportierter Passagiere)
Genf GVA-Zakynthos ZTH	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (seit 2005 bedient Edelweiss die Strecke allein)	0 (Anzahl transportierter Passagiere hat um ca. 30 % abgenommen)
Genf GVA-Kos KGS	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Edelweiss bedient diese Strecke seit 2003 allein, zuvor wurde sie jedoch von Crossair und Swiss allein bedient)	0 (Swiss geht als potentieller Wettbewerber verloren; die Passagierzahlen haben sich seit 2004 ca. halbiert)
Genf GVA-Rhodos RHO	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Edelweiss bedient diese Strecke seit 2003 allein, zuvor wurde sie von Crossair oder Swiss jeweils allein bedient)	0 (Swiss geht als potentieller Wettbewerber verloren, die Passagierzahlen haben sich seit 2004 ca. halbiert)
Genf GVA-Cagliari CAG	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	Flybaboo	0 (Edelweiss bedient die Strecke erst seit 2006, die Passagierzahlen sind nicht konstant)
Genf GVA-Reykjavik KEF	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (Belair war im Jahr 2006 ebenfalls auf dieser Strecke tätig, nicht aber 2007)	0 (Passagierzahlen haben sich 2000-2006 fast halbiert, sind aber wieder gestiegen im 2007)
Genf GVA-Kittila KTT	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	-	0 (Es wurden weniger als 1000 Passagiere im Jahr 2007 auf dieser Strecke transportiert)
Genf GVA–Agadir AGA	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (2005 wurde die Strecke von Hello AG, Saudia und Europe beflogen, jedoch wurden derzeit über 500 Passagiere transportiert)	0 (2006 und 2007 wurden weniger als 500 Passagiere auf dieser Strecke transportiert)
Basel BSL-Kos KGS	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (seit 2002 bedient Swiss diese Strecke alleine, 2003 bediente Hamburg sie allein)	0 (Edelweiss hat diese Strecke seit 1998 nicht beflogen)
Zürich ZRH-Skiathos JSI	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (seit 2003 bedient Swiss diese Strecke alleine, ein Unterbruch erfolgte 2005 mit Helvetic Airways als einzige Fluggesellschaft auf dieser Strecke)	0 (Die Passagierzahlen dieser Strecke sind seit 2004 im Sinken begriffen und fielen 2007 auf unter 500 Passagiere)
Zürich ZRH-Menorca MAH	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (Helvetic Airways AG, Edelweiss und Belair waren zwischen 2002 und 2005 zeitweise ebenfalls auf dieser Strecke tätig)	0 (Die Passagierenzahlen sinken seit 2005)

Markt	Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Zürich ZRH-Reus REU	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (2006 war Air, 2005 Belair in diesem Markt neben Swiss tätig)	0 (Die Passagierzahlen sind seit 2002 mehrheitlich sinkend)
Zürich ZRH-Patras GPA	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (seit 2005 bedient Swiss diese Strecke alleine, wobei 2004 Germania dieselbe Strecke allein bediente)	0 (Die Passagierzahlen schwanken seit 2004 stark)
Zürich ZRH-Faro FAO	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (über die Jahre 2002-2006 waren Edelweiss und Swiss Konkurrenten auf dieser Strecke, auch Helvetic Airways AG, Belair, Germania u.a.)	0 (potentieller Konkurrent geht verloren, die Passagierzahlen sind jedoch 2001 deutlich gesunken um ca. 70 %)
Zürich ZRH-Korfu CFU	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	-	- (potentielle Konkurrenz geht verloren)
Zürich ZRH-Thira-Santorini JTR	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (Swiss bedient diese Strecke 2007 erstmals alleine, zuvor wurde sie zeitweise von Edelweiss und Swiss oder Helvetic Airways AG gemeinsam angeboten)	0 (potentieller Wettbewerber geht verloren, allerdings sind die Passagierzahlen seit 2006 um mehr als die Hälfte gesunken)
Zürich ZRH-Sardinien OLB	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	- (zuvor wurde die Strecke meist von Edelweiss, Swiss und Austrian Airlines, Adria, Volare, Meridiana und anderen Gesellschaften bedient)	- (potentieller Konkurrent geht verloren)
Zürich ZRH-Ibiza IBZ	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	0	0 (potentielle Konkurrenz Basel: Iberworld und Spanair)
Genf GVA-Heraklion	E: [60-80 %] S: [0-20 %]	Belair	0
Genf GVA-Pristina PRN	E: [50-70 %] S: [0-20 %]	Belair, Hello AG	0
Genf GVA-Sardinien OLB	E: [60-80 %] S: [0-20 %]	DAT (seit E diese Strecke bedient, ist auch DAT beständige Konkurrenz)	0
Basel BSL-Rhodos RHO	E: [0-20 %] S: [50-70 %]	Hello AG, Cirrus	0
Basel BSL-Korfu CFU	E: [0-20 %] S: [40-60 %]	Hello AG	0
Basel BSL-Sardinien OLB	E: [0-20 %] S: [70-90 %]	Europe, Hapag, XLF	0
Zürich ZRH-Marsa Alam RMF	E: [50-70 %] S: [0-20 %]	Hello AG	0
Zürich ZRH-Jerez de la Frontera XRY	E: [0-20 %] S: [70-90 %]	Hello AG, Air	0
Genf GVA–Palma de Mallorca PMI	E: [0-20%] S: [20-40%]	Air, Spanair, LTE, DAT, Darwin, Cirrus	0
Basel BSL-Hurghada HRG	E: [0-20 %] S: [20-40 %]	Corsair, Lotus Air, AMC, Hello AG	0
Zürich ZRH-Rhodos RHO	E: [0-20 %] S: [30-50 %]	Hello AG, Belair	0
Zürich ZRH-Kos KGS	E: [0-20 %] S: [30-50 %]	Austrian Airline, Belair, Hello AG, Britania	0

Markt	Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Zürich ZRH-Monastir MIR	E: [0-20 %] S: [30-50 %]	Hello AG, Karthago, Belair, Tunisair, Nouvelair	0
Zürich ZRH-Fuerteventura FUE	E: [10-30 %] S: [70-90 %]	- (seit 2003 befliegen Swiss und Edelweiss als Konkurrenten diese Destination)	- (aktuelle Konkurrenz geht verloren)
Genf GVA-Hurghada HRG	E: [50-70 %] S: [20-40 %]	Air (Hello AG war in den Jahren 2004/05 ebenfalls auf diesem Markt tätig, zudem seit 2002 betrachtet Lotus Air, Air Cairo u.a.)	- (aktuelle Konkurrenz geht verloren)
Zürich ZRH-Pristina PRN	E: [20-40 %] S: [30-50 %]	LTU, Belair, Hello AG	0 (Obwohl ein aktueller Konkurrent verloren geht, herrscht noch genügend Restwettbewerb)
Zürich ZRH-Bodrum BJV	E: [20-40 %] S: [60-80 %]	- (Edelweiss und Swiss haben die Strecke seit 2005 grösstenteils als Konkurrenten bedient, wobei Pegasus und Helvetic Airways bzw. Freebird während der Jahre 2003/04 die Strecke bedient haben)	- (aktuelle Konkurrenz geht verloren)
Zürich ZRH-Luxor LXR	E: [20-40 %] S: [50-70 %]	Belair, Lotus Air	- (aktueller Konkurrent geht verloren)
Zürich ZRH-Las Palmas LPA	E: [0-20 %] S: [10-30 %]	Futura, Air, Belair, Austrian Airline, CSA Czech	0 (Obwohl ein aktueller Konkurrent verloren geht, herrscht noch genügend Wettbewerb)
Zürich ZRH-Hurghada HRG	E: [0-20 %] S: [30-50 %]	Belair, Hello AG	0
Genf GVA-Monastir MIR	E: [10-30 %] S: [20-40 %]	Nouvelair, Tunisair, Air, Helvetic Airways	0 (zwar geht aktuelle Konkurrenz verloren, doch besteht auch weiterhin noch genügend Wettbewerb)
Zürich ZRH-Sharm el Sheik SSH	E: [0-20 %] S: [30-50 %]	Hello AG, Belair	0 (aktueller Konkurrent geht zwar verloren, Restwettbewerb ist aber noch genügend vorhanden)

I. Aktueller Wettbewerb

103. Für Charterflüge ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten: Die Fluggesellschaften und Reiseveranstalter handeln im Charterfluggeschäft Flugpläne und Preise pro Saison aus.[42] Dieses gemäss Parteiangaben branchenübliche Vorgehen führt dazu, dass eine Fluggesellschaft während einer Saison Marktanteile bis zu [80-100 %] innehaben kann. Zu beachten ist allerdings, dass bereits in der nächsten Saison die gleiche Fluggesellschaft einen Marktanteil von 0 % haben kann, sofern eine andere Gesellschaft den Reiseveranstaltern ein besseres Angebot für die entsprechenden Flugdienstleistungen unterbreitet.

104. Weiter führt die beschriebene Vorgehensweise dazu, dass Charterfluggesellschaften teilweise auf einem Markt bzw. einer Strecke das gesamte Angebot erbringen und damit nur ein einziges Unternehmen Charterflugdienstleistungen anbietet. Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass kein Wettbewerb unter den Charterfluggesellschaften besteht. Mit anderen Worten: Es bedeutet nicht automatisch eine marktbeherrschende Stellung dieser Charterfluggesellschaften für eine bestimmte Strecke.

105. Zwar erhält eine Charterfluggesellschaft den Auftrag für eine bestimmte Strecke und Dauer zugewiesen. Gerade deshalb besteht Wettbewerb. Nicht ein „Wettbewerb im Markt", sondern vielmehr ein „Wettbewerb um den Markt". Jede Charterfluggesellschaft hat die Möglichkeit in den Verhandlungen für eine neue Saison ein für die

[42] [...]

Reiseveranstalter attraktiveres Angebot zu machen. Gerade im Charterflugmarkt steht auch ausländischen Unternehmen die Möglichkeit offen, sich für die Bedienung von bestimmten Strecken zu bewerben.

II. Potentieller Wettbewerb

106. In Anlehnung an die Meldung ist ebenso beachtlich, dass aus logistischer Sicht Kapazitäten bzw. Fluggeräte ohne grossen Aufwand kurzfristig in die Schweiz verschoben werden können, da viele Fluggesellschaften über Kapazitäten für Charter- bzw. Ferienflüge verfügen und diese je nach Bedarf der Reiseveranstalter einsetzbar sind. Diese Flexibilität führt dazu, dass Fluggesellschaften auch kurzfristig in einem Markt auftreten bzw. eine Strecke bedienen können, in der sie sonst nicht tätig sind. Dies führt zu erhöhtem potentiellen Wettbewerb.

107. Wie in Rz. 102 ausgeführt wurde, sind in den letzten Jahren erfolgreiche Markteintritte zu verzeichnen. Auch für die Zukunft ist entsprechend Parteiaussagen mit solchen Markteintritten jederzeit zu rechnen.

108. Nachfolgend werden diejenigen Strecken näher betrachtet, bei welchen es durch Marktanteilsadditionen zu sehr hohen Marktanteilen kommt. Es handelt sich hierbei insbesondere um die Strecken:

- Zürich ZRH-Fuerteventura FUE

109. Der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien in diesem Markt wird [80-100 %] betragen. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird die aktuelle Konkurrenz auf der Strecke Zürich-Fuerteventura ausgeschaltet. Aus dem aktuellen Charterflugplan vom Flughafen Zürich[43] ist jedoch ersichtlich, dass neben Swiss auch Air Berlin diese Strecke bedient. Zudem ist ebenfalls die potentielle Konkurrenz ausgehend vom Flughafen Basel zu beachten. So fliegt TUIfly dreimal wöchentlich und Airberlin einmal wöchentlich ab Basel nach Fuerteventura.[44] Es kann davon ausgegangen werden, dass sich Swiss und Edelweiss dementsprechend nicht unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten können. Insbesondere seitens der Reiseveranstalter als Nachfrager wird auch in dieser Situation ausreichend Druck ausgeübt werden.

- Zürich ZRH-Pristina PRN

110. Der gemeinsame Marktanteil von Swiss und Edelweiss beträgt auf dieser Strecke [60-80 %]. In diesem Markt wird durch den geplanten Zusammenschluss ein aktueller Konkurrent verloren gehen, jedoch wird der Flug Zürich-Pristina zurzeit[45] laut dem aktuellen Flugplan des Flughafen Zürich nicht mehr bedient.[46] Zudem kann wiederum auf die potentielle Konkurrenz in Basel verwiesen werden, welche im Falle von Pristina gemäss derselben Abfrage bei www.ebookers.ch[47] unter anderem von Austrian Airlines und Malev Hungrian Airlines ausgeht.

- Zürich ZRH-Bodrum BJV

111. Der gemeinsame Marktanteil von Swiss und Edelweiss beträgt auf dieser Strecke [80-100 %]. Durch den geplanten Zusammenschluss geht die aktuelle Konkurrenz verloren. Von Basel aus wird Bodrum gemäss Flugplan einzig von Pegasus bedient.[48] Allerdings ergibt eine Abfrage bei www.ebookers.ch[49], dass neben Swiss auch Turkish Airlines und Austrian Airlines diese Strecke bedienen.

- Zürich ZRH-Luxor LXR

112. Der gemeinsame Marktanteil von Swiss und Edelweiss beträgt auf dieser Strecke [80-100%]. Zwar entfällt durch den geplanten Zusammenschluss ein aktueller Konkurrent. Im Flugplan für Charterflüge Sommer 2008 ist einzig Swiss als Fluggesellschaft, die diese Strecke bedient, aufgeführt.[50] Zudem ist davon auszugehen, dass die Veränderung in den Wettbewerbsverhältnissen in diesem Markt durch den potentiellen Wettbewerb wettgemacht wird, der von Basel ausgeht.[51] Die Destination Luxor wurde 2007 von Basel aus von African Safari Airways und von Lotus Air bedient. Gemäss Abfrage bei www.ebookers.ch wird die Strecke BSL-LXR aktuell u.a. von Egypt Air und Turkish Airlines bedient.[52] Bei Bedarf können somit Reiseveranstalter auf Fluggesellschaften in Basel zurückgreifen.

- Genf GVA-Hurghada HRG

113. Der gemeinsame Marktanteil von Swiss und Edelweiss beträgt auf dieser Strecke [80-100%]. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben entfällt in diesem Markt ein aktueller Konkurrent. Jedoch ist für den Flugplan Sommer 2008 vorgesehen, dass neben Edelweiss auch Egypt Air und Koral Blue diese Strecke bedienen sollen.[53] Damit ist aktuelle Konkurrenz vorhanden, welche ein von den Marktteilnehmern unabhängiges Verhalten verhindert.

[43] Vgl. Liste der Charterflüge Sommer 2008, abrufbar unter: http://www.flughafen-zuerich.ch/dokumente/Charter_Summer08.pdf, (besucht am 7. April 2008).
[44] Vgl. Fn. 48.
[45] Gemäss einer Anfrage bei www.ebookers.ch für die Strecke ZRH-PRN mit Hinflug am 21. April 2008 und Rückflug am 28. April 2008 für 1 Person, (besucht am 7. April 2008).
[46] Laut aktuellem Flugplan des Flughafen Zürich wird Zürich-Pristina nicht bedient; vgl. Liste der Charterflüge Sommer 2008, abrufbar unter: http://www.flughafen-zuerich.ch/dokumente/Charter_Summer08.pdf, (besucht am 7. April 2008) und Flugplan Sommer 2008, abrufbar unter: http://www.flughafen-zuerich.ch/dokumente/timetable_s08.pdf, (besucht am 7. April 2008).
[47] Vgl. Fn. 45, jedoch mit BSL-PRN.
[48] Vgl. Aktueller Flugplan Flughafen Basel, abrufbar unter: http://www.euroairport.com/DE/voyageurs.php?PAGEID=299&lang=DE, (besucht am 7. April 2008).
[49] Vgl. 45, jedoch mit BSL-BJV.
[50] Vgl. Liste der Charterflüge Sommer 2008, abrufbar unter: http://www.flughafen-zuerich.ch/dokumente/Charter_Summer08.pdf, (besucht am 7. April 2008).
[51] Vgl. Rz. 87.
[52] Vgl. 45, jedoch mit BSL-LXR.
[53] Vgl. Flugplan „Vols directs charters au départ de Genève/Eté 2008“, abrufbar unter: http://www.gva.aero/de/Portaldata/1/ Resources/fichiers/publications/2008ete_charters_gva.pdf, (besucht am 7. April 2008).

114. Nachfolgend wird die Situation bei den Langstreckencharterflügen näher beurteilt.

Tabelle 5: Langstreckenflüge im Charterbereich

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
ZRH-VRA	E: [50-70 %] S: [0-20 %]	Belair	0
ZRH-HOG	E: [0-20 %] S: [0-20 %]	[0-20 %]	0
ZRH-PUJ	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	Belair	0
ZRH-POP	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (bis 2007 wurde die Strecke über mehrere Jahre zu rund einem 1/3 von Belair bedient)	0
ZRH-MLE	E: [60-80 %] S: [0-20 %]	Belair	0
ZRH-CUN	E: [40-60 %] S: [0-20 %]	Belair; World Airways	0
ZRH-CMB	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
ZRH-FOR	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (2004/2005 wurde die Strecke von Austrian Airlines bedient)	0
ZRH-SSA	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
ZRH-MBA	E: [50-70 %] S: [0-20 %]	ASA - African Safari Airways; Aerolyon	0

115. Die in Ziff. 102 ff. aufgeführten Argumente gelten auch für Tabelle 6, wobei zu beachten ist, dass die in der Tabelle aufgeführten Zahlen nur die Situation für 2007 wiedergeben. Über die Jahre hin gesehen, können aber beträchtliche Veränderungen in der Marktanteilsentwicklung der Fluggesellschaften beobachtet werden. So hatte Edelweiss bspw. auf der Strecke ZRH-Punta Cana (Dom. Rep.) im Jahr 2005 noch einen Marktanteil von rund [60-80 %], welcher 2006 auf [80-100 %] stieg und im Jahr 2007 bei [80-100 %] stand. Ein ähnliches Bild zeigt sich für die Strecke ZRH-Varadero (Kuba), auf welcher Edelweiss im Jahr 2005 noch einen Marktanteil von [80-100 %] hatte. Im Jahr 2006 betrug der Marktanteil von Edelweiss für diese Strecke rund [80-100 %], wohingegen er im Jahr 2007 auf [60-80 %] um fast [20-40 %] sank.

116. Nach Varadero fliegen von Zürich aus gemäss aktuellem Flugplan[54] Air Berlin (operated by Belair), wohingegen weder Swiss noch Edelweiss diese Strecke bedient und damit eine Beurteilung entfällt.

117. Nach Punta Cana fliegen von Zürich aus gemäss aktuellem Flugplan[55] neben Edelweiss auch Air Berlin (operated by Belair), womit aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

118. Von Zürich nach Puerto Plata fliegt gemäss aktuellem Flugplan[56] einzig Edelweiss. Dennoch ist davon auszugehen, dass Reiseveranstaltern die Möglichkeit offen steht, mit einer anderen, allenfalls auch ausländischen Chartergesellschaft diese Strecke zu bedienen und damit für potentielle Konkurrenz zu sorgen.

119. Von Zürich nach Male fliegen gemäss aktuellem Flugplan[57] nebst Edelweiss auch Air Berlin (operated by Belair). Eine Anfrage auf www.ebookers.ch[58] ergibt zudem, dass insbesondere Qatar Airways, Emirates und Singapore Airlines nebst Swiss diese Strecke befliegen.

120. Nach Cancun fliegt gemäss aktuellem Flugplan[59] einzig Air Berlin (operated by Belair), womit eine Beurteilung entfällt.

121. Gemäss aktuellem Flugplan[60] fliegt von Zürich nach Colombo keine Fluggesellschaft. Aufgrund einer Anfrage auf www.ebookers.ch[61] wird ersichtlich, dass diverse Fluggesellschaften wie bspw. Emirates, Srilankan Airways oder British Airways diese Strecke neben Swiss bedienen.

[54] Vgl. Fn. 50.
[55] Vgl. Fn. 50.
[56] Vgl. Fn. 50.
[57] Vgl. Fn. 50.
[58] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-MLE.
[59] Vgl. Fn. 50.
[60] Vgl. Fn. 50.
[61] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-CMB.

122. Gemäss aktuellem Flugplan[62] fliegen weder Swiss noch Edelweiss nach San Salvador. Eine Anfrage auf www.ebookers.ch[63] ergibt jedoch, dass insbesondere TAP Portugal, Iberia und TAM, nebst Swiss diese Strecke befliegen. Ein ähnliches Bild ergibt sich auch für Fortaleza, wobei nicht Iberia, hingegen British Airways diese Strecke ebenfalls befliegt.

123. Nach Mombasa fliegen gemäss aktuellem Flugplan[64] zurzeit einzig African Safari Airways, weshalb eine genauere Betrachtung hinfällig wird. Entsprechend einer Anfrage bei www.ebookers.ch[65] zeigt sich jedoch, dass Swiss, sowie KLM diese Strecke ebenfalls bedienen.

III. Zwischenergebnis

124. Anhand der vorgehend aufgeführten Beispiele sowohl bei den Kurz- und Mittelstrecken- als auch bei den Langstrecken-Charterflügen ist klar ersichtlich, dass die Marktanteile für die verschiedenen Strecken starken Schwankungen unterliegen und deshalb auch bei sehr hohen Marktanteilen bzw. Marktanteilsadditionen nicht davon ausgegangen werden darf, dass eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt wird.

[62] Vgl. Fn. 60.
[63] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-SSA.
[64] Vgl. Fn. 50.
[65] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-MBA.

B.4.2.2.3. Individualflugverkehr für den Endkunden-Tourismus

Tabelle 6: Kurz- und Mittelstreckenflüge im Linienflugbereich

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Genf GVA-Teneriffa TFS	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Genf GVA-Kos KGS	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Genf GVA-Kittila (Finnland) KTT	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	-	0
Zürich ZRH-Assuan ASW	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Marsa Alam RMF	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Rovaniemi RVN	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Strecke wurde 2003-2006 von Finnair allein bedient)	0
Zürich ZRH-Mikonos JMK	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Skiathos JSI	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Lesbos MJT	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Reykjavik KEF	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Strecke wurde 2004-2006 von Icelandair allein betrieben)	0
Zürich ZRH-Luxor LXR	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Strecke wurde lange Zeit von Egypt Air allein bedient)	0
Zürich ZRH-Sharm el Sheik SSH	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Strecke wurde in den letzten 4 Jahren von Swiss, Egypt Air, Hello AG und Edelweiss jeweils allein bedient)	0
Zürich ZRH-Thira-Santorini JTR	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Zakynthos ZTH	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0
Zürich ZRH-Pristina PRN	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (In den Jahren 2004-2006 wurde die Strecke von Hamburg Int. Luftverkehr und Helevetic Airways AG gemeinsam bedient, Edelweiss war nicht tätig auf dieser Strecke)	0
Genf GVA-Sharm el Sheik SSH	E: [60-80 %] S: [0-20 %]	Egypt Air (hatte bspw. im Jahr 2006 die Strecke allein bedient)	0
Zürich ZRH-Cagliari CAG	E: [50-70 %] S: [0-20 %]	Helvetic Airways (hatte im Jahr 2006 die Strecke allein bedient)	0
Zürich ZRH-Heraklion HER	E: [40-60 %] S: [0-20 %]	Hapag Lloyd Express; Air Berlin	0
Zürich ZRH-Kos KGS	E: [60-80 %] S: [0-20 %]	Air Berlin	0

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Genf GVA-Las Palmas LPA	E: [20-40 %] S: [0-20 %]	Easy Jet Switzerland	0
Zürich ZRH-Larnaca LCA	E: [10-30 %] S: [0-20 %]	Cyprus Airways	0
Zürich ZRH-Korfu CFU	E: [30-50 %] S: [0-20 %]	Air Berlin	0
Zürich ZRH-Sardinien OLB	E: [40-60 %] S: [0-20 %]	Helvetic Airways AG	0
Zürich ZRH-Agadir AGA	E: [30-50 %] S: [0-20 %]	Helvetic Airways AG (diese Strecke wurde über lange Zeit von Royal Air Maroc allein beflogen)	0
Zürich ZRH-Djerba DJE	E: [30-50 %] S: [0-20 %]	Tunisair (diese Strecke wurde 1998-2006 von Tunisair allein bedient)	0
Zürich ZRH-Monastir MIR	E: [40-60 %] S: [0-20 %]	Helvetic Airways AG; Nouvelair tunisie	0
Zürich ZRH-Hurghada HRG	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	Belair (Strecke wurde lange Zeit von Egypt Air allein bedient)	-
Zürich ZRH-Thessaloniki SKG	E: [0-20 %] S: [80-100 %]	Air Berlin (Strecke wurde 2005/2006 von Swiss allein bedient)	-/0
Zürich ZRH-Lanzarote ACE	E: [20-40 %] S: [0-20 %]	Air Berlin	0
Zürich ZRH-Las Palmas LPA	E: [20-40 %] S: [0-20 %]	Hapag Lloyd Flug, Air Berlin	0
Zürich ZRH-Palma de Mallorca PMI	E: [0-20 %] S: [30-50 %]	Air Berlin	0

Tabelle 7: Langstreckenflüge im Linienflugbereich

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen in %	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Zürich ZRH- Varadero VRA	E: [60-80 %] S: [0-20 %]	- (wurde 2000/2001 hauptsächlich von Balair bedient, danach nicht mehr)	0
Zürich ZRH- Holguin HOG	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (wurde 200/2001 einzig von Balair bedient, danach nicht mehr)	0
Zürich ZRH- Punta Cana PUJ	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0 (in den Jahren 2000/01 von Lauda Air und Balair beflogen; starke Abnahme der Passagierzahl)
Zürich ZRH- Puerto Plata POP	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0 (in den Jahren 2000/01 von Lauda Air und Balair beflogen; starke Abnahme der Passagierzahl)
Zürich ZRH- MaleMLE	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Srilankan Airlines, Austrian Airlines haben die Strecke 2002/03 je alleine bedient)	0

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen in %	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung der Situation (Pot. Konkurrenz)
Zürich ZRH-Colombo CMB	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	-	0 (Srilankan Airlines hat diese Strecke 2002-2005 alleine bedient)
Zürich ZRH-Fortaleza FOR	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (erstmals als Linienflug)	0
Zürich ZRH- San Salvador da Bahia SSA	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (seit 1999 nicht mehr als Linienflug angeboten)	0 (unter 1000 transportierten Passagiere)
Zürich ZRH- Mombasa MBA	E: [80-100 %] S: [0-20 %]	- (Edelweiss fliegt seit längerem erstmals diese Strecke)	0

I. Aktueller Wettbewerb

125. Ähnlich wie bei den Charterflügen werden auch hier vereinzelte Strecken mit sehr hohen Marktanteilen genauer betrachtet. Es handelt sich bei den Kurz- und Mittelstreckenflügen um folgende Strecken:

- Genf GVA-Teneriffa TFS

126. Gemäss Anfrage auf www.ebookers.ch[66] befliegen zurzeit Iberia, Spanair, Air France und Air Europa nebst Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Genf GVA-Kos KGS

127. Gemäss Anfrage auf www.ebookers.ch[67] befliegen zurzeit Aegean Airlines, Alitalia, KLM, Olympic Airways, Air France und Malev nebst Swiss diese Strecke. Daneben ergab die Abfrage des Flugplanes vom Flughafen Genf[68], dass zusätzlich Olympic Airlines von Genf nach Kos fliegt. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Assuan ASW

128. Gemäss Anfrage auf www.ebookers.ch[69] befliegen zurzeit Egypt Air, Alitalia und Turkish Airlines nebst Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Marsa Alam RMF

129. Die Anfrage auf www.ebookers.ch[70] ergab keine Ergebnisse bezüglich Fluggesellschaften. Gemäss aktuellem Flugplan vom Flughafen Zürich befliegt zurzeit einzig Edelweiss diese Strecke.

- Zürich ZRH-Rovaniemi RVN

130. Gemäss aktuellem Flugplan vom Flughafen Zürich befliegt zurzeit weder Edelweiss noch Swiss diese Strecke. Entsprechend Anfrage auf www.ebookers.ch[71] befliegen zurzeit aber Finnair, Scandinavian Airlines, Air France und Blue 1 nebst Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass ausreichend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Mikonos JMK, Skiathos JSI, Lesbos MJT, Santorini JTR

131. Die Anfrage auf www.ebookers.ch[72] hat für den gewählten Zeitraum keine Ergebnisse für diese Strecken gefunden. Gemäss aktuellem Flugplan vom Flughafen Zürich fliegt neben Edelweiss auch Air Berlin ZRH-JMK. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

132. ZRH-JSI wird gemäss Flugplan Zürich einzig von Edelweiss bedient.

133. Für die Strecke ZRH-MJT wurde im Flugplan vom Flughafen Zürich keine Fluggesellschaft gefunden.

134. ZRH-JTR wird neben Edelweiss auch von Airberlin bedient.

- Zürich ZRH-Zakynthos ZTH

135. Gemäss Anfrage auf www.ebookers.ch[73] bedienen zurzeit Olympic Airways, Air One, Malev Austrian Airlines u.a. nebst Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Pristina PRN

136. Im aktuellen Flugplan für den Flughafen Zürich[74] ist diese Strecke nicht als Linienflug aufgeführt. Gemäss Anfragen auf www.ebookers.ch[75] bedienen zurzeit Adria, Malev Hungrian Airlines, Austrian Airlines, Turkish Airlines und Air Berlin nebst Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Genf GVA-Sharm el Sheik SSH

137. Im aktuellen Flugplan von Genf[76] wird zurzeit einzig Edelweiss als Fluggesellschaft aufgeführt, welche diese Strecke bedient. Entsprechend einer Anfrage auf

[66] Vgl. Fn. 45, jedoch mit GVA-TFS.
[67] Vgl. Fn. 45, jedoch mit GVA-KGS.
[68] Abrufbar unter: http://www.gva.ch/de/desktopdefault.aspx/tabid-35/, Flugsuche von GVA-KGS mit Abflug am 21. April 2008, (besucht am 7. April 2008).
[69] Vgl. Fn. 5, jedoch mit ZRH-ASW.
[70] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-RMF.
[71] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-RVN.
[72] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH und entsprechendem Kürzel.
[73] Vgl. Fn. 45, jedoch mit ZRH-ZTH.
[74] Vgl. Fn. 50.
[75] Gemäss einer Anfrage bei www.ebookers.ch für die Strecke ZRH-PRN mit Hinflug am 21. April 2008 und Rückflug am 28. April 2008 für 1 Person, (besucht am 8. April 2008).
[76] Abrufbar unter: http://www.gva.ch/de/desktopdefault.aspx/tabid-35/, Flugsuche von GVA-KGS mit Abflug am 21. April 2008, (besucht am 8. April 2008).

www.ebookers.ch[77] bedienen zurzeit Alitalia, Egypt Air, Tunisair, Turkish Airlines und Olympic Airways neben Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Cagliari CAG

138. Gemäss aktuellem Flugplan von Zürich[78] fliegt zurzeit einzig Edelweiss regelmässig diese Strecke. Entsprechend einer Anfrage auf www.ebookers.ch[79] bedienen zurzeit Alitalia, Air France und Air One neben Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Kos KGS

139. Gemäss aktuellem Flugplan von Zürich[80] bedienen Air Berlin und Edelweiss diese Strecke. Entsprechend einer Anfrage auf www.ebookers.ch[81] bedienen zurzeit Air France, Aegean Airlines, CSA Czech Airlines, Olympic Airways, Malev Hungrian Airlines u.a. neben Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Hurghada HRG

140. Gemäss aktuellem Flugplan von Zürich[82] bedient einzig Edelweiss diese Strecke. Entsprechend einer Anfrage auf www.ebookers.ch[83] bedienen zurzeit Egypt Air, Olympic Airways, Alitalia, Turkish Airlines, Japan Airlines, u.a. neben Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

- Zürich ZRH-Thessaloniki SKG

141. Gemäss aktuellem Flugplan von Zürich[84] bedienen Air Berlin, Edelweiss und Swiss diese Strecke. Entsprechend einer Anfrage auf www.ebookers.ch[85] bedienen zurzeit Austrian Airlines, Malev Hungrian Airlines, CSA Czech Airlines, Alitalia und Olympic Airways neben Swiss diese Strecke. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

142. Bei Langstreckendestinationen sind insbesondere auch indirekte Verbindungen i.S. aktueller Konkurrenz zu berücksichtigen.[86] So hat bspw. Edelweiss für Punta Cana (Dom. Rep.) sehr hohe Marktanteile, doch fliegen gemäss Parteiangaben diverse Fluggesellschaften diese Destination indirekt an. Es sind dies z.B.: Neos (ab Mailand), Arkefly (ab Amsterdam), Corsair (ab Paris) oder Pullmantor Air (ab Madrid). Zudem fliegen verschiedene Fluggesellschaften von der USA aus Punta Cana an. Ein ähnliches Bild ergibt sich für Male, wobei bspw. STAR Airlines (ab Paris), Emirates (ab Dubai und Colombo), Austrian (ab Wien) und Neos (ab Rom), sowie diverse Fluggesellschaften ab Colombo diese Destination bedienen.

143. Im Sinne eines Beispiels kann auch hier angeführt werden, dass gemäss einer Anfrage auf www.ebookers.ch[87] die Strecke ZRH-POP zurzeit American Airlines, Continental Airlines, British Airways und Delta neben Swiss bedienen. Es ist somit davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

144. Als weiteres Beispiel zeigt sich für die Strecke ZRH-MLE, dass gemäss einer Anfragen auf www.ebookers.ch[88] zurzeit Emirates, Qatar Airways, Srilankan und Singapore Airlines neben Swiss diese Strecke bedienen. Es kann somit auch hier davon ausgegangen werden, dass genügend aktueller Wettbewerb vorhanden ist.

II. Potentieller Wettbewerb

145. Swiss bedient entsprechend den Parteiangaben keine Langstreckenferiendestinationen, weshalb es auf den Langstreckenflügen weder bei den Linien- noch bei den Charterflügen zu Marktanteilsadditionen kommt. Zwar haben die beteiligten Unternehmen in diesen Bereichen teilweise sehr hohe Marktanteile. Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist vorliegend jedoch nicht hinreichend erkennbar, weil keine hohen Marktzutrittsschranken bestehen, welche das zusammengeschlossene Unternehmen vor neuen bzw. andern Marktteilnehmern schützen würde. Bei international verflochtenen Märkten ist zudem die Möglichkeit der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (auf dem Schweizerischen Markt) führt, unwahrscheinlich, da die ausländischen Konkurrenten regelmässig für ein bestimmtes Mass an wirksamem Wettbewerb besorgt sein werden.[89]

146. Gemäss Parteiangaben verfügen bspw. Air Berlin/Belair, Eurofly, Air Italy, Volare und weitere Fluggesellschaften über die erforderlichen Kapazitäten, um Langstreckendesti-nationen zu bedienen. Diese Gesellschaften sind demnach potentielle Konkurrenten im Bereich Langstreckenflüge an Feriendestinationen.[90]

III. Zwischenergebnis

147. Anhand vorher beschriebener Beispiele ist erkennbar, dass die Fluggesellschaften für die verschiedenen Strecken starker Konkurrenz ausgesetzt sind und deshalb auch bei sehr hohen Marktanteilen bzw. Marktanteilsadditionen nicht davon ausgegangen werden darf, dass eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt wird.

148. Bei den Langstreckenflügen ist zudem zu bemerken, dass die indirekten Flüge als Konkurrenz Druck auf die Fluggesellschaften ausüben können.

B.5 Kauf von 3 Fluggeräten durch Swiss

149. Swiss soll im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von der Alp Air drei Fluggeräte Airbus A320-214 mit den Registrierungen HB-IHX, HB-IHY und HB-IHZ bzw. den Seriennummern 942, 947 und 1026 erwerben. Zudem ist vorgesehen, dass der Leasingvertrag [...] mit Bezug auf das Fluggerät Airbus

[77] Vgl. Fn. 75, jedoch mit GVA-SSH.
[78] Vgl. Fn. 50.
[79] Vgl. Fn. 75, jedoch mit ZRH-CAG.
[80] Vgl. Fn. 50.
[81] Vgl. Fn. 75, jedoch mit ZRH-KGS.
[82] Vgl. Fn. 50.
[83] Vgl. Fn. 75, jedoch mit ZRH-HRG.
[84] Vgl. Fn. 50.
[85] Vgl. Fn. 75, jedoch mit ZRH-SKG.
[86] Vgl. Rn. 54.
[87] Vgl. Fn. 75, jedoch mit ZRH-POP.
[88] Vgl. Fn. 75, jedoch mit ZRH-MLE.
[89] Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft 1994, BBl 1995 I, S. 584.
[90] Vgl. Rn. 106.

A330-243 mit der Registrierung HB-IQZ und der Seriennummer 369 bei Edelweiss bestehen bleibt. Durch dieses Vorgehen erwirbt Airtrust/Swiss sämtliche Aktivitäten der Kuoni im Bereich der Beförderung von Flugpassagieren.

B.6 Kooperationsvereinbarung

150. Swiss, Kuoni und Edelweiss treffen eine Kooperationsvereinbarung [...].

151. [...]

152. [...]

B.7 Partnerschaftsvereinbarung

153. [Kuoni und Swiss schliessen eine Partnerschaftsvereinbarung.]

154. [...]

155. [...]

B.8 Ergebnis

156. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den Märkten Charterflugverkehr für den Bereich Pauschaltouristik und Individualflugverkehr für den Endkundentourismus eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

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

B 2.3	**6. BLS AG/Railion Deutschland AG**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. September 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. September 2008

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben BLS AG/Railion Deutschland AG auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

A SACHVERHALT

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 22. Juli 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben BLS AG/Railion Deutschland AG erhalten. Danach beabsichtigt Railion Deutschland AG (Railion Deutschland) ihre Beteiligung an der BLS Cargo AG (BLS Cargo) von 20 % auf 45 % zu erhöhen. Gemäss Meldung werde BLS Cargo künftig gemeinsam durch Railion Deutschland und die BLS AG (BLS) beherrscht. Durch die Erhöhung ihrer Beteiligung an BLS Cargo erhält Railion Deutschland Mitentscheidungsrechte in strategisch wichtigen Fragen.

2. Gemäss Meldung ist die BLS eine rechtlich selbständige und privatwirtschaftlich ausgerichtete Unternehmensgruppe. Massgebliche Aktionäre der BLS sind der Kanton Bern und die Schweizerische Eidgenossenschaft. Zu 55,75 % gehört die BLS dem Kanton Bern. Die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft beläuft sich auf 21,7 %. Diverse Kantone, Gemeinden und Private halten die restlichen 22,55 % der Aktien. Als integriertes Bahnunternehmen vereinigt die BLS unter einem Dach die Bereiche Infrastruktur, Personenverkehr, Cargo und Werkstätten sowie die Zugförderung als Pool von Lokführer/innen und Triebfahrzeugen. Folgende Abbildung 1 zeigt die Organisationsstruktur der BLS.

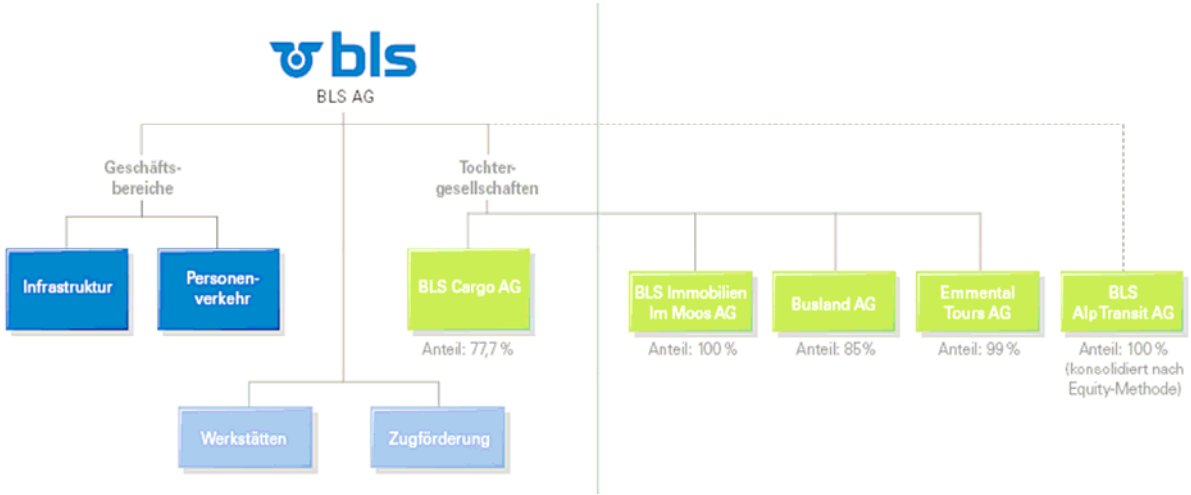


Abbildung 1: Organisationsstruktur der BLS (www.bls.ch, besucht am 23. Juli 2008)

3. Für die Haupttätigkeiten der BLS gibt die Broschüre „Kurzprofil 2008 – ein Kurzporträt der BLS AG“ (www.bls.ch, besucht am 23. Juli 2008) folgende Bereiche an: den regionalen Personenverkehr mit Zügen und Bussen, die Schifffahrt im Berner Oberland und den schienengebundenen Güterverkehr. Im Bereich Personenverkehr ist die BLS vorwiegend im Espace Mittelland tätig. Die BLS betreibt die S Bahn Bern sowie Regio- und RegioExpress-Züge. Zudem betreibt die BLS auf der Nord-Süd-Achse den Autoverlad durch den Lötschberg und durchgehende Verladeangebote Kandersteg – Lötschberg – Simplon – Iselle während der Ferienzeiten. Neben dem Personentransport auf der Schiene führt die BLS Busbetriebe im Gebiet rund um Burgdorf, Sumiswald – Hasle-Rüegsau – Huttwil und im Raum Langnau. Zur Schifffahrt gibt die Broschüre als Tätigkeitsgebiet den Thuner- und Brienzersee an. Beim schienengebundenen Güterverkehr ist die BLS mit der BLS Cargo AG tätig. Gemäss Broschüre ist die BLS Cargo die führende Privatbahn im Alpentransit durch die Schweiz. „Mit schlanken Strukturen konzentriert sich BLS Cargo auf das Geschäft mit Ganzzügen.“ Schwerpunkt bei BLS Cargo sind internationale Züge im Alpentransit über die Lötschberg – Simplon- und die Gotthard-Route. BLS Cargo bietet Züge im unbegleiteten kombinierten Verkehr, im begleiteten kombinierten Verkehr (Rollende Autobahn) sowie im konventionellen Verkehr an.

4. Neben diesen Haupttätigkeiten übernimmt die BLS mit dem Geschäftsbereich Infrastruktur die Betriebsführung, die Planung und Projektierung sowie den Bau und Un-

terhalt von Bahnanlagen, die Immobilienbewirtschaftung sowie das Ereignismanagement. Ferner baute das Tochterunternehmen BLS Alp Transit AG den NEAT-Basistunnel am Lötschberg. Den Basistunnel betreibt die BLS. Zu ihrer Infrastruktur informierte die BLS im Februar 2008 mit einer Medienmitteilung über die Überführung der Infrastruktur in ein neues Unternehmen (www.bls.ch, besucht am 13. August 2008). Demnach gliedert die BLS ihre Bahninfrastruktur einschliesslich der NEAT-Basisstrecke auf Anfang 2009 in eine neue BLS Netz AG aus. Für diese BLS Netz AG ist eine Mehrheitsbeteiligung des Bundes geplant: „Die eidgenössischen Räte und der Grosse Rat des Kantons Bern haben im vergangenen Jahr die Voraussetzungen geschaffen, damit frühere Bundes- und Kantonsdarlehen in Aktienkapital umgewandelt werden können. Damit wird die Identität zwischen dem weit überwiegenden Geldgeber und dem Eigentümer hergestellt." Der Bundesrat hielt allerdings fest, dass auch die BLS Netz AG einheitlich von der BLS geführt werden soll: „Der Verwaltungsrat der BLS AG wird – um eine erweiterte Vertretung des Bundes ergänzt – auch für die BLS Netz AG zuständig sein. Die Geschäftsleitung der beiden Unternehmungen wird identisch sein, die Infrastrukturgesellschaft wird kein eigenes Personal haben. Die Führung „aus einer Hand" ist damit bestätigt."

5. Mit eigenen Werkstätten hält die BLS ihr Rollmaterial instand. In diesen Werkstätten führt die BLS auch Aufträge für Dritte durch. Schliesslich betreibt die BLS rund 30 Reisezentren in den von ihr bedienten Bahnhöfen.

6. Railion Deutschland gehört zum Konzern Deutsche Bahn. Die Deutsche Bahn ist heute eines der führenden Mobilitäts- und Logistikunternehmen weltweit, tätig in 150 Ländern. Kern des Unternehmens ist die Eisenbahn in Deutschland. Die Deutsche Bahn AG (DB AG) gliedert sich gemäss Meldung in die Ressorts Personenverkehr, Transport und Logistik sowie Infrastruktur und Dienstleistungen. Die DB AG ist eine Holdinggesellschaft mit Sitz in Berlin. Folgende Abbildung 2 enthält die Gesellschaftsstruktur der DB AG.

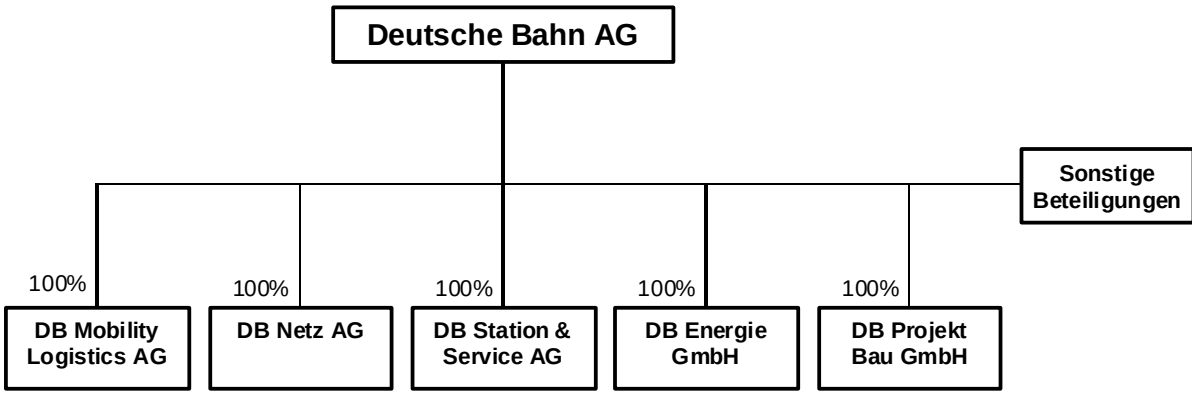


Abbildung 2: Gesellschaftsstruktur des Konzerns Deutsche Bahn

7. Als weltweit tätiges Unternehmen erbringt die Deutsche Bahn eine Vielzahl von Dienstleistungen und ist in den verschiedensten Bereichen tätig. Dies sind Dienstleistungen und Tätigkeiten wie beispielsweise: internationalen, nationalen und regionalen Personentransport; internationalen und nationalen Warenverkehr; Chauffeurservice oder Carsharing-Möglichkeiten; Sicherheits- und Ordnungsdienste; Gastronomiedienstleistungen; Betrieb von Eisenbahninfrastruktur; Energiemanagement.

8. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist das von der Deutschen Bahn massgeblich beteiligte Unternehmen die Railion Deutschland. Innerhalb des Konzerns Deutsche Bahn gehört Railion Deutschland zum Geschäftsbereich DB Mobility Logistics AG. Die DB Mobility Logistics AG ist in der Mobilität und in der Logistik tätig. Abbildung 3 zeigt die Struktur der DB Mobility Logistics AG.

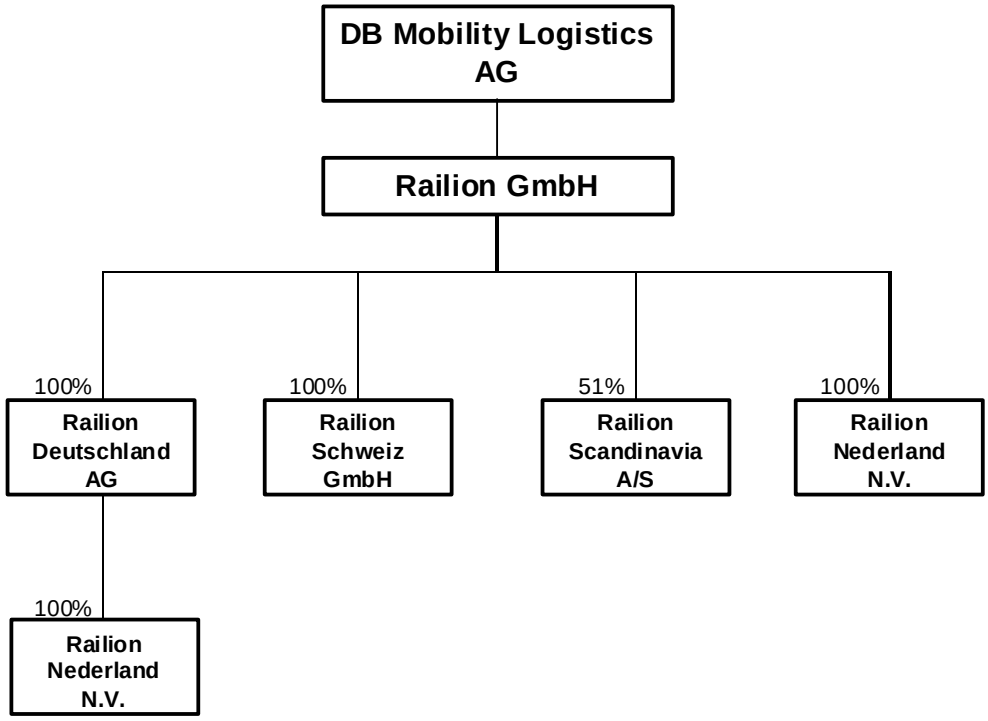


Abbildung 3: Organisationsstruktur DB Mobility Logistics AG

9. Gemäss Meldung firmierte Railion Deutschland früher unter DB Cargo AG. Die DB Cargo AG ging aus dem Bereich des Schienengüterverkehrs der Deutschen Bundesbahn und der Deutschen Reichsbahn hervor. Wie Abbildung 3 zeigt, gehört Railion Deutschland zu 100% der Railion GmbH. Die Railion GmbH ist eine Holdinggesellschaft mit Sitz in Mainz. Unter dem Dach von Railion GmbH sind die fünf Ländergesellschaften des sogenannten Railion-Verbundes vereint. Railion Deutschland bietet gemäss eigenen Angaben Transportleistungen in den Segmenten Ganzzüge, Einzelwagensystem und Kombinierter Verkehr mit dem Schwerpunkt Massengut in den Branchen Montan, Chemie, Mineralöl, Düngemittel, Agrar, Forstwirtschaft, Konsumgüter, Baustoffe und Entsorgung an (www.railion.com, besucht am 23. Juli 2008).

10. Zu Art, Umstände und Ziele des Zusammenschlussvorhabens macht die Meldung folgende Angaben. In den vergangenen Jahren entwickelte sich die Kooperation zur Zufriedenheit der Parteien. Das Volumen der gemeinsam durchgeführten Verkehre nahm zu. Ebenso nahm die Verzahnung der grenzüberschreitenden produktionellen Zusammenarbeit zu. Deshalb wollen die Parteien die Zusammenarbeit weiterentwickeln und die strategische Partnerschaft festigen. Zu diesem Zweck beabsichtigt Railion Deutschland, ihre Beteiligung an der BLS Cargo von 20 % auf 45 % aufzustocken. BLS bleibt Mehrheitsaktionärin der BLS Cargo.

11. Obwohl die BLS Mehrheitsaktionärin der BLS Cargo bleibt, führt die vorliegende Transaktion zu einer gemeinsamen Beherrschung der BLS Cargo durch BLS und Railion Deutschland. Der Grund für die gemeinsame Beherrschung sind Mitentscheidungsrechte der Railion Deutschland in strategisch wichtigen Fragen. Insbesondere der Aktionärbindungsvertrag räumt grundlegende Mitentscheidungsrechte ein. Der Aktionärbindungsvertrag sieht für das Zustandekommen von Beschlüssen die Einstimmigkeit der anwesenden Mitglieder des Verwaltungsrates der BLS Cargo in folgenden Fällen vor: [...].

12. Die BLS und Railion Deutschland tragen der modifizierten Zusammenarbeit mit dem Abschluss der folgenden Verträge Rechung:

- Kaufvertrag zwischen der BLS und der Railion Deutschland über den Erwerb einer 25 %-Beteiligung an der BLS Cargo vom 25. Juni 2008;
- Aktionärbindungsvertrag zwischen der BLS, der Railion Deutschland und der IMT AG[1] vom 25. Juni 2008;
- Kooperationsvertrag zwischen der BLS Cargo und der Railion Deutschland vom 25. Juni 2008.

13. Als Ziel der Transaktion gibt die Meldung die gemeinsame Stärkung des Schienengüterverkehrs an. Es gelte, den Schienengüterverkehr insbesondere gegenüber dem strassengebundenen Güterverkehr zu stärken. Die Partnerschaft zwischen BLS und Railion Deutschland soll gemäss Meldung folgende Aspekte berücksichtigen:

- Verbesserung der internationalen Angebote unter dem Aspekt kundenspezifischer Transport- und Logistikdienstleistungen;

[1] Die IMT AG, welche zu 100 % dem Kunden Ambrogio Trasporti mit Sitz in Gallarate gehört, hält 2.3 % am Aktienkapital von BLS Cargo.

- Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse der Marktgegebenheiten;
- Optimierung der Schienentransportleistungen zwischen den Partnern;
- Überwindung der zurzeit national orientierten Güterverkehrsstrukturen.

A.2 Verfahren

14. Am 22. Juli 2008 geht beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Meldung zum Zusammenschlussvorhaben „BLS AG/Railion Deutschland AG: Übernahme der gemeinsamen Kontrolle der BLS Cargo durch die Railion Deutschland und die BLS“. Den Eingang der Meldung bestätigt das Sekretariat am 23. Juli 2008.

15. Mit Zuschrift vom 30. Juli 2008 wird den federführenden Rechtsvertretern die Unvollständigkeit der Meldung angezeigt. In dieser Zuschrift erfragt das Sekretariat zusätzliche Angaben.

16. Am 8. August 2008 erhält das Sekretariat als Vervollständigung der Meldung ein zusätzliches Dokument. Mit Datum vom 12. August 2008 zeigt das Sekretariat die Meldung und die Vervollständigung als unvollständig an.

17. Am 13. August 2008 trifft die vollständige Meldung beim Sekretariat ein. Gleichzeitig mit der Bestätigung der Vollständigkeit vom 20. August 2008 erfragt das Sekretariat die zusätzlichen Angaben vom 30. Juli 2008 erneut. Diese zusätzlichen Angaben erhält das Sekretariat am 22. August 2008.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

18. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

19. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

20. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

21. Wie bereits erwähnt, stand die BLS Cargo bisher unter alleiniger Kontrolle der BLS. Mit der vorliegenden Transaktion erhält Railion Deutschland Mitentscheidungsrechte an strategisch wichtigen Entscheidungen (siehe Rz. 11). Gemäss Ducrey (2000) erfolgt gerade durch Aktionärbindungsverträge die vertragliche Regelung der gemeinsamen Ausübung der Kontrolle eines Unternehmens.[2] Ein Aktionärbindungsvertrag untersteht dem Zusammenschlusstatbestand, wenn er die Möglichkeit gibt, das strategische Wirtschaftsverhalten des betreffenden Unternehmens zu bestimmen. Zudem kann die Kontrolle von einem Unternehmen allein oder von mehreren Unternehmen gemeinsam erlangt werden. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung. Denn ein Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle erfüllt den Tatbestand des Zusammenschlusses in Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG in der Regel ebenfalls. Von gemeinsamer Kontrolle spricht man, wenn die beherrschenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das beherrschte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen. Folglich ist gemeinsame Kontrolle gegeben, wenn zwei oder mehrere Unternehmen die Möglichkeit haben, einen entscheidenden Einfluss in einem anderen Unternehmen auszuüben.

22. Somit kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG qualifiziert werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

23. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb ausschliessen.

B.3 Meldepflicht

24. Nach Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

[2] DUCREY, PATRIK, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Hrsg. v. Büren, Roland, David, Lucas, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2000.

25. Die im Jahr 2007 erzielten Umsätze sind gemäss Meldung die folgenden:

Gesellschaft	Umsatz weltweit	Umsatz Schweiz
BLS-Gruppe	CHF 770.773 Mio.	CHF 770.773 Mio.
Deutsche Bahn-Gruppe	EUR 31.307 Mia.	EUR [...] Mio. [...]

26. Damit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

29. Die BLS erbringt Mobilitäts- und Logistikdienstleistungen. Haupttätigkeiten der BLS sind der Personentransport und der schienengebundene Güterverkehr. Neben diesen Haupttätigkeiten ist die BLS in weiteren Bereichen tätig. Die BLS unterhält zahlreiche Infrastrukturen. Für den Unterhalt von Rollmaterial verfügt die BLS über mehrere Werkstätten. In diesen Werkstätten führt die BLS auch Aufträge für Dritte aus. Schliesslich bietet die BLS mit ihren Reisezentren eine Palette von Pauschalangeboten für Tagesausflüge bis zu massgeschneiderten Mehrtagesausflügen und Themenseminaren an.

30. Wie die BLS erbringt auch der Deutsche Bahn-Konzern Mobilitäts- und Logistikdienstleistungen. Der Deutsche Bahn-Konzern erbringt diese Leistungen im Personen- und im Güterverkehr. Zusätzlich führt der Deutsche Bahn-Konzern eine Vielzahl von weiteren Dienstleistungen aus und ist in den verschiedensten Bereichen tätig. Über Infrastrukturanlagen im Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz verfügt der Deutsche Bahn-Konzern allerdings nicht. Ebenso wenig besitzt der Deutsche Bahn-Konzern gemäss Ergänzung vom 22. August 2008 in der Schweiz eigene Betriebe für Werkstattarbeiten. Zum Bereich Reisen gibt die Meldung an, dass der Deutsche Bahn-Konzern ein Reisebüro in Zürich führt. Zudem führt die DB Vertrieb GmbH in Basel ein Büro für Marketing- und Verkaufsförderungsmassnahmen für die Angebote des Deutsche Bahn-Konzerns in der Schweiz. Diese Organisationseinheit verkauft allerdings keine Leistungen des Deutsche Bahn-Konzerns.

31. Grundsätzlich gilt es beim sachlich relevanten Markt zu unterscheiden zwischen Absatzmärkten und Beschaffungsmärkten.[3] Damit ergeben die Tätigkeiten von BLS und dem Deutschen Bahn-Konzern sowie die Angaben in der Meldung für das Zusammenschlussvorhaben zwischen der BLS und Railion Deutschland grundsätzlich folgende relevante Bereiche:

1) Güterverkehrsdienstleistungen,
2) Personenverkehrsdienstleistungen,
3) Infrastruktur,
4) Werkstattdienstleistungen,
5) Reisen,
6) Beschaffung von Rollmaterial,
7) Beschaffung im Bereich Infrastruktur.

32. Die Vorgehensweise, nur diese Bereiche als relevant zu bezeichnen, gilt ausschliesslich für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben. In anderen Fällen können sich abweichende Situationen ergeben. Damit ergeben sich auch abweichende Vorgehensweisen. Abweichende Vorgehensweisen können zu anderen relevanten Bereichen führen. Zudem gelten die als relevant bezeichneten Bereiche nicht als die sachlich relevanten Märkte. Ein relevanter Bereich kann aus mehreren sachlich relevanten Märkten bestehen.

33. Zum Bereich Reisen gibt die Meldung an, dass die BLS rund 30 Reisezentren in den von ihr bedienten Bahnhöfen betreibt. Insbesondere verfügt die BLS über das Reisebüro Emmental Tours AG in Burgdorf. Die Emmental Tours AG konzentriert sich gemäss Broschüre der BLS (www.bls.ch, besucht am 22. August 2008) auf das Incoming-Geschäft und ist in zwei Geschäftsbereichen tätig. Ein erster Geschäftsbereich ist das Angebot von Firmen-, Vereins- und Gruppenausflügen im Einzugsgebiet der BLS AG und in ihren Nachbarregionen. Als zweiten Geschäftsbereich organisiert die BLS Seminare und Tagungen im Emmental. Mit der Ergänzung vom 22. August 2008 fügt die BLS hinzu, dass sie vorwiegend Reisen vermittelt, welche von anderen Unternehmen veranstaltet werden. [...]. Für die Tätigkeiten im Bereich Reisen schätzt die Meldung den Marktanteil im Espace Mittelland (Kantone Bern, Solothurn, Freiburg, Neuenburg und Jura) unter [0-10 %]. Im gleichen Gebiet liegt der Marktanteil des Deutsche Bahn-Konzerns im Bereich Reisen gemäss Meldung bei 0 %. Aufgrund dieser Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte für weitere Abklärungen im Bereich Reisen.

[3] Migros/Denner, RPW 2008/1. S. 144 ff.; CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.; Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; Siehe in der EU: Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU IV/M 1684.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

34. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

B.4.1.1.1. Bereich Güterverkehrsdienstleistungen

35. Gemäss Meldung erbringt die BLS mit der BLS Cargo Transportdienstleistungen im konventionellen Wagenladungsverkehr und im Kombinierten Verkehr. Den konventionellen Wagenladungsverkehr betreibt die BLS Cargo mit Ganzzügen. Railion Deutschland führt als Kerngeschäftsfelder Wagenladungsverkehr und Kombinierten Verkehr durch. Beim Wagenladungsverkehr ist Railion Deutschland mit Einzelwagen und Ganzzügen tätig. Die Railion Schweiz GmbH erbringt vorwiegend Transportleistungen im konventionellen Einzelwagenverkehr. Teilweise bietet Railion Schweiz GmbH konventionellen Ganzzugverkehr an. Marktgegenseite ist insbesondere die verladende Wirtschaft.

36. Der Meldung liegt eine Studie der ProgTrans AG bei: „Situation des Schienengüterverkehrs der Schweiz – Analyse der Märkte und des Marktzugangs“ (Progtrans-Studie). Diese Progtrans-Studie gab das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK in Auftrag. In ihrer Studie analysiert die ProgTrans AG auch den Wettbewerb im Schienengüterverkehrsmarkt. Für die Betrachtung des Wettbewerbs im Schienengüterverkehrsmarkt nimmt die Progtrans-Studie Definitionen und Abgrenzungen vor. Insbesondere grenzt die Progtrans-Studie Teilmärkte voneinander ab. Ausgangspunkt der Abgrenzung von Teilmärkten ist die Segmentierung nach den zwei Merkmalen:

- Verkehrszweige des Schienengüterverkehrs und
- Verkehrsarten (auch Hauptrelation genannt).

37. Als Verkehrszweige des Schienengüterverkehrs können grundsätzlich der Wagenladungsverkehr und der Kombinierte Verkehr unterschieden werden. Unter dem Begriff Wagenladungsverkehr versteht das Bundesamt für Verkehr BAV (BAV) den Gütertransport in Güterwagen der Bahn oder in Privatwagen (www.bav.admin.ch, besucht am 25. Juli 2008). Beim Wagenladungsverkehr wird das Transportgut in den Eisenbahnwagen beispielsweise umgeladen, geschüttet oder umgepumpt. Dies erfolgt zu einem guten Teil über firmeneigene Anschlussgleise. Im Gegensatz zum Verladen des zu transportierenden Gutes beim Wagenladungsverkehr befördert der Kombinierte Verkehr die Güter in Ladeeinheiten wie beispielsweise Container, Wechselbehälter oder Sattelauflieger. Die Ladeeinheit geht von einem Transportmittel auf das andere über wie beispielsweise von einem Lastwagen auf einen Eisenbahnwagen. Weil beim Kombinierten Verkehr der Transport durch mehrere Verkehrsträger erfolgt, nennt das BAV den Kombinierten Verkehr eine multimodale Beförderung. Beim Kombinierten Verkehr unterscheidet man zusätzlich oft zwischen begleitetem und unbegleitetem Kombiniertem Verkehr. Der begleitete Kombinierte Verkehr, auch Rollende Landstrasse genannt, beinhaltet den Transport eines kompletten LKWs oder Sattelzugs auf der Schiene. Dagegen werden beim unbegleiteten Kombinierten Verkehr die Ladungen vom LKW zu einem Terminal gebracht und dort auf die Schiene umgeschlagen. Am Zielort werden die Ladungen wieder auf die Strasse/den LKW umgesetzt.

38. Ein weiteres grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal ist gemäss Progtrans-Studie die Produktionsform: Produktion in Ganzzügen oder im Einzelwagensystem. Bei der Produktion in Ganzzügen lastet ein Verlader einen ganzen Zug von Eisenbahnwagen aus. Der Zug fährt als Ganzes direkt von der Versand- zur Empfangsstelle. Zum Transport im Ganzzug-System besteht die Alternative des Einzelwagenladungsverkehrs. Der Einzelwagenladungsverkehr ist der Transport von Gütern in einzelnen Eisenbahnwagen oder kleinen Wagengruppen (weniger als ein Zug).

39. Aufgrund dieser verschiedenen Merkmale unterscheidet die Progtrans-Studie drei Verkehrszweige:

- Einzelwagenladungsverkehr,
- Ganzzüge im Wagenladungsverkehr,
- Kombinierter Verkehr.

40. Das zweite Merkmal sind die Verkehrsarten. Verkehrsarten segmentieren den schienengebundenen Güterverkehr weiter. Üblicherweise bezeichnet der Begriff Verkehrsart in der Schweiz die verschiedenen Hauptrelationen

- Binnenverkehr,
- Import- und Exportverkehr (grenzüberschreitender Verkehr) und
- Transitverkehr.

Diese Segmentierung nach Verkehrsarten gilt für jeden der drei Verkehrszweige. Folglich bestehen insgesamt neun Segmente.

41. Zu den Abgrenzungen der Progtrans-Studie betont die Meldung, dass diese Abgrenzungen „nicht nach kartellrechtlichen Grundsätzen abgegrenzt worden sind“. „Vielmehr wurden einzelne Geschäftsbereiche als Teilmärkte betrachtet, welche aus der Optik der Marktgegenseite, d.h. nach den Grundsätzen von Art. 11 Abs. 3 VKU, keine eigenständige Märkte darstellen würden.“ Die Meldung macht trotzdem Angaben zu Teilmärkten innerhalb des Gütertransportdienstleistungsmarktes. Daraus darf aber gemäss Meldung nicht der Schluss gezogen werden, diese Teilmärkte seien als eigene, sachlich relevante Märkte zu definieren. Etwas anderes lasse sich im Übrigen auch nicht aus der Progtrans-Studie ableiten, die in diesem Zusammenhang jeweils von Teilmärkten spreche.

42. In der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS Lötschbergbahn AG – Regionalverkehr Mittelland AG grenzte die Wettbewerbskommission einen sachlich relevanten Markt für Gütertransportdienstleistungen ab (RPW 2006/2, Rz. 21 ff.). Dieser sachlich relevante Markt umfasst Gütertransportdienstleistungen auf Schiene und Strasse. Auch eine verfeinerte Marktabgrenzung führte zu keinem anderen Ergebnis.

43. Allerdings ist der schienengebundene Güterverkehr gemäss Wittenbrink (2007) in den vergangenen Jahren durch eine sehr dynamische Entwicklung gekennzeichnet.[4] „Während die ehemaligen Staatsbahnen unter zunehmendem Wettbewerb erhebliche Produktivitätsfortschritte realisierten und gleichzeitig neue, qualitativ hochwertige Produkte etablierten, ist gleichzeitig ein sehr interessanter Markt für Güterbahnen entstanden." Diesen Entwicklungen im Gütertransport auf der Schiene will die Wettbewerbskommission Rechnung tragen. Deshalb erfolgt die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in Anlehnung an die Segmente der Progtrans-Studie. Jedoch kann die abschliessende sachliche Marktabgrenzung in diese Segmente offen gelassen werden, weil – wie weiter unten gezeigt – unter dieser engeren Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

44. Eine weitere Fragestellung ist die intermodale Substituierbarkeit: Besteht eine genügend hohe Substituierbarkeit zwischen Gütertransport auf der Schiene und Gütertransport auf der Strasse, so dass Schiene und Strasse zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören? Die Wettbewerbskommission geht für die Marktgegenseite der Gütertransportunternehmen von insbesondere der verladenden Wirtschaft aus (RPW 2004/2, S. 335, Rz. 19, RPW 2006/2, S. 244, Rz. 21). Für die verladende Wirtschaft bestehe grundsätzlich Substituierbarkeit zwischen Gütertransport auf der Schiene und Gütertransport auf der Strasse. Aber die Wettbewerbskommission hält ausdrücklich fest, dass Gütertransport auf Schiene nicht immer ein gutes Substitut für Gütertransport auf Strasse sein muss et vice versa. Der Grad der Substituierbarkeit hängt von verschiedenen Eigenschaften der zu befördernden Güter ab. Solche Eigenschaften sind beispielsweise Transportvolumen, Transportdistanz oder Zeitrestriktionen. Je nach Eigenschaften der zu befördernden Güter können unterschiedliche Marktabgrenzungen angemessen sein. Für das vorliegende Zusammenschlusshaben kann die Frage des intermodalen Wettbewerbs offen gelassen werden, da – wie weiter unten gezeigt wird – auch bei einer engen Marktabgrenzung mit Unterscheidung zwischen Transport auf Strasse und Transport auf Schiene keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

45. Aufgrund dieser Ausführungen betrachtet die Wettbewerbskommission das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unter Abgrenzung der folgenden sachlich relevanten Märkten. Die drei Verkehrszweige und die drei Verkehrsarten definieren die sachlich relevanten Märkte. Diese Märkte sind in Tabelle 1 dargestellt.

Tabelle 1: Verkehrszweige-Verkehrsarten-Matrix

		Verkehrsarten		
		Binnenverkehr	Import-/Exportverkehr	Transitverkehr
Verkehrszweige	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Kombinierter Verkehr auf der Schiene	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

B.4.1.1.2. Bereich Personenverkehrsdienstleistungen

46. Im Bereich Personenverkehr erbringt die BLS-Gruppe Dienstleistungen auf der Strasse und auf der Schiene. Dabei handelt es sich um regionale Dienstleistungen. Im schweizerischen Fernverkehr tritt die BLS nicht auf. Das öV-Glossar des Verbandes öffentlicher Verkehr (VöV) gibt für die von der BLS betriebenen Langstreckenlinien an, dass diese im Sinne der auf die SBB ausgerichteten Definition keinen Fernverkehr darstellen (www.voev.ch, besucht am 21. August 2008).

47. Der Deutsche Bahn-Konzern bietet mit dem Produkt Europa-Spezial Personentransporte in die Schweiz an. Gemäss Auskunft des Deutsche Bahn-Konzerns werden diese Personentransporte für das Gebiet Schweiz allerdings durch die SBB betrieben. Der Deutsche Bahn-Konzern betreibt die Personentransporte in der Schweiz nicht. Im Tätigkeitsgebiet der BLS erbringt der Deutsche Bahn-Konzern gemäss Meldung keine Dienstleistungen im Personenverkehr.

[4] WITTENBRINK, PAUL, Strategische und organisatorische Optionen für Güterbahnen, Internationales Verkehrswesen, 11/2007, S. 512-519.

48. Im Regionalverkehr gilt das Bestellverfahren.[5] Bei diesem Verfahren bestellen der Bund und die betroffenen Kantone bei den Transportunternehmen das erwünschte Verkehrsangebot oder die erwünschten Leistungen auf der Basis einer Offerte. Das Bestellverfahren regelt auch die finanziellen Abgeltungen in Höhe der geplanten ungedeckten Kosten im Voraus. Aufgrund dieses Bestellverfahrens ist die öffentliche Hand die Marktgegenseite der Transportunternehmen. Folglich bestimmt nicht der Leistungsempfänger (Kunde) direkt das Angebot oder die Leistung des Transportunternehmens.

49. Im Rahmen des Bestellverfahrens kann die öffentliche Hand ihre Aufträge direkt bei den Anbietern nachfragen oder die Aufträge ausschreiben. Ausschreibungen der öffentlichen Hand fanden allerdings gemäss Meldung kaum statt. Anstelle von Ausschreibungen fragte die öffentliche Hand die Leistung bei den Anbietern nach, welche in der entsprechenden Region tätig waren.

50. Für die Erbringung von Personentransportdienstleistungen im Regionalverkehr ist gemäss Art. 4 der Verordnung über die Personenbeförderungskonzession (VPK, SR 744.11) eine Konzession oder Bewilligung erforderlich. Eine Konzession oder Bewilligung lautet auf eine oder mehrere Linien. Als Linienverkehr gilt gemäss Art. 9 Abs. 1 VPK die regelmässige, fahrplanmässige Verkehrsverbindung zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten, wobei die Fahrgäste an im Fahrplan festgelegten Haltestellen aufgenommen und abgesetzt werden.

51. Bei Dienstleistungen in der Personenbeförderung im Luftverkehr definiert die EU-Kommission nach gängiger Rechtsprechung den sachlich relevanten Markt aufgrund des „point of origin / point of destination"-Ansatzes (O&D-Ansatz).[6] Entsprechend diesem Ansatz wird aus Sicht des Kunden jede Kombination eines Ausgangspunktes mit einem Bestimmungsort als separater Markt angesehen. Ein O&D-Ansatz ist auch für Dienstleistungen im Personenverkehr auf der Schiene oder der Strasse denkbar. Je nach Situation kann der O&D-Ansatz zweckdienlich sein. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben allerdings erscheint ein O&D-Ansatz aus folgenden Gründen weniger zweckdienlich. Erstens stellen nicht die Endkunden die Marktgegenseite dar, sondern die öffentliche Hand. Zweitens bestellt die öffentliche Hand zumindest teilweise auch Leistungen für Linienpakete und nicht nur für einzelne Linien. Drittens bestehen Linien aus mehreren verschiedenen Teilstrecken. Diese Teilstrecken können sich aus der Menge der Haltestellen als Ausgangs- und Endpunkt beliebig zusammensetzen.

52. Im Zusammenschlussvorhaben BLS/RM grenzte die Wettbewerbskommission für den Regionalverkehr einen sachlich relevanten Markt ab, welcher Personentransportdienstleistungen auf Schiene und Strasse umfasst (RPW 2006/2, S. 244). Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben allerdings kann offen gelassen werden, ob Personentransport auf der Schiene und Personentransport auf der Strasse substituierbar sind. Denn selbst bei einer engeren Marktabgrenzung in Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene und Personenverkehrsdienstleistungen auf der Strasse bestehen im Bereich Personenverkehrsdienstleistungen keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben.

53. Folglich wird das vorliegende Zusammenschlussvorhaben für die sachlich relevanten Märkte Personverkehrsdienstleistungen auf der Strasse im Regionalverkehr und Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene im Regionalverkehr betrachtet.

B.4.1.1.3. Bereich Infrastruktur

54. Die BLS verfügt gemäss Meldung über zahlreiche Infrastrukturen wie Bahngleisanlagen. Dagegen verfügt der Deutsche Bahn-Konzern über keine eigenen Infrastrukturanlagen im Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz.

55. Das Eisenbahngesetz (EBG, SR 742.101) erläutert in Art. 62 Abs. 3 die Infrastruktur im Eisenbahnwesen: Zur Infrastruktur gehören alle Anlagen und Einrichtungen, die im Rahmen des Netzzugangs gemeinsam benützt werden müssen, insbesondere der Fahrweg, die Stromversorgungsanlagen einschliesslich Unterwerke, die Sicherungsanlagen, die Publikumsanlagen, die öffentlichen Verladeanlagen und die Rangierbahnhöfe. Die Stromlieferung wird ebenfalls zur Infrastruktur gezählt. Anlagen und Einrichtungen für den Unterhalt des Rollmaterials, Kraftwerke und Übertragungsleitungen, Verkaufsanlagen und Verkaufspersonal sowie Rangierleistungen ausserhalb von Rangierbahnhöfen können ebenfalls der Infrastruktur zugeordnet werden, sind aber nicht Gegenstand des Netzzugangs.

56. Im Bereich Infrastruktur bietet die BLS zwei Dienstleistungen an. Eine Dienstleistung ist der Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur. Die andere Dienstleistung ist die Gewährung der Benutzung der Eisenbahninfrastruktur der BLS. Bei der ersten Dienstleistung des Baus und Betriebes von Eisenbahninfrastruktur ist die Marktgegenseite die öffentliche Hand. Gemäss Art. 5 Abs. 1 EBG setzt der Bau und Betrieb einer Eisenbahninfrastruktur eine Konzession voraus. Eine Konzession für den Bau und Vertrieb von Eisenbahninfrastruktur erteilt gemäss Art. 6 Abs. 1 EBG der Bundesrat unter bestimmten Voraussetzungen nach Anhören der betroffenen Kantone. Aufgrund einer Konzession ist die entsprechende Eisenbahnunternehmung berechtigt und verpflichtet, die Eisenbahninfrastruktur nach den Vorschriften der Eisenbahngesetzgebung und der Konzession zu bauen und zu betreiben. Der Betrieb der Eisenbahninfrastruktur umfasst die Einrichtung und den Unterhalt der Anlagen sowie die Führung der Stromversorgungs-, Betriebsleit- und Sicherheitssysteme.

57. Bei der anderen Dienstleistung stellt die BLS anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Eisenbahninfrastruktur zur Benutzung zur Verfügung. Das BAV spricht in diesem Zusammenhang vom Netzzugang (www.bav.admin.ch, besucht am 22. August 2008). Dies ist die Öffnung des Schienennetzes für fremde Anbieter (d.h. für Anbieter, die nicht auf der eigenen Infrastruktur fahren), genannt Netzbenutzerinnen. Somit besteht die

[5] Zusammenschluss BLS/RM (RPW 2006/2, S. 242).

[6] U.A. Air France/KLM (COMP/M.3280 vom 11. Februar 2004); Lufthansa/Swiss (COMP/M.3770 vom 4. Juli 2005); Ryanair/Aer Lingus (COMP/M.4439 vom 27. Juni 2007).

Marktgegenseite aus den anderen Eisenbahnunternehmen, welche über eine Benutzungsbewilligung verfügen. Diese Eisenbahnunternehmen sind die Netzbenutzerinnen. Den benutzungsbewilligten Eisenbahnunternehmen stellt die Infrastrukturbetreiberin ihr Schienennetz gegen Entgelt, dem Trassenpreis, zur Fahrt mit einem Zug zur Verfügung. Gemäss Art. 9a EBG ist die konzessionierte Infrastrukturbetreiberin zur Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs verpflichtet. Die Grundsätze des Netzzuganges regelt die Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV, SR 742.122).

58. Somit können im Bereich Infrastruktur angebotsseitig die zwei sachlich relevanten Märkte Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur und die Benutzung von Eisenbahninfrastruktur[7] ausgeschieden werden.

B.4.1.1.4. Werkstattdienstleistungen

59. Für die Instandhaltung ihres Rollmaterials betreibt die BLS eigene Werkstätten. Werkstattdienstleistungen umfassen die verschiedensten Arbeiten für den Unterhalt, die Revision und den Umbau an Eisenbahnfahrzeugen sowie Dienstleistungen in den Bereichen Engineering, Elektrik und Elektronik.[8] Diese Werkstattdienstleistungen bietet die BLS auch Dritten an: „So stammen heute bereits 20 % des Umsatzes der BLS Werkstätten von Eisenbahnunternehmen aus der ganzen Schweiz (www.bls.ch, besucht am 22. August 2008).“ Demgegenüber führt der Deutsche Bahn-Konzern gemäss Ergänzung vom 22. August 2008 in der Schweiz keine eigenen Betriebe für Werkstattarbeiten.

60. Der Bereich Werkstattdienstleistungen kann in folgende Märkte unterteilt werden[9]:

- Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance)
- Markt für Instandhaltung (heavy maintenance)
- Markt für Umbau (refurbishment)

61. Aus Sicht der Nachfrager sind diese Werkstattdienstleistungen nicht untereinander austauschbar. Deshalb beschreiben diese Werkstattdienstleistungen je einzeln einen sachlich relevanten Markt.

62. Der Markt für Betriebsunterhalt umfasst alle Arbeiten die aufgrund von Verordnungen (z.B. Verordnung vom 23. November 1983 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen [Eisenbahnverordnung, EBV] SR 742.141.1), Betriebshandbüchern und Vorschriften von Herstellern regelmässig erbracht werden müssen, um den sicheren Betrieb des Fahrzeuges zu gewährleisten. Um die Verfügbarkeit des Rollmaterials hoch zu halten werden diese Arbeiten weitgehend vom Eisenbahnunternehmen eigenständig ausgeführt. So ist bei der SBB AG (nachfolgend SBB) die SBB Cargo für den Betriebsunterhalt zuständig.

63. Zum Markt für Instandhaltung gehören alle grösseren Arbeiten, die aufgrund von Defekten, Ausfällen, Unfällen, etc. notwendig sind, sowie Revisionen. Diese Arbeiten beinhalten grössere Überholungen, die in der Regel nur in einer Betriebswerkstätte während mehrerer Tage oder Wochen durchgeführt werden können.

64. Der Markt für Umbauarbeiten umfasst Arbeiten, die sich aufgrund von sich verändernden gesetzlichen Vorschriften und Auflagen (z.B. Umweltschutz/Einbau von Katalysatoren und Partikelfiltern) ergeben, oder aufgrund der Einführung neuer Technologien als nützlich erweisen. Dazu gehören Modernisierungs- und Anpassungsarbeiten und unter Umständen der vollständige Umbau des Rollmaterials.

B.4.1.1.5. Beschaffung von Rollmaterial

65. Im Bereich der Beschaffung von Rollmaterial wurden im Zusammenschlussvorhaben Bombardier/Adtranz (RPW 2001/1, S. 129 ff.) die folgenden Märkte als sachlich relevant angesehen: Markt für Reisewagen und Zugsysteme, je unterteilt in Fern-, Regional- und Stadtbahnen, Markt für Lokomotiven, Markt für Güterwagen. Diese Marktabgrenzung erfolgte in Anlehnung an das Zusammenschlussvorhaben Adtranz CH/Schindler Waggon AG (RPW 1997/4).

66. Die BLS fragt für ihre Dienstleistungen im Güterverkehr gemäss Meldung insbesondere Lokomotiven nach. „Güterwagen sind zumeist, bei der BLS Cargo fast ausschliesslich, zugemietet.“ Im regionalen Personenverkehr steht der Erwerb von Triebwagen im Vordergrund. Triebwagen sind Eisenbahnwagen mit eigenem Antrieb und integriertem Fahrgastraum. Diese Triebwagen setzen die Transportunternehmen vorwiegend im Nah- und Regionalverkehr ein. Gemäss Meldung ist die Nachfrage nach Reisezugwagen „in den letzten Jahren absolut unbedeutend geworden, da Eisenbahnverkehrsunternehmen im Personenverkehr mittlerweile ganz überwiegend Triebzüge (d.h. Antriebseinheit mit integriertem Fahrgastraum) nachfragen“.

67. Der Deutsche Bahn-Konzern bestellte bei schweizerischen Anbietern keine Regio-Triebwagen. Dagegen bestellte der Deutsche Bahn-Konzern bei der Stadler Pankow GmbH in Deutschland Regionalbahnen. Die Stadler Pankow GmbH ist ein Tochterunternehmen der Stadler Rail AG und verantwortlich für die Bearbeitung des deutschen Marktes. Für den Marktanteil der BLS von Triebzügen geht die Meldung von einem Marktanteil aus, der klar unter 30 % oder gar 20 % liegt. Denn das Beschaffungsvolumen der SBB sei im Vergleich zu jenem der BLS erfahrungsgemäss dreissig mal grösser.

68. Bei der Beschaffung von Lokomotiven schwankt das Volumen von der BLS und dem Deutschen Bahn-Konzern gemäss Meldung von Jahr zu Jahr. Die BLS und der Deutsche Bahn-Konzern beschaffen mit einer Bestellung jeweils eine grössere Menge an Lokomotiven. Somit kann es zu Jahren ohne Bestellung von Lokomotiven kommen. In den letzten drei Jahren kaufte die BLS gemäss Meldung 10 Lokomotiven von Bombardier Deutschland (Kassel). Dementsprechend schätzt die Meldung die Marktanteile bei der Beschaffung von Lokomotiven in den letzten drei Jahren europaweit auf unter 1 %. Für den Deutsche Bahn-Konzern schätzt die Meldung bei der Beschaffung von Lokomotiven europaweit den Marktanteil auf weniger als [0-20 %]. In den

[7] Zusammenschluss BLS/RM (RPW 2006/2, S. 244).
[8] Zusammenschluss BLS/RM (RPW 2006/2, S. 244).
[9] Zusammenschluss ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG von ALSTOM Schienenfahrzeuge AG und Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG, RPW 2007/3, S. 458 ff.; EU-Kommission im Fall Bombardier/ADtranz vom 3. April 2001, COMP/M.2139-Bombardier/ADtranz, Rz. 16, S. 6.

letzten drei Jahren tätigten die beiden Unternehmen in der Schweiz keine Beschaffungen von Lokomotiven.

69. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für weitere Abklärungen in den Bereichen Beschaffung von Reisewagen und Zugsystemen für Fern-, Regional- und Stadtbahnen sowie den Bereichen der Beschaffung von Lokomotiven und der Beschaffung von Güterwagen. Diese Vorgehensweise begründet allerdings in keiner Weise eine Handlungsmöglichkeit oder Richtschnur für andere Fälle.

B.4.1.1.6. Beschaffung im Bereich Infrastruktur

70. Wie bereits erwähnt, umfasst die Infrastruktur auch ortsfeste Anlagen und Einrichtungen, die für die Erbringung von Transportleistungen nötig sind (Art. 62 Abs. 3 EBG, www.bav.admin.ch, besucht am 25. August 2008). Im Schienenverkehr sind dies beispielsweise Gleise, Streckenausrüstungen, Sicherungsanlagen oder Bahnhöfe. Somit kann die Infrastruktur beschaffungsseitig weiter in zwei Bereiche unterteilt werden: die Beschaffung von festen Anlagen und Einrichtungen und die Beschaffung von elektrotechnischen Anlagen und Einrichtungen. Allerdings kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Abgrenzung der beschaffungsseitig sachlich relevanten Märkte offen gelassen werden, weil wie nachfolgend gezeigt bei der Beschaffung im Bereich Infrastruktur keine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

71. 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).

B.4.1.2.1. Bereich Güterverkehrsdienstleistungen

72. Für Dienstleistungen im Güterverkehr erachtet die Wettbewerbskommission das Gebiet der Schweiz als räumlich relevante Dimension (RPW 2004/4, S. 336 ff., RPW 2006/2, S. 245). Im vorliegenden Fall kann somit für alle Kombinationen von Verkehrszweigen und Verkehrsarten als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.

B.4.1.2.2. Personenverkehrsdienstleistungen

73. Bei Dienstleistungen im Personenverkehr haben die Besteller die Möglichkeit, gewisse Linien auszuschreiben.[10] Die öffentliche Hand kann ihre Aufträge für Personentransportdienstleistungen national oder gar international nachfragen und ausschreiben. Aufgrund dieser "Kann"-Regelung erfolgen im Bahnbereich allerdings kaum Ausschreibungen. Die meisten Kantone schreiben nur in speziellen Situationen aus.[11] Vielmehr fragt die öffentliche Hand die Leistungen für Personentransport bei Anbieter nach, welche bereits in der entsprechenden Region tätig sind. Deshalb kann für Personentransportdienstleistungen von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, der das Tätigkeitsgebiet der BLS umfasst.[12] Das Tätigkeitsgebiet der BLS umfasst gemäss Meldung den Espace Mittelland bestehend aus den Kantonen Bern, Solothurn, Freiburg, Neuenburg und Jura, den Kanton Luzern und den nördlichen Teil des Kantons Wallis bis Brig.

B.4.1.2.3. Bereich Infrastruktur

74. Im Bereich Infrastruktur werden für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zwei sachlich relevante Märkte ausgeschieden: Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur sowie die Benutzung von Eisenbahninfrastruktur. Für den Bau und Betrieb von Infrastruktur vergibt der Bundesrat die Konzession. Diese Konzessionsvergabe erfolgt unter bestimmten Voraussetzungen und nach Anhören der betroffenen Kantone. Somit fragt die öffentliche Hand in den betroffenen Gebieten und Regionen die Dienstleistung des Baus und des Betriebes von Eisenbahninfrastruktur nach. Somit kommen für den Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur als räumlich relevante Märkte die betroffenen Gebiete und Regionen in Frage. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann allerdings die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes beim Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur offen gelassen werden.

75. Als räumlich relevanter Markt für die Benutzung von Infrastruktur gelangt das Gebiet der BLS zur Anwendung, in dem die BLS über Eisenbahninfrastruktur verfügt, welche sie anderen Unternehmen zur Benutzung überlässt.[13] Dies sind der Espace Mittelland, Luzern, Solothurn und das nördliche Wallis (bis Brig). Bei anderen Zusammenschlussvorhaben ist allerdings die Beschränkung auf andere Gebietseinheiten wie beispielsweise das Berner Oberland oder der Kanton Jura denkbar.

B.4.1.2.4. Werkstattdienstleistungen

76. Anhand des Zusammenschlussvorhabens ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG (RPW 2007/3, Rz. 32 ff.) ist bei Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeugen für die Märkte Betriebsunterhalt, Instandhaltung (heavy maintenance) und Umbau (refurbishment) je von einem regionalen, höchstens nationalen räumlichen Markt auszugehen. Denn es wäre unwirtschaftlich, das schienengebundene Rollmaterial für Betriebsunterhalts-, Instandhaltungs- und Umbauarbeiten vom Betriebsstandort über längere Distanzen zu verschieben. Für die Wartung von Kesselwagen geht die Wettbewerbskommission von einem nationalen räumlich relevanten Markt aus. Dies ist im Einklang mit dem Entscheid der Europäischen Kommission im Fall Bombardier/Adtranz vom 3. April 2001 (COMP/M.2139-Bombardier/Adtranz, Rz. 26). In diesem Entscheid nimmt die Europäische Kommission bei Instandhaltungs- und Modernisierungsleistungen eine einzelstaatliche räumliche Marktabgrenzung vor.

B.4.1.2.5. Beschaffung im Bereich Infrastruktur

77. Im Bereich der Beschaffung von festen Anlagen und Einrichtungen besteht gemäss Meldung ein relativ offener Markt. Feste Anlagen und Einrichtungen können bei

[10] Ecoplan, im Auftrag des Bundesamtes für Verkehr (BAV), Evaluation EBG '96 – Auswirkungen des Bestellverfahrens gemäss der Eisenbahngesetz-Revision von 1996, 29. April 2005, S. 21.
[11] Ecoplan, im Auftrag des Bundesamtes für Verkehr (BAV), Evaluation EBG '96 – Auswirkungen des Bestellverfahrens gemäss der Eisenbahngesetz-Revision von 1996, 29. April 2005, S. 3.
[12] Zusammenschluss BLS/RM (RPW 2006/2, S. 245).
[13] Zusammenschluss BLS/RM (RPW 2006/2, S. 245).

Klein- und Grossunternehmen in der Schweiz und in der EU beschafft werden. Bei der Beschaffung von elektrotechnischen Anlagen und Einrichtungen erfolgt die Nachfrage gemäss Meldung „europa- bzw. weltweit". Nachfolgend wird dargelegt, dass bei der Abgrenzung eines räumlich relevanten Marktes, der das Gebiet der Schweiz umfasst, keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG bei Beschaffungen im Bereich Infrastruktur bestehen. Somit kann die Frage nach der definitiven räumlichen Marktabgrenzung sowohl für die Beschaffung von festen Anlagen und Einrichtungen als auch für die Beschaffung von elektrotechnischen Anlagen letztlich offen gelassen werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

78. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

B.4.2.1.1. Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene

79. Für den Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene besteht vorliegend die Unterscheidung nach den Verkehrsarten

- Binnenverkehr,
- Import-/Exportverkehr und
- Transitverkehr.

80. Gemäss Meldung und Ergänzung vom 22. August 2008 weisen die BLS Cargo und Railion Deutschland im Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene sowohl im Binnenverkehr als auch im Import-/Exportverkehr keine Aktivitäten auf. Den Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr fahren BLS Cargo und Railion Deutschland als Ganzzüge durch die Schweiz.

81. Folglich betragen die gemeinsamen Marktanteile von BLS und Railion Deutschland jeweils auf

- dem Markt für den Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr,
- dem Markt für den Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr und
- auf dem Markt für den Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr

in der Schweiz weniger als 20 %. Ebenso betragen die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den jeweiligen Märkten in der Schweiz weniger als 30 %. Da der gemeinsame Marktanteil von BLS und Railion Deutschland auf den Märkten für den Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr, im Import-/Exportverkehr und im Transitverkehr weniger als 20 % beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen nicht 30 % oder mehr beträgt, handelt es sich nicht um vom Zusammenschluss betroffene Märkte (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.2. Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene

82. Wie beim Einzelwagenladungsverkehr besteht für den Wagenladungsverkehr mit Ganzzügen auf der Schiene vorliegend die Unterteilung in

- Binnenverkehr,
- Import-/Exportverkehr und
- Transitverkehr.

83. Gemäss Meldung und Ergänzung vom 22. August 2008 beträgt der Marktanteil von Railion Deutschland beim Wagenladungsverkehr mit Ganzzügen auf der Schiene sowohl im Binnenverkehr als auch im Import-/Exportverkehr 0 %. Für die gleichen Bereiche liegt der Marktanteil von BLS Cargo jeweils unter 20 %.

84. Auf dem Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr haben sich die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien gemäss Meldung und Ergänzung vom 22. August 2008 in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Transportunternehmen	Jahr 2005	Jahr 2006	Jahr 2007
BLS Cargo AG	[20-30 %]	[25-35 %]	[25-35 %]
Railion Deutschland AG	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Total	[25-35 %]	[30-40 %]	[30-40 %]

85. Diese Angaben ergeben für

- den Wagenladungsverkehr mit Ganzzügen auf der Schiene im Binnenverkehr und
- den Wagenladungsverkehr mit Ganzzügen auf der Schiene im Import-/Exportverkehr

keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte, weil der gemeinsame Marktanteil von BLS und Railion

Deutschland auf diesen Märkten weniger als 20 % beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen nicht 30 % oder mehr beträgt.

86. Weil der gemeinsame Marktanteil von BLS und Railion Deutschland auf dem Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr mehr als 20 % beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.3. Kombinierter Verkehr auf der Schiene

87. Schliesslich wird auch der dritte Verkehrszweig Kombinierter Verkehr auf der Schiene vorliegend nach den Verkehrsarten Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr und Transitverkehr unterteilt.

88. Die Marktanteile im Kombinierten Verkehr auf der Schiene betragen gemäss Meldung und Ergänzung vom 22. August 2008 für beide der am Zusammenschluss beteiligten Parteien sowohl im Binnenverkehr als auch im Import-/Exportverkehr jeweils 0 %.

89. Auf dem Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr haben sich gemäss Meldung und Ergänzung vom 22. August 2008 die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Transportunternehmen	Jahr 2005	Jahr 2006	Jahr 2007
BLS Cargo AG	[30-40 %]	[30-40 %]	[30-40 %]
Railion Deutschland AG	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Total	[35-45 %]	[35-45 %]	[35-45 %]

90. Diese Angaben ergeben für

- den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr und
- den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr

keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte, weil der gemeinsame Marktanteil von BLS und Railion Deutschland auf diesen Märkten weniger als 20 % beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen nicht 30 % oder mehr beträgt.

91. Weil hingegen der gemeinsame Marktanteil von BLS und Railion Deutschland auf dem Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr mehr als 20 % beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.4. Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur

92. Zum Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur gibt die Meldung an, dass die BLS über Eisenbahninfrastruktur verfügt, welche schätzungsweise einen Anteil von 40 % aufweist. Der Deutsche Bahn-Konzern verfügt über keine Gleisanlagen im Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz. Somit handelt es sich bei Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur um einen betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.5. Benutzung von Eisenbahninfrastruktur

93. Die eigene Infrastruktur bietet die BLS alleine zur Benutzung an. Folglich verfügt die BLS auf ihrer Infrastruktur über einen Marktanteil von 100 %. Der Deutsch Bahn-Konzern verfügt über keine Gleisanlagen im Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz. Somit handelt es sich bei der Benutzung von Infrastruktur um einen betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.6. Beschaffung von festen Anlagen und Einrichtungen und Beschaffung von elektrotechnischen Anlagen und Einrichtungen

94. Den schweizerischen Beschaffungsmarkt schätzt die Meldung auf ein jährliches Volumen von CHF 3.149 Mia.. Davon entfielen in den letzten Jahren durchschnittlich CHF [...] Mio. auf Beschaffungen der BLS. Damit verfügt die BLS über einen Marktanteil von ungefähr [0-10 %] auf dem schweizerischen Beschaffungsmarkt für Infrastruktur. Der Deutsche Bahn-Konzern fragte in der Schweiz elektrotechnische Anlagen im Wert von ungefähr EUR [...] Mio. nach. Daher geht die Meldung für den Deutsche Bahn-Konzern bei der Beschaffung von Infrastruktur von einem Marktanteil von weniger als 1 % aus.

95. Somit bestehen für die Beschaffung von festen Anlagen und Einrichtungen und für die Beschaffung von elektrotechnischen Anlagen und Einrichtungen keine Anhaltspunkte für einen betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.7. Andere nicht betroffene Märkte

96. Für den Markt von Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene im Regionalverkehr schätzt die Meldung den Marktanteil der BLS-Gruppe auf [10-20 %]. Der Deutsche Bahn-Konzern hält gemäss Meldung einen Marktanteil von 0 %. Im Tätigkeitsgebiet der BLS für regionale Personentransportdienstleistungen auf der Schiene ist der Deutsche Bahn-Konzern gemäss Meldung nicht tätig. Somit handelt es sich bei Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene im Regionalverkehr nicht um einen betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

97. Bei Personenverkehrsdienstleistungen auf der Strasse im Regionalverkehr im Kanton Bern schätzt die Meldung den Marktanteil der BLS auf ungefähr [0-10 %]. In den übrigen Kantonen betreibt die BLS keine Buslinien. Der Marktanteil des Deutsche Bahn-Konzerns in diesem Markt beträgt gemäss Meldung 0 %. Somit handelt es sich bei Personenverkehrsdienstleistungen auf der Strasse im Regionalverkehr nicht um einen betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

98. Für den gesamten Umsatz der Werkstätten der BLS gibt die Meldung für das Jahr 2007 CHF [...] Mio. an. Davon entfielen ungefähr [...] oder CHF [...] Mio. auf Werkstattdienstleistungen für Dritte. Dagegen gibt die BLS unter www.bls.ch (besucht am 28. August 2008) an, dass „heute bereits 20 % des Umsatzes der BLS Werkstätten von Eisenbahnunternehmen aus der ganzen Schweiz“ stammen. Ein Anteil von 20 % am Gesamtumsatz der BLS-Werkstattdienstleistungen entspricht einem Umsatz von CHF [...] Mio. für Werkstattdienstleistungen an Dritte. Gestützt auf die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG beträgt das Marktvolumen bei Wartungsleistungen an schienengebundenem Rollmaterial CHF 600 Mio. (RPW 2007/3, S. 464). Somit beträgt der Marktanteil von BLS mit einem Umsatz von CHF 86.1 Mio. gemessen am Marktvolumen von CHF 600 Mio. ungefähr 14 %. Der Deutsche Bahn-Konzern führt in der Schweiz keine eigenen Betriebe für Werkstattarbeiten. Bei Werkstattdienstleistungen handelt es sich nicht um einen betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

B.4.2.1.8. Zusammenfassung der Feststellung der betroffenen Märkte

Nachfolgende Tabelle 2 zeigt die betroffenen Märkte. Von den relevanten Märkten erweisen sich 4 Märkte als betroffen.

Tabelle 2: Zusammenfassung der betroffenen Märkte

Sachliche Dimension	Räumliche Dimension	Absatz- oder beschaffungsseitig	Betroffener Markt
Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr (offen gelassen)	Schweiz	Absatzseitig	ja
Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr (offen gelassen)	Schweiz	Absatzseitig	ja
Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur	offen gelassen	Absatzseitig	ja
Benutzung von Eisenbahninfrastruktur	Tätigkeitsgebiet BLS	Absatzseitig	ja

B.4.2.2 Aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf den vorliegend betroffenen Märkten

99. Im Rahmen der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sind die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten sowie die in den letzten fünf Jahren neu eingetretenen Unternehmen zu bezeichnen (Art. 11 Abs. 1 Bst. e und f VKU).

100. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz geht es um die Frage, welche Unternehmen in den nächsten drei Jahren in die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eintreten könnten (Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU).

101. Die Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz erfolgt nachfolgend jeweils nacheinander für die einzelnen Märkte. Für den Fall, dass vorliegend die Prüfung der aktuellen Konkurrenz auf einem bestimmten Markt nicht zu einer Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung führt, wird nachfolgend auf die Erörterung der potenziellen Konkurrenz verzichtet.

102. Der Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz geht ein Abschnitt mit Vorbemerkungen vor. Diese Vorbemerkungen enthalten grundsätzliche Angaben.

B.4.2.2.1. Vorbemerkungen

103. Eine Übersicht der Marktanteile im Gütertransport auf der Schiene gibt die Meldung mit den Angaben in Tabelle 3. Diese Übersicht ist allerdings eine Betrachtung über alle Verkehrszweige und Verkehrsarten zusammen. Die Marktanteile sind Schätzungen.

Tabelle 3: Marktanteile im Gütertransport auf der Schiene

Unternehmen	Marktanteil	Eintritt / Weitere Bemerkungen
SBB Cargo AG	[60-70 %]	Staatsbahn
BLS-Gruppe	[20-30 %]	seit 2001
Deutsche Bahn-Konzern	< [0-10 %]	Railion Deutschland seit 2005, Railion Schweiz BmbH seit 2006, vormals Brunner Railway Services GmbH
Crossrail AG	1-3 %	seit 2004
Rail4Chem (Veolia-Konzern)	< 1 %	seit 2005
TX Logistik GmbH Schweiz	< 1 %	seit 2004
Rail Traction Services (Switzeland) AG	< 1 %	seit 2006
Swiss Rail Traffic	< 1 %	seit 2008; Gütersonderverkehr und Transport von Spezialfahrzeugen

104. Im Transitverkehr führt BLS Cargo einerseits Aufträge für andere Bahnen wie beispielsweise Railion Deutschland oder TrenItalia aus. Andererseits erbringt BLS Cargo Leistungen für die verladende Wirtschaft direkt. Beim nationalen Verkehr bestehen überwiegend direkte Kundenaufträge wie beispielsweise Mineralölverkehre von Shell und Petroplus. Ungefähr 48 % der Kundenaufträge stammen von anderen Bahnen und von anderen internationalen Kunden. Nationale Kunden machen einen Anteil von 52 % aus.

105. Aufgrund der Meldung und der Ergänzung vom 22. August 2008 stellen vorliegend die Verkehrszweige Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene und Kombinierter Verkehr auf der Schiene für die Verkehrsart Transitverkehr betroffene Märkte dar. Als Transitverkehr definiert das BAV den die Schweiz durchquerenden Verkehr mit Quelle und Ziel ausserhalb der Schweiz (www.bav.admin.ch, besucht am 29. August 2008). Für den gesamten Transitverkehr auf der Schiene geht die Meldung von einem Transportvolumen von 6'842 Mio. Nettotonnenkilometer[14] aus. Davon erbringt die BLS eine Leistung von [...] Tonnenkilometern. Dies entspricht einem Anteil von ungefähr [30-40 %].

B.4.2.2.2. Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr

I. Aktueller Wettbewerb

106. Wagenladungsverkehr bezeichnet den Gütertransport in Güterwagen der Bahn oder in Privatwagen. Beim Wagenladungsverkehr wird das Transportgut in den Eisenbahnwagen umgeladen, geschüttet oder umgepumpt. Diese Übergaben erfolgen zu einem guten Teil über firmeneigene Anschlussgleise (www.bav.admin.ch, besucht am 29. August 2008). Die Marktanteile im Wagenladungsverkehr mit Ganzzügen auf der Schiene im Transitverkehr schätzt die Ergänzung vom 22. August 2008 folgendermassen.

Transportunternehmen	Jahr 2005	Jahr 2006	Jahr 2007
BLS Cargo	[20-30 %]	[25-35 %]	[25-35 %]
Railion Deutschland AG	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
BLS Cargo AG + Railion Deutschland AG	[25-35 %]	[30-40 %]	[30-40 %]
SBB Cargo AG	[65-75 %]	[55-65 %]	[55-65 %]
Andere (Crossrail, R4C, etc.)	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

107. Diese Schätzungen zeigen, dass im Wagenladungsverkehr auf der Schiene mit Ganzzügen vorwiegend zwei Güterverkehrsbahnen tätig sind: die SBB Cargo AG (SBB Cargo) und die BLS Cargo. Mit einem geschätzten Marktanteil von [55-65 %] im Jahr 2007 ist die SBB Cargo das marktanteilsstärkste Unternehmen. Nummer [...] gemessen in Marktanteilen ist die BLS Cargo mit einem Anteil von ungefähr [25-35 %] im Jahr 2007. Neben der SBB Cargo und der BLS Cargo sind weitere Unternehmen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene mit Ganzzügen im Transitverkehr tätig: beispielsweise Crossrail AG oder Rail4Chem. Diese anderen Unternehmen verfügen allerdings zusammen über einen Marktanteil von [0-5 %].

[14] Tonnenkilometer sind gemäss VöV unter www.voev.ch (besucht am 29. August 2008) eine zentrale Masszahl für den Güterverkehr. Der Tonnenkilometer (tkm) ist das Produkt aus Menge (Tonnen) und Distanz (Kilometer). Brutto-tkm erfassen das Gesamtgewicht, also z.B. Ladung und Eisenbahnwaggon, Netto-tkm nur die transportierte Ladung allein. Im Eisenbahnverkehr entsprechen die Netto-tkm etwa 50 Prozent der Brutto-tkm.

108. BLS Cargo erreicht somit zusammen mit Railion Deutschland einen Marktanteil von [30 40 %]. Allerdings ist Railion Deutschland in Deutschland selber ein marktanteilsstarkes Güterverkehrsunternehmen. Europaweit ist Railion Deutschland die führende Güterbahn. Laut eigenen Angaben ist Railion Deutschland „mit einem Umsatz von rund 3,7 Milliarden Euro, 25.000 Mitarbeitern und 3.300 bedienten Gleisanschlüssen allein in Deutschland die führende Güterbahn in Europa“ (www.railion.com, besucht am 1. September 2008). Gemäss Geschäftsbericht 2007 ist Railion Deutschland Europas Güterbahn Nummer 1 (www.railion.com, besucht am 1. September 2008). Auf dem Gebiet der Schweiz hingegen verfügen die BLS Cargo und die Railion Deutschland zusammen über einen kleineren Marktanteil als die SBB Cargo. Die SBB Cargo ist in der Schweiz ungefähr doppelt so gross wie BLS Cargo und Railion Deutschland zusammen, gemessen in Marktanteilen.

II. Potenzieller Wettbewerb

109. Marktzutritte hält die Meldung bei Gütertransportleistungen mit Ausnahme des Einzelwagenladungsverkehrs in den nächsten Jahren als sehr wahrscheinlich. Als Grund gibt die Meldung die bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft an, welche in den Bereichen Strassen- sowie Schienengüterverkehr eine gegenseitige Marktöffnung vorsehen. Eines der grundsätzlichen Ziele des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (bilaterales Abkommen, SR 0.740.72, in Kraft getreten am 1. Juni 2002) ist es, den Zugang der Vertragsparteien zum Güter- und Personenverkehrsmarkt auf der Strasse und auf der Schiene zu liberalisieren. Deshalb verpflichten sich die Schweiz und die Europäische Gemeinschaft, im Rahmen der Anwendung des bilateralen Abkommens keine diskriminierenden Massnahmen zu ergreifen. So können auch ausländische Eisenbahnverkehrsunternehmen das Schweizer Schienennetz benutzen.

110. Unter Abstützung auf Prognosen des Bundesamtes für Raumentwicklung gibt die Meldung an, dass die Nachfrage nach Schienengüterverkehrsdienstleistungen steigen wird. Demnach sei im Güterverkehr von einem jährlichen Wachstum von ungefähr 2 % bis 6 % auszugehen. Für den Alptransit soll das Wachstum 3,2 % pro Jahr in der Periode von 2002-10 betragen. In der Periode 2001-20 betrage das Wachstum 2,4 % pro Jahr. Und in der Periode von 2020-30 sei das Wachstum im Alptransit pro Jahr 1,6 %. Auf dem Korridor durch die Alpen wäre in der Schweiz ein Wachstum von bis zu 6 % jährlich verzeichnet worden. Deshalb befinde man sich also in einem klar wachsenden Markt. Hierzu gilt es allerdings folgendes zu erwähnen: Wachstum im Güterverkehr auf beispielsweise der Nord-Süd-Route ist keine hinreichende Bedingung für Wachstum des Güterverkehrs auf anderen Routen.

111. Marktzutrittsschranken gibt es gemäss Meldung unter Berufung auf die Progtrans-Studie keine. Die Schweiz gehöre im Schienengüterverkehr bezüglich Marktöffnung zu den am weitesten entwickelten Ländern.

112. Als potenzielle Neueintretende nennt die Meldung die Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF), welche über ausreichend Kapital für Investitionen verfüge.

III. Zwischenergebnis

113. Aufgrund obiger Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.3. Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

I. Aktueller Wettbewerb

114. Beim Kombinierten Verkehr handelt es sich um eine multimodale Beförderung von Gütern: Beim Gütertransport kommen mehrere Verkehrsträger zum Einsatz. Der Transport erfolgt in Ladeeinheiten wie beispielsweise Container, Wechselbehälter oder Sattelauflieger. Durch den Übergang der Ladeeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht. Im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr schätzt die Ergänzung vom 22. August folgende Marktanteile.

Transportunternehmen	Jahr 2005	Jahr 2006	Jahr 2007
BLS Cargo	[30-40 %]	[30-40 %]	[30-40 %]
Railion Deutschland AG	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
BLS Cargo AG + Railion Deutschland AG	[35-45 %]	[35-45 %]	[35-45 %]
SBB Cargo AG	[45-55 %]	[45-55 %]	[45-55 %]
Andere (Crossrail, R4C, etc.)	0-5 %	0-5 %	0-5 %

115. Im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr sind die SBB Cargo und die BLS Cargo die zwei Unternehmen mit den höchsten Marktanteilen. Die SBB Cargo verfügt über einen Marktanteil von [45-55 %]. Etwas kleiner als die SBB Cargo ist die BLS Cargo mit einem Marktanteil von [30-40 %]. Die restlichen 0-5 % des Marktes teilen sich andere Unternehmen wie Railion Deutschland oder Crossrail.

116. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben verfügen die BLS Cargo und Railion Deutschland zusammen über einen Marktanteil von ungefähr [35-45 %]. Obwohl Railion Deutschland in der Schweiz im Vergleich mit SBB Cargo und BLS Cargo einen niedrigen Marktanteil aufweist, ist Railion Deutschland allerdings wie bereits erwähnt europaweit die grösste Güterbahn.

117. Zu den Marktanteilen im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr weist die Ergänzung vom 22. August auf folgenden Aspekt hin. Ungefähr [...] des Marktanteils von BLS Cargo sei [...] zurückzuführen. Die Rollende Autobahn ist begleiteter Kombinierter Verkehr, bei dem die Fahrer mit dem Transport ihrer Lastwagen mitreisen. Diese Rollende Autobahn verkehrt rund ums Jahr zwischen Freiburg i.B. und Novara. BLS Cargo und SBB Cargo AG führen die Rollende Autobahn in einer Kooperation für die RAlpin AG durch. Für diesen Kooperationsverkehr bestehe eine Option auf Verlängerung bis maximal 2011. Ab 2011 sei die Weiterführung der Rollenden Autobahn in dieser Form ungewiss. Voraussichtlich werde das BAV die Rollende Autobahn neu ausschreiben. Es sei ungewiss, ob die RAlpin AG den Zuschlag für die Weiterführung der Rollenden Autobahn erhalten wird. Zudem sei ungewiss, ob die BLS Cargo weiterhin die Strecke in der Schweiz im Auftrag von RAlpin AG fahren könne. Aktionäre der RAlpin AG sind gemäss eigenen Angaben (www.ralpin.ch, besucht am 1. September 2008) die BLS Lötschbergbahn AG, die Hupac AG, die SBB AG und die Trenitalia SpA.

II. Potenzieller Wettbewerb

118. Zum potenziellen Wettbewerb beim Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr macht die Meldung die gleichen Angaben wie zu den Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr. Marktzutritte in den nächsten Jahren seien sehr wahrscheinlich. Neuen Eisenbahnverkehrsunternehmen sei es generell möglich, in der Schweiz Schienengüterverkehrsleistungen anzubieten. Als potenziell neu eintretendes Unternehmen nennt die Meldung die französische SNCF.

III. Zwischenergebnis

119. Aufgrund obiger Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bei Ganzzügen im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.4. Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur

I. Aktueller Wettbewerb

120. Wie bereits erwähnt, erteilt der Bundesrat nach Anhören der betroffenen Kantone eine Konzession für den Bau und Vertrieb von Eisenbahninfrastruktur. Aufgrund einer Konzession ist dann die entsprechende Eisenbahnunternehmung berechtigt und verpflichtet, die Eisenbahninfrastruktur nach den Vorschriften der Eisenbahngesetzgebung und der Konzession zu bauen und zu betreiben.

121. Die Netzkarte der SBB unter www.sbb.ch (besucht am 1. September 2008) weist verschiedene Bahnunternehmen aus, welche eine Infrastruktur für Normalspur betreiben. Dies sind beispielsweise die Unternehmen SBB, BLS oder Schweizerische Südostbahn SOB.

122. Insgesamt umfasst das Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz gemäss Meldung 5'063 Kilometer. Die SBB betreibt 3011 Kilometer Schienennetz (www.sbb.ch, besucht am 1. September 2008). Gemessen am gesamten Schienenverkehrsnetz von 5'063 Kilometer unterstehen somit ungefähr 60 % unter dem Betrieb der SBB. Die BLS ist gemäss Meldung Eigentümerin von 402 Kilometer Schienennetz. Dies ist ein Anteil von ungefähr 8 %. Es gilt festzuhalten, dass diese Anteile das gesamte Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz zur Basis haben. Vom gesamten Eisenbahnverkehrsnetz sind ungefähr 73 % Normalspur (3‘681 Kilometer).

123. Das Schienennetz im Tätigkeitsgebiet der BLS schätzt die Meldung auf eine Länge von 1'000 Kilometer. Somit hält die BLS mit einem Schienennetz von 402 Kilometer in diesem Gebiet einen Anteil von ungefähr 40 %. Die restlichen 60 % betreibt anhand der SBB-Netzkarte mehrheitlich die SBB. Daneben führen Unternehmen wie die Transports Public Fribourgeois TPF, die Regionalverkehr Bern-Solothurn RBS oder die Sensetalbahn AG STB kleine Streckenabschnitte und andere Schieneninfrastrukturen. Dabei handelt es sich um Streckenabschnitte, welche kürzer als 20 Kilometer sind.

II. Potenzieller Wettbewerb

124. Zu potenzieller Konkurrenz beim Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur macht die Meldung keine Angaben. Es ist denn auch fraglich, ob Unternehmen existieren, welche im Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur noch nicht tätig sind und die Möglichkeiten haben, in diesem Bereich ihre Tätigkeit aufzunehmen.

III. Zwischenergebnis

125. Aufgrund obiger Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss beim Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.5. Benutzung von Eisenbahninfrastruktur

126. Gemäss Art. 9 Abs. 1 EBG setzt die Benutzung der Infrastruktur einer anderen Eisenbahnunternehmung eine Bewilligung des Bundesamtes voraus. Dies ist die Bewilligung des Netzzuganges. Den Eisenbahnunternehmen mit einer Bewilligung des Netzzuganges gewähren die Infrastruktureigentümerinnen den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur (Art. 9a EBG). Der Leitfaden Netzzugang unter www.bav.admin.ch (besucht am 2. September 2008) nennt den Netzzugang als wichtiges Element der Bahnreform. Entsprechende übergeordnete Bestimmungen und Instrumente werden unter anderem in der Netzzugangsverordnung (NZV, SR 742.122) und der geänderten Eisenbahnverordnung (EBV, SR 742.141.1) festgehalten, die der Bundesrat auf den 1. Januar 1999 in Kraft setzte.

127. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss bei der Benutzung von Eisenbahninfrastruktur eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründen oder verstärken wird.

B.4.3 Ergebnis

128. Die vorstehenden Ausführungen ergeben keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art 10 Abs. 2 KG. Daher sind die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG nicht gegeben.

B 2.3	**7. Tata Limited et al./Piaggio**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. Oktober 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Oktober 2008

1. Am 2. September 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Tata Limited (**nachfolgend: Tata Limited**) mittels Erwerbs von 34.19 % des Aktienkapitals von Piaggio Aero Industries SpA (**nachfolgend: Piaggio**) die gemeinsame Kontrolle über Piaggio zu erlangen. Gegenwärtig wird Piaggio zusammen von Mubadala Development Company PJSC (**nachfolgend: Mubadala**), Lochmore S.A.H (**nachfolgend: Lochmore**), Herrn Piero Ferrari und Herrn Jose Di Mase kontrolliert.

2. Piaggio ist eine nach italienischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Italien. Piaggio ist in der Herstellung von Flugzeugen, Flugzeugstrukturkomponenten und Motorteilen aktiv. Piaggio bietet ausserdem Motorwartungsdienstleistungen an.

3. Tata Limited ist eine seit 101 Jahren bestehende Gesellschaft im Vereinigten Königreich. Tata Limited ist hauptsächlich in den Bereichen Einkaufsagentur, Vertretung, Rohstoffhandel, Handel mit industriellen Rohwaren und Handelsfinanzierung aktiv. Tata wird von Tata Sons Limited kontrolliert. Tata Limited und Tata Sons sind Teil der Tata Unternehmensfamilie, welche auch Tata Consultancy Services Limited und Tata Steel Limited umfasst.

4. Mubadala ist eine Aktiengesellschaft in Abu Dhabi. Mubadala ist ein Investitionsvehikel, das vollständig von der Regierung des Emirats von Abu Dhabi in den Vereinigten Arabischen Emiraten kontrolliert wird. Mubadala ist mit direkten Investitionen weltweit tätig und ist beauftragt, neue Firmen zu gründen und weltweit strategische Beteiligungen an bereits bestehenden Firmen zu erwerben.

5. Lochmore ist eine nach luxemburgischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg. Lochmores einziger Zweck ist das Halten und Verwalten finanzieller Investitionen. Gegenwärtig ist die Beteiligung an Piaggio die einzige Investition von Lochmore.

6. Herr Piero Ferrari ist ein italienischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Italien. Herr Piero Ferrari ist Sohn des Gründers des Scuderia Ferrari Racing Teams und des Automobilherstellers Ferrari.

7. Herr Jose Di Mase ist ein italienischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Italien. Herr Di Mase hat keine direkt oder indirekt zur Kontrolle berechtigten Anteile an anderen Unternehmen.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde auch der Europäischen Kommission gemeldet (Case No Comp/M5292), welche die Meldung gutgeheissen hat.

9. Die vorläufige Prüfung ergab, dass aufgrund nicht überlappender Geschäftstätigkeiten und nicht vorhandenem Umsatz von Piaggio in der Schweiz keine betroffenen Märkte vorliegen.

10. Deshalb liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2	**6. Empfehlungen** Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	**1. Art. 91 der Verkehrsregelnverordnung: Sonntags- und Nachtfahrverbot**

Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 3. November 2008 gemäss Art. 45 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Art. 91 der Verkehrsregelnverordnung: Sonntags- und Nachtfahrverbot

A. SACHVERHALT

1. Art. 91 der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11) sieht ein grundsätzliches Sonntags- und Nachtfahrverbot für schwere Motorwagen, gewerbliche Traktoren und Arbeitsmotorwagen, bestimmte Sattelmotorfahrzeuge sowie Fahrzeuge, die einen Anhänger mit einem zulässigen Gesamtgewicht von über 3,5 t mitführen, vor.

2. Gemäss Art. 91 Abs. 4 Bst. f VRV sind im Rahmen der Beförderung von Briefen und Paketen Fahrten der Schweizerischen Post im Rahmen der Universaldienstverpflichtung (Art. 2 des Postgesetzes vom 30. April 1997; PG; SR 783.0) von diesem grundsätzlichen Verbot ausgenommen. Dabei kann die Post bei solchen Fahrten einen Viertel des Ladevolumens mit Transportgütern aus dem Bereich der Wettbewerbsdienste auffüllen.

3. Die *Universaldienste* der Post bestehen gemäss Art. 2 ff. PG i.V.m. Art. 2 f. der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG; SR 783.01) aus den reservierten und den nicht reservierten Diensten.

4. Die *reservierten Dienste* umfassen grundsätzlich die Beförderung der adressierten inländischen und aus dem Ausland eingehenden Briefpostsendungen, die nicht schwerer als 100 Gramm sind. Diese Dienstleistungen werden ausschliesslich von der Post angeboten, welche zu deren Erbringung verpflichtet ist (vgl. Art. 1 Bst. b PG).

5. Die *nicht reservierten Dienste* beinhalten

- die Beförderung der adressierten inländischen und aus dem Ausland eingehenden Briefpostsendungen, die schwerer als 100 Gramm sind,
- die Beförderung der abgehenden Briefpostsendungen im internationalen Verkehr,
- die Beförderung von adressierten Paketen bis 20 kg.,
- die Beförderung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften,
- die Einzahlung, die Auszahlung und die Überweisung.

6. Diese nicht reservierten Dienste erbringt die Post in Konkurrenz mit anderen Anbieterinnen, die Post ist aber im Gegensatz zu privaten Anbieterinnen zu deren Erbringung ebenfalls (wie bei den reservierten Diensten) verpflichtet (vgl. Art. 1 Bst. c PG).

7. Die *Wettbewerbsdienste* beinhalten gemäss Art. 9 PG über den Universaldienst hinaus weitere Dienstleistungen und Produkte im Bereich des Post– und Zahlungsverkehrs sowie damit unmittelbar zusammenhängende Dienstleistungen und Produkte. Im Postverkehr umfassen die Wettbewerbsdienste gemäss Art. 10 VPG die Beförderung von Briefen und Paketen ausserhalb des Universaldienstes, Schnellpost- und Stückgutsendungen sowie die mit der Beförderung zusammenhängenden Vor- und Nebenleistungen wie das Adressieren und das Verpacken von Postsendungen, das Abholen von Postsendungen oder Waren und die Kundenberatung.

8. Die Dienstleistungen im Rahmen der Wettbewerbsdienste erbringt die Post in Konkurrenz mit privaten Anbieterinnen, jedoch im Gegensatz zu den Universaldiensten ohne Verpflichtung (vgl. Art. 1 Bst. j PG); sie ist in Bezug auf diese Dienstleistungen ihre Konkurrentinnen deshalb gleichgestellt. Art. 9 Abs. 3 PG bestimmt entsprechend auch, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste, vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen, denselben Regeln unterstellt ist wie die privaten Anbieterinnen.

9. Die Ausnahme zu Gunsten der Post vom Sonntags- und Nachtfahrverbot gemäss Art. 91 Abs. 4 Bst. f VRV ist eine solche Ausnahmebestimmung.

10. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission wurde von privaten Logistikdienstleistern darum ersucht, die Regulierung des Sonntags- und Nachtfahrverbots in der Verkehrsregelnverordnung wettbewerbsrechtlich zu prüfen und allfällige Schritte einzuleiten, nachdem das Bundesamt für Strassen ein Gesuch um Revision der entsprechenden Verordnungsbestimmungen abgelehnt hatte.

B. WETTBEWERBSPOLITISCHE BEURTEILUNG

11. Auch wenn diese Bestimmung bezweckt, mit der Privilegierung der Post deren gesetzlichen Leistungsauftrag im Rahmen der Universaldienstverpflichtung zu kompensieren, ist die Bestimmung aus wettbewerbspolitischen Gründen abzulehnen: Die Grundversorgung, die die Post mit den Universaldiensten abdecken soll, wird bereits dadurch abgegolten, dass die Post innerhalb der Universaldienste im Bereich der reservierten Dienste über ein Monopol verfügt. Weiter könnte das Departement (UVEK) gestützt auf Art. 6 PG Konzessionsgebühren auf den mehrwertsteuerpflichtigen Umsätzen privater Anbieter nicht reservierter Postdienste (und die mindestens 100'000 Franken Jahresumsatz erreichen) erheben,

wenn die Erträge aus den Universaldiensten der Post deren Kosten nicht mehr decken würden.

12. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der teilweisen Liberalisierung der Universaldienste, in diesem Bereich wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen. Eine zusätzliche Privilegierung neben dem Restmonopol und der Kostendeckung durch Konzessionsgebühren ist abzulehnen, weil sonst die privaten Dienstleister nicht über gleich lange Spiesse verfügen wie die Post. Die Privilegierung der Post beim Sonntags- und Nachtfahrverbot gegenüber privaten Logistikdienstleistern verunmöglicht diesen, in den nicht reservierten Diensten und in den Wettbewerbsdiensten in wirksamen Wettbewerb zur Post zu treten, obwohl diese Bereiche des Postverkehrs liberalisiert sind. Zudem beschränkt sich das Privileg der Post in Bezug auf den Postverkehr in der Nacht und am Sonntag gerade nicht auf die Universaldienstleistung, sondern räumt der Post zusätzlich das Recht ein, bei solchen Fahrten einen Viertel des Ladevolumens mit Transportgütern aus dem Bereich der Wettbewerbsdienste aufzufüllen, dem Bereich, in dem gerade kein Leistungsauftrag besteht (Art. 91 Abs. 4 Bst. f VRV). Zudem verursacht die konsequente Kontrolle, ob bei solchen Fahrten maximal ein Viertel des Volumens aus den Wettbewerbsdiensten stammt, einen hohen Verwaltungsaufwand.

13. Schliesslich erweist sich die Bestimmung von Art. 91 Abs. 4 Bst. f VRV auch im Lichte des verfassungsmässigen Rechts der Wirtschaftsfreiheit bzw. des daraus abgeleiteten Gebots der Gleichbehandlung der Konkurrenten als problematisch (Art. 27 BV). Diesem Gebot, das auch der Bund zu beachten hat (Art. 94 Abs. 1 BV), stehen Massnahmen entgegen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind (BGE 121 I 129, E. 3b). Unerheblich ist dabei, ob die betreffende Massnahme eine Wettbewerbsverzerrung bezweckt oder „bloss“ eine derartige Wirkung entfaltet. Das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten bietet einen über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) hinausgehenden Schutz, indem es selbst vor staatlichen Ungleichbehandlungen schützt, die auf sachlichen Gründen beruhen, jedoch gleichzeitig einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang benachteiligen oder begünstigen (BGE 125 I 431, E. 4b).

C. EMPFEHLUNG

14. Die Wettbewerbskommission empfiehlt dem Bundesrat deshalb, die Verordnungsbestimmung einer Revision zu unterziehen, um die negativen Auswirkungen der rechtsungleichen Regulierung des Sonntags- und Nachtfahrverbots im Bereich des Postverkehrs zu vermeiden. Sie empfiehlt, Art. 91 Abs. 4 Bst. f VRV entweder aufzuheben, oder den privaten Logistikdienstleistern im selben Umfang wie der Post Ausnahmen vom Sonntags- und Nachtfahrverbot einzuräumen, um den mit der Liberalisierung dieses Marktes bezweckten Wettbewerb zu ermöglichen.

B 2.6	**2. Gemeinsame Empfehlung der Wettbewerbskommission, der Kommunikationskommission und der Preisüberwachung zur erleichterten Überprüfung der Interkonnektions- und Zugangspreise von marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen**

Gemeinsame Empfehlung der Wettbewerbskommission, der Eidg. Kommunikationskommission und der Preisüberwachung vom 25. August 2008 an den Bundesrat zur erleichterten Überprüfung der Interkonnektions- und Zugangspreise von marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen.

Sehr geehrter Herr Bundespräsident
Sehr geehrte Damen Bundesrätinnen
Sehr geehrte Herren Bundesräte

Die bisherigen Erfahrungen der Eidg. Kommunikationskommission, der Wettbewerbskommission und der Preisüberwachung mit der Öffnung des Telekommunikationsmarktes haben gezeigt, dass die heutige Regulierung des Zugangs zu den Einrichtungen der marktbeherrschenden Anbieterinnen gewisse Lücken aufweist, die ein rasches Einschreiten der Behörden bei Missbräuchen verhindert und damit die Marktentwicklung beeinträchtigt. In unserer Funktion als Präsidenten der Kommunikationskommission, der Wettbewerbskommission und als Preisüberwacher erlauben wir uns deshalb, den aus unserer Sicht notwendigen gesetzgeberischen Handlungsbedarf darzulegen und beantragen, eine punktuelle Anpassung des Fernmeldegesetzes in die Wege zu leiten.

Der Telecom-Markt ist seit zehn Jahren liberalisiert, was zu sinkenden Preisen und vielen Produktinnovationen geführt hat. Zumindest bei der Mobiltelefonie und dem Breitband-Internetzugang führte die Marktöffnung zwischen den Anbieterinnen bis heute noch nicht zu einem Wettbewerb, wie man in vergleichbaren Staaten erwarten kann. Im Gegensatz zum Festnetz sind die Preise für den ADSL-Internetzugang und für Mobilfunkverbindungen im internationalen Vergleich immer noch hoch.[1] Den alternativen Anbieterinnen gelang es in den letzten Jahren nicht, die starke Marktposition der Swisscom ernsthaft zu gefährden, was zumindest teilweise auf die hohen Wholesale- bzw. Zugangspreise zurückzuführen ist, welche Swisscom für die Nutzung ihres Netzes von ihren Konkurrentinnen verlangt. Swisscom konnte im Mobilfunkmarkt ihren hohen Marktanteil von über 60 Prozent trotz neuer Anbieterinnen wie Migros, Coop, Tele2, Mobilezone und Cablecom erfolgreich halten. Im ADSL-Markt gelang es Swisscom (Bluewin) sogar, ihren Marktanteil von Ende 2005 bis Ende 2007 von 64 auf 73 Prozent zu erhöhen.[2]

Das Parlament hat mit der Revision des Fernmeldegesetzes die Regulierung insbesondere um den Zugang zum Anschlussnetz der Swisscom erweitert. Im Rahmen dieses Gesetzgebungsprozesses wurde von Seiten der Wettbewerbskommission (WEKO), der Kommunikationskommission (ComCom) und der Preisüberwachung ein weitergehendes, technologie- neutrales Zugangsregime empfohlen als das vom Gesetzgeber im März 2006 beschlossene. In diesem Bereich sind die Unterzeichnenden der Ansicht, dass vorerst die Wirkung der revidierten Bestimmungen abzuwarten sei, bevor eine abschliessende Beurteilung vorgenommen werden kann.

Dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht aber im Bereich der Eingriffskompetenz der ComCom. Interkonnektionspreise von marktbeherrschenden Anbieterinnen sind seit 1998 von der sektorspezifischen Regulierung erfasst und müssen anderen Anbieterinnen kostenbasiert und auf transparente und nicht diskriminierende Weise angeboten werden (Art. 11 Abs. 1 Fernmeldegesetz; FMG). Die Einhaltung dieses Artikels und damit insbesondere die Preise können aber vom zuständigen Regulator, der ComCom, nur auf Gesuch bzw. auf Klage einer Fernmeldedienstanbieterin geprüft werden. Dieses im Fernmeldegesetz verankerte so genannte „Verhandlungsprimat" hat sich in wichtigen Fällen in der Praxis nicht bewährt, sondern primär zu Verzögerungen und damit zu unerwünschter Unsicherheit im Markt geführt. Entweder stand wie bei der Festnetz-Interkonnektion oder beim Zugang zur letzten Meile von vornherein praktisch fest, dass ein Einschreiten der ComCom nötig sein wird. In diesem Fall verzögerte das Verhandlungsprimat die Preisfestsetzung durch die ComCom unnötig. Oder aber die Fernmeldedienstanbieterinnen verzichteten darauf, sich gegenseitig bei der ComCom einzuklagen, weil sie die hohen Kosten und die Verzögerungen eines Interkonnektionsverfahrens nicht tragen wollen oder können, oder aus anderen Gründen. So hat das Verhandlungsprimat mehrfach in laufenden Zugangsverfahren zum stossenden Ergebnis geführt, dass sich Verfahrensparteien den Preisfestlegungen durch die ComCom entzogen haben, indem sie sich bilateral geeinigt haben und die Verfahren mangels gesetzlicher Grundlage eingestellt werden mussten. Durch das Verhandlungsprimat fördert und legitimiert das Gesetz kollusives Verhalten der Anbieterinnen, was den Wettbewerb behindert und vom Gesetzgeber mit Sicherheit nicht angestrebt wurde.

Zwar besteht, falls keine Klage vorliegt, die Möglichkeit, dass überhöhte Interkonnektions- oder Zugangspreise gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a bis f FMG an Stelle der ComCom durch den Preisüberwacher oder die Wettbewerbskommission geprüft werden. Dabei muss aber der

[1] Vgl. BAKOM: Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich. Um die Schweiz erweiterte Zusammenfassung aus dem 13. Implementierungsbericht der Europäischen Union, Juli 2008.
[2] Vgl. Eidg. Kommunikationskommission: Tätigkeitsbericht der ComCom 2007.

Tatbestand der Erzwingung eines unangemessenen Preises gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c Kartellgesetz (KG) bzw. eines Preismissbrauchs gemäss Art. 13 Preisüberwachungsgesetz (PüG) nachgewiesen werden. Diese wettbewerbsrechtliche Preisbeurteilung muss nicht zwingend zum gleichen Ergebnis wie die Beurteilung nach dem FMG führen. Die Festsetzung von Interkonnektions- und Zugangspreisen von marktbeherrschenden Fernmeldedienstanbieterinnen sollte deshalb unabhängig davon, ob eine Klage vorliegt, gestützt auf die Bestimmungen des FMG durch die ComCom erfolgen können.

Wir ersuchen den Bundesrat deshalb, rasch eine Gesetzesrevision anzustreben, um die negativen Auswirkungen des Verhandlungsprimats auf Wholesale-Stufe im Fernmeldegesetz zu unterbinden und beantragen, Art. 11a FMG beispielsweise wie folgt zu ändern (Änderungen in kursiver Schrift).

Art. 11a Festlegen der Bedingungen über den Zugang

[1] *Bestehen Anhaltspunkte, dass eine gemäss Art. 11 Abs. 1 verpflichtete Fernmeldediensteanbieterin die dort erwähnten Zugangsformen nicht rechtskonform anbietet, legt die Kommission die Bedingungen des Zugangs fest.* Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen. Sie kann einstweiligen Rechtsschutz gewähren.

[2] Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission. Diese kann ihre Stellungnahme veröffentlichen.

[3] *(streichen)*

[4] *Die Kommission* regelt die Art und die Form der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen, die marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Verfahren nach Absatz 1 vorlegen müssen.

Diese Gesetzesanpassung würde die Überprüfung von mutmasslich überhöhten Interkonnektions- und Zugangspreisen von marktbeherrschenden Anbieterinnen von Amtes wegen ermöglichen und damit Druck auf marktbeherrschende Unternehmen erzeugen, die Preise bereits zum Vornherein gesetzeskonform anzubieten. Ein weiterer positiver Effekt wäre, dass für alle Marktteilnehmer möglichst frühzeitig dieselben Rahmenbedingungen gelten. Damit könnten negativen Auswirkungen des Verhandlungsprimats im Telekommunikationsmarkt begegnet und der Wettbewerb stimuliert werden.

Es ist festzuhalten, dass eine Festlegung der Interkonnektions- und Zugangspreise auf Wholesale-Stufe nur stattfinden kann, wenn eine Anbieterin dank ihrem Netz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, die ihr erlaubt, den Wettbewerb auch in nachgelagerten Märkten bzw. auf Retail-Stufe zu behindern. Die Unterzeichnenden sind überzeugt, dass der Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen zu vielfältigen Produkten und international konkurrenzfähigen Konsumentenpreisen führen wird, wenn der Zugang zu nur schwer duplizierbaren Netzinfrastrukturen zu nicht diskriminierenden Bedingungen und kostenorientierten Preisen gesichert ist.

Mit Rücksicht auf die erst kürzlich vorgenommene Revision beschränkt sich die hier vorgeschlagene, punktuelle Änderung des Fernmeldegesetzes auf das Notwendigste. Aus Sicht der Unterzeichnenden könnte eine weitergehende Annäherung an den europäischen Regulierungsrahmen die Wettbewerbssituation zusätzlich verbessern.

Wir bedanken uns für die Aufmerksamkeit, die Sie unserem Anliegen entgegen bringen, und stehen Ihnen für weitere Erläuterungen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Bundespräsident, sehr geehrte Damen Bundesrätinnen, sehr geehrte Herren Bundesräte, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Rudolf Strahm (Preisüberwacher)

Prof. Dr. Walter Stoffel (Präsident der Wettbewerbskommission)

Marc Furrer (Präsident der Eidg. Kommunikationskommission)

B 3	**Bundesverwaltungsgericht** Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B.3	**1. Urteil vom 6. November 2008 i.S. Orange Communications SA gegen Sekretariat der Wettbewerbskommission und Wettbewerbskommission (WEKO)**

Urteil (B-2390/2008; B-4129/2008) der II. Abteilung vom 6. November 2008 i.S. Orange Communications SA gegen Sekretariat der Wettbewerbskommission und Wettbewerbskommission WEKO; Gegenstand – Terminierung Mobilfunk (Abweisung Gesuch Orange betreffend Feststellung allfälliger Marktbeherrschung).

Sachverhalt:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) führt seit 15. Oktober 2002 eine Untersuchung zu den Wettbewerbsverhältnissen im Bereich der Terminierung von Anrufen auf die schweizerischen Mobilfunknetze. Dieses Verfahren richtet sich unter anderem gegen die Orange Communications SA (Beschwerdeführerin). Mit Teilverfügung vom 5. Februar 2007 stellte die WEKO die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 ein. Gleichzeitig hielt sie fest, die Untersuchung werde für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 fortgeführt.

B.

Mit Begleitschreiben vom 20. Dezember 2007 sandte das Sekretariat der WEKO einen Fragebogen gleichen Datums an die Beschwerdeführerin und bat sie um dessen Beantwortung bis 18. Januar 2008. Die Auskünfte sollten zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Weiterführung der am 15. Oktober 2002 eröffneten Untersuchung dienen. Nach Fristerstreckungen beantwortete die Beschwerdeführerin diesen Fragebogen mit Eingabe vom 3. März 2008.

C.

Am 6. März 2008 schickte das Sekretariat der WEKO einen weiteren Fragebogen an die Beschwerdeführerin und setzte ihr für dessen Beantwortung Frist bis 18. April 2008. Diesen zweiten Fragebogen hatte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) erstellt, um im Auftrag des Sekretariates der WEKO amtshilfeweise die Kosten der einzelnen Mobilfunkanbieter (MFA) für die Terminierung (sog. Long Run Incremental Costs, LRIC) zu berechnen.

D.

D.a Mit Schreiben vom 20. März 2008 stellte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat der WEKO folgende Anträge:

„1. Über die Frage der Marktbeherrschung von Orange sei eine Zwischenverfügung zu erlassen.

2. Die Untersuchung der Kostenstruktur bzw. der Höhe der Terminierungsgebühren von Orange sei bis zum rechtskräftigen Entscheid im Rahmen der Zwischenverfügung zu sistieren.

3. Die Frist bis zum 18. April 2008 zur Beantwortung des Fragebogens des Bakoms gemäss Schreiben der Weko vom 6. März 2008 sei abzunehmen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht

4. Über die Anträge 1 bis 3 sei im Falle ihrer Abweisung in der Form einer anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden."

Zur Begründung hielt die Beschwerdeführerin fest, eine kartellrechtliche Intervention setze voraus, dass sie als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren und in der Lage sei, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dies habe sie immer bestritten. Der Grundsatz der Prozessökonomie verlange, dass die Frage der Marktstellung ohne Verzug entschieden werde, bevor Orange gezwungen sei, einen unnötigen und sehr hohen Aufwand zur Beantwortung des Fragebogens auf sich zu nehmen. In einer Stellungnahme vom 20. November 2006 zu Handen der Kommunikationskommission (ComCom) habe die WEKO Orange bezüglich Terminierung eingehender Anrufe als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) qualifiziert. Demnach habe die WEKO über die Marktstellung von Orange befinden können, ohne die betroffenen Unternehmen unmittelbar in die Sachverhaltsabklärung einzubeziehen.

D.b Das Sekretariat der WEKO lehnte die Anträge 1 bis 3 mit Schreiben vom 7. April 2008 ab und forderte die Beschwerdeführerin nochmals auf, das Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 bis 18. April 2008 zu beantworten. Es hielt dabei fest, die Frage der Marktbeherrschung könne nicht Gegenstand einer Zwischen-, sondern höchstens einer Teilverfügung sein. Der Erlass einer solchen sei jedoch nicht angezeigt. Informationen zu den Märkten würden regelmässig sowohl für die Prüfung der Marktstellung als auch für die Analyse des Verhaltens

benötigt. Verfahrensökonomisch erscheine es nicht sinnvoll, die Frage der Marktbeherrschung vorgängig abzuklären, da sie bei Vorliegen eines Missbrauchs wegen des zeitlichen Auseinanderfallens von Teil- und Hauptentscheid erneut untersucht werden müsste. Sie sei aber ohnehin noch nicht entscheidungsreif, bilde sie doch Gegenstand der laufenden Abklärungen. Im Übrigen erscheine es weder zweckmässig noch rechtlich notwendig, dass eine Behörde über jede mögliche materielle Teilfrage gesondert eine Verfügung erlasse.

Die Beurteilung der Marktstellung von Orange im Gutachten vom 20. November 2006 zu Handen der ComCom sei für ein Interkonnektionsverfahren erfolgt. Dabei habe sich die WEKO auf die vom BAKOM als Instruktionsbehörde durchgeführten Marktbefragungen gestützt. Die Wettbewerbsbehörden dürften Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangten, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten. Deshalb könnten die für die Erstellung des Gutachtens vom 20. November 2006 vom BAKOM erhaltenen Informationen nicht für das laufende Verfahren verwendet werden.

Das Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 schliesslich müsse unabhängig von der Frage eines vorgängigen Entscheides über die Marktbeherrschung beantwortet werden.

E.

Am 9. April 2008 teilte das Sekretariat der WEKO der Beschwerdeführerin schriftlich mit, bei seinem Schreiben vom 7. April 2008 handle es sich bezüglich der Auskunftspflicht um eine verfahrensleitende Zwischenverfügung.

F.

F.a In der Folge erhob Orange mit Datum vom 14. April 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 und stellte dabei folgende Rechtsbegehren:

„1. Die Verfügung des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 7. April 2008 betreffend Abweisung der Abnahme der Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 bis zum 18. April 2008 sei aufzuheben.

2. Die Frist für die Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 6. März 2008 sei auszusetzen und über die Neuansetzung dieser Frist im Anschluss an den rechtskräftigen Entscheid über den Erlass einer Zwischenverfügung zur Frage der Marktbeherrschung neu zu entscheiden.

3. Eventualiter, für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht die ablehnende Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. April 2008 schützt, sei das Sekretariat der Wettbewerbskommission anzuweisen, die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 im Anschluss an den Beschwerdeentscheid neu anzusetzen.

in prozessualer Hinsicht

4. Als vorsorgliche Massnahme sei gemäss Art. 56 VwVG anzuordnen, dass die Frist für die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 bis zum Entscheid über die vorliegende Beschwerde ausgesetzt bleibt."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, der Aufwand für die Beantwortung des Fragebogens bedeute einen grossen finanziellen Schaden, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass sie nicht marktbeherrschend sei und damit auch keine missbräuchlichen Terminierungspreise habe verlangen können. Dieser Aufwand und der daraus entstehende Schaden könnten vermieden werden, wenn die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vorerst abgenommen und die WEKO zunächst über die Frage entscheiden würde, ob Orange über eine für die Anwendung der LRIC-Kostenmethode erforderliche marktbeherrschende Stellung verfüge. Mit der Verweigerung der Abnahme der Frist wolle das Sekretariat der WEKO jedoch vollendete Tatsachen schaffen und Aufwand für die Durchführung einer LRIC-Analyse sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch beim BAKOM und bei der WEKO generieren, bevor die WEKO letztlich unter dem Blickwinkel der Prozessökonomie über diese Frage entscheiden könne. Das Sekretariat beeinflusse damit in unzulässiger Weise den gesetzlichen Entscheidungsspielraum der WEKO.

F.b Mit Zwischenverfügung vom 17. April 2008 setzte das Bundesverwaltungsgericht die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis zum Vorliegen des Beschwerdeentscheides aus.

F.c Mit Datum vom 21. April 2008 reichte die Beschwerdeführerin eine Beschwerdeergänzung beim Bundesverwaltungsgericht ein, wobei sie folgenden Antrag stellte:

„Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 sei aufzuheben."

Ihr ergänzendes Begehren begründete sie mit ihrer Ansicht, dass der Fragebogen vom 6. März 2008, welcher auf die Abklärung der Kosten-struktur anhand der LRIC-Methode abziele, unzulässig sei, weil er ge-mäss FMG in den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich der ComCom falle, weil er zudem auf einem ungerechtfertigten Amts-hilfegesuch beruhe und weil die WEKO mit der Untersuchung der Kostenstruktur der Beschwerdeführerin anhand der LRIC-Methode zum jetzigen Zeitpunkt - solange über den Antrag zur Beschränkung des Verfahrensgegenstandes auf die Frage der Marktbeherrschung nicht entschieden worden sei - den Untersuchungsgegenstand über-schreite. Im Weiteren beruft sich die Beschwerdeführerin sowohl hin-sichtlich des Auskunftsbe-

gehrens als auch bezüglich des Amtshilfe-verfahrens auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Solange nicht feststehe, dass sie über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, sei die Abklärung der WEKO im Zusammenhang mit der LRIC-Methode unverhältnismässig, weil der für die Beschwerdeführerin daraus re-sultierende Nachteil vermieden werden könne, wenn sich heraus-stellen sollte, dass sie nicht marktbeherrschend sei.

G.

G.a Mit einer durch den Präsidenten der WEKO und den Direktor des Sekretariats unterzeichneten Eingabe vom 7. Mai 2008 wurde sowohl zur Beschwerde vom 14. April 2008 als auch zur Beschwerdeergänzung vom 21. April 2008 Stellung genommen.

Dabei wurden folgende Anträge eingereicht:

„1. Die Beschwerden seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Es sei der Beschwerdeführerin durch das Bundesverwaltungsgericht eine letztmalige und unverlängerbare Frist von maximal 30 Tagen zur Beantwortung des Fragebogens gemäss Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 6. März 2008 anzusetzen."

G.b In formeller Hinsicht wird zunächst die Frage aufgeworfen, ob angesichts des zweifelhaften Verfügungscharakters des Auskunftsbegehrens vom 6. März 2008 überhaupt auf die Beschwerde (-ergänzung) vom 21. April 2008 einzutreten sei. Beim Begehren vom 6. März 2008 handle es sich nämlich im Gegensatz zu demjenigen vom 7. April 2008 um eine erstmalige Aufforderung zur Beantwortung eines Fragebogens. Typischerweise werde nach einem ersten Auskunftsbegehren des Sekretariats ein Mahnschreiben mit Nachfrist unter der Androhung verschickt, dass bei Nichtbeantwortung des Fragebogens eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung erlassen werde.

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils als Voraussetzung zur Erhebung einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung erscheine es auch fraglich, ob ein einfaches Auskunftsbegehren einen solchen Nachteil überhaupt bewirken könne. Der mit Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 6. März 2008 zugestellte Fragebogen beinhalte Auskünfte zu Kosten aus Geschäftsaktivitäten, wichtigen betriebswirtschaftlichen Informationen also, die vorhanden seien und allenfalls zusammengestellt werden müssten.

G.c Zur Begründung seiner Begehren in materieller Hinsicht verweist das Sekretariat insbesondere auf sein Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 7. April 2008. Es erklärt, der Aufwand für die Beschwerdeführerin halte sich in vertretbaren Grenzen. Die Auskünfte anderer MFA zeigten, dass eine fristgerechte Beantwortung des Fragebogens möglich sei. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin habe sich der Fragebogen des Sekretariates der WEKO nicht in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung, sondern auch auf die Abklärung allfälliger unzulässiger Verhaltensweisen bezogen. Aufgrund der zur Zeit vorhandenen, beschränkten Informationen sei es der Wettbewerbsbehörde noch nicht möglich und verfahrensökonomisch auch nicht sinnvoll, die Frage der Marktbeherrschung nur für die Beschwerdeführerin separat und vorab zu klären. In Untersuchungen erweise es sich regelmässig als notwendig, die direkt betroffenen Unternehmen mehrmals zu befragen. Die Beschwerdeführerin habe keine Auskunft auf die Frage gegeben, wie hoch ihre Kosten für eine terminierte Minute seien. Ein Amtshilfeersuchen an das BAKOM sei unter diesen Umständen besonders angezeigt gewesen, da das BAKOM bereits über ein teilweise an die Schweiz angepasstes Kostenmodell für Mobilfunkterminierungsgebühren verfüge.

Zum Verhältnis zwischen Kartell- und Fernmelderecht führt das Sekretariat aus, die WEKO könne gar keine Verfügung zur Festlegung der Preise gestützt auf das FMG erlassen, weil dafür die ComCom zuständig sei. In einem kartellrechtlichen Verfahren stelle die WEKO lediglich einen Preismissbrauch fest, setze aber im Unterschied zu einer sektorspezifischen Regulierungsbehörde wie der ComCom keine absoluten Preise. Demgegenüber beurteile die WEKO in fernmelderechtlichen Zugangsverfahren mittels Gutachten einzig die Frage der Marktbeherrschung. Aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen Marktstellung und Marktverhalten komme eine separate Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren dagegen grundsätzlich nicht in Frage.

H.

H.a Am 22. Mai 2008 verfügte das Bundesverwaltungsgericht auf Begehren der Beschwerdeführerin vom 19. Mai 2008 die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels.

H.b Mit Datum vom 16. Juni 2008 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht eine Replik zur Vernehmlassung vom 7. Mai 2008 ein. Sie vertritt darin die Ansicht, die Vernehmlassung sei nicht vom Sekretariat der WEKO, sondern von der WEKO selbst eingereicht worden und deshalb als Stellungnahme einer funktional unzuständigen Behörde aus dem Recht zu weisen. Gleichzeitig beantragt sie, es sei festzustellen, dass sich die eigentlich zuständige Behörde zur Beschwerde nicht habe vernehmen lassen und auch keine Anträge gestellt habe. Für den Fall, dass die Vernehmlassung vom 7. Mai 2008 im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werde, macht die Beschwerdeführerin unter anderem Folgendes geltend:

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei die Frage, ob das Sekretariat der WEKO angesichts des hängigen Antrags auf Beschränkung des Verfahrens berechtigt gewesen sei, die Abnahme der Frist zu verweigern und die Beschwerdeführerin zu verpflichten, Auskünfte zu

einem Amtshilfegesuch an das BAKOM zu erteilen. Es sei ein Amtshilfeverfahren lanciert worden, das nicht geeignet sei, die bezweckte Information zu erbringen. Mit dem LRIC-Ansatz könnten die tatsächlichen Gestehungskosten einer Minute nicht ermittelt werden, weil es sich bei dieser Methode um eine hypothetische Modellrechnung handle. Aus-serdem gehe das Amtshilfeverfahren über den Gegenstand eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens hinaus, denn das Sekretariat der WEKO wolle vom BAKOM LRIC-Preise ermitteln lassen, obwohl die WEKO zur Preisregulierung nicht zuständig sei.

H.c In seiner vom 4. Juli 2008 datierten Duplik hält das Sekretariat der WEKO an seinen Anträgen gemäss Vernehmlassung vom 7. Mai 2008 fest. Zur Zuständigkeitsfrage führt es aus, es erlasse zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen, und als solche seien Verfügungen über die Auskunft zu qualifizieren. Dementsprechend erfolgten Stellungnahmen zu Beschwerden gegen verfahrensleitende Verfügungen ebenfalls durch das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums. Dies widerspiegle sich auch im Schreiben der Wettbewerbsbehörde vom 7. Mai 2008, welches links die Unterschrift eines Mitglieds des Präsidiums und rechts diejenige eines Mitglieds der Geschäftsleitung des Sekretariats trage. Die Stellungnahme vom 7. Mai 2008 sei auch nicht im Plenum der WEKO beschlossen, sondern vom Sekretariat unter Zustimmung des Präsidenten der WEKO ausgearbeitet worden. Dass das Schreiben vom 7. Mai 2008 in der Fusszeile auf der ersten Seite und auf Seite 9 vor den Unterschriften die Bezeichnung "Wettbewerbskommission" trage, sei ein redaktionelles Versehen.

Auf eine Stellungnahme inhaltlicher Natur wurde verzichtet und auf die Ausführungen in der Vernehmlassung vom 7. Mai 2008 verwiesen.

I.

Durch Verfügung vom 9. Juli 2008 schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel in Bezug auf die Anfechtung des Schreibens des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 (Geschäfts-Nr. B-2390/2008) grundsätzlich ab.

J.

J.a Bereits zuvor, am 19. Mai 2008, hatte die WEKO eine Zwischenverfügung zum Gesuch der Beschwerdeführerin vom 20. März 2008 betreffend Feststellung ihrer allfälligen Marktbeherrschung erlassen. Das Dispositiv dieser Verfügung lautet wie folgt:

„1. Das Gesuch der Orange Communications AG vom 20. März 2008, über die Frage der Marktbeherrschung der Orange Communications AG eine Zwischenverfügung zu erlassen, wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Orange Communications AG vom 20. März 2008 um Sistierung der Untersuchung Terminierung Mobilfunk wird abgewiesen.

3. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 des Dispositivs dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

4. Die Verfahrenskosten von […] werden der Orange Communications AG auferlegt.

[...]."

In ihren Erwägungen führte die WEKO aus, die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung könne nicht im Rahmen einer Zwischenverfügung, sondern nur mittels Teilverfügung erfolgen. Eine solche regle im Gegensatz zur Zwischenverfügung instanzabschliessend einen Teilaspekt eines Verfahrens. Sie falle in die Zuständigkeit der WEKO, denn gemäss Art. 18 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) treffe die WEKO die Verfügungen und erlasse die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten seien. Der Erlass einer Teilverfügung für einzelne kartellgesetzliche Tatbestandselemente komme aber grundsätzlich nicht in Frage. Andernfalls müssten in kartellrechtlichen Verfahren mittels Verfügungen beispielsweise zuerst die Teilfragen des Unternehmensbegriffs, dann diejenige der vorbehaltenen Vorschriften, anschliessend diejenige der Marktbeherrschung und des Missbrauchs sowie danach diejenige der direkten Sanktionierbarkeit vorab und separat geklärt werden, was dem Erfordernis der Prozessökonomie zuwiderliefe. Im vorliegenden Fall sei insbesondere zu beachten, dass es sich bei der Analyse der Marktbeherrschung nicht um eine Vorfrage handle, welche - auch in zeitlicher Hinsicht - losgelöst von der materiellen Beurteilung geklärt werden könnte, sondern um einen der Schwerpunkte der materiellen kartellrechtlichen Analyse.

Da die WEKO ihre Verfügung in weitgehender Übereinstimmung mit den Ausführungen ihres Sekretariates in dessen Schreiben vom 7. April 2008 an Orange bzw. in dessen Vernehmlassung vom 7. Mai 2008 zur Beschwerde von Orange vom 14. bzw. 21. April 2008 begründet, wird an dieser Stelle auf zusätzliche Zitate aus ihren Erwägungen verzichtet.

Hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung argumentiert die WEKO, das Vorantreiben der Untersuchung zu den Mobilfunkterminierungsgebühren sei für den Telekommunikationsmarkt von erheblicher Bedeutung. Eine Senkung der Terminierungsgebühren wäre einerseits von Vorteil für die Endkunden. Im Falle einer späteren Preissenkung (z.B. aufgrund behördlicher Intervention) dürfte es diesen wegen ihrer Zersplitterung unmöglich sein, die zu viel bezahlten Beträge zurückzufordern oder allfällige Folgeschäden geltend zu machen. Andererseits profitierten auch Wiederverkäufer wie beispielsweise Migros oder Coop von tieferen Terminie-

rungsgebühren, denn diese könnten gewisse Angebote im Mobilfunkbereich sonst teilweise gar nicht bzw. nur zu einem zu hohen Preis anbieten. Demgegenüber liege das Interesse von Orange an der Sistierung des Verfahrens vermutlich primär darin begründet, dem Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 nicht nachkommen zu müssen bzw. das Verfahren zu verzögern.

J.b Mit Datum vom 19. Juni 2008 reichte Orange beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 zur Frage der Marktbeherrschung ein. Das Unternehmen stellt folgende Anträge:

„1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Mai 2008 sei aufzuheben.

2. Die Wettbewerbskommission sei zu verpflichten, das Untersuchungsverfahren auf die Frage der Marktstellung der Beschwerdeführerin zu beschränken.

3. Die Untersuchungshandlungen seien bis zum rechtskräftigen Entscheid über die zu erlassende Verfügung über die Marktstellung der Beschwerdeführerin auf den Verfahrensgegenstand gemäss Ziffer 2 zu beschränken.

In prozessualer Hinsicht:

4. Das Handlungsgebot gemäss Ziffer 3 sei als vorsorgliche Anordnung zu erlassen.

5. Das mit vorliegender Beschwerde anhängig gemachte Beschwerdeverfahren sei mit dem Beschwerdeverfahren Nr. B-2390/2008, welches vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig ist, zu vereinigen."

Als Begründung hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen Folgendes fest:

Sie verlange mit ihrem Antrag auf Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Marktstellung nicht, dass die WEKO über jedes Tatbestandselement eine gesonderte Teilverfügung zu erlassen habe.

Die WEKO besitze die notwendigen Markt- und Branchenkenntnisse. Sie beobachte und untersuche den Mobilfunkbereich seit fast zehn Jahren und habe in diesem Zeitraum zur Frage der Marktstellung zwei formelle Verfügungen erlassen, ein Gutachten erstellt und Verfügungsanträge ihres Sekretariats mit jeweils differenzierten Ergebnissen geprüft. Mit ihrem Gutachten vom 20. November 2006 sei die WEKO über einen Zeitraum von gerade sechs Wochen in der Lage gewesen, die Frage der Marktstellung nicht nur für die Beschwerdeführerin, sondern noch für drei weitere Anbieterinnen zu analysieren und ihre Ergebnisse ohne Vorbehalte im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme festzuhalten. Der im Gutachten beurteilte Zeitraum betreffe insbesondere auch den in der vorliegenden Untersuchung in Frage stehenden Zeitraum nach dem 1. Juni 2005. Das Sekretariat der WEKO habe gerade für diesen Zeitraum neuestes und umfassendes Datenmaterial zum Markt und zu den betriebswirtschaftlichen Vorgängen bei der Beschwerdeführerin erhalten.

Der Ansatz der WEKO laufe auf eine endlose Untersuchung hinaus, weil die Untersuchungsergebnisse immer dem Entscheidzeitpunkt hinterher hinken würden. Es könne jedoch nicht sein, dass die Wettbewerbsbehörden nach fast zehnjähriger Marktbeobachtung und achtjähriger Untersuchung heute immer noch nicht in der Lage seien, sich über die Marktstellung der Beschwerdeführerin ein Bild zu machen. Weitere Abklärungen seien für die Beschwerdeführerin nicht zumutbar und verletzten auch die in der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) enthaltenen Grundsätze, welche die Rechtsunterworfenen vor einer übermässigen Verfahrensdauer schützten (Art. 6 EMRK).

Die LRIC-Analyse sei kein Kosten-, sondern ein Preismodell, mit welchem die tatsächlichen Gestehungskosten nicht errechnet werden könnten. Das von der WEKO gedeckte Amtshilfeersuchen ihres Sekretariates an das BAKOM betreffe den Bereich der Ex-ante-Regulierung, welcher nicht in die Zuständigkeit der WEKO falle. Fernmelderechtliche Modellrechnungen kämen erst zur Anwendung, wenn feststehe, dass ein Unternehmen marktbeherrschend sei. Für die Bestimmung der Marktstellung sei die Untersuchung der Kostenstruktur der vom angeblich marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Produkte nicht erforderlich.

Ein weiterer Grund für einen vorgängigen Entscheid über die Marktstellung sei die von der Rechtsmittelinstanz abweichende Marktabgrenzung durch die WEKO. In ihrem Entscheid betreffend das ADSL-Angebot von Swisscom sei die Rekurskommission zum Schluss gekommen, dass die Marktverhältnisse auf der Wholesale-Ebene nicht unabhängig von den Marktverhältnissen auf der Endkunden-Ebene (Retail) beurteilt werden könnten. Darüber setze sich die WEKO erneut hinweg. Ihr Ansatz habe einen wesentlichen Einfluss auf die Definition des relevanten Marktes und die Bestimmung der Marktstellung der betroffenen Unternehmen. Er führe dazu, dass die WEKO schnell zum Schluss komme, jeder Mobilfunkanbieter sei in seinem Netz bezüglich der Terminierungsleistung ohne weiteres marktbeherrschend.

Mit Blick auf eine Verfahrensvereinigung bringt die Beschwerdeführerin vor, letztlich gehe es in beiden Verfahren um ihren Antrag an die WEKO, zunächst über die Frage der Marktstellung der Beschwerdeführerin zu entscheiden. Wenn das Bundesverwaltungsgericht diesem Antrag stattgebe, sei gleichzeitig auch - zumindest vorläufig - der Antrag um Abnahme der Frist zur Beantwortung des Fragebogens bzw. die generelle Frage der Pflicht zur Beantwortung des Fragebogens und der Sistierung des Untersuchungsverfahrens beantwortet.

Zum Entzug der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde hält die Beschwerdeführerin fest, die Verfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 enthalte gar keine Anordnungen, welche vollzogen werden könnten. Ziffer 3 des Dispositivs ergebe folglich keinen Sinn und sei in jedem Fall vorbehaltlos aufzuheben.

J.c Die WEKO liess sich mit Eingabe vom 18. August 2008 zur Beschwerde vom 19. Juni 2008 vernehmen. Sie beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, und es sei der Beschwerdeführerin durch das Bundesverwaltungsgericht eine letztmalige und unverlängerbare Frist von maximal 30 Tagen zur Beantwortung des Fragebogens gemäss Schreiben ihres Sekretariats vom 6. März 2008 anzusetzen.

In ihrer Stellungnahme weist die WEKO darauf hin, dass die am 15. Oktober 2002 spezifisch zu den Mobilfunkterminierungsgebühren eröffnete Untersuchung durch verschiedene, im Wesentlichen verfahrensrechtliche Beschwerden erheblich verzögert worden sei und sie sich in materieller Hinsicht nicht seit mehr als acht Jahren mit den Terminierungsgebühren befasse. Es sei nicht ersichtlich und gehe aus der Beschwerde nicht hervor, welcher zusätzliche konkrete Aufwand abgesehen von der Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 bei der Beschwerdeführerin entstehen würde.

Die WEKO habe sich zweimal zur Marktstellung von Orange geäussert. Erstens hätten sich die Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Marktbeherrschung im Zeitraum bis 31. Mai 2005 nicht erhärtet. Zweitens habe die WEKO eineinhalb Jahre später in einem fernmelderechtlichen Gutachten festgestellt, dass Orange für die Terminierung auf ihr Netz als marktbeherrschend zu qualifizieren gewesen sei. Nachdem sich die MFA untereinander auf tiefere Terminierungsgebühren geeinigt und ihre gegenseitigen Interkonnektionsgesuche zurückgezogen hätten, habe die ComCom die entsprechenden Verfahren am 22. Januar 2007 abgeschrieben. Bei den anderen von der Beschwerdeführerin zitierten Textpassagen handle es sich entweder nicht um Aussagen der WEKO (Antrag des Sekretariats) oder nur um provisorische Einschätzungen.

Die Beschwerdeführerin mache geltend, das Amtshilfeersuchen sei "heimlich" erfolgt. Hierzu sei anzumerken, dass keine Pflicht des Sekretariats der WEKO bestehe, die Parteien in einem Verfahren über jeden einzelnen Verfahrensschritt vorgängig zu informieren. Auf Anfrage hin oder im Rahmen der jederzeit möglichen Ausübung des Akteneinsichtsrechts wäre der Beschwerdeführerin ohne Weiteres mitgeteilt worden, dass Befragungen von Fernmeldedienstanbietern stattgefunden hätten oder ein Amtshilfeersuchen erstellt worden sei. Von der Beschwerdeführerin seien jedoch keine entsprechenden Anfragen erfolgt.

Die Frage der Marktbeherrschung und diejenige der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens hingen zusammen und sollten im Sinne der Einheit der Materie nicht künstlich getrennt werden. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung sei es nicht von Bedeutung, ob sich die Beschwerdeführerin der bisher vorgenommenen Abgrenzung des relevanten Marktes anschliesse. Falls sie durch einen behördlichen Entscheid, welcher auf eine entsprechende Marktabgrenzung abstelle, beschwert wäre, könne sie im betreffenden Zeitpunkt dagegen rekurrieren. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes sei im Übrigen geprüft worden.

Entgegen dem Eindruck, den die Beschwerdeführerin erwecken wolle, beabsichtige die Wettbewerbsbehörde nicht, ein LRIC-Verfahren durchzuführen. Im Hinblick auf Art. 7 Abs. 2 lit. c KG sei es jedoch sinnvoll, auch auf sog. Kostenmethoden abzustellen.

J.d Durch Verfügung vom 20. August 2008 schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel im Beschwerdeverfahren über die Anfechtung der Zwischenverfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 (Geschäfts-Nr. B-4129/2008) grundsätzlich ab.

K.

Am 28. August 2008 erliess das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-4129/2008 eine Zwischenverfügung zu den prozessualen Anträgen (Ziff. 4 und 5) der Beschwerde vom 19. Juni 2008. Darin wies es das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme zur Beschränkung der Untersuchung auf die Frage der Marktstellung von Orange als unbegründet ab und hielt fest, dass über eine Vereinigung der Verfahren B-4129/2008 und B-2390/2008 in einem späteren Zeitpunkt entschieden werde. Es erwog dabei insbesondere, dass die Beschwerdeführerin nichts substantiiert dargelegt habe und sich auch aus den Akten nichts ergebe, aufgrund dessen sich schliessen liesse, dass das Bundesverwaltungsgericht im Verfügungszeitpunkt ein-schreiten müsste, um einen bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen sicherzustellen, zumal die der Beschwerdeführerin zum Ausfüllen des Fragebogens eingeräumte Frist bereits ausgesetzt worden sei.

L.

Auf weitere Ausführungen der Parteien wird, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das angefochtene Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 und die angefochtene Verfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 sind in der selben Untersuchung zu den Wettbewerbsverhältnissen bei der Terminierung von Anrufen auf die schweizerischen Mobilfunknetze ergangen. Beide richten sich an Orange als Adressatin. Wegen des engen Sachzusammenhangs, der sich stellenden Rechtsfragen sowie aus Gründen der Prozessökonomie rechtfertigt es sich, die Verfahren mit den Geschäfts-Nr. B-2390/2008 und B-4129/2008 zu

vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden (vgl. Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273); Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 6. Februar 2004, RPW 2004/1 212 E. 1).

2.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO bzw. ihr Sekretariat sind Vorinstanzen im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als anfechtbare Verfügung gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG).

2.1 Mit ihren Eingaben vom 14. und 21. April 2008 ficht die Beschwerdeführerin das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 an. Das Sekretariat der WEKO bezeichnete dieses Schreiben in seinem Brief an die Beschwerdeführerin vom 9. April 2008 bezüglich der Auskunftspflicht als verfahrensleitende Verfügung. Zum Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 hielt das Sekretariat in seiner Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 7. Mai 2008 fest, es sei fraglich, ob die erste Aufforderung zur Beantwortung des Fragebogens eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG sei. Typischerweise verschicke das Sekretariat nach einem ersten Auskunftsbegehren ein Mahnschreiben mit einer Nachfrist und stelle gleichzeitig eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung für den Fall der Nichtbeantwortung des Fragebogens in Aussicht. Wegen des zweifelhaften Verfügungscharakters seines Schreibens vom 6. März 2008 stelle sich die Frage, ob auf die Beschwerdeergänzung vom 21. April 2008 überhaupt einzutreten sei. Diese Ergänzung bezieht sich allerdings ausdrücklich nicht nur auf das Schreiben des Sekretariates vom 6. März 2008, sondern ebenso auf dasjenige vom 7. April 2008. Beide Schriftstücke sind nach Ansicht der Beschwerdeführerin als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.

2.1.1 Auf kartellgesetzliche Verfahren sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Als Verfügungen gelten nach Art. 5 VwVG Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (lit. a), die Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten (lit. b) sowie die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten oder das Nichteintreten auf solche Begehren (lit. c) zum Gegenstand haben. Auch Zwischenverfügungen gelten als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG (Art. 5 Abs. 2 VwVG).

Das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 erging auf Grund eines im Anschluss an das Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 am 20. März 2008 eingereichten Ersuchens der Beschwerdeführerin. Es hält ausdrücklich fest, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet sei und dass keine Gründe ersichtlich seien, welche dafür sprächen, die Frist zur Beantwortung des Auskunftsbegehrens vom 6. März 2008 auszusetzen. Demnach hat das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 7. April 2008 die Feststellung des Bestehens, allenfalls die Begründung einer Pflicht im konkreten Fall zum Gegenstand und bildet damit eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG. Inhaltlich konkretisiert wird sie durch das Schreiben vom 6. März 2008 bzw. den diesem beigefügten Fragebogen. Da sie das Verfahren nicht abschliesst, stellt sie eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung dar, die allerdings den formalen Anforderungen des Art. 35 VwVG nicht vollumfänglich genügt, insbesondere wegen des Fehlens einer Rechtsmittelbelehrung. Der Beschwerdeführerin ist daraus jedoch kein Nachteil erwachsen (vgl. Art. 38 VwVG).

Die Frage, ob es sich beim weder mit einer Androhung von Säumnisfolgen (Art. 23 VwVG) noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Schreiben vom 6. März 2008, mit dem das Sekretariat der WEKO die Beschwerdeführerin bat, den beigelegten Fragebogen bis am 18. April 2008 zu beantworten, um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

2.1.2 Dass eine Gutheissung der Beschwerde vom 14. bzw. 21. April 2008 nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen würde (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG), ist offensichtlich. Somit bleibt zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann. Dieser Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Vielmehr genügt ein bloss tatsächliches, wirtschaftliches Interesse, sofern es der Beschwerdeführerin bei der Anfechtung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 130 II 149 E. 1.1., 125 II 613 E. 2a, 120 Ib 97 E. 1c, 116 Ib 344 E. 1c; Urteile des Bundesgerichts 2C_86/2008 und 2C_87/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2).

Die Beschwerdeführerin selbst macht keinen rechtlichen Nachteil geltend, und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Sie bringt jedoch vor, beim LRIC-Modell handle es sich um eine überaus komplexe Berechnungsmethode, für welche eine Vielzahl von Daten und Kennzahlen benötigt werde, die nur mit einem grossen zeitlichen und finanziellen Aufwand zu erheben seien. Die Beantwor-

tung des Fragebogens sei für sie daher mit einem finanziellen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden. Nach Auffassung des Sekretariats der WEKO ist es dagegen fraglich, ob ein einfaches Auskunftsbegehren überhaupt einen derartigen Nachteil bewirken kann. Der mit Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 6. März 2008 zugestellte Fragebogen beinhalte Auskünfte zu Kosten aus Geschäftsaktivitäten, also wichtigen betriebswirtschaftlichen Informationen. Die erfragten Kosten seien auch für die interne Analyse sowie insbesondere für die Bilanzierung von Bedeutung, weshalb sie wahrscheinlich bereits in der einen oder anderen Form betriebsintern vorhanden seien.

Die Beschwerdeführerin substantiiert den behaupteten finanziellen und zeitlichen Aufwand nicht, der ihr durch die Beantwortung des Fragebogens entstehen soll (vgl. BGE 125 II 620 E. 2a, wonach die Beschwerdeführerin die Beweislast für die Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils trägt). Andere MFA beantworteten den gleichen Fragebogen, und sie taten dies laut Auskunft des Sekretariats der WEKO innerhalb der gesetzten Frist bzw. mit einmaliger Fristverlängerung bereits im April bzw. Mai 2008. Gegenstand des Fragebogens bilden betriebswirtschaftliche Informationen, welche auch bei der Beschwerdeführerin vorhanden und mit vertretbarem Aufwand abrufbar sein müssen. Vor diesem Hintergrund erscheint die unsubstantiierte Behauptung der Beschwerdeführerin nicht glaubwürdig.

Die angefochtene Verfügung kann somit keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 VwVG bewirken; auf die Beschwerde vom 14. bzw. 21. April 2008 ist daher nicht einzutreten.

2.2 Die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 19. Juni 2008 richtet sich gegen die Verfügung der WEKO vom 19. Mai 2008. Hierbei handelt es sich um eine (selbständig eröffnete) Zwischenverfügung im Sinne von Art. 18 Abs. 3 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 2 VwVG.

Auch eine Gutheissung der Beschwerde gegen diese Verfügung würde nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG), weil nicht das Bundesverwaltungsgericht, sondern zunächst die WEKO über das Vorliegen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG befindet (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 KG) und vorab die entsprechende, wenn auch eingeschränkte Untersuchung vom Sekretariat der WEKO weiterzuführen wäre. Die Beschwerde vom 19. Juni 2008 ist daher ebenfalls nur dann zulässig, wenn die Zwischenverfügung der WEKO vom 19. Mai 2008 einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann.

2.2.1 Die Beschwerdeführerin erklärt, durch die angefochtene Verfügung drohe ihr ein nicht wieder gutzumachender Nachteil gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG. Sie beantragt, das Untersuchungsverfahren sei auf die Frage ihrer Marktstellung zu beschränken. Es dürfe nicht durch zielfremde und damit sinnlose Verfahrensschritte weiter aufgebläht werden. Mit der Gutheissung ihres Antrags könne im Sinne der Prozessökonomie über einen wichtigen Teilaspekt entschieden und das seit Jahren laufende Untersuchungsverfahren rasch zu einem Abschluss gebracht werden.

2.2.2 Im angefochtenen Entscheid weist die WEKO sowohl den Antrag der Beschwerdeführerin zurück, vorab eine Verfügung über die Frage der Marktbeherrschung zu erlassen, als auch deren Begehren um Sistierung der Untersuchung hinsichtlich Kostenstruktur bzw. Höhe der Terminierungsgebühren. Die angefochtene Verfügung bewirkt somit nur, dass die Untersuchung im bisherigen Umfang weitergeführt und die Frage der Marktbeherrschung nicht vorgängig entschieden wird. Gegen einen Entscheid der WEKO (vgl. Art. 30 KG) wird bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offenstehen (Art. 33 lit. f VGG).

2.2.3 Mit dem angefochtenen Entscheid ist somit weder ein materieller Entscheid verbunden, noch ein rechtlicher Nachteil, der auch mit einem zu Gunsten der Beschwerdeführerin lautenden Endentscheid nicht wieder gutgemacht werden könnte. Die Beschwerde zielt vielmehr einzig auf einen raschen Abschluss des Verfahrens durch vorgängige Entscheidung über einen Teilaspekt der kartellrechtlichen Untersuchung. An dieser Beurteilung ändern auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum LRIC-Modell nichts, zumal sie sich ebenfalls um den Untersuchungsaufwand drehen. Ausserdem ist es der Wettbewerbsbehörde unbenommen, amtshilfeweise auf ein Modell des BAKOM zurückzugreifen, welches ihr die Bestimmung der Kosten für die Terminierung bzw. die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse ermöglicht. Dies gilt auch dann, wenn das entsprechende Modell in anderem Zusammenhang für die Preisfestsetzung verwendet wird, denn immerhin dient es als solches gerade der Berechnung derjenigen Kosten, die durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden. In Anbetracht dessen kann nicht gesagt werden, es entstehe nutzloser, unverhältnismässiger Aufwand, wenn die Untersuchung nicht auf die Frage der Marktstellung beschränkt werde.

Auf die Beschwerde vom 19. Juni 2008 ist daher ebenfalls nicht einzutreten.

Ob die Beschwerdeführerin sich auf ein genügendes tatsächliches Interesse an der Anfechtung berufen könnte, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

3.

Die durch Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. April 2008 (Ziff. 7) im Verfahren Nr. B-2390/2008 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angeordnete Aussetzung der Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 wird mit dem vorliegenden Entscheid hinfällig. Das Sekretariat der WEKO kann somit das Auskunftsbegehren unter Einräumung einer angemessenen Nachfrist weiterverfolgen. Dem Antrag

der Vorinstanzen, der Beschwerdeführerin sei durch das Bundesverwaltungsgericht zur Beantwortung des Fragebogens eine letztmalige unverlängerbare Frist von maximal 30 Tagen anzusetzen, ist unter diesen Umständen nicht zu folgen.

4.

Die Verfahrenskosten von […] sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und mit den geleisteten Kostenvorschüssen von ingesamt […] ([…] im Verfahren Nr. B-2390/2008 und […] im Verfahren B-4129/2008) zu verrechnen.

5.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE). Der WEKO bzw. ihrem Sekretariat steht ebenfalls keine Entschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Verfahren mit den Geschäfts-Nr. B-2390/2008 und B-4129/2008 werden vereinigt.

2.

Auf die Beschwerden wird nicht eingetreten.

3.

Die Verfahrenskosten von […] werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je […] verrechnet. Der Restbetrag von […] wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

4.

Parteientschädigungen werden keine ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil geht an

[…]

B.3	**2. Urteil i.S. Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission**

Urteil (B-3577/2008) der II. Abteilung vom 6. November 2008 i.S. Swisscom (Schweiz) AG gegen Sekretariat der Wettbewerbskommission; Gegenstand – Terminierung Mobilfunk (Sistierung der Untersuchung).

Sachverhalt:

A.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) stellte mit Verfügung vom 5. Februar 2007 für den Zeitraum bis 31. Mai 2005 den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Swisscom Mobile AG (SCM) wegen unangemessen hoher Terminierungsgebühren fest und auferlegte dem Unternehmen gleichzeitig eine Verwaltungssanktion (Untersuchung 32-0158, erster Teil). Gegen diese Verfügung erhob SCM als Rechtsvorgängerin der Swisscom (Schweiz) AG (Swisscom) mit Datum vom 19. März 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Geschäfts-Nr. B-2050/2007).

B.

Mit Brief vom 20. Dezember 2007 informierte das Sekretariat der WEKO SCM sowie die Swisscom Fixnet AG AG (heute zusammen Swisscom), dass es die Untersuchung 32-0158 betreffend Terminierung Mobilfunk für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 weiterführe (zweiter Teil der Untersuchung). Zugleich überliess es den beiden Gesellschaften je einen Fragebogen, mit der Bitte, diesen bis 18. Januar 2008 zu beantworten, was Swisscom am 18. Februar 2008 tat.

C.

Als Beilage zu einem Schreiben vom 6. März 2008 sandte das Sekretariat der WEKO einen weiteren Fragebogen an Swisscom und setzte für dessen Beantwortung Frist bis 18. April 2008. Diesen zweiten Fragebogen hatte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) erstellt, um im Auftrag des Sekretariates der WEKO amtshilfeweise die Kosten der einzelnen Mobilfunkanbieter (MFA) für die Terminierung (sog. Long Run Incremental Costs, LRIC) zu berechnen.

D.

Mit Datum vom 16. April 2008 unterbreitete Swisscom dem Sekretariat der WEKO ein Gesuch um verfügungsweise Sistierung des zweiten Teils der Untersuchung 32-0158 bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007 (betreffend den ersten Teil der Untersuchung 32-0158). Zur Begründung führte Swisscom im Wesentlichen an, der Ausgang des beim Bundesverwaltungsgerichts hängigen Rechtsmittelverfahrens B-2050/2007, das sich auf die Untersuchung der Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 beziehe, sei von präjudizieller Bedeutung für die Untersuchung der Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005. Die beiden Untersuchungsteile beträfen die gleichen Parteien und den gleichen Lebenssachverhalt, und es stellten sich genau die gleichen Rechtsfragen. Aufgrund seiner Komplexität sei der zweite Teil der Untersuchung sowohl für Swisscom als auch für die WEKO, deren Sekretariat und das BAKOM mit einem immensen Aufwand verbunden. Die vom Sekretariat mit Schreiben vom 6. März 2008 einverlangten Daten könnten, sofern überhaupt, nur mit sehr grossem Aufwand ermittelt werden, und Swisscom müsse zunächst Klarheit über das Berechnungsmodell des BAKOM erlangen. Im Gegensatz dazu habe die Beantwortung der Fragebogen vom 20. Dezember 2007 keinen grossen Aufwand verursacht, da es fast durchwegs um eine Aktualisierung von bereits im ersten Teil der Untersuchung einverlangten Daten gegangen sei und bei vielen Fragen lediglich auf die Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007 habe verwiesen werden können.

E.

Mit Gesuch vom 18. April 2008 beantragte Swisscom dem Sekretariat der WEKO, die im Schreiben vom 6. März 2008 angesetzte Frist zur Beantwortung des Fragebogens sei bis 30 Tage nach rechtskräftiger Wiederaufnahme der Untersuchung 32-0158, eventualiter bis 30 Tage nach rechtskräftiger Abweisung des Sistierungsgesuchs vom 16. April 2008, zu erstrecken. Als Begründung brachte Swisscom vor, der Zweck ihres Sistierungsgesuchs würde unterlaufen, wenn das Sekretariat der WEKO vor dem rechtskräftigen Entscheid über dieses Gesuch die Beantwortung des Fragebogens verlangte. Aus den gleichen Gründen, die eine Sistierung der fortgeführten Untersuchung erheischten, sei auch die beantragte Fristerstreckung geboten. Im Übrigen sei eine Fortführung der Untersuchung nicht dringlich, was sich auch daran zeige, dass das Sekretariat die Untersuchung des Zeitraums ab 1. Juni 2005 erst mehr als zweieinhalb Jahre später, d.h. am 20. Dezember 2007, aufgenommen habe.

F.

Das Sekretariat der WEKO teilte Swisscom in einem Schreiben vom 28. April 2008 mit, die Frist zur Beantwortung des Fragebogens werde bis zum Entscheid über die Frage der Sistierung der Untersuchung 32-0158 ausgesetzt.

G.

Durch Zwischenverfügung vom 14. Mai 2008 befand das Sekretariat der WEKO sowohl über das Sistierungs- als auch über das Fristerstreckungsgesuch von Swisscom. Das Dispositiv dieser Verfügung lautet wie folgt:

1. Das Gesuch der Swisscom (Schweiz) AG vom 18. April 2008 um Sistierung der Untersuchung 32-0158 Terminierung Mobilfunk wird abgelehnt.

2. Es wird eine letzte Frist von 30 Tagen ab Eröffnung dieser Verfügung, d.h. bis am 16. Juni 2008, zur Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 6. März 2008 angesetzt.

3. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 des Dispositivs dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

4. Die Verfahrenskosten von […] werden Swisscom (Schweiz) AG auferlegt.

[...]

In seinen Erwägungen verwies das Sekretariat der WEKO zunächst auf ein Schreiben vom 22. Mai 2006, worin Swisscom geltend gemacht habe, dass das von der WEKO mit Verfügung vom 5. Februar 2007 (betreffend den Zeitraum bis 31. Mai 2005) gerügte Verhalten so schon lange nicht mehr praktiziert worden sei. Das Sekretariat kommentierte dies mit der Bemerkung, es sei paradox, wenn Swisscom nun geltend machen wolle, dass der Ausgang des ersten Teils des Verfahrens relevant sei für die Beurteilung ihres Verhaltens nach dem 1. Juni 2005.

Sodann hält das Sekretariat fest, der Vorwurf, es habe das Verfahren für den zweiten Teil der Untersuchung über zweieinhalb Jahre ruhen lassen, sei irreführend und falsch. Der Entscheid für den ersten Teil sei am 5. Februar 2007 getroffen worden. Während der verbleibenden zehn Monate bis zur Weiterführung der Untersuchung seien die Ressourcen des Sekretariates durch zahlreiche Stellungnahmen in Beschwerdeverfahren und durch Interkonnektionsgutachten ausgelastet gewesen, welche ebenfalls im Zusammenhang mit Swisscom gestanden hätten.

Der Entscheid darüber, ob Swisscom im untersuchten Markt eine beherrschende Stellung innehabe und diese möglicherweise missbrauche, sei für die Fortsetzung des Verfahrens nicht entscheidend bzw. Gegenstand der laufenden Abklärungen. Im Moment gehe es bei der Untersuchung Mobilfunkterminierung im Wesentlichen darum, den Sachverhalt zu erstellen. Stütze das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der WEKO, so könne das Verfahren hinsichtlich des zweiten Teils der Untersuchung wesentlich rascher zu einem Abschluss gebracht werden, wenn die benötigten Sachverhaltselemente bereits zusammengetragen worden seien. Sollte das Bundesverwaltungsgericht in einzelnen Punkten zu einem anderen Schluss gelangen, als dies die WEKO für den ersten Teil der Untersuchung verfügt habe, könnten diese Elemente auch nachträglich miteinbezogen bzw. ergänzt werden. Ob sich eine Sistierung allenfalls vor dem Erlass einer Verfügung hinsichtlich des Sachverhalts nach dem 31. Mai 2005 rechtfertigen würde - sofern das Verfahren vor den oberen Instanzen bis dahin nicht abgeschlossen sein sollte - könne erst zu diesem Zeitpunkt beurteilt werden.

Im vorliegenden Fall bestünden gewichtige volkswirtschaftliche Interessen an der Fortsetzung der Untersuchung. Es sei davon auszugehen, dass die Telekommunikationsbranche weiter wachsen werde. Dieser Wirtschaftszweig zeichne sich durch eine hohe Dynamik, viele Innovationen und Schnelllebigkeit aus, was insbesondere auch für den Bereich Mobilfunk gelte. Bestünden Anzeichen, dass der Wettbewerb nicht wirksam spiele, müsse dies möglichst rasch untersucht werden, um in naher Zukunft feststellen zu können, ob unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Kartellgesetz bestünden oder nicht. Eine vorläufige Einstellung des Verfahrens auf längere, unbestimmte Zeit wäre ein negatives Signal, welches den Status quo zementieren und zukünftige Marktentwicklungen behindern würde. Es sei in diesem Zusammenhang für die im Markt tätigen oder noch tätig werdenden Unternehmen von entscheidender Bedeutung, dass mögliche regulatorische Eingriffe rasch und gezielt erfolgten. Auch für die Endkunden sei ein rascher Eingriff von grossem Interesse, weil davon auszugehen sei, dass eine Anpassung der Terminierungsgebühren auch zu einem Sinken der Gebühren auf der Retail-Ebene führen würde. Solange das Verfahren sistiert wäre, könnte Swisscom die heute geltenden, möglicherweise überhöhten Terminierungsgebühren verrechnen. Sollte hingegen verbindlich festgestellt werden, dass die Terminierungsgebühren zu hoch seien, werde Swisscom zu Anpassungen gezwungen sein.

Der Aufwand für Swisscom erschöpfe sich in der Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008. Dieser beinhalte Auskünfte zu Kosten aus Geschäftsaktivitäten, d.h. wichtigen betriebswirtschaftlichen Informationen, welche bei Swisscom vorhanden seien und allenfalls zusammengestellt werden müssten. Es sei darauf hinzuweisen, dass Sunrise und Tele2, denen der Fragebogen ebenfalls zugestellt worden sei, ihre Antworten bereits eingereicht hätten. Tele2 sei sogar imstande gewesen, ihre Stellungnahme ohne Fristerstreckung einzureichen. Die Behörden nähmen im Übrigen einzig diejenigen Abklärungen vor, welche für eine kartellrechtliche Würdigung des Sachverhalts notwendig seien.

Was den dritten Punkt der von Swisscom bezeichneten präjudizierten Entscheidungen anbelange, nämlich die Frage der Sanktionierbarkeit des Verhaltens vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots, des Verschuldensprinzips, des Grundsatzes von Treu und Glauben, des Anspruchs auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht, des Schweigerechts, des rechtlichen Gehörs und der Voraussetzungen für eine Teilverfügung - kurz der Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101), so sei zu bedenken, welche Konsequenz eine Sistierung des laufenden Verfahrens für die Arbeit der Wettbewerbsbehörden hätte. Werde der Instanzenzug vollständig ausgeschöpft, könne die Angelegenheit nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts noch vor Bundesge-

richt und sogar bis vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weitergezogen werden, was erfahrungsgemäss sehr viel Zeit in Anspruch nehme. Sämtliche Verfahrenshandlungen des Sekretariats für den zweiten Teil der Untersuchung würden somit durch die Sistierung nicht nur wenige Monate, sondern auf unbestimmte Zeit blockiert. Die von Swisscom aufgeführten Fragen beträfen ausserdem die Rechtsfolge der Sanktionierung und hätten nicht mit den Sachverhaltsabklärungen und der materiellen Würdigung zu tun.

Eine Sistierung in diesem Falle hätte zudem zur Folge, dass aus Gründen der Rechtsgleichheit sämtliche Verfahren, welche mit einer Sanktionierung enden könnten, sistiert werden müssten, bis die Sanktionierbarkeit rechtskräftig festgestellt worden sei. Folge man der Argumentation von Swisscom, müssten auch andere Verfahren im Mobilfunkbereich eingestellt werden, da im Beschwerdeverfahren über die Frage der Marktbeherrschung von Swisscom Mobile entschieden werde, bzw. es müssten generell alle Verfahren im Telekommunikationsbereich eingestellt werden, da präjudiziell auch verschiedene Wholesale- und Retail-Fragen geklärt würden.

Den Entzug der aufschiebenden Wirkung begründete das Sekretariat der WEKO damit, dass das Vorantreiben der Untersuchung zu den Mobilfunkterminierungsgebühren für den Telekommunikationsmarkt von erheblicher Bedeutung sei. Die Terminierungsgebühren stünden in der Schweiz nur in geringem Ausmass unter Wettbewerbsdruck, weshalb Abklärungsbedarf bestehe. Der Abschluss der Untersuchung könne zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich Mobilfunk führen. Eine Senkung der Terminierungsgebühren wäre einerseits von Vorteil für die Endkunden. Andererseits würden auch Wiederverkäufer, wie beispielsweise Migros oder Coop, von tieferen Terminierungsgebühren profitieren, da sie gewisse Angebote im Mobilfunkbereich sonst teilweise gar nicht bzw. nur zu einem hohen Preis anbieten könnten. Demgegenüber liege das Interesse von Swisscom an der Sistierung des Verfahrens primär darin, dem Auskunftsbegehren vom 6. März 2008 nicht nachkommen zu müssen bzw. das Verfahren zu verzögern.

Aus den genannten Gründen sei auch eine Erstreckung der Frist zur Beantwortung des Fragebogens des Sekretariats vom 6. März 2008 bis zur rechtskräftigen Wiederaufnahme der sistierten Untersuchung bzw. bis zur rechtskräftigen Abweisung des Sistierungsgesuchs nicht angezeigt.

H.

Gegen die Verfügung des Sekretariates der WEKO vom 14. Mai 2008 erhob Swisscom mit Datum vom 2. Juni 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellte dabei folgende Rechtsbegehren:

„1. Die Zwischenverfügung des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 14. Mai 2008 in Sachen Untersuchung 32-0158 Terminierung Mobilfunk sei aufzuheben.

2. Die Untersuchung 32-0158 Terminierung Mobilfunk bzw. deren Fortführung für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 sei bis zum rechtskräftigen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen über die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 zu sistieren.

3. Die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 sei abzunehmen.

4. Vorsorglich sei:

   a) die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über die vorliegende Beschwerde zu erstrecken; und

   b) der Beschwerdeführerin für den Fall des Nichteintretens oder der Abweisung des Rechtsbegehrens 3 eine Notfrist von 30 Tagen ab Eröffnung des Entscheids zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 anzusetzen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Gleichzeitig stellte Swisscom folgende Verfahrensanträge:

6. „Über die Rechtsbegehren 4a und 4b sei möglichst rasch zu entscheiden; der Entscheid sei der Beschwerdeführerin spätestens bis 9. Juni 2008 zu eröffnen.

7. Die Akten der Vorinstanz seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen Folgendes vor:

Es dränge sich auf, die Untersuchung 32-0158 Terminierung Mobilfunk zu sistieren, weil die Beschwerde von Swisscom gegen die Sanktionsverfügung vom 5. Februar 2007 Devolutiveffekt für die gesamte Untersuchung aufweise, weil der Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zum ersten Teil der Untersuchung präjudizielle Wirkung auf die fortgeführte Untersuchung habe und eine Interessenabwägung eindeutig zugunsten einer Sistierung ausfalle.

Im vorliegenden Fall bestehe zwischen dem ersten Teil der Untersuchung (für Sachverhalte bis 31. Mai 2005) und der fortgeführten Untersuchung (für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005) ein enger Sachzusammenhang. Die beiden Untersuchungsteile beträfen die gleichen Parteien und den gleichen Lebenssachverhalt. Dies ergebe sich unter anderem daraus, dass das Sekretariat im Fragebogen vom 20. Dezember 2007 im Rahmen der fortgeführten Untersuchung zahlreiche Fragen gestellt

habe, die es bereits im ersten Teil der Untersuchung gestellt habe, weshalb Swisscom in ihren Antworten entsprechend häufig auf die Beschwerde gegen die Sanktionsverfügung vom 5. Februar 2007 und das hängige Beschwerdeverfahren habe verweisen müssen. Zudem stellten sich in der fortgeführten Untersuchung genau die gleichen Rechtsfragen wie im ersten Teil der Untersuchung.

Überdies bezögen sich beide Verfahren auf dieselbe unternehmerische Verhaltensweise (nämlich die Gestaltung der Terminierungsgebühren). Der Ausgang des hängigen Rechtsmittelverfahrens Nr. B-2050/2007 vor dem Bundesverwaltungsgericht (und allenfalls weiteren Rechtsmittelinstanzen), das sich auf den ersten Teil der Untersuchung beziehe, sei für die fortgeführte Untersuchung von ausschlaggebender, präjudizieller Bedeutung. In diesem Rechtsmittelverfahren würden zwingend Entscheidungen fallen, mit denen grundlegende materielle und verfahrensrechtliche Fragen beantwortet würden, die sich gleichermassen in der fortgeführten Untersuchung stellten. Diese bezögen sich beispielsweise darauf, ob Swisscom im untersuchten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom in Anbetracht der ökonomischen und regulatorischen Gegebenheiten möglich sei und eine Sanktionierung von Swisscom vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots, des Verschuldensprinzips, des Grundsatzes von Treu und Glauben, des Anspruchs auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht, des Schweigerechts, des rechtlichen Gehörs und der Voraussetzungen für eine Teilverfügung möglich sei.

Diese grundlegenden Fragen könnten nicht für den Zeitraum bis 31. Mai 2005, 23:59 Uhr, anders beantwortet werden als für den Zeitraum ab 1. Juni 2005, 0:00 Uhr. Es könnten deshalb Sachverhaltselemente aus dem Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 und deren kartellrechtliche Beurteilung massgebend sein für die Beurteilung der Rechtslage im Zeitraum danach und umgekehrt.

Mit der Beschwerde von Swisscom gegen die Sanktionsverfügung hätten die WEKO und ihr Sekretariat nicht nur die Befugnis zur Untersuchung der Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 verloren, sondern auch diejenige zur Untersuchung der Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005. Die WEKO und das Sekretariat dürften erst nach einem allfälligen Rückweisungsentscheid einer Rechtsmittelinstanz wieder Untersuchungshandlungen im Verfahren 32-0158 vornehmen. Die gegenwärtige Verzettelung dieser Untersuchung auf verschiedene Instanzen stehe in einem unerträglichen Widerspruch zum Grundsatz der Einheit des Verfahrens. Dies zeige sich nur schon darin, dass die WEKO im ersten Teil der Untersuchung für die Bestimmung der „angemessenen Terminierungsgebühr" die Vergleichsmarktmethode angewandt habe, während in der fortgeführten Untersuchung offensichtlich die Kostenmethode zur Anwendung gelangen solle.

Die fortgeführte Untersuchung befinde sich erst im Anfangsstadium; es fehle ihr die Dringlichkeit. Bisher seien noch keine Grundsatzfragen abgeklärt worden. Die entsprechenden Abklärungen würden einen grossen Aufwand verursachen, der aufgrund der präjudiziellen Wirkung des Rechtsmittelverfahrens Nr. B-2050/2007 möglicherweise unnütz sei. Ein Rechtsmittelentscheid zum ersten Teil der Untersuchung könne die fortgeführte Untersuchung nicht nur ergänzungsbedürftig, sondern unter verschiedenen Umständen auch gänzlich hinfällig machen.

Die Durchführung des zweiten Teils der Untersuchung und insbesondere die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 werde für Swisscom zu einem erheblichen zeitlichen, personellen und finanziellen Aufwand führen, der sich je nach Ausgang des Rechtsmittelverfahrens zum ersten Teil der Untersuchung als nutzlos erweisen könne. Swisscom müsse zunächst Klarheit über das Berechnungsmodell des BAKOM erlangen, um überhaupt sinnvoll Daten erheben und Antworten geben zu können. Der Fragebogen verlange lediglich nach Angaben für das Jahr 2007. Die Berechnung des LRIC-Preises auf der Basis der Kosten im Jahr 2007 sei jedoch mangels Relevanz für die Jahre 2005 und 2006 überhaupt nicht aussagekräftig für die Beurteilung der Situation im fortgeführten Verfahren. Hieran ändere sich auch nichts, wenn zur Berechnung der LRIC-Preise für die Jahre 2005 und 2006 die Verkehrsdaten aus diesen Jahren verwendet würden.

Da sich die fortgeführte Untersuchung erst im Anfangsstadium befinde, argumentiere die Vorinstanz widersprüchlich, wenn sie in der angefochtenen Verfügung bezüglich des notwendigen Aufwands für Swisscom behaupte, dass sich dieser in der Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 erschöpfe. Das BAKOM würde im Rahmen der Amtshilfe zugunsten des Sekretariats ein „verkapptes" Interkonnektionsverfahren zur Schätzung eines LRIC-Preises für die Terminierung durchführen. Deshalb sei mit einem vergleichbar grossen, erheblichen Aufwand zu rechnen. Wie für Swisscom werde auch bei anderen Mobilfunk- und Festnetzanbietern bis zum Abschluss der fortgeführten Untersuchung ein erheblicher Aufwand anfallen. Sunrise habe entgegen dem Hinweis der Vorinstanz die Antworten zum Fragebogen nur unvollständig geliefert und behalte sich vor, die "gelieferten Daten zu einem späteren Zeitpunkt soweit erforderlich anzupassen resp. zu ergänzen".

Die bei einer Fortführung der Untersuchung erfolgende Schätzung eines LRIC-Preises durch das BAKOM würde zwangsläufig zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Zum einen sei die Schätzung eines solchen LRIC-Preises in einem kartellgesetzlichen Verfahren an sich unzulässig, da sie eine Umgehung des fernmeldegesetzlichen Interkonnektionsverfahrens mit seinen besonderen Verfahrensregeln darstelle. Zum anderen wäre die Tragweite eines in einem solchen „verkappten" Interkonnektionsverfahrens festgelegten LRIC-Preises völlig unklar.

Infolge ihrer Publikumswirksamkeit sei die Fortführung der Untersuchung der Reputation von Swisscom abträg-

lich. Aufgrund der Sanktionsverfügung zum ersten Teil der Untersuchung sei der Eindruck entstanden, Swisscom habe überhöhte Preise verlangt. Dadurch werde letztlich auch die Position von Swisscom in Verhandlungen mit anderen Mobilfunk- und Festnetzanbietern über Terminierungsgebühren geschwächt.

Die These des Einflusses der Terminierungsgebühren auf die Retail-Preise sei gerade Gegenstand des vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Rechtsmittelverfahrens zum ersten Teil der Untersuchung. Inwieweit Wiederverkäufer wie Migros und Coop einen Nachteil aus den Terminierungsgebühren erleiden sollten, sei ohnehin schleierhaft, da sie blosse Vetriebsträger seien.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2008 setzte das Bundesverwaltungsgericht die Frist für die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 aus, bis über die in der Beschwerde beantragten vorsorglichen Massnahmen entschieden oder der Beschwerdeentscheid in der vorliegenden Sache ergangen sei.

J.

Das Sekretariat der WEKO liess sich mit Eingabe vom 4. Juli 2008 vernehmen, wobei es dem Bundesverwaltungsgericht beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und es sei der Beschwerdeführerin eine letztmalige, unverlängerbare Frist von maximal 30 Tagen zur Beantwortung des Fragebogens gemäss Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 6. März 2008 anzusetzen.

Zur Beschwerdeschrift vom 2. Juni 2008 brachte die Vorinstanz neben Verweisen auf die Begründung ihrer Verfügung vom 14. Mai 2008 insbesondere folgende Bemerkungen an:

Die Beschwerdeführerin mache geltend, dass die WEKO im ersten Teil der Untersuchung für die Bestimmung der angemessenen Terminierungsgebühr die Vergleichsmarktmethode angewendet habe, während in der fortgeführten Untersuchung offensichtlich die Kostenmethode zur Anwendung gelangen solle. Diese Aussage sei in verschiedener Hinsicht nicht korrekt. Die WEKO setze grundsätzlich keine angemessenen Terminierungsgebühren fest, sondern überprüfe diese im Hinblick auf Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251). Auch im ersten Teil der Untersuchung seien beide Methoden zur Überprüfung der Terminierungsgebühr zur Anwendung gekommen. In der fortgeführten Untersuchung bestehe die Möglichkeit, nicht primär von Vergleichen auszugehen, sondern auf ein Kostenmodell des BAKOM zurückzugreifen. Die Vergleichsmarktmethode sei nicht zuletzt deshalb zur Anwendung gekommen, weil die Beschwerdeführerin sich geweigert habe, die benötigten Angaben einzureichen. Aus diesem Grund sei die WEKO darauf angewiesen gewesen, auf Zahlen vergleichbarer ausländischer Anbieter zurückzugreifen.

Selbst wenn gewisse Fragen im Fragebogen vom 20. Dezember 2007 der Beschwerdeführerin bereits in einem früheren Verfahrensstadium zur Beantwortung vorgelegt worden seien, mache es durchaus Sinn, sie später zu wiederholen. Sachverhalte könnten sich ändern, und insofern sei es möglich, dass die gleiche Frage zu einem späteren Zeitpunkt unterschiedlich zu beantworten sei.

Bei der Terminierung vor und nach dem 31. Mai 2005 handle es sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht um ein Nullsummenspiel. Die Gesprächsströme von zwei unterschiedlich grossen Fernmeldedienstanbietern seien nämlich nicht automatisch ausgeglichen, sondern nur dann, wenn das Telefonieverhalten der jeweiligen Endkunden vergleichbar sei. Unter anderem aufgrund der bedeutend höheren Marktanteile von Swisscom als Mobilfunkanbieterin resultiere dabei kein Nullsummenspiel. Dies gelte insbesondere auch mit Blick auf die von Festnetzkunden getätigten Anrufe auf ein Mobilfunknetz.

Inwiefern die Offenlegung des Berechnungsmodells relevant sein solle für die Beantwortung des Fragebogens, sei nicht ersichtlich. Sunrise und Tele2, welche den gleichen Fragebogen erhalten hätten, seien auch ohne Offenlegung in der Lage gewesen, problemlos zu antworten. Falls bei der Beschwerdeführerin Unsicherheiten hinsichtlich einzelner Fragen bestehen sollten, wäre der naheliegende Weg, dass sie diesbezüglich beim Sekretariat der WEKO nachfragen würde. Wie die Beschwerdeführerin selbst angebe, habe Sunrise ebendies gemacht und sei danach in der Lage gewesen, den Fragebogen zu beantworten. Dass die Antworten von Sunrise genügend detailliert seien, habe das BAKOM mit Mail vom 9. Juni 2008 bestätigt. Anders als von der Beschwerdeführerin behauptet, würden für die Erhebung der Kosten der Mobilfunkterminierung nur die Daten der MFA erhoben und somit auch nur diese befragt. Es falle demnach kein entsprechender Aufwand für andere Fernmeldedienstanbieter an.

Die Kostenberechnung sei ein Indiz, welches unter Berücksichtigung weiterer Elemente zur Feststellung eines Missbrauchs hinzugezogen werden könne. Kartellrechtlich betrachtet führe die Schätzung der Gestehungskosten der Mobilfunkterminierung durch das BAKOM nicht zu einer Rechtsunsicherheit, da diese Schätzung den MFA einen Hinweis liefern könne, wie hoch die Terminierungsgebühren unter Wettbewerbsbedingungen sein würden. Dass das BAKOM zu diesem Zweck um Amtshilfe ersucht worden sei, sei nicht nur sinnvoll, sondern geradezu erforderlich, da die Gestehungskosten der Terminierung ein Beurteilungselement unter Art. 7 Abs. 2 lit. c KG seien. Es handle sich dabei nicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, um ein "verkapptes" Interkonnektionsverfahren, da die WEKO lediglich feststellen wolle, ob ein Missbrauch nach Art. 7 KG vorliege.

Zur Frage der Zulässigkeit und Geeignetheit des Fragebogens vom 6. März 2008 sei festzuhalten, dass der WEKO für die Ermittlung des unter dem Kartellrecht rechtserheblichen Sachverhalts verschiedene Instruktionsmassnahmen zur Verfügung stünden. Angesichts des Spezialwissens des BAKOM könne es sich für die Klärung einzelner Fragestellungen durchaus rechtfertigen, dass die Wettbewerbsbehörde im Rahmen von Untersuchungen im Telekommunikationsbereich mittels Amtshilfe an diese gelange. Ein Amtshilfeersuchen an das BAKOM sei im vorliegenden Fall besonders angezeigt resp. geradezu notwendig gewesen, da das BAKOM bereits über ein teilweise an die Schweiz angepasstes Kostenmodell für Mobilfunkterminierungsgebühren verfüge. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin beziehe sich das Wort „teilweise" nicht darauf, dass das Modell in gewissen Bereichen nicht den Verhältnissen auf dem Schweizer Markt entspreche, sondern vielmehr darauf, dass bis zu einem bestimmten Punkt Übereinstimmungen der Verhältnisse in der Schweiz und im Ausland bestünden und es zu Abweichungen komme. Auch hier sei zudem darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführerin die Möglichkeit offenstehen werde, zum Ergebnis der Amtshilfe Stellung zu nehmen.

K.

Durch Verfügung vom 10. Juli 2008 schloss das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel grundsätzlich ab.

L.

Auf diese und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO bzw. ihr Sekretariat ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 lit. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als anfechtbare Verfügungen gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Mehraufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG).

1.1 Die Beschwerde richtet sich gegen die (zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO erlassene) Verfügung des Sekretariats der WEKO vom 14. Mai 2008. Dabei handelt es sich um eine (selbständig eröffnete) Zwischenverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG sowie Art. 23 Abs. 1 KG. Eine Gutheissung der Beschwerde würde nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG). Die Beschwerde ist daher nur zulässig, wenn die angefochtene Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann. Dieser Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Vielmehr genügt ein schutzwürdiges tatsächliches, wirtschaftliches Interesse, sofern es der Beschwerdeführerin bei der Anfechtung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 130 II 149 E. 1.1, Urteile des Bundesgerichts 2C_86/2008 und 2C_87/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2, BGE 125 II 613 E. 2a, 120 Ib 97 E. 1c, 116 Ib 344 E. 1c).

1.2 Die Beschwerdeführerin erklärt, der nicht wieder gutzumachende Nachteil bestehe vorliegend darin, dass die Verweigerung der beantragten Sistierung und Fristerstreckung für sie in irreversibler Weise zu einem immensen, möglicherweise nutzlosen Verfahrensaufwand, zu einer erheblichen Bindung von Ressourcen, zu einer Rechtsunsicherheit infolge Festlegung eines in seiner Tragweite unklaren Referenzpreises, zu einem Reputationsschaden und zur Schwächung der Verhandlungsposition gegenüber Dritten führen würde. Es gehe ihr nicht darum, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern, wie dies die Vorinstanz suggeriere, sondern auch um die Verhinderung weiterer nicht wieder gutzumachender Nachteile, die zum Teil ausserhalb des Verfahrens einträten. Die Verweigerung der beantragten Sistierung und der Fristerstreckung begründe überdies nicht bloss tatsächliche Nachteile, sondern auch einen Nachteil rechtlicher Natur. Im Zeitpunkt des Hauptentscheids wären das Sistierungs- und das Fristerstreckungsbegehren längst gegenstandslos, weil die Untersuchung bis dahin durchgeführt und die Frist zur Beantwortung des Fragebogens abgelaufen wäre.

1.3 Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur zeichnet sich dadurch aus, dass er durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2C_80/2008 vom 12. März 2008 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

1.3.1 Aufgrund der angefochtenen Verfügung würde das Sekretariat der WEKO den zweiten Teil der Untersuchung 32-0158 fortsetzen, und die Beschwerdeführerin müsste zunächst einmal den Fragebogen vom 6. März 2008 beantworten. Die Durchführung kartellrechtlicher Untersuchungen ist nach Art. 23 Abs. 1 KG eine der Kernaufgaben des Sekretariats der WEKO. Zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts dient ihm unter anderem die Auskunftspflicht, welche Art. 40 KG für Beteiligte, marktmächtige Unternehmen und Dritte statu-

iert. Untersuchungshandlungen bzw. deren Ergebnisse - also insbesondere auch Auskunftserteilungen - lassen sich als solche naturgemäss nicht rückgängig machen. Sie beinhalten aber keine (abschliessende) juristische Würdigung der zu ermittelnden tatsächlichen Verhältnisse und bewirken damit keine (rechtlichen) Nachteile, die durch einen Endentscheid zu Gunsten der beschwerdeführenden Partei nicht behoben werden könnten.

1.3.2 Auch die von der Beschwerdeführerin ins Spiel gebrachte "Rechtsunsicherheit infolge Festlegung eines in seiner Tragweite unklaren Referenzpreises" könnte, sofern sie überhaupt einträte, keinen Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bilden, weil sie im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens geklärt werden könnte.

1.4 Neben den soeben diskutierten rechtlichen macht die Beschwerdeführerin auch nicht wieder gutzumachende Nachteile tatsächlicher Art geltend, welche ihr durch die angefochtene Verfügung entstünden.

1.4.1 Zunächst beruft sie sich auf einen "immensen, möglicherweise nutzlosen Verfahrensaufwand" und eine "erhebliche Bindung von Ressourcen". Im Rahmen der aktuellen fernmelderechtlichen Interkonnektionsverfahren bewege sich ihr Aufwand für die Erarbeitung von brauchbarem Datenmaterial im Bereich von einigen Mannjahren (inklusive Instruktionstreffen mit der Behörde, Erstellung von mehreren hundert Seiten langen Dokumentationsmaterialien etc.). Die Beschwerdeführerin unterstellt damit, dass ihr die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 und allfällige zusätzliche Anordnungen der Wettbewerbsbehörden einen ebenso grossen Aufwand bescheren könnten. Allerdings bezieht sich ihr Vergleichswert, wie sie selbst zu verstehen gibt, auf mehrere (Interkonnektions-) Verfahren. Schon deshalb lässt er sich nicht einfach auf den vorliegenden Fall übertragen. Es deutet hier aber auch nichts darauf hin, dass nur annähernd ähnlich umfangreiche Dokumentationen erarbeitet oder Abklärungen getroffen werden müssten. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Auskunftserteilung durch andere MFA. Die Beschwerdeführerin räumt schliesslich selbst ein, dass lediglich „rund ein Viertel der verlangten Angaben" betriebsintern nicht vorhanden seien und noch eruiert werden müssten. Vor diesem Hintergrund erscheinen ihre Vorbringen zum drohenden Aufwand nicht plausibel. Hinzu kommt, dass sie auch potentiellen Aufwand geltend macht, welcher nicht ihr, sondern den Behörden oder Konkurrentinnen entstehen könnte. Insofern kann sie sich jedoch mangels materieller Beschwer nicht auf ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung berufen (vgl. BGE 125 II 612 E. 2a, BGE 120 Ib 100 E. 1c und BGE 116 Ib 347 E. 1c).

Mit der beschränkten Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen soll im Sinne der Prozessökonomie sichergestellt werden, dass sich die Rechtsmittelinstanz in der Regel nur einmal mit einer Streitsache befassen muss (BGE 116 Ib 347 E. 1c; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 511). Diese Regel würde aus den Angeln gehoben, wenn jeglicher Aufwand, den eine Zwischenverfügung bewirken kann, als nicht wieder gutzumachender Nachteil tatsächlicher Art zu betrachten wäre. Das Bundesgericht setzt denn auch entsprechende Leitplanken. Einerseits lässt es eine Anfechtung nicht zu, wenn der Beschwerdeführer lediglich eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens verhindern will (BGE 120 Ib 100 E. 1c). Andererseits anerkennt es nicht jedes tatsächliche bzw. wirtschaftliche Interesse als schutzwürdig (vgl. BGE 120 Ib 100 E. 1c; BGE 107 II 461 E. 4b). Im vorliegenden Fall ist kein schützenswertes Interesse im Sinne eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils, welcher aus der angefochtenen Verfügung erwachsen könnte, ersichtlich. Der Aufwand für die Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 hält sich in vertretbaren Grenzen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Auskunftsbegehren dem Verhältnismässigkeitsprinzip zuwiderliefe. Ob mögliche weitere, durch Zwischenverfügung der Wettbewerbsbehörde angeordnete Untersuchungsmassnahmen einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen bzw. ein schützenswertes Anfechtungsinteresse begründen können, wird gegebenenfalls separat für die jeweilige Untersuchungshandlung zu prüfen sein. Im gegenwärtigen Zeitpunkt lässt sich aber noch nicht beurteilen, ob allfällige künftige, vorderhand hypothetische Anordnungen der Wettbewerbsbehörde überhaupt einen für eine Anfechtung genügenden Nachteil zu bewirken geeignet sein werden.

1.4.2 Zum behaupteten Reputationsschaden und zur angeblichen Schwächung der Verhandlungsposition gegenüber Dritten ist zunächst einmal festzustellen, dass diese Vorbringen von der Beschwerdeführerin nicht mit Fakten untermauert werden. Wenn der erste Teil der Untersuchung beim Publikum tatsächlich den Eindruck erweckte, die Beschwerdeführerin verlange überhöhte Preise, hätte der Reputationsschaden bei Erlass der angefochtenen Verfügung bereits bestanden. Schon deshalb erscheint fraglich, ob diese überhaupt noch eine zusätzliche belastende Wirkung auf die Reputation entfalten könnte. Bereits bezüglich des ersten Teils der Untersuchung stand es der Beschwerdeführerin frei, ihre Sichtweise in der Öffentlichkeit darzulegen und allenfalls auf ergriffene Rechtsmittel zu verweisen, um zu zeigen, dass noch keine rechtskräftigen Entscheide gefällt worden sind. Aber selbst wenn die angefochtene Verfügung geeignet wäre, ihrer Reputation (vorübergehend) abträglich zu sein, könnten entsprechende Nachteile jedenfalls durch einen zu ihren Gunsten lautenden Endentscheid wieder gutgemacht werden. Im gegenwärtigen Zeitpunkt bestehen allerdings ohnehin keine Indizien dafür, dass die angefochtene Verfügung negative Publizität verursacht hätte. Mangels Veröffentlichung könnte sie dies auch gar nicht. Was sodann die Position der Beschwerdeführerin in Verhandlungen mit anderen Mobilfunk- und Festnetzanbietern über Terminierungsgebühren anbelangt, kann diese ebensowenig durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt werden. Letztere bewirkt nämlich nur, dass die Untersuchung nicht sistiert wird und die Vorinstanz an ihrem Auskunftsbegehren vom 6. März

2008 festhält. Wenn mit dem zweiten Teil der Untersuchung effektiv eine Schwächung der Verhandlungsposition der Beschwerdeführerin einherginge, wäre dieser Nachteil schon in der Untersuchung bzw. ihrer Fortführung, wie sie den Parteien mit Brief des Sekretariats der WEKO vom 20. Dezember 2007 bekanntgegeben wurde, als solcher begründet, nicht jedoch in der Ablehnung einer Sistierung. Abgesehen davon ist in Erinnerung zu rufen, dass in dieser Sache noch kein rechtskräftiger Entscheid vorliegt, was den (potentiellen) Verhandlungspartnern der Beschwerdeführerin bekannt ist. Im Übrigen könnte die Beschwerdeführerin einen allfälligen Nachteil selbst beheben, indem sie sich zu einer entsprechenden Rückerstattung für den Fall bereiterklären würde, dass ein Entscheid wegen überhöhter Terminierungsgebühren gegen sie ergehen sollte.

1.5 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin betreffen der erste und der zweite Teil der Untersuchung 32-0158 nicht den gleichen Sachverhalt. Insbesondere beziehen sie sich auf unterschiedliche Zeiträume. Ausserdem machte die Beschwerdeführerin nach Angaben der Vorinstanz selbst geltend, dass das im ersten Teil der Untersuchung sanktionierte Verhalten schon lange nicht mehr praktiziert werde. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Vorinstanz den zweiten Teil der Untersuchung nicht weiterführen sollte. Dies gilt umso mehr, als sie zunächst einmal den Sachverhalt erstellen muss. Wenn die Beschwerdeführerin nun einen Konnex im Sinne präjudizierender Wirkung des ersten Teils der Untersuchung konstruiert, ruft sie damit den Eindruck hervor, sie tue dies, um ein Sistierungsbegehren zwecks Blockierung des zweiten Teils stellen zu können. Eine solche Motivation aber führt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu, dass selbst dann nicht auf eine Beschwerde gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung einzutreten ist, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (BGE 120 Ib 100 E. 1c).

1.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Zwischenverfügung keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG bewirken kann und dass eine Gutheissung der Beschwerde auch nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG). Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

2.

Die mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Juni 2008 (Ziff. 5) im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angeordnete Aussetzung der Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 6. März 2008 wird mit dem vorliegenden Entscheid hinfällig, sodass die Vorinstanz ihr Auskunftsbegehren unter Einräumung einer angemessenen Nachfrist weiterverfolgen kann.

3.

Die Verfahrenskosten von […] sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von […] zu verrechnen.

4.

Weder die unterliegende Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von […] werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von […] verrechnet. Der Restbetrag von […] wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Dieses Urteil geht an:

[…]

B 4	**Bundesgericht** Tribunal fédéral Tribunale federale
B.4	**1. Entsiegelung**

Urteil vom 28. Oktober 2008 I. öffentlich-rechtliche Abteilung X1 AG, X2 AG, X3 AG, X4 AG gegen Wettbewerbskommission, Gegenstand Entsiegelung. Beschwerde gegen den Entscheid vom 14. März 2008 des Bundesstrafgerichts, I. Beschwerdekammer.[1]

SACHVERHALT:

A.

Aufgrund einer Selbstanzeige vom 19. Juni 2007 über mögliche Abreden zwischen Speditionsunternehmen eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied ihres Präsidiums am 9. Oktober 2007 eine Untersuchung gegen verschiedene Speditionsunternehmen, darunter die X1_____ AG, die X2_____ AG, die X3_____ AG und die X4_____ AG. Gegen diese besteht der Verdacht auf unzulässige Abreden über Gebühren und Tarife im Bereich der Luft-, See- und Bodenfrachtspeditionsleistungen sowie der Lagerlogistik.

Aufgrund von Durchsuchungsbefehlen des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2007 führte diese am 10. Oktober 2007 Durchsuchungen in den Räumlichkeiten der X1_____ AG, der X2_____ AG und der X3_____ AG in A._____ durch; ebenso am 11. Oktober 2007 eine Durchsuchung in den Räumlichkeiten der X4_____ AG in B._____. Dabei wurden Unterlagen und Datenträger sichergestellt.

Auf Einsprache hin wurden diese teilweise versiegelt.

B.

Am 14. November 2007 ersuchte die Wettbewerbskommission das Bundesstrafgericht darum, die Entsiegelung der am 10. und 11. Oktober 2007 sichergestellten und versiegelten Gegenstände anzuordnen und deren Durchsuchung durch die Mitarbeiter der Wettbewerbskommission zu gestatten.

Mit Entscheid vom 14. März 2008 hiess das Bundesstrafgericht (I. Beschwerdekammer) das Gesuch gut. Es ermächtigte die Wettbewerbskommission, die am 10. und 11. Oktober 2007 sichergestellten und versiegelten Gegenstände in Gegenwart der Vertreter der Gesuchsgegnerinnen zu entsiegeln und zu durchsuchen.

C.

Die X1_____ AG, die X2_____ AG, die X3_____ AG und die X4_____ AG führen Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, das Entsiegelungsgesuch sei abzuweisen; eventualiter sei der Entscheid des Bundesstrafgerichts aufzuheben und die Sache an dieses zur Abklärung des massgeblichen Sachverhalts und zum Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen; subeventualiter seien die am 10. und 11. Oktober 2007 beschlagnahmten Beweismittel zu entsiegeln, doch solle das Bundesstrafgericht aus den beschlagnahmten Beweismitteln sämtliche Schriftstücke und elektronischen Datenträger (insbesondere E-Mails, Textverarbeitungs- und Tabellenkalkulationsdokumente) aussondern und den Beschwerdeführerinnen retournieren, die von den nachfolgend genannten Rechtsanwälten erstellt oder an diese Rechtsanwälte übermittelt oder für sie angefertigt worden seien:

- C._____,

- D._____,

- E._____;

subsubeventualiter sei die Wettbewerbskommission anzuweisen, die genannten anwaltlichen Beweismittel nach ihrer Entsiegelung auszusondern und den Beschwerdeführerinnen zu retournieren, und es sei der Wettbewerbskommission zu untersagen, diese Beweisstücke zu durchsuchen und beweismässig zu verwerten.

D.

Das Bundesstrafgericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Die Wettbewerbskommission hat sich vernehmen lassen mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen.

E.

Die Beschwerdeführerinnen haben eine Replik eingereicht. Sie halten an ihren Anträgen fest.

F.

Das Bundesstrafgericht hat auf eine Stellungnahme dazu verzichtet.

Die Wettbewerbskommission hat eine Duplik eingereicht. Sie hält an dem in der Vernehmlassung gestellten Antrag fest.

G.

Mit Verfügung vom 15. Mai 2008 hat der Präsident der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt.

[1] Vgl. RPW 2008/3, S. 513 ff.

ERWÄGUNGEN:

1.

1.1 Das Bundesgericht hat die vorinstanzlichen Akten beigezogen. Dem entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerinnen ist damit Genüge getan.

1.2 Gemäss Art. 78 Abs. 1 BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen Entscheide in Strafsachen.

Nach Art. 42 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Artikel 45-50 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) sinngemäss anwendbar.

Die Beschwerdegegnerin hat, gestützt auf Art. 45 ff., VStrR die Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen durchsucht, dabei Unterlagen und Datenträger sichergestellt und diese auf Einsprache hin versiegelt. Die Durchsuchung von Papieren regelt Art. 50 VStrR. Es geht hier somit um die Anwendung des Verwaltungsstrafrechts. Entscheide darüber sind mit Beschwerde in Strafsachen anfechtbar (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, S. 4313 und 4256; Urteil 6B_205/2007 vom 27. Oktober 2007 E. 1).

Die Beschwerde in Strafsachen ist somit gegeben.

1.3 Gemäss Art. 79 BGG ist die Beschwerde unzulässig gegen Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, soweit es sich nicht um Entscheide über Zwangsmassnahmen handelt.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdegegnerin ermächtigt, die sichergestellten Gegenstände zu entsiegeln und zu durchsuchen. Dies stellt gegenüber den Beschwerdeführerinnen eine Zwangsmassnahme dar (BGE 131 I 52 E. 1.2.2 S. 54; 130 II 302 E. 3.1 S. 304; Urteile 1S.42/2005 vom 28. März 2006 E. 1.2; 1S.28/2005 vom 27. September 2005 E. 1; 1P.501/2002 vom 17. Dezember 2002 E. 2.1).

Die Beschwerde ist auch insoweit zulässig.

1.4 Mit der Beschwerde nach Art. 79 BGG kann namentlich die Verletzung verfassungsmässiger Individualrechte gerügt werden (Urteil 1B_182/2007 vom 20. September 2007 E. 1.3 mit Hinweis).

1.5 Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerinnen bringen (Beschwerde S. 13 ff.) vor, der angefochtene Entscheid verletze ihr Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) sowie Art. 50 Abs. 1 VStrR. Die Hausdurchsuchung in A._____ habe am 10. Oktober 2007 stattgefunden, jene in B._____ am Tag darauf. Bei der Hausdurchsuchung in B._____ habe jeder Überraschungseffekt gefehlt. Diese Hausdurchsuchung sei deshalb zweckuntauglich und damit unverhältnismässig gewesen. Soweit die Vorinstanz erwäge, der Überraschungseffekt bei der Hausdurchsuchung in B._____ sei zwar eingeschränkt, aber noch genügend vorhanden gewesen, handle es sich um eine offensichtlich unrichtige Feststellung nach Art. 97 Abs. 1 BGG.

2.2 Die Hausdurchsuchung in B._____ stützte sich auf den entsprechenden Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der Beschwerdegegnerin vom 9. Oktober 2007. Nach der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung konnte dagegen innert dreissig Tagen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend, und es ist nicht ersichtlich, dass sie dieses Rechtsmittel ergriffen hätten. Es ist deshalb fraglich, ob sie sich hier überhaupt noch gegen die Hausdurchsuchung als solche richten können. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Beschwerde im vorliegenden Punkt ohnehin unbehelflich ist.

Die Beschwerdeführerinnen haben nach ihren eigenen Angaben keine Beweismittel aus den Räumlichkeiten in B._____ entfernt (angefochtener Entscheid S. 8). Damit ist es widersprüchlich, wenn sie geltend machen, die Hausdurchsuchung in B._____ sei zweckuntauglich gewesen. Durfte die Beschwerdegegnerin mit Grund annehmen, in den Räumlichkeiten in B._____ befänden sich zum Beweis geeignete Gegenstände, und haben die Beschwerdeführerinnen dort nichts entfernt, war die Hausdurchsuchung geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen.

Die Durchsuchung in B._____ begann im Übrigen am Morgen des 11. Oktober 2007. Die Beschwerdegegnerin durfte damit davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerinnen möglicherweise nicht in der Lage gewesen wären, gewissermassen „über Nacht“ sämtliche relevanten Beweismittel in B._____ auszusondern und verschwinden zu lassen. Auch mit Blick darauf war die Hausdurchsuchung in B._____ nicht zum vornherein zweckuntauglich. Nichts anderes will die Vorinstanz offenbar sagen, wenn sie ausführt, der Überraschungseffekt bei der Hausdurchsuchung in B._____ sei zwar eingeschränkt, aber noch genügend vorhanden gewesen. Um eine offensichtlich unrichtige Tatsachenfeststellung handelt es sich dabei nicht.

Zutreffend weist die Vorinstanz sodann darauf hin, dass es im Interesse der Beschwerdeführerinnen lag, wenn die Beschwerdegegnerin die Hausdurchsuchung zunächst auf die Räumlichkeiten in A._____ beschränkt hat. Es entspricht dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, wenn die Behörde in einem Fall wie hier den Eingriff zunächst auf eine bestimmte Örtlichkeit beschränkt und eine andere erst dann durchsucht, soweit dies noch erforderlich ist. Wenn die Beschwerdegegnerin dieses für die Beschwerdeführerinnen schonendere Vorgehen gewählt hat, können sie sich darüber nicht beklagen.

Die Hausdurchsuchung auch in B._____ stellte danach einen zwecktauglichen und damit verhältnismässigen Eingriff in das Recht auf Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK dar.

Auch eine Verletzung von Art. 50 Abs. 1 VStrR ist zu verneinen. Danach sind Papiere mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse zu durchsuchen (...). Diesem Gebot der Schonung hat die Beschwerdegegnerin Rechnung getragen, da sie - wie gesagt - die Räumlichkeiten

in B._____ erst durchsucht hat, als sich das nach der Durchsuchung in A._____ noch als notwendig erwies.

Eine Hausdurchsuchung ist dann unverhältnismässig, wenn von vornherein klar ist, dass sich keine relevanten Beweismittel finden werden lassen. So verhielt es sich hier - auch in Bezug auf die Hausdurchsuchung in B._____ - nach dem Gesagten nicht. Die Beschwerde erweist sich demnach im vorliegenden Punkt, soweit darauf überhaupt einzutreten ist, als unbegründet.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen (Beschwerde S. 18 ff.), die sichergestellten Gegenstände hätten keinen hinreichenden Deliktskonnex. Damit stelle deren Durchsuchung einen unverhältnismässigen Eingriff in das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) dar. Überdies verletze die Durchsuchung Art. 48 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 VStrR.

3.2 Mit Beschlag zu belegen sind Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können (Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR). Wohnungen und andere Räume (...) dürfen nur durchsucht werden, wenn es wahrscheinlich ist, dass (...) sich Gegenstände (...), die der Beschlagnahme unterliegen, (...) darin befinden (Art. 48 Abs. 1 VStrR). Papiere sind mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse zu durchsuchen; insbesondere sollen Papiere nur dann durchsucht werden, wenn anzunehmen ist, dass sich Schriften darunter befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR).

Wie sich schon aus dem Wortlaut dieser letzteren Bestimmung ergibt („dass sich Schriften darunter befinden..."), ist die Durchsuchung nicht auf Schriften beschränkt, die für das Untersuchungsverfahren erheblich sind. Könnten nur solche Papiere durchsucht werden, würde das eine der Beschlagnahme vorausgehende detaillierte Prüfung eines jeden Schriftstücks bedingen, womit aber die im Interesse des Inhabers der Schriften wie unmittelbar betroffener Dritter vorgesehene Versiegelung ihres Sinns entledigt würde. Die der Beschlagnahme von Papieren vorausgehende Sichtung muss notwendig eine summarische sein, soll dem Postulat der gebührenden Schonung privater Geheimnisse nachgelebt werden. Es ist deshalb nicht zu vermeiden, dass in Fällen wie dem vorliegenden Papiere sichergestellt und sodann durchsucht werden, die sich in der Folge als für die Untersuchung bedeutungslos erweisen werden (BGE 108 IV 75 mit Hinweis; vgl. auch BGE 119 IV 175 E. 3 S. 178). Sinn der Versiegelung ist es, dem Inhaber der Gegenstände zu ermöglichen, bei der Sichtung der Papiere bzw. Datenträger durch die Strafverfolgungsbehörde mitzuwirken und gegebenenfalls die Aussonderung und Rückgabe jener Papiere bzw. Datenträger zu beantragen, die für die Untersuchung nicht von Bedeutung sein können (BGE 111 Ib 50 E. 3b S. 51 f.). Für die Bewilligung der Durchsuchung genügt es, dass auch nach Anhörung der Betroffenen die Vermutung bestehen bleibt, dass die fraglichen Papiere bzw. Datenträger für den konkreten Zweck der Strafuntersuchung erheblich sein können (BGE 101 IV 364 E. 3b S. 368; Urteil G.122/1994 vom 13. Januar 1995 E. 5d).

3.3 Gegen die Beschwerdeführerinnen besteht der Verdacht, sich im Bereich der See-, Luft- und Bodenfrachtspeditionsleistungen sowie der Lagerlogistik an unzulässigen Abreden beteiligt zu haben. Nach den Hausdurchsuchungsbefehlen hatten die Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin Unterlagen und Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können, zu beschlagnahmen. In den Durchsuchungsbefehlen wird ausgeführt, bei den Papieren und Gegenständen handle es sich insbesondere um optische und elektronische Daten und Datenträger. Namentlich seien sämtliche Beweismittel aus den Jahren 2000 bis heute zu beschlagnahmen,

- welche den Markt für internationale See- und Luftfrachtspeditionsleistungen, nationale und internationale Bodenfrachtspeditionsleistungen sowie Lagerlogistik betreffen, insbesondere solche, die sich auf Preise, Preiserhöhungen und Zuschläge beziehen;
- welche den Nachweis von Kommunikation und Absprachen unter Wettbewerbern auf den Märkten für internationale See- und Luftfrachtspeditionsleistungen, nationale und internationale Bodenfrachtspeditionsleistungen sowie Lagerlogistik erlauben, insbesondere solche, die sich auf Preise, Preiserhöhungen und Zuschläge (Korrespondenz, E-Mails, Notizen, Unterlagen zu Treffen mit Konkurrenten, Sitzungsprotokolle etc.) beziehen.

Die Beschwerdegegnerin hat in der Folge die Arbeitsplätze von Personen durchsucht, die in den genannten Märkten tätig sind. Die dabei sichergestellten Unterlagen und Datenträger können für den Zweck der Untersuchung erheblich sein. Das genügt nach der dargelegten Rechtsprechung für die Entsiegelung und Durchsuchung. Wie gesagt, ist es unvermeidbar, dass sich unter den sichergestellten Unterlagen und Datenträgern solche befinden können, die für die Untersuchung bedeutungslos sind. Die nähere Durchsuchung nach der Entsiegelung - im Beisein und unter Mitwirkung der Vertreter der Beschwerdeführerinnen - bezweckt gerade, jene Unterlagen und Daten auszuscheiden, die für die Untersuchung bedeutungslos sind.

Die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in das Recht auf Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) ist danach auch insoweit zu bejahen.

3.4 Da anzunehmen ist, dass sich unter den sichergestellten Unterlagen und Datenträgern solche befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind, steht der angefochtene Entscheid auch in Einklang mit Art. 50 Abs. 1 VStrR.

Art. 48 Abs. 1 VStrR ist ebenso wenig verletzt. Es war wahrscheinlich, dass sich Gegenstände, die der Beschlagnahme unterliegen, in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen in A._____ und B._____ befinden. Damit war die Durchsuchung dieser Räumlichkeiten zulässig und es kann erneut offen bleiben, ob sich die Beschwerdeführerinnen dagegen überhaupt noch richten können, nachdem sie die Hausdurchsuchungsbefehle nicht angefochten haben.

3.5 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten auch im vorliegenden Punkt unbehelflich.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerinnen machen (Beschwerde S. 20 ff.) eventualiter geltend, die Vorinstanz habe Art. 10, 13 und 29 Abs. 2 BV, Art. 6 und 8 EMRK sowie Art. 50 Abs. 2 VStrR in Verbindung mit Art. 321 StGB verletzt, indem sie es abgelehnt habe, die anwaltlichen Beweismittel der Unternehmensanwälte C._____, D._____ und E._____ aus den Verfahrensakten auszusondern. Eine solche Aussonderung sei geboten, weil das Anwaltsgeheimnis einer Durchsuchung dieser Beweismittel entgegenstehe. Es bestehe keine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die genannten Grundrechte, wenn - wie hier - das Anwaltsgeheimnis zu beachten sei. Dieses sei, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, nicht nur auf unabhängige freiberufliche Anwälte anwendbar, sondern auch auf Unternehmensanwälte.

4.2 Gemäss Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB werden auf Antrag insbesondere bestraft Rechtsanwälte, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. Nach Art. 50 Abs. 2 VStrR sind bei der Durchsuchung Geheimnisse, die insbesondere Rechtsanwälten in ihrem Beruf anvertraut wurden, zu wahren.

Im Schrifttum ist umstritten, ob das Anwaltsgeheimnis auch für Unternehmensanwälte gilt und diesen damit ein entsprechendes Zeugnis- und Herausgabeverweigerungsrecht zusteht (vgl. JÖRG SCHWARZ, Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen - Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, Anwaltsrevue 2006, S. 338 f. mit umfassenden Hinweisen auf die Literatur).

Das Bundesgericht hat die Frage bisher nicht beantwortet (vgl. SCHWARZ, a.a.O., S. 338 f.). Sie kann hier offen bleiben. Selbst wenn man annehmen wollte, dass das Anwaltsgeheimnis auch für Unternehmensanwälte gilt, würde das die Entsiegelung und vollständige Durchsuchung der bei den Beschwerdeführerinnen sichergestellten Unterlagen und Datenträger aus folgenden Erwägungen nicht hindern.

4.3 Nach der Rechtsprechung kann eine Person, die ein Berufsgeheimnis zu wahren hat und der aus diesem Grund ein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde, sich der Beschlagnahme von in ihrem Besitz befindlichen Akten dann nicht widersetzen, wenn sie im Verfahren nicht als Zeuge in Frage kommt, weil sie selbst Beschuldigte ist. Für seine eigenen Verfehlungen kann niemand ein Privileg aufgrund eines Berufsgeheimnisses beanspruchen (BGE 130 II 193 E. 2.3 S. 196; 125 I 46 E. 6 S. 50; 106 IV 413 E. 7c S. 424 mit Hinweisen).

Die Beschwerdegegnerin hält (Vernehmlassung S. 8) dafür, die Unternehmensanwälte C._____, D._____ und E._____ seien dem beschuldigten Unternehmen zuzurechnen. Unter Hinweis auf die angeführte Rechtsprechung ist sie deshalb der Ansicht, die Unternehmensanwälte hätten im vorliegenden Fall kein Herausgabeverweigerungsrecht.

Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben. Das Anwaltsgeheimnis stünde jedenfalls aus folgendem Grund der Entsiegelung und vollständigen Durchsuchung der sichergestellten Gegenstände nicht entgegen.

4.4

4.4.1 Nach der Rechtsprechung kann der Anwalt nur verpflichtet sein, Geheimnisse zu wahren, die ihm vom Klienten anvertraut worden sind. Das Anwaltsgeheimnis erstreckt sich folglich nur auf Unterlagen und Auskünfte, über die der Anwalt Gewahrsam erlangt hat oder die ihm ohne seinen Willen abhanden gekommen sind. Das Anwaltsgeheimnis erstreckt sich dagegen nicht auf Unterlagen, die der Klient in seinem Besitz behalten oder Dritten übergeben hat (Urteil 1P.163/1993 vom 18. Oktober 1993 E. 3.c; vgl. auch BGE 117 Ia 341 E. 6c S. 350 f.). Das Anwaltsgeheimnis gilt ebenso wenig für die Korrespondenz des Anwalts mit dem Auftraggeber, soweit sie sich bei Letzterem befindet (BGE 114 III 105 E. 3b S. 108; Urteil 8G.35/1999 vom 22. September 1999 E. 6d).

Das Anwaltsgeheimnis des Unternehmensanwalts könnte jedenfalls nicht weitergehen.

Zu diesem Ergebnis kommt für die vorliegende Konstellation auch Professor Marcel Alexander Niggli (Universität Freiburg) in seinem Gutachten vom 5. August 2005 zur Anwendung von Art. 321 StGB auf angestellte Unternehmensjuristen, das die Beschwerdeführerinnen dem Bundesgericht eingereicht haben. Prof. Niggli hält (S. 36) dafür, dass eine Person, die in einem Unternehmen fest angestellt ist und über ein Anwaltspatent verfügt, grundsätzlich als Täter im Sinne von Art. 321 StGB in Betracht kommt. Er führt (S. 37) aus, sei das Geheimnis dem Unternehmensanwalt im Hinblick auf Rechtsberatung oder Vertretung gegenüber Dritten oder Behörden anvertraut worden, so unterstehe es dem Schutz des Berufsgeheimnisses. Wie der Begriff des Anvertrauens deutlich mache, setze dies allerdings voraus, dass das Geheimnis einerseits tatsächlich dem Unternehmensanwalt qua Anwalt eröffnet werde, anderseits aber auch, dass es eben ein Geheimnis sei und die Geheimhaltungspflicht überhaupt realisiert werden könne. Das bedeute zum einen, dass eine Information, welche der Geheimnisherr (die Unternehmung, vertreten durch die dafür zuständigen Organe) nicht nur an die im Unternehmen tätigen Rechtsanwälte, sondern auch an andere Mitarbeiter weitergebe, nicht Objekt des Berufsgeheimnisses sein könnten. Zum anderen bedeute es aber auch, dass der Geheimnisträger (der interne Rechtsanwalt) seinerseits sicherstellen können müsse, dass die ihm anvertrauten Informationen tatsächlich (d.h. faktisch) unter seiner Herrschaft stünden, d.h. nur er über deren Weitergabe verfügen könne. Entsprechend dürfe z.B. ein Archiv oder eine Ablage nicht anderen Personen als dem Rechtsanwalt und seinen Hilfspersonen zugänglich sein, weil sonst die Geheimhaltung, zu welcher der Anwalt verpflichtet sei, gar nicht möglich sei.

Diese Auffassung wird im Schrifttum geteilt (SCHWARZ, a.a.O., S. 340). Ihr ist im Lichte der dargelegten Rechtsprechung zuzustimmen.

4.4.2 Die Beschwerdegegnerin hat die Räumlichkeiten der Unternehmensanwälte C._____, D._____ und E._____ unstreitig nicht durchsucht und bei diesen nichts beschlagnahmt. Bei den sichergestellten Unterlagen und Datenträgern handelt es sich demnach nicht um Geheimnisse, welche den Unternehmensanwälten anvertraut worden wären und diese damit nicht offenbaren dürften.

4.4.3 Wieweit sich nach der Eidgenössischen Strafprozessordnung etwas anderes ergeben könnte, ist hier nicht zu prüfen. Wann sie in Kraft treten wird, steht noch nicht fest. Voraussichtlich wird dies im Jahre 2011, also in über zwei Jahren, der Fall sein. Die Ausführungsbestimmungen dazu stehen noch aus. Überdies sieht die Eidgenössische Strafprozessordnung keine Vorwirkung vor. Damit fällt eine solche von vornherein ausser Betracht (vgl. BGE 125 II 278 E. 3c S. 281 f.; 119 Ia 254 E. 4 S. 259 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, S. 71 N. 347 f.; ALFRED KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 102/1983 II, S. 172 ff.).

4.5 Ist das Anwaltsgeheimnis hier demnach nicht anwendbar, besteht mit Art. 50 VStrR eine genügende gesetzliche Grundlage für die Eingriffe in die von den Beschwerdeführerinnen genannten Grundrechte. Sie stellen das substantiiert nicht weiter in Frage.

4.6 Die Beschwerde erweist sich auch im vorliegenden Punkt als unbegründet.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Beschwerdeführerinnen die Kosten (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. […] werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Bundesstrafgericht, I. Beschwerdekammer, schriftlich mitgeteilt.

D	**Entwicklungen** **Développements** **Sviluppi**
D 2	**Bibliografie** Bibliographie Tribunale federale

AUSLAND

KAI HÜSCHELRATH: Competition Policy Analysis,. An Integrated Approach, ZEW Economic Studies, 2008, 41, Physica-Verlag: Heidelberg.

E Diverses
Divers
Diversi

E 2 Gutachten
Avis
Pareri

E.2 1. Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA)

Gutachten vom 3. Juni 2008 in Sachen Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz betreffend Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA)

INHALTSVERZEICHNIS

A SACHVERHALT UND VERFAHREN 745

B BEURTEILUNG 745

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen 746

B.1.1 Der relevante Markt 746

B.1.1.1 Sachlich relevanter Markt 746

B.1.1.1.1. Wholesale-Markt 746

B.1.1.1.2. Retail-Markt 746

B.1.1.2 Räumlich relevanter Markt 748

B.1.2 Marktstellung 748

B.1.2.1 Aktueller Wettbewerb 748

B.1.2.2 Potentieller Wettbewerb 748

B.1.2.3 Zwischenfazit 748

B.1.2.4 Einfluss des nachgelagerten (Retail-) Marktes 748

B.1.2.5 Weiteres 750

B.1.3 Ergebnis 750

C SCHLUSSFOLGERUNG 750

A SACHVERHALT UND VERFAHREN

1. Am 20. August 2007 reichte die Sunrise Communications AG (Sunrise) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der massgeblichen Bedingungen für den Zugang zum Dienst Verrechnung des Teilnehmeranschlusses gegen die Swisscom Fixnet AG (heute Swisscom [Schweiz] AG, Swisscom) ein. Sunrise beantragte unter anderem, dass Swisscom zu verpflichten sei, Sunrise auf transparente und nicht diskriminierende Weise kostenorientierte Preise für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses zu gewähren.

2. Am 28. August 2007 reichte die Colt Telecom AG (Colt) bei der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung zu nicht diskriminierenden und kostenorientierte Preisen für verschiedene Zugangsdienste gegen Swisscom ein, unter anderem für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses.

3. Die Gesuche von Colt und Sunrise stützen sich insbesondere auf Art. 11 Abs. 1 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10). Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in verschiedenen Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Das revidierte FMG sieht in Art. 11 FMG verschiedene Zugangsformen vor. Als Zugangsform ist laut Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG auch das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes vorgesehen. Diese Bestimmung ist mit dem revidierten FMG am 1. April 2007 in Kraft getreten.

4. Mit Stellungnahmen vom 16. Oktober 2007 und vom 16. November 2007 machte Swisscom unter anderem geltend, dass sie im Bereich der sogenannten Primäranschlüsse über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Zu vermerken ist an dieser Stelle, dass Swisscom den Dienst der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses von sich aus anbietet, jedoch nicht für Primäranschlüsse und nach der Auffassung anderer Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) zu ungünstigen Konditionen.

5. Ist im Rahmen von fernmelderechtlichen Zugangsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11a Abs. 2 FMG). Die Wettbewerbskommission (WEKO) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 72 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1).

6. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2007 forderte das BAKOM das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) auf, einen allfälligen Fragebogen zur Abklärung der Wettbewerbsverhältnisse zu entwerfen. Am 25. Januar 2008 stellte das Sekretariat einen Entwurf eines Fragebogens für die den Marktteilnehmenden zu unterbreitenden Fragen zu. Das BAKOM als verfahrensleitende Behörde führte anschliessend eine Befragung von FDA durch.

7. Mit Schreiben vom 5. Mai 2008 ersuchte das BAKOM die WEKO um eine Stellungnahme zur Beurteilung der

Frage der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung der FDA resultierenden Antworten. Die vierwöchige Frist gemäss Art. 72 FDV beginnt nach Eingang der Antworten, in diesem Fall am 6. Mai 2008 zu laufen, und endet damit am 3. Juni 2008.

8. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden kartellrechtlichen Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen im Telekommunikationsbereich. Auf die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen, die Ausführungen der Parteien des Zugangsverfahrens und der befragten FDA ist nachstehend zurückzukommen.

B BEURTEILUNG

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

9. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (u.a. RPW 2005/3, S. 589).

10. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

11. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.1.1 Der relevante Markt

B.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

12. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4, der hier analog anzuwenden ist).

B.1.1.1.1. Wholesale-Markt

13. Ausgegangen wird vom Gegenstand der Zugangsgesuche von Colt und Sunrise, das heisst dem Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG und Art. 60 FDV). Mit dieser Bestimmung im FMG, welche im Rahmen der Revision am 1. April 2007 in Kraft trat, wurde die Einführung eines Verrechnens von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes beschlossen. Ziel dieser Bestimmung war es unter anderem, dass der Kunde nur eine und nicht wie bisher zwei Rechnungen erhält, nämlich eine von Swisscom für den Anschluss und eine von der anderen, vom Kunden gewählten Anbieterin (AB 2005 S. 952). Damit wurde für alternative FDA die Möglichkeit einer Rechnungsstellung für den Festnetzanschluss eingeführt, womit Endkunden nicht mehr zwangsläufig zusätzlich eine Rechnung für den Anschluss von Swisscom erhalten.

14. Marktgegenseite sind vorliegend FDA, wie zum Beispiel die Gesuch stellenden Colt und Sunrise, die neben dem Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen, basierend auf Carrier Preselection (CPS, Betreibervorauswahl, vgl. Art. 60 Abs. 3 FDV), den Endkunden nur eine Rechnung stellen, respektive eine zusätzliche Rechnungsstellung für den Anschluss durch Swisscom vermeiden möchten. Zu dieser Dienstleistung existieren systembedingt und aufgrund der fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich keine Substitutionsmöglichkeiten, da CPS für andere FDA nur von Swisscom angeboten wird. Auf die fehlenden Substitutionsmöglichkeiten wurde von den alternativen FDA in der durchgeführten Marktbefragung denn auch hingewiesen. Als mögliche Substitute kämen theoretisch mögliche vergleichbare Dienstleistungen an FDA, basierend auf alternativer drahtgebundener Fernmeldeinfrastruktur, in Frage. Auf Stufe Wholesale (Wiederverkauf) umfasst der sachlich relevante Markt die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes.

15. Im Rahmen der Marktabgrenzung ist die Nachfrage der Wettbewerber nach Zugang zum Teilnehmeranschluss von der Nachfrage der Endkunden nach einem Anschluss an das Netz zu unterscheiden (Mathias Elspass, Marktabgrenzung in der Telekommunikation, Die Anforderungen an die Definition des relevanten Marktes im netzgebundenen Telekommunikationssektor, Heidelberg 2005, S. 175). Als Teil des Zugangs zum Teilnehmeranschluss durch FDA kommt auch die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses in Betracht. Es ist deshalb aus Endkundensicht (Retail) vorliegend auch eine Abgrenzung des relevanten Marktes hinsichtlich der Teilnehmeranschlüsse des Festnetzes vorzunehmen.

B.1.1.1.2. Retail-Markt

16. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine zur Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz sowie die Bereitstellung weiterer Telekommunikationsdienste (z.B. einen Internetzugang) nach. Es stellt sich damit die Frage, welche Dienstleistungen aus Endkundensicht substituierbar sind mit einem Festnetzanschluss von Swisscom.

17. Die WEKO setzte sich bereits wiederholt mit solchen Fragestellungen der Marktabgrenzung auseinander. Insbesondere in ihrem Gutachten vom 13. Juni 2005 betreffend die Portierung von Einzelnummern wurde der relevante Markt auf Festnetzanschlüsse abgegrenzt, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind (RPW 2005/3, S. 589). Die ComCom befand anschliessend in ihrer entsprechenden Verfügung vom 3. Juli 2006 betreffend die Bedingungen der Nummernportabilität die Marktabgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die WEKO als konsistent und im Ergebnis überzeugend. Die Verfügung vom 3. Juli 2006 der ComCom wurde durch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 (2A.507/2006) gestützt, womit auch die Ausführungen des Gutachtens der WEKO bestätigt wurden (Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3).

18. Gewisse Ähnlichkeiten weist die Fragestellung auch mit der Frage der Marktabgrenzung bei Breitbandinternetzugängen auf (vgl. hierzu mit weiteren Hinweisen: RPW 2008/1, S. 222, bestätigt durch die Verfügung der

ComCom vom 21. November 2007, Beschwerde zur Zeit hängig vor Bundesverwaltungsgericht; sowie RPW 2004/2, S. 407, Entscheid aufgehoben durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wobei die Marktabgrenzung bestätigt wurde: RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2). Die Abgrenzung des relevanten Marktes sowie die nachfolgende Analyse der Marktstellung folgt der bisherigen Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen.

19. Hinsichtlich der Frage der Substituierbarkeit von drahtgebundenen Anschlüssen kann im Lichte der zitierten Rechtsprechung Folgendes festgehalten werden:

20. Aus Endkundensicht als mögliche Substitute zu sprachtelefoniefähigen drahtgebundenen Anschlüssen kommen auch die Netze von Kabelnetzbetreibern wie beispielsweise der Cablecom in Frage. Die von den Kabelnetzbetreibern angebotenen Internetzugänge basieren im Wesentlichen auf den Koaxialkabeln der Kabelfernsehnetze (CATV), welche ursprünglich zur Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen verlegt wurden. Diese Netze wurden mehrheitlich technisch aufgerüstet, wobei insbesondere die Rückkanalfähigkeit erstellt wurde. Die Kabelnetzbetreiber begannen in der Folge in den letzten Jahren vermehrt, Breitbandinternet und Sprachtelefonie anzubieten Die ringförmig aufgebaute Infrastruktur von Kabelnetzen kann dabei im Gegensatz zur sternförmig konzipierten Infrastruktur des Anschlussnetzes von Swisscom bezüglich Kontrollierbarkeit der Signale sowie in gewissen Fällen bezüglich Belastung des Netzes gewisse Nachteile aufweisen, unter anderem da die Kapazität zwischen den Nutzern geteilt werden muss. Kabelnetzbetreiber bieten im Übrigen in der Regel anderen Anbietern keine Wiederverkaufsangebote an. Möglicher entstehender Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber wird bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigen sein.

21. Als mögliche sprachtelefoniefähige, festnetzgebundene Zugangtechnologie kommt der Anschluss von Endkunden mittels Glasfaser in Frage, wobei Glasfaserkabel im Gegensatz zum Anschlussnetz von Swisscom oder den Zugängen der Kabelnetzbetreiber neu verlegt werden müssen oder in den letzten Jahren verlegt wurden. Glasfaserkabel verfügen über sehr hohe Übertragungskapazitäten. Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von Glasfaserkabeln kommt aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten praktisch nur für Geschäftskunden in Frage. Auf die praktische Bedeutung von Glasfasern ist im Rahmen der Analyse der Marktstellung zurückzukommen.

22. Swisscom weist unter anderem in ihren Antworten vom 7. April 2008 darauf hin, dass insbesondere die Marktverhältnisse im Bereich der Primäranschlüsse (PRA) Gegenstand dieses Verfahrens vor der ComCom seien. Swisscom stehe im Bereich der PRA, welche typischerweise von Grosskunden nachgefragt würden, im Wettbewerb mit anderen Anbietern (Sunrise, Colt, Kabelnetzbetreiber wie z.B. Cablecom und Stromversorgern). Swisscom sei bei PRA gezwungen Preisnachlässe zu gewähren. Zudem verfügten die Grosskunden über Verhandlungsmacht und würden die Vergabe von Telekommunikationsdienstleistungen ausschreiben.

23. PRA sind digitale Telefonanschlüsse mit einer symmetrischen Übertragungskapazität von 2 Mbit/s mit 32 Kanälen, über welche gleichzeitig 30 Telefongespräche geführt werden können. PRA werden ihren Eigenschaften entsprechend regelmässig von Geschäftskunden nachgefragt. Swisscom verfügt über [...] PRA, welche zu [> 50 %] kupferbasiert sind und zu [< 50 %] auf Glasfasern beruhen. Nur auf rund [0 – 5 %] dieser [...] PRA ist eine Betreibervorauswahl (CPS) geschaltet, womit zurzeit auf ca. [...] Anschlüssen das Verrechnen eines Teilnehmeranschlusses überhaupt in Frage kommt.

24. Die Abgrenzung des der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses nachgelagerten Retail-Marktes kann nicht losgelöst vom in Frage stehenden Wholesale-Markt beantwortet werden. Die diesbezüglich auf Swisscom ausgerichteten gesetzlichen Rahmenbedingungen sehen gemäss Art. 60 Abs. 3 FDV vor, dass zum Verrechnen des Teilnehmeranschlusses nur die von dem Kunden als Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen vorbestimmte Anbieterin berechtigt ist. Das heisst, dass für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses eine CPS bei einer alternativen FDA bestehen muss. Mangels Unterscheidung nach Anschlussarten ist davon auszugehen, dass diese Regelung grundsätzlich für alle Zugänge des Festnetzes gilt. Der gesetzgeberische Wille zielte vermutlich unter anderem aus historischen Überlegungen darauf ab, insbesondere die kupferbasierten Anschlüsse der früheren Monopolistin zu erfassen. Unter diesem Blickwinkel erscheint eine weitere Unterteilung der Anschlüsse auch aus Endkundensicht in vorliegendem Fall nicht sinnvoll. Wie nachstehend unter der Beurteilung der Marktstellung zu zeigen sein wird, würde dies im Übrigen auch am Ergebnis nichts ändern.

25. Zurückkommend auf die Frage der Substituierbarkeit könnte im Weiteren gefragt werden, inwiefern drahtlose Anschlusstechnologien als Substitut zu einem drahtgebundenen Anschluss in Betracht kommen, was nach der Praxis der WEKO zur Zeit nicht der Fall ist. Es lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Festnetzanschlüsse geführt hat (RPW 2005/3, S. 590). Von einer Substituierbarkeit durch die Mobiltelefonie ist zur Zeit nicht auszugehen, was ebenfalls eine Studie veranschaulicht, wonach die Endkunden nicht bereit sind, auf einen Festnetz-Anschluss zu verzichten, da der alleinige Gebrauch des Mobiltelefons zu teuer wäre (Nutzung von Telekomdiensten auf dem Festnetz, M.I.S. Trend SA, realisiert für das Bundesamt für Kommunikation, Lausanne, 29. August 2005). Dabei kann auch eine unterschiedliche Qualität der Verbindungen gegen eine Austauschbarkeit sprechen. Gegen eine Substituierbarkeit spricht insbesondere auch, dass mittels eines Festnetzanschlusses gleichzeitig Breitbandinternetdienste (z.B. ADSL) nachgefragt werden. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist im Übrigen festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz erheblich günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was ebenfalls gegen eine Subsituierbarkeit spricht. Allgemein kann bezüglich drahtloser Zugangstechnologien im Weiteren festgehalten werden, dass diese im Vergleich zu drahtgebundenen Zugangstechnologien teilweise unterschiedliche Eigenschaften aufweisen (Störungsanfälligkeit, Datensicherheitsrisiken, Verbindungsstabilität).

26. Aus Endkundensicht ist von einem sachlich relevanten Markt auszugehen, der drahtgebundene Anschlüsse umfasst, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind. Als solche Festnetzanschlüsse kommen im Wesentlichen die auf den folgenden Infrastrukturen beruhenden drahtgebundenen Anschlüsse in Frage: die in der Regel auf dem Kupferkabel beruhenden Anschlüsse von Swisscom, die Koaxialkabel von Kabelnetzunternehmen (z.B. Cablecom) und der direkte Anschluss mittels Glasfaserkabel.

B.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

28. Die Dienstleistungen in den beiden abgegrenzten sachlich relevanten Märkten, also die Verrechnung des Teilnehmeranschlüsse des Festnetzes und die drahtgebundenen, sprachtelefoniefähigen Anschlüsse werden schweizweit zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten und nachgefragt. Dies gilt bezüglich der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses insbesondere auch mit Blick auf die fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen. Es ist deshalb in räumlicher Hinsicht von einer nationalen Abgrenzung der beiden sachlich relevanten Märkte auszugehen. Von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung gehen im Übrigen auch die Parteien des vor der ComCom hängigen Zugangsverfahrens aus.

B.1.2 Marktstellung

29. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch ausreichend starke andere disziplinierende Einflüsse, beispielsweise aus dem nachgelagerten Markt, eingeschränkt werden. Nachfolgend sind in erster Linie die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für die Verrechnung des Teilnehmeranschlüsse des Festnetzes abzuklären.

B.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

30. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber im Wholesale-Markt für die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes ist.

31. Swisscom ist das einzige Unternehmen, das die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes anbietet, respektive mit Blick auf die fernmelderechtliche Regulierung in Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG anbieten muss. Swisscom ist auch das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz für Telekommunikationsdienstleistungen verfügt und damit einen Vertrieb von mit dem Teilnehmeranschluss in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen in der ganzen Schweiz ermöglicht. Alternative FDA sind damit auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten. Diese aus historischen Gründen bedingte Situation führte dazu, dass Swisscom zum Angebot gewisser Wiederkaufsdienstleistungen an andere FDA verpflichtet ist.

32. Im Markt für die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes an andere FDA (Stufe Wholesale) ist damit Swisscom die einzige Anbieterin, welches derartige Dienstleistungen anbieten kann. Mangels anderer Anbieter besteht damit kein aktueller Wettbewerb bei der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes.

B.1.2.2 Potentieller Wettbewerb

33. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann.

34. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder in kleinem Ausmass zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

35. Potentieller Wettbewerb bei der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes könnte allenfalls entstehen durch Angebote alternativer Infrastrukturbetreiber wie zum Beispiel von Kabelnetzbetreibern oder Eigentümern von Glasfasernetzen, welche ihre Anschlussinfrastruktur anderen FDA zur Verfügung stellen und auch die Rechnungsstellung durch diese anderen FDA zulassen. Es bestehen keine Anzeichen, dass in den nächsten zwei Jahren derartige Marktzutritte in einem Ausmass erfolgen, welches geeignet wäre die Verhaltensspielräume von Swisscom zu disziplinieren (vgl. auch hinten das Kapitel Einfluss des nachgelagerten Marktes).

36. Aufgrund des geringen Ausmasses der höchstens punktuell zu erwartenden Marktzutritte in den nächsten zwei Jahren entsteht durch die potentiellen Konkurrenz kaum Wettbewerbsdruck auf Swisscom bei der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes.

B.1.2.3 Zwischenfazit

37. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Analyse der aktuellen und der potentiellen Konkurrenz ergeben hat, dass sich Swisscom auf dem Wholesale-Markt der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes unabhängig von anderen Marktteilnehmern im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann. Nachfolgend ist zudem abzuklären, inwiefern allfällige andere Einflüsse bestehen, welche die Verhaltensspielräume von Swisscom disziplinieren könnten.

B.1.2.4 Einfluss des nachgelagerten (Retail-) Marktes

38. Unter dem Einfluss des nachgelagerten (Retail-) Marktes für drahtgebundene Anschlüsse, welche zur

Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, ist zu prüfen, inwiefern aus diesem nachgelagerten Markt, d.h. dem Retail-Markt für Breitbanddienste, genügend starker Wettbewerbsdruck besteht, welcher geeignet wäre, die Verhaltensspielräume von Swisscom auf der Wholesale-Ebene zu disziplinieren.

39. Die nachfolgende Analyse betrachtet insbesondere die Wettbewerbssituation und die wesentlichen Akteure bei den leitungsgebundenen Anschlüssen, welche zur Sprachtelefonie benutzt werden. Weiter wird zur Abschätzung des Potenzials der Marktteilnehmer auch die Anzahl verfügbarer leitungsgebundener Anschlüsse berücksichtigt. Vorab wird die Situation von Swisscom und danach diejenige der anderen Marktteilnehmer dargestellt. Gestützt auf diese Darstellung erfolgt anschliessend eine tabellarische Zusammenfassung einiger Ergebnisse.

40. Swisscom verfügt als vormalige Monopolanbieterin über ein schweizweites, flächendeckendes Anschlussnetz. Swisscom besitzt nach ihren Angaben aus der Marktbefragung per Ende 2007 über ungefähr 3'681'608 aktive Anschlüsse, welche auch für Sprachtelefonie benutzt werden. Basierend auf der freien Wahl der FDA können Endkunden, beispielsweise mittels Carrier Preselection (Betreibervorauswahl), von einem Anschluss von Swisscom mit einer anderen Anbieterin telefonieren. Die Wahl eines anderen Anbieters für die Sprachtelefonie (Carrier Preselection) ist jedoch vorliegend nicht gesondert zu betrachten, da in diesen Fällen der drahtgebundene Anschluss bei Swisscom nachgefragt wird.

41. Neben diesen aktiven Anschlüssen verfügt Swisscom auch noch über [...] sogenannte belassene Leitungen. Dass solche belassenen Leitungen existieren, kann auf verschiedenen Gründen zurückgeführt werden. Unter anderem kann es sich um Endkunden handeln, welche nur noch über einen drahtgebundenen Anschluss eines Kabelnetzbetreibers verfügen oder es kann sich um aus technologischen Gründen überflüssige Anschlüsse handeln (z.B. nicht mehr gebrauchte Fax-Anschlüsse oder Glasfaserausbau). Einerseits sind die inaktiven Anschlüsse von Swisscom bei Kunden, welche nur noch einen Anschluss bei einem Kabelnetzbetreiber verfügen, für das Kundenpotenzial von Swisscom vorliegend von Bedeutung und deshalb mit zu berücksichtigen. Andererseits sind die aus technologischen Gründen überflüssigen Anschlüsse, d.h. doppelt bestehende Anschlüsse von Swisscom, für eine Berücksichtigung des Kundenpotenzials wenig aussagekräftig und sind deshalb nicht einzubeziehen. Abgestellt wird deshalb auf die Anzahl verfügbarer Anschlüsse, die vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bereits bestanden haben, nämlich 4,82 Mio. Anschlüsse (Swisscom, Geschäftsbericht 1998, S. 5). Diese Zahl stimmt im Übrigen praktisch überein mit der Anzahl Anschlussanleitungen am 31. Dezember 2008 gemäss amtlicher Fernmeldestatistik, welche 4'884'673 Anschlüsse erwähnt (Amtliche Fernmeldestatistik 2006, Bundesamt für Kommunikation, S. 19). Im Weiteren kann von anderen, Swisscom eigenen Angeboten, wie zum Beispiel der Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, kein Wettbewerbsdruck entstehen.

42. Kabelnetzbetreiber waren regelmässig in ihren jeweiligen Gebieten die einzigen Anbieter, welche Rundfunksignale via Kabel übertrugen. Bezüglich der flächenmässigen Abdeckung ist jedoch anzumerken, dass in der Schweiz eine Vielzahl von zum Teil Kleinst-Kabelnetzunternehmen bestehen, welche bei der kabelbasierten Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen in ihren Versorgungsgebieten regelmässig als einzige Anbieterinnen tätig sind. Die Kabelnetze wurden in den letzten Jahren mehrheitlich zweiwegfähig aufgerüstet und sind mittlerweile zum Teil auch geeignet, Breitbandinternet und Sprachtelefonie anzubieten. Gegenwärtig existieren in der Schweiz mehr als 400 Kabelnetzbetreiber. Total bestehen in der Schweiz rund 2,9 Mio. Kabelnetzanschlüsse (Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt I, 31. Dezember 2006, erhältlich unter: www.swisscable.ch.). Ohne die Anschlüsse von Cablecom sind circa 1,3 Mio. Anschlüsse zweiwegfähig ausgerüstet (RPW 2008/1, S. 227). Total verfügen die Kabelnetzbetreiber über 320'000 Telefoniekunden (Swisscable, Jahresbericht 2007, S. 12). Abzüglich der Telefoniekunden von Cablecom werden von Kabelnetzbetreibern ungefähr [...] Kunden mit Festnetztelefonie übers Kabel versorgt.

43. Abgesehen von Cablecom handelt es sich bei den meisten Kabelnetzbetreibern um kleinere, regional zersplitterte Netzbetreiber. Angesichts der Grösse von Cablecom rechtfertigt es sich, diese separat zu betrachten. Im Rahmen der durchgeführten Marktbefragung hat Cablecom angegeben, dass sie über ungefähr 1,5 Mio. sprachtelefoniefähige Anschlüsse und [...] Telefoniekunden verfügt.

44. Von Belang ist vorliegend auch, dass Kabelnetzbetreiber für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt wurden, weshalb Kabelnetzbetreiber typischerweise Privathaushalte erschliessen. In Geschäftsliegenschaften sind Anschlüsse von Kabelnetzbetreibern nur teilweise vorhanden.

45. Die in der Schweiz verfügbaren Glasfaseranschlüsse bestehen im Wesentlichen in Ballungsgebieten und meist für Grosskunden. Von den geschätzten unter 20'000 verfügbaren Glasfaseranschlüssen (RPW 2008/1, S. 220) werden ein Teil nur zur Datenübertragung verwendet und einige sind inaktiv (sog. dark fiber). Die Grössenordnung der Anzahl alternativer Glasfaseranschlüsse hat sich im Rahmen der durchgeführten Marktbefragung bestätigt. Die Erschliessung mittels Glasfasern erfordert hohe Anfangsinvestitionen, insbesondere zum Verlegen der Leitungen. Glasfaseranschlüsse werden in einigen Gebieten auch von städtischen Infrastrukturbetreibern (oft die Elektrizitätswerke) erbracht. Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) baut beispielsweise zurzeit ein Datentransportnetz, das allen FDA diskriminierungsfrei offen stehen soll. Das EWZ beabsichtigt bis Ende 2008 rund 1'400 Unternehmen und 3'400 Haushalte anzuschliessen (Stadt Zürich, Departement der Industriellen Betriebe, Medienmitteilung vom 28. November 2007).

46. Tabellarisch kann die Grössenordnung der leitungsgebundenen Anschlüsse der Sprachtelefonie sowie der verfügbaren drahtgebundenen Zugänge (Spalte rechts) wie folgt zusammengefasst werden:

Tabelle 1: Drahtgebundene Anschlüsse Telefoniekunden

	Drahtgebundene Anschlüsse: Telefoniekunden	Drahtgebundene Anschlüsse: Telefoniekunden in Prozent	Verfügbare drahtgebundene Anschlüsse
Swisscom	3'681'608	[90 - 100] %	4'820'000
Cablecom	[...]	[5 - 10] %	1'500'000
Weitere Kabelnetzbetreiber	[...]	[0 - 5] %	1'300'000
Andere (Glasfaser)	< 20'000	[0 - 5] %	< 20'000
Total	[...]	100 %	7'640'000

47. Es lässt sich feststellen, dass Swisscom bei den Telefoniekunden drahtgebundener Anschlüsse mit einem Marktanteil von über 90 % bei weitem der stärkste Anbieter ist. Faktisch die einzig wesentliche Wettbewerberin ist Cablecom mit einem Markanteil von [5 - 10] %. Wird hinsichtlich der verfügbaren Anschlüsse das Potenzial der möglichen Kundschaft betrachtet (Spalte rechts), ist Swisscom ebenfalls in der stärksten Position. Andere Akteure, welche über glasfaserbasierte Anschlüsse verfügen, spielen aufgrund der sehr begrenzten und nur punktuellen Verfügbarkeit nur eine marginale Rolle. Aufgrund der vorstehenden Ausgangslage ist der Wettbewerbsdruck durch andere Anbieter insgesamt als gering anzusehen.

48. In diesem Zusammenhang ist darauf zurückzukommen, dass die WEKO insbesondere in ihrem Gutachten vom 13. Juni 2005 betreffend die Portierung von Einzelnummern eine praktisch identische Marktanalyse vorzunehmen hatte (RPW 2005/3, S. 589). Das Gutachten kam zum Schluss, dass Swisscom im Markt für Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist. Das Gutachten der WEKO wurden dabei durch das Bundesgericht gestützt (Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3). In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass, wie ein Blick auf die weiterhin vergleichbaren Kennzahlen (Marktanteile, Anschlüsse) ergibt, sich die Marktsituation aus kartellrechtlicher Sicht seither nur unwesentlich verändert hat.

49. Als Ergebnis bezüglich des Einflusses des nachgelagerten Marktes kann festgehalten werden, dass vom nachgelagerten Retail-Markt nur wenig Wettbewerbsdruck entsteht. Mangels genügenden Wettbewerbsdrucks kann auch keine Disziplinierung der in Folge des mangelnden aktuellen und potentiellen Wettbewerbs bestehenden Verhaltensspielräume von Swisscom erfolgen.

B.1.2.5 Weiteres

50. Swisscom wies im Rahmen des während des Zugangsverfahrens bisher erfolgten Schriftenwechsels hauptsächlich darauf hin, dass sie bei den vorwiegend für Grosskunden eingesetzten Primäranschlüssen starkem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass angesichts der vorstehenden Ausführungen - unabhängig davon ob und wie die Primäranschlüsse berücksichtigt würden - sich eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom bei der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes ergeben würden. Die Frage, ob das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG auch die Primäranschlüsse von Swisscom umfasst, ist dabei in insbesondere auch fernmelderechtlicher Natur und wird durch die ComCom zu klären sein.

B.1.3 Ergebnis

51. Aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist daher im Markt der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

C SCHLUSSFOLGERUNG

52. Swisscom ist betreffend das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

E 2	**2. Mietleitungen**

Gutachten vom 23. Juni 2008 in Sachen Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz betreffend Mietleitungen.

INHALTSVERZEICHNIS

A SACHVERHALT UND VERFAHREN 751

B BEURTEILUNG 751

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen 751

B.1.1 Der relevante Markt 752

B.1.1.1 Sachlich relevanter Markt 752

B.1.1.1.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz 754

B.1.1.1.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz 754

B.1.1.2 Räumlich relevanter Markt 756

B.1.1.2.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz 756

B.1.1.2.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz 756

B.1.2 Marktstellung 757

B.1.2.1 Aktueller Wettbewerb 757

B.1.2.1.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz 757

B.1.2.1.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz 758

B.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb 758

B.1.2.2.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz 758

B.1.2.2.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz 758

B.1.3 Ergebnis 759

C SCHLUSSFOLGERUNG 759

A SACHVERHALT UND VERFAHREN

1. Am 28. September 2007 reichte die Colt Telecom AG (Colt) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der massgeblichen Bedingungen für den Zugangsdienst Mietleitungen (Gesuch) gegen die Swisscom Fixnet AG (heute Swisscom [Schweiz] AG, Swisscom) ein. Colt beantragte unter anderem, dass Swisscom zu verpflichten sei, Colt auf transparente und nicht diskriminierende Weise kostenorientierte Preise für Mietleitungen zu gewähren.

2. Das Gesuch von Colt stützt sich insbesondere auf Art. 11 Abs. 1 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10). Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in verschiedenen Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Das revidierte FMG sieht in Art. 11 verschiedene Zugangsformen vor. Als Zugangsform sind laut Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG auch Mietleitungen vorgesehen.

3. Mit Stellungnahme vom 16. November 2007 machte Swisscom unter anderem geltend, dass sie für Mietleitungen auf der Fernnetzebene, für Mietleitungen in gewissen städtischen Regionen und für Mietleitungen mit einer Kapazität von mehr als 2 Mbit/s über keine marktbeherrschende Stellung verfüge.

4. Ist im Rahmen von fernmelderechtlichen Zugangsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11a Abs. 2 FMG). Die Wettbewerbskommission (WEKO) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 72 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1).

5. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2007 forderte das BAKOM das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) auf, einen allfälligen Fragebogen zur Abklärung der Wettbewerbsverhältnisse zu entwerfen. Am 15. Februar 2008 stellte das Sekretariat einen Entwurf eines Fragebogens für die den Marktteilnehmenden zu unterbreitenden Fragen zu. Das BAKOM als verfahrensleitende Behörde führte anschliessend eine Befragung von Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) durch.

6. Mit Schreiben vom 26. Mai 2008 ersuchte das BAKOM die WEKO um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung der FDA resultierenden Antworten. Die vierwöchige Frist gemäss Art. 72 FDV beginnt nach Eingang der Antworten, in diesem Fall am 27. Mai 2008, zu laufen und endet damit am 24. Juni 2008.

7. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden kartellrechtlichen Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften von Mietleitungen, die Ausführungen der Parteien des Zugangsverfahrens und der befragten FDA ist nachstehend zurückzukommen.

B BEURTEILUNG

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

8. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (u.a. RPW 2005/3, S. 589).

9. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

10. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.1.1 Der relevante Markt

B.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

11. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4, der hier analog anzuwenden ist).

12. Vorgängig soll definiert werden, was unter einer Mietleitung zu verstehen ist. Art. 3 Bst. e FMG beschreibt eine Mietleitung als eine Bereitstellung von transparenten Übertragungswegen über eine Punkt-zu-Punkt Verbindung. Diese Verbindung ist symmetrisch, bidirektional und garantiert eine vorvereinbarte Übertragungsrate.

13. Bestandteil einer Mietleitung ist ein Übertragungsmedium wie beispielsweise Kupfer-, Glasfaser-, Koaxialkabel oder auch Luft. Dieses muss dazu geeignet sein, Daten zu übertragen. Zusätzlich zum Übertragungsmedium gibt es bei einer Mietleitung an beiden Enden aktive Komponenten. Diese zusätzlichen Komponenten ermöglichen das Versenden und Empfangen von Daten sowie die Sicherstellung vordefinierter Bandbreiten.

14. Je nach Bandbreite der Verbindung kommen Technologien wie verdrilltes Kupferkabel, Koaxialkabel (abgeschirmte, verdrillte Kabelpaare), Glasfaser oder Richtfunk zum Einsatz. Gemäss Fernmeldestatistik des BAKOM haben rund 19 % der Mietleitungen eine Kapazität von mehr als 2 Mbit/s und von diesen weisen ca. 82 % eine Kapazität von weniger als 34 Mbit/s auf (Amtliche Fernmeldestatistik 2006, BAKOM Biel, 6. März 2008, S. 31).

15. Nachfrager von Mietleitungen und somit Marktgegenseite sind FDA und Endkunden (praktisch ausschliesslich Geschäftskunden). Anfangs- und Endpunkte einer Mietleitung können bei Unternehmen oder bei Netzübergabepunkten (Point of Interconnection [POI]) liegen. So kann ein Unternehmen zwei Gebäude mittels Mietleitung erschliessen, es können zwei POI zusammengeschlossen werden oder eine Kombination davon. FDA verwenden Mietleitungen oft als eine Komponente einer umfassenderen Dienstleistung. Die durch das FMG regulierten Mietleitungen werden von Swisscom als Mietleitungen FMG (MLF) bezeichnet.

16. Die hauptsächlich im Telefoniebereich angewandten verdrillten Kupferleitungen sind sowohl betreffend Kapazität als auch betreffend Distanz verglichen mit anderen Technologien nur begrenzt anwendbar. Die Bandbreite hängt vor allem von der Dicke der Drähte als auch der Distanz zum POI ab. Einige Megabits sind normalerweise über die Distanz von einigen Kilometern möglich.

17. Koaxialkabel basieren ebenfalls auf verdrillten Kabelpaaren, jedoch schirmt eine Schutzhülle die beiden Kabel vor äusseren Störungseinflüssen und es können deshalb grössere Distanzen und höhere Bandbreiten realisiert werden. Die mögliche Bandbreite hängt von der Kabellänge ab. Bei Kabellängen von einem Kilometer ist eine Datenrate von 1 bis 2 Gbit/s machbar.

18. Die Bereitstellung von Mietleitungen, basierend auf Koaxialkabel der Kabelnetzanbieter, ist insofern problematisch, als dieses von verschiedenen Kunden gleichzeitig genutzt wird. Dadurch kann keine fest definierte Bandbreite garantiert werden. Je nach Anzahl angeschlossener Nutzer steigt oder sinkt die verfügbare Kapazität eines Koaxialkabels. Diese Schwankungen bezüglich der Kapazität erschweren die Anwendung von Koaxialkabel als Mietleitungen. Dies ist mit ein Grund, weshalb Cablecom diese Infrastruktur nicht als Mietleitungen anbietet.

19. Die leistungsfähigste Technologie ist Glasfaser, welche sowohl betreffend Kapazität als auch betreffend Distanz die besten Eigenschaften besitzt. Eine Datenrate von 1 Tbit/s sollte bald machbar sein. Einziger Nachteil könnte der hohe Preis der Umrüstung von Kupfer auf Glasfaser sein.

20. Die vier von Swisscom aufgeführten Szenarien von Mietleitungsverläufen sind in Tabelle 1 zusammengefasst. Die Frage stellt sich, ob die Mietleitungen in einer Swisscom Anschlusszentrale oder in einem POI eines FDA übergeben werden und ob Swisscom zusätzlich Fernnetzleitungen (Backbone) bereitstellen muss.

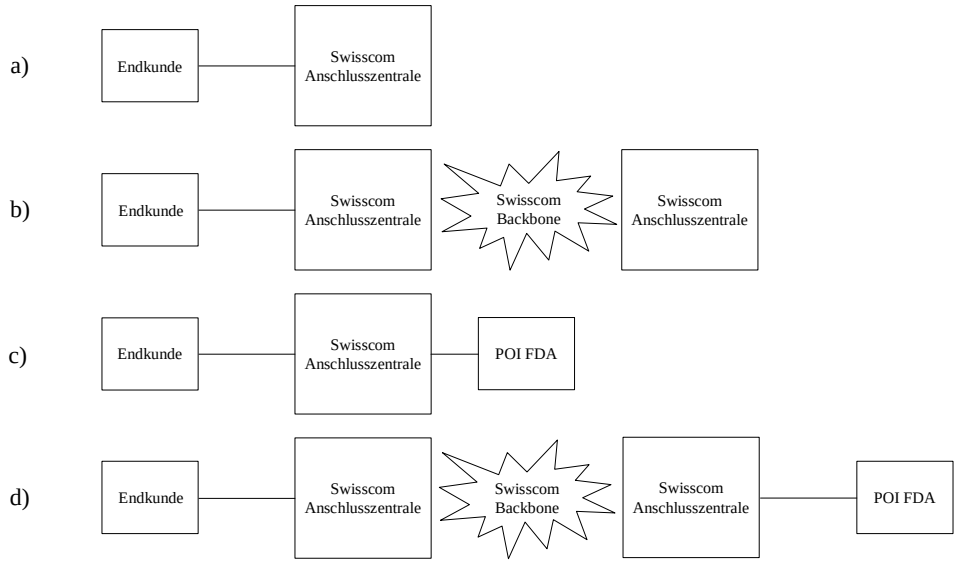


Abbildung 1: Vier Anschlussszenarien Quelle: Swisscom[1]

Tabelle 1: Auflistung der vier Anschlussszenarien

	In gleichem Anschlussnetz	**In anderem Anschlussnetz**
Übergabe innerhalb Swisscom Anschlusszentrale	a)	b)
Übergabe ausserhalb Swisscom Anschlusszentrale	c)	d)

21. Wie in Tabelle 1 ersichtlich, können Mietleitungen typischerweise auf mindestens vier verschiedene Arten von Swisscom bereitgestellt werden. Bei Szenario a) werden die Daten vom FDA bis zur Anschlusszentrale der Swisscom transferiert und es werden nur Mietleitungen im Anschlussnetz nachgefragt. Dies ist bei Szenario b) ähnlich, jedoch wird der Dienst in einem Anschlussnetz A von Swisscom entgegengenommen, über das Fernnetz an das Anschlussnetz B übermittelt und von dort aus wieder wie in Szenario a) über das Anschlussnetz zum Endkunden transferiert.

22. Bei Szenario c) findet die Übergabe des Dienstes im POI des FDA statt, jedoch im gleichen Anschlussnetz der Swisscom Anschlusszentrale, womit auch keine Mietleitung im Fernnetz erforderlich ist. Bei Szenario d) findet die Übergabe des Dienstes in einem POI des FDA und in einem Anschlussnetz A statt. Die Daten müssen dann von Swisscom zuerst ins Anschlussnetz B über das Fernnetz und anschliessend über das Anschlussnetz dem Endkunden zugesandt werden. Swisscom wird somit Mietleitungen im Fernnetz als auch im Anschlussnetz bereitstellen.

23. Grundsätzlich kann zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auf das Gutachten betreffend Mietleitungen vom 11. Oktober 2004 (RPW 2004/4, S. 1256, Rz. 39 ff.) abgestellt werden. In diesem wurde zwischen Fern- und Anschlussnetz unterschieden und zudem davon ausgegangen, dass hauptsächlich FDA und Geschäftskunden Mietleitungen nachfragen. FDA verwenden Mietleitungen, um damit Kommunikationsdienste an Endkunden anzubieten, während Geschäftskunden die Mietleitungen oft als leistungsstarke Verbindung zur internen bzw. externen Kommunikation verwenden.

[1] Mietleitungen FMG, Handbuch Technik, S. 3 ff. www.swisscom.ch/ws/products/FMGProdukte/MLF

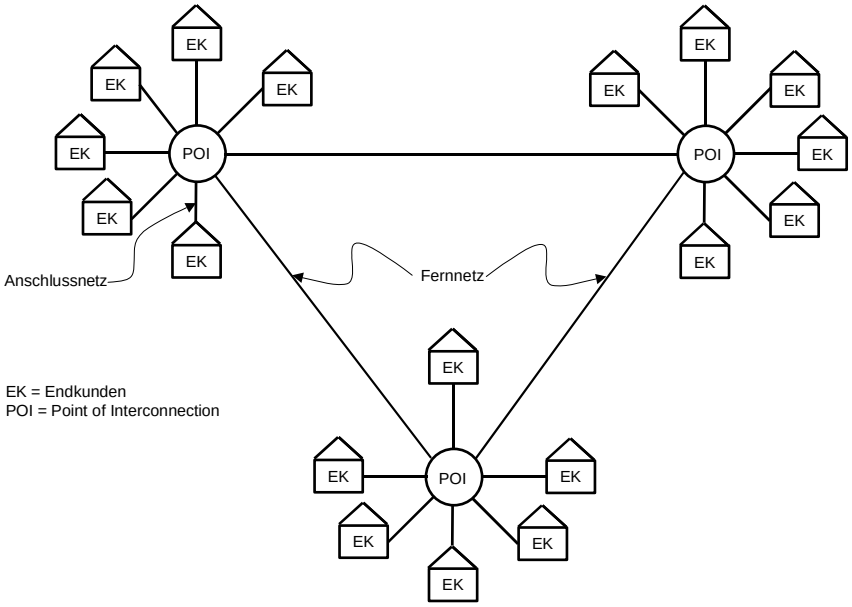


Abbildung 2: Anschluss- und Fernnetz

24. Abbildung 2 zeigt systematisch den Aufbau von Fern- und Anschlussnetz. Dabei wird ersichtlich, dass das Anschlussnetz oft sternförmig, während das Fernnetz ringförmig angelegt ist. Zudem kann grundsätzlich festgehalten werden, dass im Fernnetzbereich praktisch ausschliesslich Glasfasertechnologie, im Anschlussnetzbereich immer noch grösstenteils Kupferkabeltechnologie, zum Einsatz gelangt.

25. Nachfrager von Mietleitungen und somit Marktgegenseite sind hauptsächlich FDA und Endkunden (praktisch ausschliesslich Geschäftskunden). Die FDA werden typischerweise die Mietleitungen an Endkunden weitervermieten oder diese als Bestandteil des eigenen Netzes verwenden.

26. Anfangs- und Endpunkte einer Mietleitung können entweder POI gleicher oder unterschiedlicher FDA oder Endkunden sein. Mietleitungen können für beinahe alle Distanzen angeboten bzw. nachgefragt werden. Dies reicht von Kurzdistanzen bis zu Leitungen, die quer durch die Schweiz verlaufen.

27. Mietleitungen unterscheiden sich bezüglich der Distanz und der Bandbreite. Zudem kann der Verlauf einer Mietleitung je nach Verfügbarkeit unterschiedlich sein. Abhängig von der Bandbreite kommen unterschiedliche Technologien zum Einsatz. Eine Bandbreite bis 2 Mbit/s kann sowohl mit Kupfer- als auch mit Glasfaserkabel übertragen werden. Aus Kosten- und Technologiegründen wurde bis vor kurzem für diese Bandbreite jedoch verdrilltes Kupferkabel verwendet. Für Bandbreiten über 2 Mbit/s kommt praktisch ausschliesslich Glasfaserkabel zur Anwendung.

28. Nachfolgend wird je ein Markt für Mietleitungen im Fern- und einer im Anschlussnetz abgegrenzt. Swisscom macht geltend, den Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz zusätzlich nach Kapazitäten zu unterteilen und die Grenze bei 2 Mbit/s festzulegen.

29. Eine Abgrenzung bei 2 Mbit/s ist nicht angezeigt, da sich mit dieser Abgrenzung weder aus technologischer noch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht etwas an den Aussagen ändern würde. Ebenso ist auch aus Nachfragersicht nicht ersichtlich, weshalb die Unterteilung gerade bei 2 Mbit/s erfolgen sollte.

B.1.1.1.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

30. Basierend auf dem Fernnetz können Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte angeboten werden, um Daten über grössere Distanzen zu transferieren. Die Streckenabschnitte sind immer durch einen Anfangs- und einen Endpunkt charakterisiert, welche Swisscom in zwei von den 18 POI für das Telefonnetz realisiert hat[2]. Charakteristisch für Verbindungen des Fernnetzes ist, dass sie in der Regel nicht bis zum Endkunden reichen. Die Fernnetze basieren in der Regel auf Glasfasertechnologie und bilden den sogenannten Backbone. In der Schweiz verfügen mehrere FDA neben Swisscom über eine solche Infrastruktur.

B.1.1.1.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

31. Beim Anschlussnetz wird von jenen Mietleitungen ausgegangen, welche von der Definition des Fernnetzes nicht erfasst werden. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Verbindungen über Kupfer, Glasfaser oder andere Technologien zwischen den POI und den Endkunden (siehe Abbildung 2). Das hier definierte Anschlussnetz umfasst im Gegensatz zur fernmeldetechnisch üblichen Definition somit nicht nur die Strecke zwischen Endkunde und Anschlusszentrale, sondern reicht bis zum nächsten POI. Diese Leitungen können von unterschiedlicher Länge sein. Sie werden entweder direkt von Endkunden oder von FDA nachgefragt, welche damit wiederum Endkunden erschliessen.

[2] Technical Manual, Version 7.0, S. 9 ff. www.swisscom.com/ws/products/interconnection/Manuals

32. Swisscom verfügt als vormalige Monopolanbieterin über ein schweizweites, flächendeckendes Anschlussnetz. Dabei basiert das Anschlussnetz grösstenteils auf Kupferkabel, dürfte zukünftig teilweise durch Glasfaserkabel von Swisscom und auch anderen Anbietern ergänzt werden.

33. In der Schweiz sind nahezu alle Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten mit Kupferkabel erschlossen. Gebäude in Ballungszentren sind in einigen Fällen an leistungsstarke Glasfaserkabel angeschlossen. Eine Anbindung über Glasfaser wird von den FDA nur vorgenommen, falls sie dies als rentabel einschätzen. Die durch die Anbindung entstehenden Kosten sollten deshalb mittel- bis langfristig zumindest die Kosten der Instandsetzung begleichen. Der Fernmeldestatistik des Jahres 2006 ist zu entnehmen, dass es 28'358 Anschlüsse über Glasfaserkabel gibt, wobei darin auch solche von Swisscom enthalten sind (Amtliche Fernmeldestatistik 2006, BAKOM, Biel, 6. März 2008, S. 20). Gemessen an der Gesamtzahl von ca. 4,8 Mio. Teilnehmeranschlussleitungen von Swisscom entspricht dies nur 0.6 %. Die Erschliessung von einzelnen Gebäuden mittels Glasfaser durch alternative FDA bleibt damit die Ausnahme.

34. Im Folgenden sollen mögliche weitere mietleitungsfähige Technologien auf ihre Substituierbarkeit zu Mietleitungen betrachtet werden.

35. Als mögliche mietleitungsfähige Technologie sind auch die CATV-Netze zu prüfen. Dabei werden Signale im Radiofrequenzbereich über ein optisches oder ein Koaxialkabel übertragen. Anders als die bisher besprochenen Technologien sind CATV-Netze im Anschlussbereich nicht stern-, sondern ringförmig angeordnet. Deshalb laufen, anders als bei den sternförmig angeordneten Anschlussnetzen der meisten anderen FDA, die Daten über ein einziges Übertragungsmedium. Dies kann je nach Nutzungsverhalten zu starken Schwankungen der verfügbaren Bandbreite führen. Die ringförmige Anordnung ist darauf zurückzuführen, dass CATV-Netze ursprünglich einwegfähig zur Übertragung von TV-Signalen gebaut wurden. Dies erschwert respektive verunmöglicht teilweise, dass CATV-Netze auch als Mietleitungen genutzt werden. Wohl aus diesem Grund bietet Cablecom diese Infrastruktur nicht als Mietleitungen an.

36. In der Schweiz existieren rund 2,9 Mio. Kabelnetzanschlüsse, zumeist in Privathaushalten installiert. Es verfügt kein Anbieter von CATV in der Schweiz über ein flächendeckendes Netz. Das Anbieten von Mietleitungen für ein Unternehmen schweizweit ist somit nicht möglich. Das Unternehmen wäre gezwungen, auf viele unterschiedliche CATV Anbieter zurückzugreifen und selbst dann wäre wohl eine Berücksichtigung der Infrastruktur von Swisscom unumgänglich. Aus den genannten Gründen sind hinsichtlich Mietleitungen CATV-Netze nicht als substituierbar anzusehen.

37. Es kann die sogenannte Powerline Communications (PLC) Technologie auf eine mögliche Substituierbarkeit geprüft werden. Gemäss Fernmeldestatistik gab es im Jahr 2006 4'779 PLC Anschlüsse in der Schweiz (Amtliche Fernmeldestatistik 2006, BAKOM Biel, 6. März 2008, S. 20). Dabei werden Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken transferiert und es kann ein Internetzugang erstellt werden. Jedoch können die physikalischen Eigenschaften des Stromnetzes Probleme verursachen. Weiter fehlt es an Standards des IEEE (Institute of Electrical and Electronics Engineers), und die Bandbreite ist verglichen mit anderen leitungsgebundenen Technologien bedeutend niedriger. Eine Grundvoraussetzung von Mietleitungen ist deren garantierte Bandbreite, was mit der PLC Technologie nicht gewährleistet werden kann. Die PLC Technologie ist somit als Substitut für Mietleitungen nicht geeignet.

38. Swisscom macht des Weiteren geltend, dass auch drahtlose Technologien als Substitute für Mietleitungen geeignet seien. Deshalb wird nachfolgend geprüft, ob drahtlose Technologien bezüglich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszweckes als Substitute zu Mietleitungen betrachtet werden können. Vorweg gilt es zu erwähnen, dass drahtlose, im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen und niedrigere Übertragungsraten aufweisen. Die drahtlose Übertragung von Daten weist zudem Ausfall- und Sicherheitsrisiken auf. Zu berücksichtigen sind weiter umweltpolitische Bedenken betreffend nicht ionisierende Strahlung, welche den Ausbau drahtloser Verbindungen stark erschweren können. Zudem eignen sich drahtlose Technologien nicht für alle Dienste, welche bei leitungsgebundenen Technologien zur Anwendung kommen. Nachfolgend werden die am ehesten in Frage kommenden drahtlosen Technologien behandelt.

39. Anstelle der Kupferleitung als Teilnehmeranschluss wird bei der WLL (Wireless-Local-Loop) Technologie eine Verbindung mittels Funk hergestellt. Dadurch wird eine drahtlose Verbindung zwischen Teilnehmer und Zentralstation ermöglicht. Eine Verbindung ist somit ohne die Instandstellung einer drahtgebundenen Infrastruktur möglich.

40. WLL ermöglicht nicht nur Telefonverbindungen für die Sprachübermittlung, sondern auch zweiwegfähige Datenübertragungsdienste mit hohen Bandbreiten. Im Gegensatz zu Richtfunknetzen, die zwei Endpunkte mit einer Punkt-zu-Punkt (Point-to-Point) Verbindung zusammenschliessen, können mit einem WLL-Netz mehrere Teilnehmeranlagen im Versorgungsgebiet abgedeckt werden (Point-to-Multipoint). In der Schweiz besitzen momentan zwei Unternehmen (Orange Communications SA und Priority Wireless AG) eine nationale Konzession, vier weitere Unternehmen regionale Konzessionen (Faktenblatt WLL, BAKOM, Version 2.9a, 11.01.06). Bis anhin hat sich WLL aus verschiedenen Gründen nicht durchsetzen können: Es sind Aussenantennen und Sichtverbindungen notwendig und allfällige Baubewilligungen einzuholen. Des Weiteren ist die Installation teuer, wodurch sich eine Inbetriebnahme nur bei hohen Übertragungsraten lohnt. Auch die Tatsache, dass über längere Distanzen keine garantierte Bandbreite gewährleistet werden kann, macht diese Technologie für Mietleitungen ungeeignet. Gelegentlich ist eine Abschwächung des Signals durch äussere Einflüsse (z. B. Wetter) nicht auszuschliessen.

41. Auf die Schwierigkeiten bei der Instandsetzung dieser Technologie weist auch die Tatsache hin, dass es im Jahre 2003 zur Übertragung einer Konzession und zur Rückgabe von zwei Konzessionen kam. WLL kann nicht als Substitut für Mietleitungen betrachtet werden.

42. WLL sehr ähnlich ist die Richtfunk-Technologie, welche nur betreffend die Anzahl Empfänger einer Verbindung unterschiedlich ist. Bei Richtfunk wird im Gegensatz zu WLL eine Punkt-zu-Punkt Verbindung erstellt. Die Probleme dieser Technologie sind analog zu WLL.

43. Richtfunkverbindungen werden unter anderem für die Erschliessung von Mobilfunkantennenstandorten verwendet. Für die Erschliessung solcher Standorte kommen teilweise auch Mietleitungen zum Einsatz. Erschliessungen von Mobilfunkantennenstandorten unterscheiden sich jedoch aufgrund der weniger weitgehenden Anforderungen der FDA an solche Mietleitungen von der konventionellen Nachfrage nach Mietleitungen.

44. Zu prüfen bleibt das WLAN (Wireless Local Area Network), durch welches Geräten mit Hilfe einer drahtlosen Verbindung lokal Zugang zum Internet verschafft werden kann. Inzwischen sind WLAN-Netze an stark frequentierten Punkten und in einigen grösseren Städten installiert. Die Reichweite von WLAN ist jedoch stark begrenzt und der Wireless Router erfordert eine Kabelverbindung. WLAN eignet sich auch nicht dafür, Gebäude miteinander zu verbinden. Ähnliches gilt auch für WMAN (Wireless Metropolitan Area Network), bei welchem einzig das erschlossene Gebiet grösser ist. WLAN und WMAN können deshalb den nachfrageseitigen Ansprüchen von Mietleitungen nicht genügen.

45. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein Mobilfunkstandard der dritten Generation (3G) basierend auf der Luftschnittstelle. Mit dieser Technologie sind höhere Datenübertragungsraten möglich als mit dem GSM-Standard. Dadurch wird die Anwendung von Diensten ermöglicht, welche auf eine hohe Bandbreite angewiesen sind. Die vier Konzessionen wurden an Swisscom, Sunrise, Orange und 3G Mobile vergeben, wobei letzterer diese inzwischen mangels Aufbau von Infrastruktur wieder entzogen wurde (Verfügung der ComCom vom 12. April 2006 und bestätigt durch BGE 132 II 485). Weiterhin verfügt jedoch einzig Swisscom über ein flächendeckendes Netz. UMTS ist gleich wie WLL oder Richtfunk ungeeignet, eine garantierte Bandbreite zu gewährleisten. Zudem erreicht auch die Zuverlässigkeit der Signalstärke nicht die gewünschte Qualität.

46. Abschliessend ist nochmals zu erwähnen, dass drahtlose Technologien immer auch Strahlung zur Folge haben, die bei Teilen der Bevölkerung auf wenig Akzeptanz stösst. Dies kann die Dauer zur Erlangung einer Baubewilligung und damit die sogenannte Time-to-Market (TTM) so stark erhöhen, dass solche Projekte von Anfang an uninteressant werden. Zudem haben viele Unternehmen immer noch Vorbehalte gegenüber drahtlosen Technologien (bspw. betreffend Wettereinflüsse).

47. In der obigen Analyse hat sich gezeigt, dass die in Frage kommenden alternativen Technologien zu Mietleitungen wenig geeignet sind, die hohen Anforderung betreffend Qualität und Quantität zu erfüllen. Die wichtigste Möglichkeit Mietleitungen anzubieten bleibt somit die Erschliessung mittels drahtgebundener Technologie, d.h. Glasfasern.

48. Als subsituierbar werden mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen drahtgebundene Technologien angesehen, die zum Anbieten von Mietleitungen geeignet sind. Es handelt sich dabei insbesondere um die in der Regel auf dem Kupferkabel beruhenden Anschlüsse von Swisscom sowie den direkten Anschluss mittels Glasfaserkabel. Nicht als substituierbar anzusehen sind aufgrund unterschiedlicher Eigenschaften drahtlose Technologien.

B.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

49. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

B.1.1.2.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

50. Die Marktgegenseite für Mietleitungen im Fernnetz sind hauptsächlich FDA, welche auf dem Gebiet der ganzen Schweiz mietleitungsfähige Infrastruktur unterhalten. Die POI der im Markt für Mietleitungen im Fernnetz tätigen FDA sind grösstenteils gleichmässig auf das Gebiet der gesamten Schweiz aufgeteilt.

51. Der räumlich relevante Markt umfasst somit das Gebiet der ganzen Schweiz.

B.1.1.2.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

52. Mietleitungen im Anschlussnetz werden schweizweit von FDA und Endkunden nachgefragt und, falls möglich, von den FDA auch schweizweit angeboten. Es ist deshalb auch hier von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

53. Swisscom definiert [...] MLF-Gebiete, die relativ gleichmässig über die ganze Schweiz aufgeteilt sind. Die Erschliessung zweier oder mehrerer dieser MLF-Gebiete erfordert eine hinsichtlich Preisen und Konditionen nicht regulierte Mietleitung von Swisscom. Beispielsweise müssten zur Erschliessung einer Agglomeration (z.B. Grossraum Luzern) mehrere MLF Standorte eingebunden werden. Durch die restriktive Wahl der Grösse der MLF-Gebiete von Swisscom könnten die Mietleitungen zwischen den MLF-Übergabepunkten nur durch nicht regulierte Mietleitungen bezogen werden. Dies ist insofern sehr problematisch, weil in vielen Gebieten kaum Alternativen von anderen Anbietern vorhanden sind.

54. Die [...] MLF-Gebiete sind künstliche, nicht aufgrund von Marktkräften gewachsene Konstrukte, welchen eine gewisse Objektivität fehlt und die der Sicht der Nachfrager nur ungenügend gerecht werden. Der von Swisscom in ihrer Eingabe vorgenommenen Unterteilung in

- einen Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz in den sechs grossen Agglomerationen der Schweiz (Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich) und
- in einen Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz in der übrigen Schweiz

wird aus nachfolgenden Gründen nicht gefolgt.

55. Die Auffassung von Swisscom, dass in den sechs grossen Agglomerationen tendenziell mehr Konkurrenz aktiv sei als in der übrigen Schweiz, ist teilweise zutreffend. Jedoch gilt es zu beachten, dass selbst in städtischem Gebiet die Wettbewerbsintensität auf dem Mietleitungsmarkt sehr heterogen ist. Hauptsächlich lukrativ ist

die Erschliessung grosser Unternehmen mit hohem Bedarf, bei welchen sich die Erstellung von Mietleitungen mittel- oder langfristig auszahlen wird.

56. Innerhalb der Ballungszentren sind sowohl Gebiete auszumachen, die von unterschiedlichen FDA erschlossen sind als auch solche, die weiterhin ausschliesslich durch einen verdrillten Kupferdraht („letzte Meile“) oder ein Glasfaserkabel von Swisscom Zugang zum Netz haben. Eine FDA wird durch eine Kosten-Nutzen Rechnung genau prüfen müssen, ob Mietleitungen zukünftig rentabel betrieben werden können.

57. Swisscom verfügt über die Möglichkeit, Mietleitungen sowohl zu Geschäfts- als auch zu Privatliegenschaften anzubieten. Diese historisch begründete Tatsache versetzt Swisscom weiterhin in eine sehr starke Stellung. Zusätzlich dazu ist Swisscom auch bei Leitungen mit mehr als 2 Mbit/s im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz stark präsent.

B.1.2 Marktstellung

58. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch ausreichend starke andere disziplinierende Einflüsse, beispielsweise aus dem nachgelagerten Markt, eingeschränkt werden. Nachfolgend sind die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Mietleitungen im Fern- und im Anschlussnetz abzuklären.

B.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

59. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber ist und wie die Wettbewerbsverhältnisse auf den jeweiligen Märkten sind.

Tabelle 2: Anteile gemessen an der mietleitungsfähigen Infrastruktur

Unternehmen mit mietleitungsfähiger Infrastruktur	Netzlänge [km]	Anteil [%]
Swisscom	[...]	[90-100] %
Sunrise Communications AG	[...]	[0-10] %
SBB AG	[...]	[0-10] %
Colt Telecom AG	[...]	[0-10] %
Verizon Switzerland AG	[...]	[0-10] %

60. Ein Indikator für die Stärke von Swisscom auf dem Markt für Mietleitungen im Fern- und im Anschlussnetz zusammen ist durch die mietleitungsfähige Infrastruktur gegeben. Bei den Angaben handelt es sich um Grössenordnungen. Die SBB AG hält sich auf dem Telekommunikationsmarkt stark zurück, da ihre verfügbare Infrastruktur teils mit Bundesgeldern finanziert ist.

61. Swisscom verfügt gemäss Tabelle 2 über einen Anteil von über [90-100] %, während Sunrise gerade noch ca. [0-10] % Anteil hat. Zusammen mit den hohen geschätzten Marktanteilen im Anschlussnetz (Rz. 73) zeigt sich, dass Swisscom im Mietleitungsmarkt in einer starken Position ist. Die Länge des Netzes besagt nicht per se, dass auch viele Mietleitungen angeboten werden. Nachfrager werden jedoch tendenziell eher auf einen Anbieter mit grossem Netz als einem mit kleinem Netz angewiesen sein. Vor allem in den Gebieten, in welchen die Konkurrenz noch nicht aktiv ist, dürfte es interessant sein, Mietleitungen anzubieten.

B.1.2.1.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

62. Im Markt für Mietleitungen im Fernnetz sind neben Swisscom diverse weitere FDA mit eigener Infrastruktur tätig. Dazu zählen beispielsweise Cablecom, Colt, Sunrise und Verizon. Diese Anbieter verfügen über ein schweizweites Fernnetz, welches hauptsächlich die grössten Schweizer Städte sowie teilweise deren Agglomerationen verbindet.

63. In der Schweiz gibt es diverse Unternehmen, die zur Ausübung ihrer Kernkompetenz ein Netzwerk benötigen und dieses ohne zusätzliche hohe Kosten einer Neuerstellung für eine Installation von Glasfasern verwenden können. Dazu sind insbesondere Elektrizitätswerke, Gas- oder Erdgasversorgungsunternehmen zu zählen, welche regionale, teils interregionale oder nationale Netzwerke besitzen.

64. Bereits im Gutachten betreffend Interkonnektionsverfahren Commcare AG/Swisscom AG (RPW 2000/1, S. 70 ff.) und auch im letzten Gutachten betreffend Mietleitungen (RPW 2004/4, S. 1248 ff.) stellte die Wettbewerbskommission fest, dass Swisscom im Fernnetzbereich Konkurrenz gegenüberstehe und sie somit über keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge. Seither sind mehrere Jahre vergangen und es ist davon auszugehen, dass inzwischen weitere alternative, mietleitungsfähige Infrastruktur aufgebaut wurde. Deshalb ist davon auszugehen ist, dass der Wettbewerbsdruck wohl weiter gestiegen ist.

65. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich Swisscom aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz im Bereich Mietleitungen im Fernnetz nicht in wesentlichem Umfang im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig verhalten kann. Somit ist Swisscom bezüglich Mietleitungen im Fernnetz nicht als marktbeherr-

schendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.1.2.1.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

66. Swisscom verfügt als vormalige Monopolanbieterin über ein schweizweites, flächendeckendes Anschlussnetz. Dieses basiert weiterhin grösstenteils auf Kupferkabel. Swisscom hat zudem auch zukünftig den wesentlichen Vorteil, dass sie bereits über eigene Kabelkanäle zu Gebäuden verfügt.

67. Die in der Schweiz verfügbaren Glasfaseranschlüsse bestehen im Wesentlichen in Ballungsgebieten und meist für Grosskunden. Die Erschliessung mittels Glasfasern erfordert hohe Anfangsinvestitionen, insbesondere zum Verlegen der Leitungen. Glasfaseranschlüsse werden in einigen Gebieten auch von städtischen Infrastrukturbetreibern (oft die Elektrizitätswerke) erbracht. Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) baut beispielsweise zurzeit ein Datentransportnetz, das allen FDA diskriminierungsfrei offen stehen soll. Das EWZ beabsichtigt, bis Ende 2008 rund 1'400 Unternehmen und 3'400 Haushalte anzuschliessen (Stadt Zürich, Departement der Industriellen Betriebe, Medienmitteilung vom 28. November 2007).

68. Die Erschliessung mit eigener Infrastruktur im Bereich Anschlussnetz ist eine Möglichkeit für die FDA. Dies kann jedoch mit hohen Kosten verbunden sein, beispielsweise, falls vorgängig ein Kabelkanal in den Boden gelegt werden muss. Oft müssen dazu auch Strassenbeläge entfernt und anschliessend wieder neu erstellt werden, es sind Baubewilligungen einzuholen und es braucht die Einwilligung des Grundstückeigentümers.

69. Vorteilhafter ist die Ausgangslage einer alternativen Erschliessung, falls bereits Kabelkanäle bestehen und in diese ein zusätzliches Kabel verlegt werden kann. Der Entscheid einer Erschliessung eines Gebäudes oder eines Gebiets wird die FDA vor allem von folgenden Bedingungen abhängig machen:

- Mindestvertragsdauer mit dem Kunden
- Hohe Übertragungsrate (10 Mbit/s und mehr)
- Erweiterungspotential beim jeweiligen Kunden
- Vom Kunden nachgefragte Dienste
- Kundenpotential im selben Gebäude oder Gebiet
- Nähe des Kundenstandorts zum eigenen Backbone

70. Swisscom ist gegenüber den Mitkonkurrenten dahingehend besser gestellt, dass sie bereits über vorhandene Kabelkanäle verfügt. Diese stehen ihr jederzeit zur Verfügung und gewähren den Zugang zu Gebäuden. So kann Swisscom ihre Kupferkabel durch Glasfaserkabel ersetzen und dadurch die Bandbreite erhöhen.

71. Des Weiteren ist Swisscom gut gestellt im Vergleich zu den Mitbewerbern auf diesem Markt. Die folgenden wirtschaftlichen Merkmale kommen als Indikatoren für diese Stellung in Frage: die Gesamtgrösse des Unternehmens in der Schweiz, die Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten bzw. finanziellen Ressourcen, Grössenvorteile und Verbundvorteile.

72. Betreffend die finanziellen Ressourcen von Swisscom kann stellvertretend das Jahresergebnis 2007 betrachtet werden. In diesem Jahr resultierten ein Nettoumsatz von 11'089 Mio. CHF und ein Reingewinn von 2'071 Mio. CHF (Geschäftsbericht Swisscom 2007).

73. Die von den Konkurrenten geschätzten Marktanteile der Swisscom im Bereich Mietleitungen können ebenfalls als Indiz für die starke Stellung der Swisscom betrachtet werden:

- Ca. 95 % (Cablecom)
- Ca. 95 % (Sunrise Communications AG)
- Ca. 82 % (Group E SA)
- Ca. 80 % (Gas&COM AG)
- Ca. 80 % (Litecom AG)
- Ca. 75 % (Colt Telecom AG)
- Ca. 75 % (EW Zürich)

74. Die Erhebung von genauen Zahlen erweist sich als schwierig, da bei den meisten Grundlagen, auf welchen der Marktanteil berechnet werden könnte, gewisse Verzerrungen unvermeidlich sind. Im Übrigen ist der Markt intransparent, und genaue Zahlen sind kaum erhältlich.

75. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich Swisscom aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz im Bereich Mietleitungen im Anschlussnetz in wesentlichem Umfang im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig verhalten kann.

B.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb

B.1.2.2.1. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

76. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs im Markt für Mietleitungen im Fernnetz ergab, dass es zurzeit genügend Wettbewerb gibt, sodass ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden kann. Eine Analyse des potenziellen Wettbewerbs in diesem Bereich erübrigt sich deshalb.

B.1.2.2.2. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

77. Die Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs im Anschlussnetz ergab, dass es zur Zeit nicht genügend Wettbewerb gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen.

78. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann. Es wird deshalb geprüft, ob Technologien, welche als Substitute in Frage kommen, einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

79. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und stark genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder in kleinem Ausmass zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unter-

nehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

80. Als potenzielle Konkurrenten kommen einzig Unternehmen in Frage, welche bereits über eine Netzinfrastruktur verfügen, die sie zusätzlich zu ihrem Kerngeschäft auch noch für das Anbieten von Mietleitungen verwenden können.

81. Im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz ist mit potenzieller Konkurrenz momentan am ehesten in den sechs Ballungszentren Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich zu rechnen. Dort dürften im Verlaufe der nächsten Jahre Elektrizitätswerke, Gas- oder Erdgasversorgungsunternehmen dank ihrer bereits vorhandenen Netzinfrastruktur verstärkt in den Markt eintreten.

82. In gewissen Städten (wie bspw. Zürich) fanden bereits Volksabstimmungen statt, die den Ausbau des Glasfasernetzes ermöglichen. Längerfristig ist damit zu rechnen, dass Swisscom etwas stärker konkurrenziert werden dürfte. Im jetzigen Zeitpunkt ist die potenzielle Konkurrenz jedoch als ungenügend für eine Disziplinierung von Swisscom zu qualifizieren.

83. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich Swisscom aufgrund der Analyse der potenziellen Konkurrenz im Bereich Mietleitungen im Anschlussnetz in wesentlichem Umfang im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig verhalten kann. Somit ist Swisscom bezüglich Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.1.3 Ergebnis

84. Bereits der aktuelle Wettbewerb auf dem Markt für Mietleitungen im Fernnetz lässt darauf schliessen, dass sich Swisscom nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Swisscom ist somit bezüglich Mietleitungen im Fernnetz nicht als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

85. Aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist somit bezüglich Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

C SCHLUSSFOLGERUNG

86. Swisscom ist betreffend Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

87. Swisscom ist betreffend Mietleitungen im Fernnetz nicht als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

E 2	**3. Kabelkanalisationen**

Gutachten vom 7. Juli 2008 in Sachen Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Art. 11a Abs. 2 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz betreffend Kabelkanalisationen

Inhaltsverzeichnis

A	**SACHVERHALT UND VERFAHREN**	**760**
B	**BEURTEILUNG**	**761**
B.1	Marktbeherrschende Unternehmen	761
B.1.1	Der relevante Markt	761
B.1.1.1	Sachlich relevanter Markt	761
B.1.1.2	Räumlich relevanter Markt	763
B.1.2	Marktstellung	763
B.1.2.1	Aktueller Wettbewerb	763
B.1.2.1.1.	Kabelkanalisationen im Bereich Anschlussnetz	764
B.1.2.1.2.	Kabelkanalisationen im Bereich Fernnetz	764
B.1.2.1.3.	Swisscom-Kabelkanalisationen	764
B.1.2.2	Potenzieller Wettbewerb für die Swisscom-Kabelkanalisationen	765
B.1.3	Ergebnis	765
C	**SCHLUSSFOLGERUNG**	**765**

A SACHVERHALT UND VERFAHREN

1. Am 28. September 2007 reichte Colt Telecom AG (Colt) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung zu den Preisen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen von Swisscom, namentlich betreffend die wiederkehrenden und einmaligen Preise sowie verschiedene Stundenansätze für einzelne Dienstleistungen in diesem Zusammenhang.

2. Am 16. Oktober 2007 reichte Cablecom GmbH (Cablecom) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der ComCom ein Gesuch zur Aufhebung gewisser Regelungen betreffend den Zugang zu den Kabelkanalisationen von Swisscom ein.

3. Am 30. November 2007 reichte Sunrise Communications AG (Sunrise) beim BAKOM zuhanden der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom Fixnet AG (heute: Swisscom [Schweiz] AG, Swisscom) ein. Sunrise beantragte unter anderem, dass sämtliche Preise des Standardangebotes „Kabelkanalisationen FMG“ von Swisscom im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur auf die Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) und Art. 60 Verordnung über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) zu überprüfen seien.

4. Die Gesuche von Cablecom, Colt und Sunrise stützen sich insbesondere auf Art. 11 Abs. 1 FMG. Danach müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in verschiedenen Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Das revidierte FMG sieht in Art. 11 FMG verschiedene Zugangsformen vor. Als Zugangsform ist laut Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG auch der Zugang zu den Kabelkanalisationen vorgesehen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen. Diese Bestimmung ist mit dem revidierten FMG am 1. April 2007 in Kraft getreten.

5. Mit Stellungnahmen vom 16. November 2007 (Colt und Cablecom) und vom 9. Januar 2008 (Sunrise) bestreitet Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich der Kabelkanalisationen für diejenigen Kabelkanalisationen, die nach dem 24. März 2006 (Zeitpunkt der definitiven Verabschiedung des teilrevidierten FMG durch das Parlament) gebaut wurden. Für Kanalisationen, welche an diesem Datum bereit bestanden, bietet Swisscom den Dienst „Kabelkanalisationen FMG“ unter dem Vorbehalt freier Kapazitäten an, jedoch nach der Auffassung anderer Fernmeldedienstanbieter (FDA) zu ungünstigen Konditionen.

6. Ist im Rahmen von fernmelderechtlichen Zugangsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11a Abs. 2 FMG). Die Wettbewerbskommission (WEKO) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 72 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1).

7. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2007 forderte das BAKOM das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) auf, einen allfälligen Fragebogen zur Abklärung der Wettbewerbsverhältnisse zu entwerfen. Am 21. Februar 2008 stellte das Sekretariat dem BAKOM einen Entwurf eines Fragebogens mit den den Marktteilnehmenden zu unterbreitenden Fragen zu. Das BAKOM als verfahrensleitende Behörde führte anschliessend eine Befragung von FDA durch.

8. Mit Schreiben vom 16. Mai 2008 ersuchte das BAKOM die WEKO um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11a Abs. 2 FMG. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung der FDA resultierenden Antworten. Mit Schreiben vom 22. Mai 2008 machte das Sekretariat das BAKOM darauf aufmerksam, dass die Fragen von Swisscom vom 7. April 2008 teilweise ausweichend oder gar nicht beantwortet waren. Mit Schreiben von 9. Juni 2008 reichte das BAKOM die bei Swisscom nachgefragten Informationen ein. Die vierwöchige Frist gemäss Art. 72 FDV beginnt nach Eingang der Antworten, in diesem Fall am 9. Juni 2008 zu laufen und endet damit am 7. Juli 2008.

9. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen

Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden kartellrechtlichen Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen im Telekommunikationsbereich. Auf die Ausführungen der Parteien des Zugangsverfahrens und der befragten FDA ist nachstehend zurückzukommen.

B BEURTEILUNG

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

10. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung nach Art. 11 Abs. 1 FMG ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (u.a. RPW 2005/3, S. 589).

11. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

12. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.1.1 Der relevante Markt

B.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4, der hier analog anzuwenden ist).

14. Ausgegangen wird vom Gegenstand der Zugangsgesuche von Cablecom, Colt und Sunrise, das heisst dem Zugang zu den Kabelkanalisationen von Swisscom (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG und Art. 60 FDV). Mit dieser Bestimmung im FMG, welche im Rahmen der Revision am 1. April 2007 in Kraft trat, wurde die Einführung des Zugangs zu den Kabelkanalisationen beschlossen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen.

15. Marktgegenseite sind vorliegend FDA, wie zum Beispiel die gesuchstellenden Cablecom, Colt und Sunrise, welche Kabel verlegen möchten, um Endkunden Telekommunikationsdienstleistungen anbieten zu können oder um Datenübertragungen zwischen verschiedenen Standorten sicherzustellen.

16. Kabelkanalisationen sind ober- oder unterirdische Kanalisationen, in denen Kabel zum Zweck der Erbringung von Fernmeldediensten vorhanden sind oder verlegt werden können. Swisscom unterscheidet Kabelschutzkanäle (sog. Zores), Betonkanäle, Vollrohre (Beton oder Metall), Rohrblöcke, Kunststoffrohranlagen und begehbare Kabelstollen (siehe Kabelkanalisation FMG, Handbuch Technik)[1]. Weitere Kanalisationen können geeignet sein für die Verlegung von Kabeln, wenn genügend Raum vorhanden ist und keine anderen Störungen zu erwarten sind. Dazu zählen insbesondere die Kanalisationen von Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerken (auch Abwasser) und von Kabelfernsehbetreibern. In der Fernnetzebene können vor allem entlang der Nationalstrassen und SBB-Trassen Kabelkanalisationen benutzt werden.

17. Kabelkanalisationen können danach unterschieden werden, wo sie beginnen bzw. wo sie enden. Dabei kommen als Anfangs- bzw. Endpunkte mehrere Orte in Frage: Ein Schacht, eine Gebäudeeinführung und eine Swisscom-Zentrale. Wie in Abbildung 1 schematisch dargestellt können drei verschiedene Szenarien unterschieden werden: a) Kabelkanalisationen im Bereich Anschlussnetz, b) Kabelkanalisationen im Bereich Fernnetz und c) Kanalisationen mit einem Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale (siehe auch Rz. 26).

[1] Sämtliche Handbücher im Zusammenhang mit dem Produkt „Kabelkanalisationen FMG“ von Swisscom sind unter www.swisscom.com/ws/products/FMGProdukte zu finden.

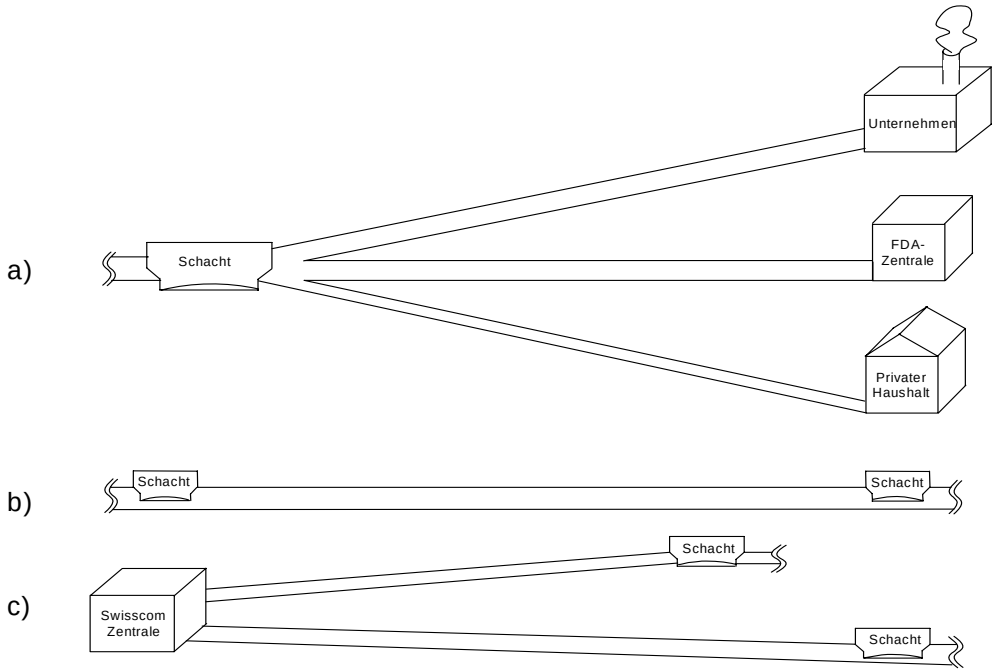


Abbildung 1: Schematische Darstellung der verschiedenen möglichen Kabelkanalisationen

18. Jedes Gebäude ist in der Regel mit mehreren Kanalisationen erschlossen, die sich für die Verlegung von Kabeln eignen können. So gibt es für jede Liegenschaft eine Kanalisation für Wasser bzw. Abwasser, Fernsehen, Strom und Telefon, in manchen Fällen auch noch Gas. Die Schächte sind derart konzipiert, dass bei ihnen mehrere Kanalisationen zusammenlaufen bzw. von einem Schacht ausgehen. An einem Schacht sind jedoch in der Regel nicht mehrere Unternehmen beteiligt. Insbesondere zu den Schächten von (ehemaligen) Monopolbetrieben (Swisscom, Elektrizitätswerke) haben andere Unternehmen regelmässig nicht Zugang.

19. Die Swisscom-Zentralen können aufgrund der Vorgaben von Swisscom nur via deren Infrastruktur erreicht werden[2]. Ein FDA, welcher eine Swisscom-Zentrale erschliessen möchte (z.B. für die Kollokation oder Entbündelung), benötigt daher den Zugang zu den Kabelkanalisationen von Swisscom.

20. Bei Kabelkanalisationen müssen in der Regel auch Eigentumsrechte berücksichtigt werden. So bedarf es bei der Benutzung von Kanalisationen der Einwilligung des Rechteinhabers an den Kanalisationen oder des Grundeigentümers. Dies erfolgt in den meisten Fällen vertraglich oder über Dienstbarkeiten, die im Grundbuch eingetragen sind.

21. Kabelkanalisationen können auch nach Distanzen unterschieden werden. Einerseits werden Kanalisationen verwendet, um grössere Distanzen zu überwinden (Fernnetz). Dazu dienen vor allem Kanalisationen entlang des Nationalstrassennetzes und entlang der Trassen der SBB. Andererseits ist im Anschlussbereich die Feinverteilung der Kabel in die Liegenschaften zu unterscheiden (Anschlussnetz). In diesem Zusammenhang ist auf die Ausführungen im Gutachten der WEKO vom 23. Juni 2008 in Sachen Mietleitungen (wird voraussichtlich in RPW 2008/3 publiziert) zu verweisen. Die entsprechende Abgrenzung in Bezug auf Anschluss- und Fernnetz ist hier analog anzuwenden.

22. Die Nachfrage nach Kabelkanalisationen ergibt sich aus dem Bedürfnis, Endkunden mit Telekommunikationsdienstleistungen zu versorgen oder Standorte (z.B. Mobilfunkantennen, Anschlusszentralen) an das eigene Netz anzuschliessen. Dabei ist es möglich, den Standort via eine bereits vorhandene Infrastruktur zu erschliessen (z.B. via eine Mietleitung) oder selber Kabel durch bestehende Kabelkanalisationen zu verlegen. Das Verlegen eigener Kabel führt in der Regel zu hohen Fixkosten, aber geringen variablen Kosten, während das Mieten von bereits vorhandener Infrastruktur hohe variable Kosten (je nach Nutzung und Marktverhältnisse) und geringe Fixkosten (Projektierung) verursacht. Während eine verlegte Leitung eine unbeschränkte Nutzung aufweist, können Mietleitungen jederzeit gekündigt werden. Das Mieten von Leitungen kann daher als projektbezogen bezeichnet werden. Der Aufbau von eigener Infrastruktur ist häufig nicht nur mit einem einzelnen Kunden oder Projekt verknüpft, sondern es werden dauerhaft Standorte an die eigene Infrastruktur angebunden. Daher unterscheidet sich das Mieten von Leitungen grundlegend vom Erstellen eigener Infrastruktur. Die Miete von Leitungen ist in vorliegendem Fall nicht als Substitut zum Bau eigener Infrastruktur anzusehen und ist folglich nicht Teil des relevanten Marktes.

23. FDA können vorhandene Kabelkanalisationen von anderen Unternehmen entweder mitbenützen, indem sie ihre Kabel zu bereits vorhandenen Kabeln oder Leitungen hinzulegen, oder sie können neue Kabelkanalisationen in den Boden verlegen. Die zweite Variante ist teurer als die erste und häufig auch gar nicht möglich. Es

[2] Siehe Schreiben von Swisscom vom 6. Juni 2008.

braucht Baubewilligungen und die Einwilligung der Grundbesitzer. Zudem können öffentliche Strassen nicht einfach jederzeit geöffnet werden. Im Weiteren gibt es insbesondere bei Engpässen wie Gebäudeeinführungen oftmals keinen Platz mehr für neue Kanalisationen neben den bereits bestehenden. Daher ist das Erstellen eigener Kabelkanalisationen nicht als Substitut zur Benützung von vorhandenen Kabelkanalisationen anzusehen.

24. Der relevante Markt umfasst daher sämtliche ober- und unterirdischen Kabelkanalisationen (von Swisscom, den Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwerken und von den Kabelfernsehanbietern), in denen Kabel zum Zweck der Erbringung von Fernmeldediensten entweder bereits vorhanden sind oder verlegt werden können. Nicht zum sachlich relevanten Markt gehören folglich noch nicht gebaute Kanalisationen, das Mieten von vorhandenen Leitungen und direkt ins Erdreich verlegte Leitungen.

25. Die Nachfrager nach Kabelkanalisationen bestehen aus FDA, welche mit Hilfe der zu verlegenden Kabeln direkt oder indirekt Telekommunikationsdienstleistungen an Endkunden erbringen bzw. verschiedene Standorte an das eigene Netz anbinden. Die Nachfrage nach Kabelkanalisationen, welche ihren Anfangs- bzw. Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben, unterscheidet sich grundlegend von der Nachfrage nach Kabelkanalisationen im Anschluss- bzw. im Fernbereich. Mit diesen Leitungen werden Dienstleistungen direkt bei Swisscom nachgefragt, die nur dort bezogen werden können. Aus historischen und regulatorischen Gründen ist Swisscom zum Angebot gewisser Wiederverkaufsdienstleistungen an andere FDA verpflichtet (Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse, Interkonnektionsdienstleistungen, Mietleitungen, etc.). Daher rechtfertigt sich die Ausscheidung eines eigenen sachlich relevanten Marktes für diese gesonderte Nachfrage.

26. Es ist daher von drei sachlich relevanten Märkten auszugehen:

a) Kabelkanalisationen im Bereich Anschlussnetz: Kabelkanalisationen, welche zur Verlegung von Kabeln zwecks Erbringung von Fernmeldediensten geeignet sind und ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Gebäudeeinführung (Unternehmen, privater Haushalt, FDA-Zentrale), jedoch nicht in einer Swisscom-Zentrale haben.

b) Kabelkanalisationen im Bereich Fernnetz: Kabelkanalisationen, welche zur Verlegung von Kabeln zwecks Erbringung von Fernmeldediensten geeignet sind und ihren Anfangs- oder Endpunkt weder in einer Gebäudeeinführung noch in einer Swisscom-Zentrale haben und über längere Distanzen verlaufen.

c) Swisscom-Kabelkanalisationen: Kabelkanalisationen, welche zur Verlegung von Kabeln zwecks Erbringung von Fernmeldediensten geeignet sind und ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben.

B.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

28. Die Dienstleistungen im abgegrenzten sachlich relevanten Markt werden schweizweit angeboten und nachgefragt. Es ist deshalb in räumlicher Hinsicht von einer nationalen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes auszugehen.

B.1.2 Marktstellung

29. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht. Nachfolgend sind in erster Linie die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Kabelkanalisationen abzuklären, welche zur Verlegung von Kabeln zwecks Erbringung von Fernmeldediensten geeignet sind.

B.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

30. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber in den relevanten Märkten ist. Vorab erfolgen einige allgemeine Feststellungen insbesondere zu den in der Schweiz aktiven Unternehmen, welche Kabelkanalisationen anbieten oder nachfragen. Anschliessend wird auf die Wettbewerbssituation in den einzelnen sachlich relevanten Teilmärkten eingegangen.

31. Swisscom verfügt über ein schweizweites Kabelkanalisationsnetz und hat praktisch in jeder Liegenschaft der Schweiz eine Kabelkanalisation[3]. Von jeder ihrer 1518 Anschlusszentralen[4] und den weiteren Swisscom-Zentralen gehen ferner Kabelkanalisationen aus, die entweder in Gebäuden oder Schächten ihren Anfangs- oder Endpunkt haben. Mit dem auf der Swisscom-Website zur Verfügung gestellten Online-Tool Maponline[5] können gewisse Informationen bzgl. des Netzes abgerufen werden. Keine Informationen sind zu allenfalls zur Verfügung stehenden freien Kapazitäten erhältlich.

32. Andere FDA wie Sunrise, Verizon, Colt etc. verfügen über eigene Infrastruktur, bieten diese jedoch – trotz z.T. freien Kapazitäten – anderen FDA nur punktuell zum Verlegen von Kabeln an, da u.a. die Rohranlagen nur für ihre eigenen Bedürfnisse konzipiert wurden. Die Kabelkanalisationen dieser FDA befinden sich mit Ausnahme einiger Geschäftsgebäude nicht im Anschlussbereich, sondern sind Citynetze oder grössere Netze, welche verschiedene Städte miteinander verbinden.

33. Die Kabelkanalisationen der Kabelfernsehbetreiber wie z.B. von Cablecom stehen den FDA mehrheitlich nicht für das Verlegen von Kabeln zur Verfügung. 85% der Kabel von Cablecom (meist Koaxialkabel) wurden in enge Stahlrohre verlegt, ohne oder mit nur sehr geringen

[3] Eingabe von Swisscom vom 7. April 2008, S. 4.
[4] Siehe www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/ECADE11F-F30A-4098-8767-F44090F193E1/0 /TechInfo_FDA_MLF_def.pdf (S. 7 der ULL—Informationsveranstaltung vom 16. Oktober 2006).
[5] www.swisscom.ch/ws/pan/Maponline

Platzreserven; die restlichen 15 % liegen direkt in der Erde[6]. Zudem verlaufen die Leitungen im Anschlussbereich von Haus zu Haus und nicht (wie bei Swisscom) sternförmig, da sie nicht für Telekommunikationsdienstleistungen (zweirichtungsfähig), sondern für das Verbreiten von Fernsehsignalen (nur in eine Richtung) konzipiert wurden. Entsprechend gibt es mehrheitlich keine Angebote der Kabelfernsehbetreiber für die Mitbenutzung von vorhandenen Kabelkanalisationen. Im Fernnetzbereich verfügt von den Kabelfernsehbetreibern lediglich Cablecom über einen leistungsstarken Backbone, der die meisten grösseren Agglomerationen der Schweiz miteinander verbindet[7].

34. Elektrizitäts- und Wasserwerke verfügen über flächendeckende Kabelkanalisationsnetze innerhalb ihres Versorgungsgebietes, z.B. die EWZ in der Agglomeration Zürich oder EOS, die grosse Teile der Westschweiz (Genf, Lausanne bis Neuchatel und Teile des Wallis) abdeckt. Auf projektbezogener Basis bieten einige dieser Elektrizitätswerke ihre Kabelkanalisationen auch anderen interessierten FDA zur Mitbenutzung an, sofern freie Kapazitäten bestehen.

35. Gaswerke verfügen vor allem im Bereich des Fernnetzes entlang der Hochdruckpipelines über Trassen, die für die Verlegung von Kabeln geeignet sind. Im Anschlussbereich ist die Mitbenutzung in der Regel meist aus Sicherheitsgründen nicht möglich. Ferner wurden einige Gasleitungen auch direkt in die Erde verlegt, womit eine Mitbenutzung ausgeschlossen ist.

36. Die SBB betreibt entlang ihres Schienennetzes Kabelkanalisationen und vermietet diese auch an verschiedene FDA. Dabei sind ausser bei Brücken, Bahnhöfen und anderen Netzengpässen weitgehend noch Kapazitäten vorhanden, um zusätzliche Kabel (heute: Glasfasern) zu verlegen. Das Verlegen der Kabel kann mittels spezieller Schienenfahrzeuge mit vergleichsweise geringem Aufwand und in relativ kurzer Zeit erfolgen. Ein FDA, welcher von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, muss jedoch einen Anschluss an die Grundstücke der SBB sicherstellen, was u.U. mit erheblichen Kosten verbunden ist. Im Anschlussbereich verfügt die SBB über keine eigenen Kabelkanalisationen, sondern nur im Bereich ihres Schienennetzes. Eine eigene Leitung in den SBB-Trassen ist daher im Fernnetzbereich bei einem hohen Bedarf an Datenverkehr angezeigt.

37. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches sowohl im Anschluss- wie auch im Fernnetzbereich über ein flächendeckendes Netzwerk von Kabelkanalisationen verfügt und damit anderen FDA in der ganzen Schweiz allenfalls freistehende Kapazitäten zur Verfügung stellen kann. Namentlich bei Kabelkanalisationen, welche als Endpunkt eine Swisscom-Zentrale haben, sind alternative FDA auf die Kabelkanalisationen von Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten.

B.1.2.1.1. Kabelkanalisationen im Bereich Anschlussnetz

38. Kabelkanalisationen im Bereich des Anschlussnetzes beginnen in einer Gebäudeeinführung und verlaufen i.d.R. bis zu einem nahegelegenen Verteilzentrum (normalerweise ein Schacht im Boden oder auch oberirdische Kästen). Dort kommen mehrere Kanalisationen verschiedener Liegenschaften zusammen. Von den Verteilzentren werden die Leitungen dann in einer grösseren Kanalisation zu einer Zentrale weitergeführt.

39. Jedes Gebäude ist i.d.R. mit mehreren Kanalisationen erschlossen, die für das Verlegen von Kabeln geeignet sind, womit für einen FDA mehrere Alternativen zur Verfügung stehen (siehe Rz. 33 und 34).

40. Es gibt in diesem Bereich daher keine genügenden Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom.

B.1.2.1.2. Kabelkanalisationen im Bereich Fernnetz

41. Mit den Kabelkanalisationen im Bereich des Fernnetzes werden Leitungen verlegt, über die grosse Datenmengen über weite Strecken transportiert werden können. Damit werden i.d.R. Städte miteinander verbunden. In diesem Bereich sind vor allem die Trassen entlang der Nationalstrassen und entlang des Schienennetzes der SBB zu erwähnen. Gemäss Auskunft der SBB bestehen ausreichend Kapazitäten für das Verlegen weiterer Kabel (siehe Rz. 36).

42. Die grossen alternativen FDA in der Schweiz (namentlich Sunrise, Cablecom, Colt, Verizon aber auch Cablecom) verfügen in diesem Bereich bereits über leistungsfähige Backbones, die in den meisten Fällen ringförmig angeordnet durch die ganze Schweiz verlaufen (siehe Rz. 32 und 33).

43. Es gibt in diesem Bereich daher ebenfalls keine genügenden Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom.

B.1.2.1.3. Swisscom-Kabelkanalisationen

44. Mit Swisscom-Kabelkanalisationen werden diejenigen Kanalisationen bezeichnet, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort haben (Orts-, Knoten- oder Transit-Zentrale, Quartierverteilerkästen, andere Swisscom-Gebäude oder reine Swisscom-Schächte) und entweder direkt bis zu einer Gebäudeeinführung oder bis zu einem Schacht verlaufen. Verläuft eine Kanalisation von einer Swisscom-Zentrale via einen lokalen Verteilerschacht, zu dem keine anderen Unternehmen Zugang haben, in eine Gebäudeeinführung, so gehört die gesamte Kanalisation zu den Swisscom-Kabelkanalisationen. Eine Kabelkanalisation gehört also so lange zum Swisscom-Kabelkanalisationsnetz, als kein anderes Unternehmen mit seinen Kabelkanalisationen eine direkte Verbindung, ohne Bau- bzw. Grabarbeiten ausführen zu müssen, herstellen kann.

45. Für sämtliche Swisscom-Kabelkanalisationen gemäss dieser Definition, unabhängig von deren Beschaffenheit oder davon, wann sie erstellt wurden, bestehen keine Alternativen im sachlich relevanten Markt. FDA, welche die Swisscom-Zentralen an ihr eigenes Netzwerk via eigene Infrastruktur anschliessen, sind auf die Kabelkanalisationen von Swisscom angewiesen. Wie bereits gezeigt wurde, unterscheidet sich die Nachfrage

[6] Eingabe von Cablecom vom 30. April 2008.
[7] www.cablecom.biz/cc_fs_infrastruktur.pdf

nach den Kabelkanalisationen in die Swisscom-Zentralen grundlegend von anderen Kanalisationen (siehe Rz. 25). Die Kabelkanalisationen von Swisscom sind sowohl im Anschluss- wie auch im Fernnetzbereich flächendeckend ausgebaut (siehe Rz. 31). Damit kann Swisscom den anderen FDA in der ganzen Schweiz freistehende Kapazitäten zur Verfügung stellen. Insbesondere bei Kabelkanalisationen, welche als Anfangs- oder Endpunkt eine Swisscom-Zentrale haben, sind alternative FDA auf Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten (siehe Rz. 37).

46. Im Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen ist damit Swisscom die einzige Anbieterin, welche derartige Dienstleistungen bereitstellen kann. Es besteht damit kein aktueller Wettbewerb im Bereich der Kabelkanalisationen von Swisscom.

47. Swisscom bearbeitete in der Vergangenheit pro Jahr ca. 30'000 bis 35'000 Projekte im Zusammenhang mit Kabelkanalisationen (Neubauten und Anpassungen), wobei vielfach Kupferleitungen durch Glasfasern ersetzt wurden[8]. Swisscom macht geltend, dass sie für Anlagen, die nach dem 24. März 2006 (Zeitpunkt der definitiven Verabschiedung des teilrevidierten FMG durch das Parlament) gebaut wurden, nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Die Frage der Marktbeherrschung hängt jedoch nicht davon ab, wann eine Kabelkanalisation gebaut wurde. Vielmehr bezieht sich die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Zeitpunkt des Gutachtens, wobei eine zukunftsgerichtete Sichtweise eingenommen wird. Es werden die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Marktverhältnisse mit Hilfe der verfügbaren Informationen berücksichtigt.

B.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb für die Swisscom-Kabelkanalisationen

48. Im Markt für Kabelkanalisationen im Bereich des Anschluss- und des Fernnetzes haben sich keine genügenden Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom ergeben. Auf eine Analyse des potenziellen Wettbewerbs kann daher für diese Märkte verzichtet werden.

49. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs im Bereich der Swisscom-Kabelkanalisationen hat ergeben, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Bereich der Swisscom-Kabelkanalisationen und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann.

50. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder in kleinem Ausmass zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

51. Bei den Swisscom-Kabelkanalisationen ist eine Duplizierung der vorhandenen Infrastruktur nicht sinnvoll und wirtschaftlich unrentabel. Ferner lässt Swisscom in ihre Zentralen keine anderen Kabelkanalisationen als die eigenen zu (siehe Rz. 19). In naher Zukunft (innerhalb der nächsten zwei Jahre) ist nicht mit einer Veränderung dieser Situation zu rechnen, denn auch in zwei Jahren wird sich das Duplizieren von Kabelkanalisationen in die Swisscom-Zentralen kaum rechnen. Potenzieller Wettbewerb bei den Swisscom-Kabelkanalisationen ist daher nicht vorhanden. Aufgrund der fehlenden potenziellen Konkurrenz entsteht kaum Wettbewerbsdruck auf Swisscom bei ihren Kabelkanalisationen.

B.1.3 Ergebnis

52. Aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist daher im Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren, womit auch eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG zu bejahen ist.

53. Bei Kabelkanalisationen im Bereich des Anschluss- und des Fernnetzes gibt es aufgrund der Informationen, welche der WEKO im Rahmen dieses Gutachtens zur Verfügung stehen, keine genügenden Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom. Abhängig von den weiteren Entwicklungen, von den zur Verfügung stehenden Informationen oder von den Umständen im Einzelfall wäre dieses Ergebnis gegebenenfalls zu überprüfen.

C SCHLUSSFOLGERUNG

54. Swisscom ist betreffend die Swisscom-Kabelkanalisationen als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren.

[8] Schreiben von Swisscom vom 6. Juni 2008.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée

P

PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz

Q

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)

S

SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)

T

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property

U

UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

V

VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

W

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -

abgestimmte Verhaltensweise 548

Abrede 546 ff., 553 ff., 563 f., 572, 663, 668, 675, 704, 739, 741

Acquiring -

Anhörung 595, 644 f., 741

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken -

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste 668 f., 749

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 546, 564, 566, 571

Effizienzprüfung 555

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung -

Erheblichkeit 563

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee -

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung 596, 617, 630 ff., 636 f., 643 f.

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 555, 597, 610, 617, 663, 669, 674, 676, 704, 746, 752, 761

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer 544 ff.

Kreditkarten 631

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 631

L

legitimate business reasons 579

M

Marktaufteilung (keine) -

marktbeherrschende Stellung 548, 567, 571 ff., 578 f., 592, 596, 598, 609 ff., 630 f., 644, 660, 662, 664, 667, 669, 673, 676, 689, 692, 695, 699, 700, 705, 710, 715 ff., 721, 723, 734, 745, 748, 750 f., 757 f., 760, 764 f.

Marktgegenseite 555, 564 f., 571 f., 579, 568, 601, 605, 631, 636, 643, 655, 657, 659 f., 664 f., 669 f., 678, 681 f., 706 ff., 746, 748, 752, 754, 756, 761, 763

Marktorganisation -

Marktstruktur 564, 572 f., 577, 610, 612, 614, 616, 635, 644 f., 655

Marktzutrittsschranken 596, 636 f., 640, 688 f., 699, 715

Meldepflicht 597, 662 ff., 669, 676, 704 f.

Missbrauch 546, 572, 579, 589 f., 721, 723 ff. 731 f., 735

N

Netzwerk 569, 757, 764

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 574, 593, 636, 671, 673, 715 f., 751, 758, 760, 765

Preisabrede 554

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 546, 589 f.

R

Rabatte 591

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 661

Senkung Herstellkosten -

Submission -

Submissionskartell -

T

Tarife 547 ff., 551 ff., 559, 564 f., 566, 569 ff., 573, 580 ff., 586 ff.

Tarifvertrag 548, 552, 554 f., 564, 569
Tierärzte/innen -
Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -
Untersuchung 544 ff., 548 ff., 551 f., 555 ff., 563 ff., 569 ff., 579 ff., 588 ff., 601, 629 f., 647, 657, 722 ff., 729, 731 ff., 739, 741
unzulässige Wettbewerbsabrede 548 f., 572

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Veröffentlichung 737
Verschulden 658 f., 732, 734
Vierparteiensysteme -
vorbehaltene Vorschriften 545, 549, 597, 668, 676, 704
vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt 692

X

Y

Z

Zahlungsmittel -
zweiseitige Märkte -