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

2005/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Publikationen
CH-3003 Bern

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 104.-
(Form: 701.000.05/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Vente:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF104.-

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vendita:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 104.-

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

2005/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2005

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
		5 Andere Entscheide
		6 Empfehlungen
		7 Stellungnahmen
		8 BGBM
		9 Diverses
		B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
		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
		5 Autres décisions
		6 Recommandations
		7 Préavis
		8 LMI
		9 Divers
		B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence
		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
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
		7 Preavvisi
		8 LMI
		9 Diversi
		B 3 Commissione di ricorso in materia di concorrenza
		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 ***2005/2***

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Swisscom "Talk & Surf" 248
2. Swico/Sens 251
3. Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz 269

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG 312
2. Saint-Gobain/Sanitas Troesch 337
3. transGourmet Holding AG 342
4. Swissgrid 347
5. Cashgate - Zürcher Kantonalbank, Graubündner Kantonalbank, Thurgauer Kantonalbank, Schwyzer Kantonalbank und Valiant Holding 358
6. Swisscom - Cinetrade 363
7. Swiss Life/Vaudoise Vie 381
8. Vaudoise Générale/La Suisse 385
9. Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse 392
10. EQT/The Goldman Sachs Group/ISS A/S 399
11. CIE Management II Limited/Cinven Limited und Amadeus Global Distributions SA 404
12. Swisscom/Belgacom 406
13. Bericht zur Nachprüfung der Auflagen betreffend Zusammenschluss UBS/SBV 409

B 3 ***Rekurskommission für Wettbewerbsfragen***
Commission de recours pour les questions de concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

1. X. AG, Y. AG, Z. AG/Weko 418
2. Cablecom GmbH/Swisscom AG, CT Cinetrade AG, Wettbewerbskommission 436

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 2 ***Bibliografie***
Bibliographie
Bibliografia 441

E Diverses
Divers
Diversi

E 2 ***Gutachten***
Avis
Pareri

1. TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG 445

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 454

Index (deutsch, français e italiano) 456

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

B 2	***2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste***
B 2.2	***1. Swisscom "Talk & Surf"***

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung vom 8. November 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 Kartellgesetz (KG) betreffend Swisscom "Talk & Surf"; Gesuch um Erlassung einer Feststellungsverfügung betreffend Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung KG

A. Sachverhalt und Verfahren

1. Am 16. Februar 2004 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) gegen Swisscom AG und Swisscom Fixnet AG (nachfolgend beide als Swisscom bezeichnet) betreffend das Produktebündel "Talk & Surf" eröffnet. Gegenstand der Untersuchung ist das von Swisscom lancierte Produktebündel "Talk & Surf", welches den Telefonanschluss, einen breitbandigen Internetanschluss und verbilligte Zusatzdienste umfasst. Der Schlussbericht des Sekretariats zur Vorabklärung in Sachen "Talk & Surf", welcher Grundlage für die Untersuchungseröffnung war, wurde in der Publikationsreihe Recht und Politik des Wettbewerbs veröffentlicht (RPW 2004/2, S. 357 ff.). Eröffnung und Gegenstand der Untersuchung wurden unter anderem im Bundesblatt veröffentlicht (BBl 2004, S. 1096).

2. Mit Schreiben vom 25. März 2004 hat das Sekretariat Swisscom über das Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes orientiert. Mit Schreiben vom 1. April 2004 hat Swisscom für den der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt eine Eingabe eingereicht, welche als Meldung gemäss Übergangsbestimmung betitelt war. Das Sekretariat hat daraufhin mit Schreiben vom 7. April 2004 ausgeführt, dass der mitgeteilte Sachverhalt dem Sekretariat und der Wettbewerbskommission bereits bekannt ist und die Mitteilung von Swisscom deshalb nicht als Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung aufgefasst werden kann.

3. Am 12. Mai 2004 hat Swisscom ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung gestellt. Das Gesuch beinhaltete die folgenden materiellen Anträge:

> Es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 1. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht haben;
>
> es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass den Gesuchstellerinnen für den mit Schreiben vom 1. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auferlegt werden kann.

4. Mit Schreiben vom 20. Juli 2004 hat sich Swisscom mit Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit dieser Angelegenheit erkundigt, wann ein Entscheid der Wettbewerbskommission zugestellt werde. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 26. Juli 2004 unter Erläuterung der rechtlichen Konzeption der Übergangsbestimmung nachgefragt, ob Swisscom an ihrem Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung festhalte. Am 29. Juli 2004 hat Swisscom mitgeteilt, dass sie am Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung vom 12. Mai 2004 festhalte. Mit Schreiben vom 16. September 2004 hat Swisscom darauf hingewiesen, dass sie sich Ende September 2004 gezwungen sähe, eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung einzureichen.

B. Erwägungen

5. Wie aus den unter Randziffer 3 ausgeführten Anträgen ersichtlich ist, beantragt Swisscom mit Gesuch vom 12. Mai 2004 im Wesentlichen den Erlass einer Feststellungsverfügung der Wettbewerbskommission zu den beiden folgenden Fragestellungen: Erstens beantragt Swisscom, dass ihre Eingabe vom 1. April

2004 als Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung zu qualifizieren sei. Zweitens beantragt Swisscom, dass festzustellen sei, dass ihr für den gemeldeten Sachverhalt keine direkten Sanktionen auferlegt werden können.

6. Die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 des Kartellgesetzes ("Übergangsbestimmung") lautet wie folgt:

> Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung.

7. Die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 hält fest, dass mit einer Übergangsbestimmung die Möglichkeit eingeräumt werden soll, bestehende Wettbewerbsbeschränkungen innert sechs Monaten (das Parlament hat die Übergangsfrist auf ein Jahr erhöht) zu melden mit der Folge, dass dafür - wie bei der Meldung neuer Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 49a Absatz 3 KG - keine Belastung auferlegt werden kann (BBl 2002, S. 2022 ff., S. 2048).

8. Die Einführung von Meldemöglichkeiten für Unternehmen ist vor dem Hintergrund der vor der Gesetzesrevision geäusserten Bedenken bezüglich der Normbestimmtheit im Kartellrecht im Zusammenhang mit der Einführung direkter Sanktionen zu sehen. Mit dieser Fragestellung hat sich unter anderem das Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) von Prof. RHINOW geäussert (RPW 2001/3, S. 592 ff.). Das Gutachten lieferte Grundlagen für gesetzgeberische Vorarbeiten und fand unter anderem auch bezüglich der Meldemöglichkeiten Eingang in die Botschaft des Bundesrates zur Kartellgesetzrevision (BBl 2002, S. 2022 ff., S. 2036).

9. Das Gutachten bezieht sich hinsichtlich der Meldemöglichkeiten insbesondere auf die in Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG eingeführte Bestimmung. Im gleichen Zug wird jedoch im Gutachten auch erwähnt, dass im Rahmen einer solchen Normierung gleichzeitig die wichtige übergangsrechtliche Frage geklärt werden könnte, was in Bezug auf bereits bestehende Abreden und Verhaltensweisen zu gelten hat. Die Meldemöglichkeit gemäss Übergangsbestimmung KG bezweckt damit mit Blick auf deren Entstehungsgeschichte unter anderem eine Abklärung der Frage, ob ein Sachverhalt wettbewerbsrechtlich problematisch und möglicherweise mit direkten Sanktionen bedroht ist.

10. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Artikel 39 KG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Artikel 25 Absatz 1 VwVG hält fest, dass die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen kann. Laut Artikel 25 Absatz 2 VwVG ist dem Begehren um eine Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist.

11. Gemäss Rechtsprechung und Lehre kommt eine Feststellungsverfügung gegenüber einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung nur ***subsidiär*** zum Zug. Eine Feststellungsverfügung ist nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebensogut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann (u.a. BGE 126 II 300 E. 2.c; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 76, Rz. 207). Spezifisch das Kartellgesetz betreffend hat denn auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) mit Blick auf die Subsidiarität von Feststellungsbegehren gegenüber dem ordentlichen Untersuchungsverfahren festgehalten, dass für den Erlass einer Feststellungsverfügung kein Raum bleibt, wo die Wettbewerbskommission eine gestaltende Verfügung trifft (RPW 1999/3, S. 514).

12. Im vorliegenden Fall ist bei der Wettbewerbsbehörde ein Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 KG betreffend das Produktebündel "Talk & Surf" hängig. Artikel 27 KG sieht vor, dass beim Bestehen von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet. Das Untersuchungsverfahren stellt - neben der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen - das zentrale Instrument zur Bekämpfung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen dar (BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen; unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Freiburg 2002, S. 28).

13. Das Untersuchungsverfahren dient der näheren Abklärung, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 oder Art. 7 KG) bestehen. Hauptsächliches Ergebnis einer Untersuchung ist die verbindliche Feststellung, ob unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen oder nicht. Eine Untersuchung wird mittels Entscheid der Wettbewerbskommission (vgl. Art. 30 KG) abgeschlossen.

14. Betreffend das Produktebündel "Talk & Surf" von Swisscom läuft bereits ein Verfahren, welches die Frage abklärt, ob diesbezüglich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen oder nicht. Diese Untersuchung wird durch ein Leistungs-/Gestaltungsurteil oder mit einer Einstellung des Verfahrens durch die Wettbewerbskommission abgeschlossen werden, wobei im Falle einer folgenlosen Einstellung der Untersuchung die Beantwortung der Frage bezüglich der Möglichkeit einer Meldung gemäss Übergangsbestimmung Kartellgesetz mangels unzulässiger Verhaltensweisen - und damit auch bezüglich Sanktionen nach Artikel 49a Absatz 1 KG - per se hinfällig wird.

15. Wie vorstehend aufgezeigt, soll die Meldemöglichkeit gemäss Übergangsbestimmung den Unter-

nehmen die Gelegenheit bieten, eine Abklärung möglicher wettbewerbsrechtlicher Probleme oder einer möglichen Bedrohung durch direkte Sanktionen, eines Sachverhaltes durch die Wettbewerbsbehörden durchführen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Revision von 2003 des Kartellgesetzes mit der Einführung direkter Sanktionen einzig eine neue Rechtsfolge für gewisse bereits unter dem bisherigen Recht unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt hat. An der materiellen Beurteilung der Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen hat sich grundsätzlich nichts geändert.

16. Die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit ist jedoch Gegenstand der laufenden Untersuchung in Sachen Swisscom "Talk & Surf". Aufgrund der Subsidiarität von Feststellungsverfügungen erfolgt mit Blick auf die oben in Randziffer 11 f. angeführte Rechtsprechung und Lehre die Beurteilung des gesamten in Frage stehenden Sachverhaltes in der Endverfügung der laufenden Untersuchung. Dies betrifft auch die sich im Falle der Feststellung der Unzulässigkeit des Verhaltens von Swisscom stellende Frage der allfälligen Sanktionierbarkeit eines möglichen unzulässigen Verhaltens.

17. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls auf die Rechtsprechung der REKO/WEF zu verweisen, welche betreffend Fragen hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen darauf hingewiesen hat, dass es neben der Vorabklärung und der Untersuchung kein "streitiges Verwaltungsverfahren sui generis" gibt (mit Hinweisen auf frühere Praxis: RPW 2004/2, S. 635). Auch die Übergangsbestimmung zur Revision des KG vom 20. Juni 2003 sieht kein spezielles Verfahren vor, Rechtsfragen im Zusammenhang einer Meldung ausserhalb eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens mittels Verfügung zu beantworten. Damit besteht für die Wettbewerbskommission auch keine Möglichkeit, eine Verfügung der Art zu erlassen, wie sie von den Gesuchstellerinnen beantragt wird. Die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes, inklusive der aufgeworfenen übergangsrechtlichen Fragen, wird im Rahmen der hängigen Untersuchung der Weko erfolgen.

18. Rechtsprechung und Lehre verlangen zudem, dass - abgesehen von der Subsidiarität von Feststellungsverfügungen - bei der Feststellung von in Zukunft entstehenden Rechten und Pflichten, diese bereits im Feststellungszeitpunkt ***genügend konkret*** sein müssen (ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 43 f.). Das Bundesgericht verlangt ebenfalls, dass bei der Feststellung künftiger öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten diese schon im Zeitpunkt des Feststellungsbegehrens hinreichend bestimmt sein müssen (BGE 108 Ib 540 E. 3). Da der Ausgang des laufenden Untersuchungsverfahrens ungewiss ist, liegt im jetzigen Zeitpunkt keine ausreichende Bestimmtheit von eventuellen Rechten und Pflichten vor, damit über die gestellten materiellen Begehren mittels Feststellungsverfügung entschieden werden könnte. Dies wird insbesondere durch den möglichen Fall einer folgenlosen Einstellung einer Untersuchung veranschaulicht.

19. An dieser Stelle ist zudem festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Gesuchstellerinnen (deren Standpunkt zum Verfahren sich u.a. wiederfindet in: JACOBS, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Jusletter 27.9.004) mittels Übergangsbestimmung des Kartellgesetzes der Gegenstand eines laufenden Untersuchungsverfahrens nicht "gemeldet" werden und damit ein Unternehmen einer allfälligen direkten Sanktionierbarkeit entgehen kann (vgl. zum Ganzen: STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts, in: STOFFEL/ZÄCH (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 1 ff.). Mit den Meldemöglichkeiten hat der Gesetzgeber beabsichtigt, ausserhalb eines hängigen Verfahrens eine Möglichkeit der Klärung der Rechtslage für Unternehmen zu schaffen, welche Zweifel bezüglich allfälliger wettbewerbsrechtlicher Probleme und der Frage der direkten Sanktionierbarkeit haben. Wenn hingegen ein Unternehmen weiss, dass es sich möglicherweise unzulässig verhält und dies trotzdem versucht zu melden, verdient ein solches Verhalten keinen besonderen Schutz.

C. Kosten

20. Über die Kosten dieser Verfügung wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

D. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung wird nicht eingetreten.

2. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.

3. [Eröffnung]

B 2.2	***2. Swico/Sens***

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Händler, Hersteller und Importeure von Geräten der Unterhaltungselektronik, der Büro-, Informations- und Kommunikationstechnik sowie von Haushaltgeräten sind rechtlich verpflichtet, entsprechende Altgeräte kostenlos zurückzunehmen und zu entsorgen. Viele dieser Hersteller, Importeure und Händler haben den Swico und/oder die Sens mit der Erfüllung dieser Pflicht beauftragt. Die Verträge mit dem Swico und der Sens sehen vor, dass die Hersteller/Importeure Neugeräte mit einer vorgezogenen Recyclinggebühr belasten und diese an den Swico oder die Sens abliefern. Die vorgezogenen Recyclinggebühren (vRG) sind in ihrer Höhe verbindlich und über alle Verkaufskanäle zu erheben. Hersteller, Importeure und Händler bleiben nach Unterzeichnung der Vereinbarung im Entscheid über die Überwälzung der vRG allerdings frei. Eine Übereinkunft über die Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselementes bildet keine Preisabsprache, solange sie auf dem Markt des Endproduktes nicht preisharmonisierend wirkt. Eine solche Wirkung besteht im vorliegenden Fall nicht. Ebenfalls liegen keine Anzeichen vor, dass der Wettbewerb bei den Neugeräten nicht spielen würde. Es liegt eine - rechtlich erzwungene - Internalisierung eines Kostenfaktors vor, nicht aber eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes.

Die Sens und der Swico haben zudem vereinbart, dass die Sens die Entsorgung bestimmter Gerätekategorien und der Swico die Entsorgung anderer Gerätekategorien übernimmt. Hiebei handelt es sich nicht um eine Abrede über die Marktaufteilung, möglicherweise jedoch um eine solche über die Marktorganisation. Es bleibt offen, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Sie lässt sich aus Effizienzgründen rechtfertigen, insbesondere senkt sie die Transaktionskosten und ermöglicht den Entsorgungsunternehmen, Grössenvorteile auszuschöpfen. Wegen ausreichenden potenziellen Wettbewerb besteht keine Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

Les commerçants, fabricants et importateurs d'appareils électroniques de divertissement, de techniques de bureau, information et communication ainsi que d'appareils électroménagers ont l'obligation légale de reprendre sans frais les appareils usagés et de les éliminer. Nombre de ces fabricants ont chargé Swico et/ou Sens de l'accomplissement de cette tâche. Les contrats passés avec Swico et Sens prévoient que les fabricants/importateurs d'appareils neufs prélèvent une taxe de recyclage anticipée, qu'ils reversent à Swico ou Sens. Le montant des taxes de recyclage anticipées (TRA) est obligatoire et elles doivent être prélevées par tous les canaux de distribution. Les fabricants, importateurs et vendeurs restent libres de décider de répercuter la TRA après avoir signé la convention. Un accord sur la répercussion d'un élément de prix, faible en proportion, ne constitue pas un accord sur les prix pour autant qu'il n'ait pas pour effet d'harmoniser les prix sur le marché du produit fini. Un tel effet n'existe pas dans le présent cas. Il n'existe pas non plus de signes laissant apparaître que la concurrence ne fonctionnerait pas sur le marché des appareils neufs. On est en présence de l'internalisation d'un facteur de coût - rendue obligatoire par la loi - mais non d'un accord en matière de concurrence au sens de la loi sur les cartels.

En outre, Sens et Swico ont convenu que S.EN.S se chargerait de l'élimination de certaines catégories d'appareils et Swico de celles d'autres catégories d'appareils. Il ne s'agit pas ici d'un accord portant sur la répartition du marché mais sur l'organisation du marché. La question de savoir si cet accord constitue une restriction notable à la concurrence peut rester ouverte. Cette convention peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique. En particulier, elle réduit les coûts de transaction et permet aux entreprises d'élimination de réaliser des économies d'échelle. La concurrence efficace ne peut être supprimée, en raison d'une concurrence potentielle suffisante.

Commercianti, produttori ed importatori d'apparecchi provenienti dall'informatica, dall'elettronica per ufficio, dalla telecomunicazione e dall'industria grafica, così come d'apparecchi d'elettronica di consumo sono giuridicamente obbligati a riprendere gratuitamente i vecchi apparecchi e di riciclarli. Molti produttori, importatori e commercianti hanno delegato questo compito a Swico e/o Sens. I contratti con Swico e con Sens prevedono che i produttori/importatori s'impegnano a gravare i nuovi apparecchi di una tassa di riciclaggio e di versare gli introiti a Swico o a Sens. I montanti delle tariffe di riciclaggio anticipate (TRA) sono fissi e da applicare a tutti i canali di vendita. I produttori, gli importatori e i commercianti anche dopo la conclusione della convenzione erano liberi di decidere se accollare le TRA sui clienti. Una convenzione sul trasferimento di una parte del prezzo relativamente ridotta non è da considerare un accordo sui prezzi, fino al momento in cui non sviluppa un effetto armonizzante del prezzo del prodotto finale sul mercato. Un tale impatto non è riscontrabile nel caso in oggetto. Infatti, non vi sono elementi che mostrano che la concorrenza sugli apparecchi nuovi non funzioni. Esiste un'internalizzazione - giuridicamente forzata - di un fattore di costo ma non un accordo ai sensi della legge federale sui cartelli.

Sens e Swico hanno inoltre deciso che Sens si occupa dello smaltimento di determinate categorie d'apparecchi mentre Swico dello smaltimento di altre. In questo caso non si tratta di un accordo relativo alla ripartizione del territorio, ma probabilmente di uno relativo all'organizzazione del mercato. Rimane aperto, se l'accordo intralcia notevolmente la concorrenza. Quest'intesa è da considerare giustificata da motivi d'efficienza economica: da un lato, perché riduce i costi di transazione e, dall'altro, perché permette alle società di riciclaggio di approfittare d'economie di scala. La concorrenza efficace non può essere soppressa tenuto conto di una concorrenza potenziale sufficiente.

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Die Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG, SR 814.620) trat am 1. Juli 1998 in Kraft. Die VREG hat die Rücknahme- und Entsorgungspflicht von Händlern, Herstellern und Importeuren von Geräten der Unterhaltungselektronik, der Büro-, Informations- und Kommunikationstechnik sowie von Haushaltgeräten verankert (Art. 4 und 5 VREG).

2. Die gesamten Kosten für die Entsorgung der elektrischen und elektronischen Geräte werden auf ca. CHF 60-70 Mio. geschätzt. Artikel 4 VREG besagt, dass die Rücknahme kostenlos zu erfolgen hat. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 VREG sollen Händler, Hersteller und Importeure, welche die Entsorgung der von ihnen verkauften Geräte nicht durch finanzielle Beiträge an eine private Organisation sicherstellen, solche Geräte auf eigene Rechnung der Verwertung zuführen müssen. Damit sollen die Rahmenbedingungen für die Finanzierung der Geräteentsorgung verbessert werden. Die Vollzugserfahrung mit der VREG habe deutlich gemacht, dass den Konsumenten dringend die Gratisrückgabe ermöglicht werden müsse. Die Reklamationen von Bürgerinnen und Bürgern (und Konsumentenorganisationen) zur VREG hätten fast durchwegs die unklaren Verhältnisse bei den Entsorgungsgebühren betroffen (vgl. Unterlagen vom 13.11.2002 zur Vernehmlassung zur neuen Verordnung über den Verkehr mit Abfällen [VeVA], Erläuternder Bericht, S. 26). Die besagten Bestimmungen sind am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Im genannten Zusammenhang ist auch die Änderung vom 21. Januar 2004 der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV, SR 942.211) zu verstehen, welche in Artikel 4 Absatz 1 nun vorsieht, dass vorgezogene Entsorgungsbeiträge im Detailpreis inbegriffen sein müssen. Diese Bestimmung tritt am 1. Juni 2005 in Kraft. Bis dahin sind vorgezogene Entsorgungsbeiträge, welche nicht im Detailpreis inbegriffen sind, im Laden, im Schaufenster und in der Werbung gesondert und gut lesbar bekannt zu geben.

3. Die Stiftung Entsorgung Schweiz (in der Folge Sens), der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (in der Folge Swico) und der Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz (in der Folge FEA) haben im Juni 2000 ein Grobkonzept für eine gemeinsame Recyclinglösung für elektrische und elektronische Geräte aus Haushalt, Gewerbe, Büro und Industrie erarbeitet. Dies sei insbesondere zwecks Umsetzung der VREG und Erleichterung der Handhabung für Konsumenten und Industrie geschehen. Dieses gemeinsame Projekt hat den Namen EasyRec erhalten. Die Einführung dieses alle Elektrogeräte umfassenden Systems ist für die meisten Geräte auf den 1. Januar 2002 erfolgt. Für Haushaltgeräte wurde das System auf den 1. Januar 2003 eingeführt. Für Elektrogeräte des Bau-, Garten- und Hobbymarktes sowie Spielgeräte mit elektrischen und elektronischen Komponenten am 1. Januar 2005 (vgl. Medieninformation der Sens vom 21.12.2004).

4. Viele der zur Rücknahme und Entsorgung verpflichteten Hersteller, Importeure und Händler haben den Swico und/oder die Sens mit der Erfüllung dieser Pflicht beauftragt.

a. Die Sens wurde 1990 gegründet. Zweck der Sens ist gemäss Leitbild die Förderung von privatwirtschaftlich organisierten Entsorgungslösungen, die Qualitätssicherung zur umweltverträglichen Entsorgung, das Optimieren von Logistiksystemen, die wettbewerbsgerechte Finanzierung der Leistungen und eine gesamtschweizerisch ausgerichtete Öffentlichkeitsarbeit. Über das Sens-Entsorgungssystem werden elektrische Haushaltklein- und -grossgeräte entsorgt, zum Beispiel Küchengeräte, Staubsauger, Nähmaschinen, Kaffeemaschinen, Kühlgeräte, Backöfen, Waschmaschinen, deren Zubehör, Spielzeuge mit elektrischen und elektronischen Komponenten sowie Elektrowerkzeuge (vgl. den Sens-Faltprospekt "Noch nie war die Entsorgung von Haushaltgeräten einfacher!"). Zu den Stiftern von Sens gehören unter anderem Coop und Migros sowie die Entsorgungsbetriebe AG für Abfallverwertung (Avag), Ruag, Fonda AG und SM Recycling AG. Stifter ist ebenfalls der FEA. Im Stiftungsrat sind unter anderem der FEA, Coop, Avag und Ruag vertreten.

Die Vertragspartner der Sens haben entweder die Vereinbarung EasyRec oder die so genannte Anschlusserklärung unterzeichnet und verpflichten sich damit, die von ihnen importierten und in der Schweiz ausgelieferten Geräte mit einer vorgezogenen Recyclinggebühr (vRG) zu belasten und die vRG an den vRG-Fonds der Sens abzuliefern. Gemäss Anschlusserklärung und EasyRec-Vereinbarung werden die vRG über alle Handelsstufen gemäss offizieller vRG-Tarif- und Gerätelisten verrechnet. Ende 2003 gab es 140 Vertragsunterzeichner, darunter der Branchenverband FEA, Coop, Migros, Interdiscount, Fust, Manor, Carrefour und eine Mehrzahl von Herstellern oder Importeuren wie John Lay Electronics AG, Jura Elektroapparate AG, Miele AG und andere.

b. Der Swico ist ein Branchenverband mit Sitz in Zürich. Ihm gehören über 440 Mitgliedfirmen an, welche in den Gebieten Informatik, Kommunikations- und Organisationstechnik, Büroeinrichtungen, Bürotechnik, Consumer Electronics, Software und Dienst-

leistungen und Lieferanten der grafischen Industrie tätig sind. Der Swico hat eine Konvention über Recycling und Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten der Informations- und Kommunikationstechnik erarbeitet (Swico-Konvention). Dieses Konzept wird seit dem 1. April 1994 angewendet und sieht die landesweit garantierte Rücknahme von Geräten und deren Entsorgung vor. Finanziert wird das Konzept mittels einer vRG. Der Verbraucher zahlt beim Kauf eines solchen Gerätes die vRG in Abhängigkeit vom Wert der gekauften Ware oder - bei Unterhaltungselektronik - je nach Produkt. Dafür steht dem Konsument das Recht zu, ausgediente Geräte kostenlos zurückzugeben. Die vRG wird von Herstellern und Importeuren entweder selbst verwaltet oder an den Swico weitergeleitet, der sie auf separaten Konten verwaltet. Die eingezogenen Gelder werden für die Triage, den Transport und die eigentliche Entsorgung der Geräte verwendet.

Die Unterzeichner der Swico-Konvention verpflichten sich unter anderem, die vom Swico festgelegten vRG über alle Verkaufskanäle zu erheben (Ziff. 8 der Konvention). Ende 2003 gab es über 300 Vertragsunterzeichner, darunter Agfa-Gevaert AG, Canon (Schweiz) AG, Carrefour, Coop, Dell Computer SA, 3M (Schweiz) AG sowie die Migros.

5. Die durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) durchgeführte Vorabklärung (Art. 26 KG) ergab Anhaltspunkte, wonach die genannten Vereinbarungen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verursachen würden. So würden die Hersteller, Importeure und Händler die Entsorgungspreise sowie deren Überwälzung auf die Endabnehmer absprechen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Es bestünden Anhaltspunkte, wonach diese Wettbewerbsabrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung verursache, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse (vgl. RPW 2002/2, S. 258 ff., Rz. 52 ff.).

6. Die Vorabklärung des Sekretariats ergab zudem Anhaltspunkte, wonach der Swico und die Sens im Rahmen des Projektes EasyRec vereinbart hätten, dass der Swico neben der Organisation der bisher bereits zu entsorgenden Geräte (Geräte aus den Bereichen Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation und grafischer Industrie) neu auch die Organisation der Entsorgung der Geräte der Unterhaltungselektronik übernehme. Die Sens dagegen würde die Entsorgung von Haushaltgross- und -kleingeräten, Raumluftbehandlungsgeräten, Elektrowerkzeugen und -installationsmaterial und der elektrischen Gartengeräte organisieren. Somit hätten sich der Swico und die Sens vermutlich in unzulässiger Weise den Markt für die Organisation der Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott aufgeteilt (vgl. RPW 2002/2, S. 265 f., Rz. 78 ff.).

7. In diversen Eingaben bestreiten sowohl der Swico als auch die Sens, dass eine Wettbewerbsabrede über die Marktaufteilung vorliegen würde. So bringt die Sens vor, dass zwischen dem Swico und der Sens weder eine Vereinbarung unterzeichnet, noch in Teilen oder insgesamt das EasyRec-System, das als Arbeitstitel in der Konzeptphase verwendet worden sei, faktisch eingeführt worden sei. In der geplanten operativen Umsetzung werde diese Bezeichnung nicht mehr verwendet. Die beiden von Swico und Sens realisierten Entsorgungssysteme seien zudem alleine wegen ihrer Verschiedenheit in entscheidenden Punkten ohnehin nicht kompatibel und könnten die im Schlussbericht zur Vorabklärung angesprochenen Wirkungen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gar nicht hervorrufen.

8. Auch das Vorliegen einer Abrede über die Höhe und die integrale Überwälzung der vRG wird bestritten. Die Sens bringt vor, die Höhe der Recyclinggebühr werde durch den Markt und die Nachfrage für die Dienstleistungen der Sens bestimmt, da die Interessen von Importeuren/Händlern und Konsumenten in praktisch allen Teilen kongruent seien. Die Höhe der vRG würde sich nicht nach irgendwelchen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen definieren, sondern praktisch ausschliesslich über die Angebote der mit der Entsorgung beauftragten Dienstleister. Ähnliches bringt der Swico vor. So bestehe das Ziel der Mitglieder der Swico-Konvention darin, den Konsumenten eine günstige beziehungsweise stetig günstiger zu gestaltende und mittels Vorfinanzierung gesicherte Recyclingmöglichkeit anzubieten sowie eine hohe beziehungsweise in der Höhe stetig zu optimierende Rücklaufquote ausgedienter Geräte zu erreichen. Diese Zielsetzung könne nur basierend auf der Solidarität der Unterzeichner verwirklicht werden. Die Solidarität gehe dahin, dass auch Geräte unentgeltlich zurückgenommen würden, die nicht in den eigenen Sortimenten geführt würden (was über die VREG-Bestimmungen hinaus geht), oder die keiner Marke beziehungsweise keinem Markeninhaber mehr zugeordnet werden könnten oder deren Marke beziehungsweise Anbieter nicht mehr existiere. Vor allem für solche Geräte (gegenwärtig ca. 40% der zurückgeführten Geräte) müssten die Kosten der Rücknahme und Entsorgung gemeinsam getragen werden. Wie sich dies bei einer freiwilligen Branchenlösung zulasten aller Mitglieder im Innenverhältnis aufdränge, sei es für das Funktionieren beziehungsweise die Stabilität eines solchen Systems unabdingbar, dass das Entgelt für die gemeinsame Finanzierung für alle angeschlossenen Hersteller und Importeure pro Einheit (d.h. pro Gerät) gleich und damit gleich hoch bemessen werde. Inwieweit die vRG dagegen im Aussenverhältnis zu den Verbrauchern im Verkaufspreis weitergegeben werde, werde vom Swico seinen Mitgliedern nicht vorgeschrieben und hänge von der betriebsinternen Kalkulation der jeweiligen Unternehmen wie auch von deren Marketing-Strategie ab. Der Erfolg gebe dem Swico Recht. Das Swico-Finanzierungsmodell werde mittlerweile auch in verschiedenen europäischen Ländern wie Holland, Belgien, Schweden und Norwegen angewandt.

9. Auf die Vorbringen der Parteien wird im Detail - soweit notwendig - in den Erwägungen (Teil B) eingegangen.

10. Die erwähnte Vorabklärung des Sekretariats umfasste neben den eben genannten Punkten auch die folgenden Fragen:

a) Liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden über die Entsorgung von Elektroschrott vor (vgl. RPW 2002/2, S. 251 ff.)? Das Sekretariat vertrat die Meinung, dass keine solche Wettbewerbsabrede vorliegen würde, weil mit dem Swico- und dem Sens-Entsorgungs-Konzept neue Entsorgungslösungen, das heisst ***neue*** Angebote für Entsorgungslösungen geschaffen wurden, was sich stark von "klassischen" Wettbewerbsabreden unterscheiden würde, welche bloss gewisse Parameter (z.B. Preise, Mengen, Qualitäten) ***bestehender*** Angebote vereinheitlichen würden. Es gäbe auch keinen von Seiten des Verbands beziehungsweise der Stiftung ausgeübten Zwang weder für die Verbandsmitglieder beziehungsweise die Stifter noch für Nicht-Mitglieder zum Anschluss an die Entsorgungskonzepte. Der Entscheid, das Angebot von Swico und/oder Sens anzunehmen, fälle jedes Unternehmen in einem üblichen "selbst-machen-oder-machen-lassen"-Prozess ("make or buy"). Es gäbe somit keine Verträge oder andere Vereinbarungen zum Beispiel zwischen Coop und Migros (oder anderen Swico-Konventionsunterzeichnern und/oder Unterzeichnern des EasyRec-Vertrags), worin die gemeinsame Rückführung und Entsorgung oder eine Nachfragebündelung nach diesen Leistungen abgesprochen würde. Eine "Bündelung" der Nachfrage, wie dies geltend gemacht werde, liege deshalb nicht vor. Die Angebote von Swico und Sens unterschieden sich grundsätzlich nur darin von möglichen Angeboten anderer Unternehmen, als sie von einem Verband beziehungsweise einer Stiftung, das heisst zum Teil von jenen Unternehmen, die das Angebot wahrnehmen würden, geschaffen wurden. Insgesamt hielt das Sekretariat dafür, dass es keine Wettbewerbsabrede über die gemeinsame Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott und damit auch keine Nachfragebündelung gäbe. Aber selbst wenn es so eine geben würde, wäre es nach Ansicht des Sekretariats verfehlt, wegen der starken Marktstellung, die der Swico und die Sens errungen hätten, auf eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oder sogar eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die "Abrede" zu schliessen. Die von den Nachfragern von Entsorgungsleistungen genannten Vorteile des Swico- und Sens-Entsorgungssystems hätten im Zeitablauf dazu geführt, dass sich immer mehr Nachfrager für diese Systeme entschieden hätten. Dabei handle es sich grundsätzlich um einen wettbewerblichen Vorgang, das heisst, das Swico- und das Sens-System hätten sich im Wettbewerb gegen die anderen Systeme durchgesetzt.

b) Liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden über die Art (Vorgezogenheit) der Gebührenerhebung vor (vgl. RPW 2002/2, S. 258 ff.)? In diesem Fall erkannte das Sekretariat derartige Wettbewerbsabreden, denn im Gegensatz zur "Abrede" über die Entsorgung von Elektroschrott gäbe es in diesem Fall Vereinbarungen in Form der Swico-Konvention und der Vereinbarung EasyRec der Sens. Die Swico-Konvention, welche von allen Nachfragern unterzeichnet würde, welche ihre Geräte durch den Swico entsorgen lassen, sehe in Ziffer 8 vor, dass die vRG durch den Importeur/Hersteller als fester Betrag je ausgeliefertes Neugerät gemäss offizieller Swico vRG-Tabelle zu erheben sei. Zudem seien die festgelegten vRG in ihrer Höhe verbindlich für alle Mitglieder und würden über alle Verkaufskanäle erhoben. Ähnliche Bestimmungen enthalte die EasyRec-Vereinbarung der Sens. Damit würden die Nachfrager die Entsorgungspreise vereinbaren, welche sie an den Swico beziehungsweise die Sens entrichten und auf die Endverbraucher überwälzen würden. Das Sekretariat unterschied danach zwei Wettbewerbsabreden, nämlich jene über die Art der Gebührenerhebung und jene über die Höhe der vRG. Letztere ist Gegenstand der vorliegenden Verfügung; erstere erachtete das Sekretariat als gestützt auf Artikel 5 Absatz 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, weil kaum mehr bestritten sei, dass die vorgezogene, das heisst beim Kauf eines Neuprodukts erhobene Gebühr die Rücklaufquote von Altgeräten steigere. Die Vereinbarung im Rahmen der Swico-Konvention, wonach die Gebühren vorgezogen zu erheben seien, sei somit notwendig, um Ressourcen rationeller zu nutzen und rechtfertige sich deshalb aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz.

c) Gibt es Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend die Zuteilung von Gebietslosen an die Entsorgungsunternehmen anlässlich der Leistungsausschreibung durch den Swico (vgl. RPW 2002/2, S. 269 f.)? Die Frage, ob der Swico oder die Sens über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, liess das Sekretariat in allen Fällen offen, denn es würden keine unzulässigen Verhaltensweisen vorliegen. Im Fall der Zuteilung von Gebietslosen vertrat das Sekretariat die Auffassung, dass es nicht gegen das Vorliegen einer Rechtfertigung aus sachlichen Gründen spreche, wenn ein anderes (im konkreten Fall das Sens-) Entsorgungskonzept bislang ohne entsprechende Gebietslose ausgekommen sei. Es sei eher zufällig, wenn zwei Unternehmen dieselben Produktionsprozesse wählen würden. Aus der Tatsache, dass die Sens ***bisher*** ohne entsprechende Gebietslose ausgekommen sei, könne - wenn überhaupt - höchstens geschlossen werden, dass die Swico-Organisation effizienter als jene der Sens gewesen sei, da Sens im Rahmen des EasyRec-Projekts nun auch zur Ausschreibung von Gebietslosen übergehen würde (wie die Ereignisse nach Abschluss der Vorabklärungen gezeigt haben, hat dies die Sens schlussendlich aber nicht getan). Auch die Tatsache, dass nicht alle Gebietslose an im entsprechenden Gebiet ansässige Entsorgungsbetriebe vergeben worden seien, spreche nicht gegen das Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe. Zuschlagskriterium sei nicht nur die regionale Präsenz eines Entsorgungsbetriebs, sondern zusätzlich der Entsorgungspreis, die bisherige Erfahrung in der Zusammenarbeit sowie der Einbezug sozialer Institutionen bei der Entsorgung gewesen. Ein nicht ortsansässiger Entsorger, dessen offerierter Entsorgungspreis unter jenem eines ortsansässigen Entsorgers lag, konnte somit den Zuschlag durchaus erhalten. Auf

einen Missbrauch könne diesbezüglich somit nicht geschlossen werden.

d) Gibt es Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend die Auflage, über eine Swico- beziehungsweise Sens-Lizenz zu verfügen, um bei der Vergabe der Gebietslose Berücksichtigung zu finden (vgl. RPW 2002/2, S. 270 ff.)? Es wurde insbesondere geltend gemacht, dass die gemäss Artikel 7 VREG vorgesehene kantonale Entsorgungsbewilligung ausreichend sei, um die notwendige Qualität sicherzustellen. Die Ermittlungen des Sekretariats beim Buwal und den zuständigen kantonalen Stellen zeigten, dass bei den Entsorgungspflichtigen nicht zu Unrecht Verunsicherung darüber besteht, ob die Kantone die notwendigen Kontrollen tatsächlich durchführen können. Damit bestehe durchaus ein legitimes Bedürfnis nach einer Organisation, bei welcher die Pflichtigen sicher seien, dass die notwendige Qualität sichergestellt sei. Es sei notorisch, dass sich problematische Entsorgungsmethoden rasch negativ auf die Reputation des Entsorgungspflichtigen (Händler, Hersteller oder Importeur) auswirken würden. Anlässlich der Anhörung im September 2004 durch die Wettbewerbskommission, welche im Rahmen dieser Untersuchung stattgefunden hat, bestätigten die Je Met AG, die Met-Fer AG und die Chiesa Alteisen AG im Übrigen die Erkenntnisse des Sekretariats aus der Vorabklärung, wonach die Systeme des Swico und der Sens offen seien, das heisst, dass sich die genannten Unternehmen diesen Systemen grundsätzlich anschliessen könnten. Ein solcher Anschluss komme allerdings aus prinzipiellen Gründen nicht in Frage. Der Swico führte in diesem Zusammenhang aus, dass sich die Unterschiede zwischen Bewilligung nach VREG und Swico-Anforderungen zwischenzeitlich neutralisiert hätten. Die Sens fordert zusätzlich zur VREG-Bewilligung einen genauen Nachweis über den Stoff- und Güterzufluss.

e) Gibt es Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betreffend die Trennung von Transport- und Entsorgungsdienstleistung bei der Ausschreibung (vgl. RPW 2002/2, S. 272 f.)? In diesem Zusammenhang wurde vorgebracht, dass es in den meisten Fällen effizienter wäre, die Logistik- und Entsorgungsdienstleistungen im Paket zu bestellen. Der Swico entgegnete, dass die Auftrennung von Rückführungs- und Entsorgungsleistung zum einen das für ihn effizienteste System sei, zum anderen notwendig, um die Finanzströme tatsächlich kontrollieren und das Entstehen von "Graumärkten" verhindern zu können. Die Trennung der beiden Dienstleistungen ermögliche eine zusätzliche Kontrolle der Stoffströme, indem die zurückgeführte Menge zweimal gewogen werde. Das Sekretariat ging nicht weiter auf die Vorbringen und Entgegnungen der Parteien ein, weil die Wettbewerbsbehörden nicht beurteilen würden, welches System das effizienteste sei. Um kartellrechtlich zulässig zu sein, genüge es, wenn eine nachvollziehbare sachliche Rechtfertigung vorliege. Die habe der Swico erbracht. Daher würden die pauschalen Vorbringen der Gegenparteien, wonach das bestehende System effizienter beziehungsweise typischer sei, ins Leere stossen, das heisst, würden kein unzulässiges Verhalten des Swico zu begründen vermögen.

f) Gibt es andere Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (vgl. RPW 2002/2, S. 273 f.)? Für gerechtfertigt hielt das Sekretariat auch Vorbringen, wonach die vom Swico vorgesehene Entsorgungsorganisation insgesamt nicht effizient sei, weil zum Beispiel gewisse Zerlegebetriebe bereit seien, für Altgeräte, welche wertvolle Rohstoffe enthalten, zu bezahlen, während der Swico in jedem Fall eine fixe Entschädigung ausrichte, oder auch, weil das Wiederverwerten von noch gebrauchsfähigen Geräten den Entsorgern und Sammelstellen im Swico-System untersagt sei (anlässlich der Anhörung im September 2004 durch die Wettbewerbskommission erklärte der Swico, dass die Recycler nicht über die erforderlichen Fähigkeiten verfügen würden, Occasionshandel zu treiben. Die Sens präzisierte, dass es im Interesse des Konsumenten sei, nur qualitativ überprüfte Geräte zu kaufen). Auch weitere Vorbringen betreffend die Ausschreibung der Entsorgungsleistungen erachtete das Sekretariat als zulässig.

11. Die Eingaben des VSMR (Verband Stahl- und Metall-Recycling Schweiz) und der Je Met et al., welche diese Unternehmen im Rahmen des Untersuchungsverfahrens machten, bezogen sich vielfach auf die eben geschilderten Ergebnisse der vom Sekretariat geführten Vorabklärung. So brachte zum Beispiel der VSMR an der Anhörung vom 6. September 2004 vor, es sei stossend, dass auch die Höhe der Rücklaufquote in die Effizienzbeurteilung einbezogen würde. Dies sei unter dem geltenden Kartellgesetz nicht zulässig, es handle sich um ein umweltpolitisches Anliegen. Als weitere Beispiele zu nennen sind insbesondere die Eingaben der Je Met et al., aber auch des VSMR vom 15. Januar 2004, welche Ausführungen über die Wettbewerbsverhältnisse auf Stufe Entsorgungsunternehmen beziehungsweise über das Verhältnis dieser Unternehmen zum Swico und zur Sens enthalten. Auf diese Vorbringen wird in der Folge nicht weiter eingegangen, da sie sich nicht auf den Untersuchungsgegenstand beziehen.

A.2 Verfahren

12. Aufgrund der Ergebnisse der Vorabklärung hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 16. Mai 2002 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Kartellgesetzes gegen den Swico und die Sens sowie die Unterzeichner der Swico-Konvention und der Sens-EasyRec-Vereinbarung eröffnet.

13. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 31. Mai 2002 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 11. Juni 2002 im Bundesblatt publiziert.

14. Weil es sich um ein Massenverfahren handelt, wurde den Unterzeichnern der Swico-Konvention und der Sens-EasyRec-Vereinbarung die Untersuchungseröffnung mit der amtlichen Publikation im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt gegeben. Der Publikationstext enthielt auch

die Mitteilung, wonach das Sekretariat davon ausgehe, dass sich die Unterzeichner der Swico-Konvention und der Sens-EasyRec-Vereinbarung durch den Swico oder die Sens vertreten lassen würden. Falls eines oder mehrere dieser Unternehmen selbst am Verfahren teilnehmen wollen oder eine andere Vertretung wählen, sei dies dem Sekretariat innert 30 Tagen nach dem Zeitpunkt der Publikation bekannt zu geben. Andernfalls erfolge die Vertretung durch den Swico oder die Sens (vgl. Art. 11a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, VwVG, SR 172.021). Beim Sekretariat hat sich keines dieser Unternehmen gemeldet. Somit lassen sich alle Unterzeichner der erwähnten Konvention und der Vereinbarung vom Swico oder von der Sens vertreten.

15. Zu Beginn der Untersuchung war überdies zu klären, ob auch den Anzeigerinnen im Verfahren der Vorabklärung Parteistellung zukommt, das heisst dem VSMR sowie der Je Met AG, Delémont, der Met-Fer AG, Delémont, und der Chiesa Alteisen AG Altmetalle, Pratteln (in der Folge Je Met et al.).[1] Das Sekretariat räumte diesen Unternehmen aus folgenden Gründen Parteistellung ein:

- Im Untersuchungsverfahren ist unter anderem zu prüfen, ob die Vereinbarung über die integrale Überwälzung der vRG rechtens ist. Es ist nicht auszuschliessen, dass eben diese Vereinbarung die Swico- und Sens-Systeme sehr attraktiv macht. Somit hätte eine Verfügung der Wettbewerbskommission, die diese Abrede untersagen würde, möglicherweise zur Folge, dass einige Systemteilnehmer sich nach anderen Systemen umsehen würden. Da die genannten Unternehmen im Wettbewerb mit dem Swico beziehungsweise der Sens stehen, könnte diese Abrede ihre wirtschaftliche Position erheblich beeinflussen.
- In der Untersuchung ist auch zu klären, ob es eine Abrede zwischen dem Swico und der Sens über die Aufteilung des Marktes für die Organisation der Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott gibt und ob diese unzulässig ist. Es ist möglich, dass eine Untersagung dieser angeblichen Marktaufteilung die Entsorgungssysteme des Swico und der Sens destabilisieren und die Wettbewerbsverhältnisse grundlegend ändern würden. Da die genannten Unternehmen im Wettbewerb mit dem Swico beziehungsweise der Sens stehen, könnte diese Abrede ihre wirtschaftliche Position erheblich beeinflussen.

16. Gleichzeitig mit der Untersuchungseröffnung wurden der Swico und die Sens aufgefordert, zu den für die Untersuchung relevanten Teilen des Vorabklärungsberichts Stellung zu nehmen. Die Stellungnahmen gingen beim Sekretariat am 14. Juni 2002 respektive am 30. August 2002 ein.

17. Im Rahmen der Untersuchung fanden diverse Schriftenwechsel mit den Parteien statt und wurden Hersteller/Importeure von elektrischen und elektronischen Geräten befragt.

18. Auf Gesuch hin wurde dem Swico am 4. Juni 2002 und am 14. Januar 2003 Akteneinsicht gewährt; dem VSMR und der Je Met et al. am 21. Oktober 2002 sowie dem VSMR erneut am 11. Februar 2003.

19. Dem Swico und der Sens wurden am 16. April 2003 die vorläufigen Erkenntnisse des Sekretariats in einem als "Zwischenresultate" bezeichneten Bericht bekannt gegeben. Im Mai 2003 und Juni 2003 befragte das Sekretariat erneut den Swico und die Sens sowie Hersteller von elektrischen und elektronischen Geräten.

20. Am 15. August 2003 reichte der Rechtsvertreter der Je Met et al. zwei Rechtsbegehren ein. Anbegehrt wurde insbesondere die Ausweitung der Untersuchung auf die Frage, ob nicht alle Entsorgungsbetriebe mit kantonaler Bewilligung Anspruch auf einen angemessenen Anteil aus dem vRG-Fonds hätten. Das Sekretariat holte bei den anderen Parteien Stellungnahmen zu diesen Rechtsbegehren ein. Die Stellungnahmen gingen beim Sekretariat am 26. September 2003 respektive am 6. Oktober 2003 ein. Auf die Vorbringen der Parteien wird im Detail - soweit notwendig - in den Erwägungen (Teil B) eingegangen.

21. Der Verfügungsentwurf (Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission) wurde den Parteien inklusive jener Akten, welche sie nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt erhalten hatten (vgl. Rz. 18), am 30. Oktober 2003 zugestellt.

22. Die Parteien reichten ihre Stellungnahmen am 20. November 2003 (Swico), 1. Dezember 2003 (Sens) und am 15. Januar 2004 (VSMR und Je Met et al.) ein. Die Stellungnahmen wurden den Mitgliedern der Wettbewerbskommission am 21. Januar 2004 (Kammer Infrastruktur) beziehungsweise am 24. März 2004 (gesamte Wettbewerbskommission) zur Kenntnis gebracht.

23. Der VSMR stellte in seiner Eingabe vom 15. Januar 2004 Antrag um Anhörung vor der Wettbewerbskommission. Die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission lehnte diesen Antrag an ihrer Sitzung vom 2. Februar 2004 ab, da der Sachverhalt bereits rechtsgenüglich ermittelt worden sei.

24. Die Wettbewerbskommission beriet das vorliegende Geschäft an mehreren Sitzungen und beschloss am 21. Juni 2004 eine Anhörung der Parteien. Am 6. September 2004 wurden daher der Swico, die Sens, der VSMR sowie die Je Met et al. von der Wettbewerbskommission angehört. An der Anhörung leistete das Buwal Amtshilfe im Sinne von Artikel 41 KG.

B Erwägungen

B.0 Formelles

25. Mit Schreiben vom 15. August 2003 stellte der Rechtsvertreter der Je Met et al. folgende Rechtsbegehren:

[1] Partei ist, wer Beschwerdebefugnis hat. Beschwerdebefugnis kann gemäss Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angenommen werden, wenn ein Unternehmen in einem Konkurrenzverhältnis mit den Abredebeteiligten steht und durch die Abrede eine erhebliche Behinderung seiner wirtschaftlichen Position hinzutritt (vgl. RPW 1997/2, S. 250).

"1. Es sei die laufende Untersuchung gegen die Organisationen Swico und Sens auf die Abklärung folgender Frage auszudehnen: Hat nicht jeder Entsorgungsbetrieb, der eine kantonale Bewilligung im Sinne der VREG zur Entsorgung von Elektrogeräten besitzt und den Nachweis erbringt, dass er Elektrogeräte entsorgt hat, Anspruch darauf, dafür einen angemessenen Beitrag aus den von den Organisationen Swico und Sens verwalteten Kassen zu erhalten, in welche die vorgezogene Recyclinggebühr (vRG) einbezahlt wurde?

2. Die Weko möge Stellung zum Entwurf der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVA) nehmen und sich insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Änderung von Artikel 4 VREG in dem Sinne äussern, dass die Verpflichtung für Händler, Hersteller oder Importeure auf die Verpflichtung beschränkt wird, die Art der von ihnen vertriebenen Geräte kostenlos zurückzunehmen und für deren ordnungsgemässe Entsorgung zu sorgen."

a Zum Antrag auf Stellungnahme

26. Die Wettbewerbskommission gibt im Rahmen von Untersuchungen nach Artikel 27 ff. keine Stellungnahmen nach Artikel 46 KG ab. Auf das mit "2." bezeichnete Rechtsbegehren wird daher nicht eingetreten.

b Zum Antrag auf Entschädigung aus vRG-Fonds

27. Das mit "1." bezeichnete Rechtsbegehren begründete der Gesuchsteller zusammenfassend wie folgt: Es gehe nicht an, dass der Swico und die Sens, welche die Gelder der vRG verwalten würden, diese Gelder ausschliesslich an Entsorgungsunternehmen auszahlten, die vom Swico und der Sens selbst ausgewählt würden. Damit würde der Wettbewerb drastisch eingeschränkt. Vielmehr müsse jeder Betrieb Anspruch auf eine angemessene Entschädigung haben, der eine kantonale Bewilligung für die Entsorgung von Elektrogeräten besitze und den Nachweis erbringe, dass er die entsprechenden Elektrogeräte auch tatsächlich selbst entsorgt habe. Verwiesen wurde in diesem Zusammenhang auf einen Entscheid der EU-Kommission vom 20. April 2001 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 21.6.2001, L166, 1 ff.), wonach die Duale System Deutschland AG (DSD) keine Lizenzentgelte für den Gebrauch des grünen Punktes auf Verpackungen von Unternehmen verlangen darf, sofern diese Unternehmen nachweisen, dass sie für die Menge oder Teilmenge, für welche sie die Entsorgungsleistung der DSD nicht in Anspruch nehmen, ihre Pflichten aus der deutschen Verpackungsverordnung über konkurrierende Entsorgungssysteme oder Selbstentsorgerlösungen erfüllen.

28. In ihren Stellungnahmen vom 26. September 2003 beantragten der Swico und die Sens auf die Begehren der Gesuchsteller sei nicht einzutreten beziehungsweise diese seien abzuweisen. Insbesondere wurde vorgebracht, die Gesuchsteller seien selbst nicht im Besitze der notwendigen kantonalen Bewilligung zur Entsorgung von Elektroschrott, könnten somit aus einer Befürwortung des Gesuchs durch die Wettbewerbskommission keinen Nutzen ziehen, weshalb ihnen bereits die Legitimation zur Antragstellung fehle. Auch würden die "Kläger" im Wesentlichen zivilrechtliche Ansprüche geltend machen und seien daher auf den zivilrechtlichen Weg zu verweisen. Zudem sei das Gesuch verspätet eingereicht worden; es diene nur der Verfahrensverzögerung. In materieller Hinsicht machte die Sens geltend, dass in ihrem System das Begehren längst hinfällig sei, weil grundsätzlich jeder Anbieter für seine Entsorgungsleistungen bei der Sens Rechnung stellen könne (im Sens-System akquirieren die Entsorger ihre Abgeber selbst). Allerdings würden die Rechnungen nur dann bezahlt, wenn auch eine Kontrolle der tatsächlich zu entsorgenden Geräte in quantitativer und qualitativer Hinsicht möglich sei. Der Swico brachte weiter vor, dass das Swico-Label ein Gütesiegel sei, welches gefährdet würde, wenn auch Entsorger, welche die erforderlichen Qualitätsstandards, um dieses Label zu erlangen, nicht erfüllen würden, aus dem vRG-Topf entschädigt werden müssten.

29. Wie der Swico und die Sens treffend ausführen, ist es nicht an der Wettbewerbskommission, über zivilrechtliche Ansprüche zu befinden. Die Wettbewerbskommission hat jedoch zu beurteilen, ob Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zeitigen (Art. 1 KG). Ist nicht geradezu von vornherein auszuschliessen, dass derartige Schäden vorliegen, hat die Wettbewerbskommission auf Anträge von Parteien einzutreten, selbst wenn diese vordergründig zivilrechtliche Ansprüche geltend machen oder wenn die Antrag stellende Partei keinen Nutzen aus der Gutheissung des Antrags ziehen kann. Auf das Rechtsbegehren wird deshalb eingetreten.

30. Vorgezogene Recyclinggebühren werden nur von jenen Herstellern und Importeuren an den Swico und die Sens abgeführt, welche sich dazu vertraglich gegenüber dem Swico und/oder der Sens verpflichtet haben. Durch die Vertragsschliessung haben diese Hersteller und Importeure signalisiert, dass sie ihren Entsorgungspflichten via die Swico- und Sens-Entsorgungssysteme, das heisst nicht irgendwelchen anderen Systemen, nachkommen wollen. Die Hersteller/Importeure haben somit eine Wahl getroffen. Vieles spricht dafür, dass sie diese Wahl getroffen haben, weil sich das Swico- und das Sens-Entsorgungssystem anderen Systemen als überlegen erwiesen haben. Letztlich heisst dies, dass sich das Swico- und das Sens-System im Wettbewerb gegen die anderen Systeme durchgesetzt haben (vgl. auch die Vorabklärung Swico/Sens in RPW 2002/2, S. 257 f., Rz. 47 ff.). Würde somit dem Antrag der Gesuchsteller stattgegeben, wonach auch Entsorger, welche nicht dem Swico- oder dem Sens-System angehören, anteilsmässig aus dem "vRG-Topf" entschädigt werden sollen, würde die Wettbewerbskommission die Wahlfreiheit der Hersteller/Importeure beschneiden beziehungsweise ein im Wettbewerb zustande gekommenes Resultat korrigieren und damit den Wettbewerb selbst verzerren respektive beschränken.

31. Der Verweis der Gesuchsteller auf den DSD-Entscheid der EU kann als Illustration dienen. Kläger im genannten Fall waren diverse Hersteller von Haarpflegeprodukten, der Industrieverband Friseurbedarf sowie ein Entsorgungsdienstleister, die in Deutschland eine Selbstentsorgerlösung zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungen der von den Coiffeuren benutzten Haarpflegeprodukten organisieren wollten. Somit handelte es sich um Unternehmen, welche nicht das DSD-System auswählen und entsprechend auch keine Gelder an dieses System abführen wollten. Die vom Swico und der Sens vereinnahmten vRGs stammen demgegenüber sämtlich von Herstellern/Importeuren, welche ausdrücklich dieses System gewählt haben.

32. Der VSMR machte in seiner Eingabe vom 15. Januar 2004 geltend, dass es kaum im Sinne des KG sein könne, wenn die Wettbewerbskommission bei Abreden nur dann eingreifen könne, wenn sie nicht in die Wahlfreiheit der Beteiligten eingreifen müsse, denn Kartelle würden in den wenigsten Fällen gegen den Willen der Beteiligten geschlossen. Dem Antrag auf Untersuchungserweiterung sei deshalb stattzugeben. Im vorliegenden Verfahren ist zu klären, ob die angebliche Vereinbarung über die Höhe und integrale Überwälzung der vRG vor Kartellrecht standhalten kann. Kann sie es nicht, so ist die Vereinbarung zu untersagen. In diesem Fall gibt es nichts mehr aus dem vRG-Fonds zu verteilen, weil er nicht mehr existieren wird. Hält sie hingegen stand, hat sich die Wettbewerbskommission eines Eingriffs zu enthalten beziehungsweise besteht keine gesetzliche Grundlage für einen solchen Eingriff.

33. Der Antrag auf Untersuchungserweiterung ist deshalb unbegründet und somit abzuweisen.

c Antrag auf Parteientschädigung

34. In ihrer Stellungnahme vom 26. September 2003 zum Rechtsbegehren der Je Met et al. beantragte die Sens, ihr sei in Anwendung von Artikel 64 in Verbindung mit Artikel 11 und 11a VwVG für die notwendigen und zusätzlichen Kosten der Stellungnahme eine angemessene Parteikostenentschädigung zuzusprechen.

35. Entgegen der Auffassung der Sens besteht kein Anspruch auf Parteikostenentschädigung. Weder das KG noch das VwVG und die zugehörige Kostenverordnung (Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10.9.1969, SR 172.041.0) sehen für das nicht streitige beziehungsweise erstinstanzliche Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Da es sich im vorliegenden Fall nicht um eine obligatorische Vertretung in Massenverfahren handelt, kann auch aus Artikel 11a VwVG kein entsprechender Anspruch abgeleitet werden. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer echten Lücke verneint. Im Weiteren könne ein Anspruch auf Parteientschädigung nach Lehre und Rechtsprechung auch nicht direkt aus der alten oder neuen Bundesverfassung abgeleitet werden, weshalb auch keine unechte Lücke angenommen werden könne. Schliesslich ist insbesondere zu erwähnen, dass die REKO/WEF bei den Kartellverwaltungsverfahren nicht von einem Zwei-Parteien-Verfahren ausgeht. Aus diesem Grund könne die Einladung der Wettbewerbsbehörde an das betroffene Unternehmen, zu den Vorbringen von Antragstellern Stellung zu nehmen, - wie dies auch im vorliegenden Fall geschehen ist - lediglich als Ausfluss der Gewährung des rechtlichen Gehörs gewertet werden (vgl. Entscheid der REKO/WEF i.S. Telekurs Holding AG, Europay (Switzerland) SA, Payserv AG/Erdölvereinigung, publiziert in RPW 2000/4, S. 703).

B.1 Geltungsbereich

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

37. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, BBl 1995 I 534). Die Unterzeichner der Swico-Konvention und jene Unternehmen, welche die Vereinbarung EasyRec oder die so genannte Anschlusserklärung mit der Sens unterzeichnet haben, sowie der Swico und die Sens, die beiden letzteren in ihrer Eigenschaft als Organisatoren für die Entsorgung von Elektroschrott, sind Unternehmen im Sinne des KG.

38. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend (Kapitel B.3 und B.4) eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

39. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

40. Das USG (Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7.10.1983, SR 814.01) statuiert in Artikel 2 das Verursacherprinzip: "Wer Massnahmen nach diesem Gesetz verursacht, trägt die Kosten dafür." Artikel 32 USG bestimmt weiter, dass der Inhaber der Abfälle die Kosten der Entsorgung trägt. Damit wird das Verursacherprinzip für die Kosten der Abfallentsorgung konkretisiert (vgl. BBl 1993 II 1498). Die Sens bringt vor, dass Konsumentinnen und Konsumenten die Verursacher seien, denn durch den Kauf der Geräte würden sie die Notwendigkeit einer fachgerechten Entsorgung und der entsprechenden Tätigkeiten verursachen. Der Gesetzgeber sehe also vor, dass Konsumentinnen und Konsumenten die Kosten tragen müssten. Obwohl die Sens dies nicht explizit geltend macht, ist nachfolgend zu prüfen, ob diese Vorschriften nicht die Vereinbarung über die Höhe und die

integrale Überwälzung der vRG dem Zugriff des KG entziehen.

41. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung oder die Verleihung besonderer Rechte darf nur dort angenommen werden, wo es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten (vgl. BBl 1995 I 539, auch RPW 2002/4, S. 666). Eine derartige Absicht bestand nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht. Um den Vorschriften des USG genüge zu tun, ist es weder notwendig, die Höhe der vRG zu vereinbaren, noch die integrale Überwälzung der vRG vorzusehen. Der Endverbraucher bezahlt die Entsorgungsgebühr in jedem Fall, da kein Anbieter bereit sein wird, ihm ein Neugerät inklusive vRG zu verkaufen, wenn dem Anbieter dadurch insgesamt ein Verlust entsteht. Mit oder ohne Vereinbarung über die integrale Überwälzung der vRG wird der Wettbewerb unter den Anbietern dazu führen, dass einige Anbieter die vRG nicht integral überwälzen, sondern einen Teil davon oder die gesamte vRG selbst tragen und dadurch ihre Gewinnmarge schmälern (vgl. B.3). Selbst in diesem Fall wird der Endverbraucher aber sämtliche Kosten des Neugeräts und dessen Entsorgung, das heisst Herstell-, Vertriebs- und Entsorgungskosten, tragen.

42. Der Swico bringt vor, dass die Auffassung des Sekretariats, wonach es nicht notwendig sei, dass beim Neukauf ausgewiesen werde, welcher Betrag für die Entsorgung bezahlt werde, und dass es für den Verbraucher genüge zu wissen, dass sich der Preis für das Neugerät inklusive Entsorgungsgebühr verstehe (vgl. RPW 2002/2, S. 264, Rz. 75), vor dem Hintergrund der Preisbekanntgabeverordnung (PBV, SR 942.211) vom 11. Dezember 1978 überprüft werden müsse. Denn falls es sich so verhalten würde, dass die PBV das separate Ausweisen der vRG vorschreiben würde, könnte gegen die Überwälzungsklausel nichts eingewendet werden. Gemäss Änderung der PBV vom 21. Januar 2004 müssen vorgezogene Entsorgungsbeiträge ab 1. Juni 2005 im Detailpreis inbegriffen sein. Bis dahin sind vorgezogene Entsorgungsbeiträge, welche nicht im Detailpreis inbegriffen sind, im Laden, im Schaufenster und in der Werbung gesondert und gut lesbar bekannt zu geben. Gemäss PBV ist es somit nicht notwendig, die vRG separat auszuweisen, wenn sie im Detailpreis inbegriffen ist.

43. Gemäss Artikel 32a^{bis} Absatz 3 USG kann der Bundesrat vorschreiben, dass diejenigen, die Produkte in Verkehr bringen, den Verbraucher über die Höhe einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr in geeigneter Weise in Kenntnis setzen. Hiebei handelt es sich um eine "Kann-Vorschrift", das heisst, sie ist nicht zwingend erforderlich. Der Bundesrat hat im vorliegenden Fall bisher von dieser Kompetenz keinen Gebrauch gemacht.

44. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es somit keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.3 Keine Preisabrede

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

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

47. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

48. Die Swico-Konvention, welche von allen Nachfragern (Hersteller/Importeure) unterzeichnet wird, die ihre Geräte durch den Swico entsorgen lassen, sieht in Ziffer 8 vor, dass die vRG durch den Importeur/Hersteller als fester Betrag je ausgeliefertes Neugerät gemäss offizieller Swico vRG-Tabelle zu erheben ist. Zudem sind gemäss dieser Bestimmung die festgelegten vRG in ihrer Höhe verbindlich für alle Mitglieder und werden über alle Verkaufskanäle erhoben.

49. Ähnliche Bestimmungen enthält die Anschlusserklärung beziehungsweise EasyRec-Vereinbarung der Sens. Ziffer 3.3 der EasyRec-Vereinbarung bestimmt: "Die vorgezogene Recyclinggebühr (vRG) wird über alle Handelsstufen gemäss den offiziellen und aktuellen vRG-Tariflisten erhoben. Die Tariflisten bilden integrierenden Bestandteil des Vertrags (Anhang 5)". Anhang 1a zur Vereinbarung EasyRec präzisiert in Teil 3.3, dass die vRG verbindlich ist und über alle Verkaufskanäle erhoben werden muss. Die EasyRec-Vereinbarung wurde vom Branchenverband FEA, Coop, Migros, Interdiscount, Fust, Manor, Jumbo, Carrefour und Conforama unterzeichnet. Die Anschlusserklärung zur Teilnahme am Sens-FEA-Entsorgungssystem wird von anderen Herstellern/Importeuren unterzeichnet (z.B. Bauknecht AG und Electrolux). Sie enthält ähnliche Bestimmungen wie die EasyRec-Vereinbarung.

50. Damit vereinbaren die Unterzeichner der genannten Vereinbarungen grundsätzlich die vorgezogenen Recyclinggebühren, welche sie an den Swico beziehungsweise die Sens entrichten, und gleichzeitig, dass sie diese integral überwälzen werden. Es liegt somit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Konventionsunterzeichner vor.

51. Durch die Vereinbarungen über Höhe und integrale Überwälzung der vRG auf die Endabnehmer könnte zudem eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt werden, denn die vRG kann von den Konventionsunterzeichnern gemäss den Vertragsbestimmungen nicht selbst ganz oder teilweise

getragen werden, wodurch im Wettbewerb um Endgeräte ein Vorteil erzielt werden könnte.

52. Wegen der unterschiedlichen Formen der Überwälzung der vRG kann gemäss Sens allerdings nicht von einer einheitlichen Handhabung beim Bezug der vRG gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten ausgegangen werden. Während beispielsweise die Fust AG, Interdiscount, Conforama, Coop und Rediffusion den Betrag der vRG neben dem Kaufpreis des Gerätes separat ausweisen würden, erscheine die Höhe der Entsorgungsgebühr bei der Migros, Globus, Jumbo, Manor und Media Markt nicht im Angebot, sei für die Konsumentinnen und Konsumenten somit nicht sichtbar. Bei einer Preisbildung inklusive vRG könne im externen Verhältnis nicht erkannt und überprüft werden, welcher Betrag schlussendlich in die Entsorgung der Güter investiert werde. Da die vRG für den Kunden somit zum Teil nicht ersichtlich sei, könne sie für den Kunden somit auch keinen Entscheidparameter bilden. Ferner könne insbesondere bei den im Markt häufig zu sehenden Preisen nahe an einem runden Betrag (bspw. CHF 19.90) davon ausgegangen werden, dass der Anbieter aufgrund der bei ihm vorhandenen Konkurrenz die vRG zwar abliefere, deswegen den Preis aber nicht erhöhe und damit im Grunde genommen keine Überwälzung stattfinden würde.

53. Ähnliches bringt der Swico vor. Die Feststellung des Sekretariats, wonach der Swico eine Überwälzung der Gebühr an die Konsumenten als zu befolgende Verhaltensweise beziehungsweise faktisch vorgeschriebene Handhabe empfehle, sei nicht zutreffend. Unterzeichner der Swico-Konvention seien Hersteller und Importeure, welche in ihrem Kalkulationsentscheid betreffend einer allfälligen Überwälzung der vRG frei seien. Mit der Richtlinie für den Handel auf der Website des Swico solle - trotz ihrer etwas verunglückten Wortwahl[2] - primär sichergestellt werden, dass die Händler dem jeweiligen Endkunden höchstens die vom Importeur oder Hersteller gemäss vRG-Tabelle berechnete und allenfalls auf den Händlerpreis umgelegte vRG belasten könnten. Es stehe im freien Ermessen eines jeden Unterzeichners der Swico-Konvention, aufgrund seiner eigenen Kalkulations- und Marketingentscheidungen die vRG im Aussenverhältnis gegenüber den Verbrauchern nicht oder nur teilweise auf den Verkaufspreis aufzuschlagen und an die Konsumenten zu überwälzen. Sollten tatsächlich alle Marktteilnehmer die vRG überwälzen, sei dies einzig darauf zurückzuführen, dass auf den betroffenen Märkten ein derart intensiver Preiskampf herrsche, der es dem Marktteilnehmer nicht oder nicht mehr erlaube, auf eine Überwälzung der Entsorgungskosten zu verzichten. Daraus könne aber nicht auf das Vorliegen einer Abrede betreffend die integrale Überwälzung der vRG geschlossen werden.

54. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission bleiben die Hersteller/Importeure, aber auch die Händler, selbst nach Unterzeichnung der genannten Vereinbarungen in ihrem Kalkulationsentscheid bezüglich einer allfälligen Überwälzung der vRG frei. Selbst wenn ein Hersteller/Importeur oder Händler die vRG gemäss Tarifliste im oder separat zum Verkaufspreis ausweist, bedeutet dies nicht, dass er sie tatsächlich integral überwälzt. Zur Illustration dient folgendes Beispiel: Angenommen, die Kosten aller für die Herstellung eines Neugeräts anfallenden Aufwendungen betragen CHF 100.-. Der Verkaufspreis für das Neugerät sei CHF 150.-, das heisst die Marge des Herstellers betrage CHF 50.-. Der Hersteller/ Importeur führe zudem eine vRG von CHF 10.- an die Sens oder den Swico ab. Der Hersteller hat nun zur Verkaufspreisbildung mehrere Möglichkeiten. Er kann den Verkaufspreis auf CHF 160.- erhöhen und bekannt geben, dass im Verkaufspreis eine vRG von CHF 10.- enthalten ist. Oder er kann den Verkaufspreis auf CHF 150.- belassen und die vRG von CHF 10.- separat verrechnen. Zudem könnte er den Verkaufspreis aber auch auf CHF 155.- erhöhen und bekannt geben, im Verkaufspreis sei eine vRG von CHF 10.- enthalten. Oder aber er senkt den Verkaufspreis auf CHF 145.- und weist die vRG von CHF 10.- separat aus. In letzteren beiden Fällen überwälzt der Verkäufer nur die Hälfte der vRG, obwohl er - korrekt - angibt, dass im Verkaufspreis eine vRG von CHF 10.- enthalten ist. Zwar trägt der Käufer in allen geschilderten Fällen sämtliche Kosten des Herstellers; in den letzten beiden Fällen verringert der Hersteller jedoch seine Marge. Welche der erwähnten Varianten der Hersteller wählen wird, ist von den Wettbewerbsverhältnissen auf den Neugerätemärkten abhängig. Wie die Ereignisse zeigen, haben diese Verhältnisse denn auch bereits dazu geführt, dass die "Überwälzung" nicht (mehr) einheitlich gehandhabt wird. Einige Unternehmen weisen die vRG separat aus, andere schliessen sie im Detailpreis ein.

55. Eine Übereinkunft über die Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselementes bildet keine Preisabsprache, wenn sie auf dem Markt des Endproduktes keine preisharmonisierende Wirkung zeitigt. Eine solche Wirkung liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass auf den Neugerätemärkten kein Wettbewerb herrschen würde. Im Gegenteil sind Innovationen und Produktneueinführungen auf diesen Märkten an der Tagesordnung. Entsprechend häufig sind Produktänderungen, die mit Preisänderungen einhergehen. Ob ein Anbieter von Neugeräten die vRG tatsächlich integral "überwälzt", bleibt seinen Konkurrenten verborgen. Es liegt daher eine - vom öffentlichen Recht erzwungene - Internalisierung eines Kostenfaktors vor, nicht eine Absprache über ein Preiselement. Eine preisharmonisierende Wirkung auf dem Endproduktemarkt fehlt.

[2] "Die Handelspartner verrechnen den Endkunden die vorgezogenen Recyclinggebühren (vRG) weiter, welche die Importeure/ Hersteller gemäss vRG-Tabelle belasten" (vgl. z.B. http:// www.swico.ch/filesforweb/d_foto_wegleitung.pdf).

56. Diese Beurteilung wird gestützt durch die Änderung der Preisbekanntgabeverordnung, wonach die vRG ab 1. Juni 2005 im Detailpreis inbegriffen sein müssen. Ab diesem Datum wird es den Händlern zusätzlich erschwert, sogar unmöglich sein zu beobachten, ob ihre Konkurrenten die vRG tatsächlich integral überwälzen.

57. Im Unterschied zum Beispiel zur Buchpreisbindung (vgl. RPW 2002/4, S. 731 ff.), bei welcher wie im vorliegenden Fall ein Bündel gleichlautender Vertikalverträge zu beurteilen war, legen die Swico-Konvention und die Sens-Verträge weder den Endpreis der Produkte der Abredebeteiligten fest, noch kann, wie eben gezeigt, eine integrale und lückenlose Überwälzung der vRG tatsächlich durchgesetzt werden. In der Swico-Konvention und den Sens-Verträgen sind denn auch keine Durchsetzungsinstrumente wie Konventionalstrafen, Nichtbelieferung, Vertragskündigung oder Ähnliches zu finden, welche ergriffen würden, wenn die Vertragspartner die vRG nicht in der gewünschten Weise, das heisst integral, überwälzen würden. Damit fehlt es den Vereinbarungen aber auch an den notwendigen Instrumenten, um eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich durchsetzen zu können.

58. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission wird auch keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Vielmehr ist Zweck der in Frage stehenden Vereinbarungen die Erfüllung der in Artikel 4 und 5 VREG statuierten Rücknahme- und Entsorgungspflicht von Händlern, Herstellern und Importeuren für elektrische und elektronische Geräte. Es ist zudem im Sinne der Artikel 2 und 32 USG, dass den Abfallverursachern die Kosten für die Rückführung und Entsorgung der Altstoffe überwälzt werden.

59. Ferner gibt es nichts dagegen einzuwenden, dass der Swico und die Sens ihre Leistungen den Vertragspartnern in der jeweiligen Gerätekategorie zu denselben Konditionen verkaufen, dies jedenfalls vertraglich so zusichern. Damit ist wie gezeigt über die Art und Weise wie der Preis für diese Leistung (man könnte vom Preis für den Input "Rückführung und Entsorgung" sprechen) in die Kalkulation des Neugerätepreises eines Herstellers/Importeurs einfliesst, nichts vorweggenommen. Es handelt sich bei den vRG, welche an den Swico und die Sens abgeführt werden, grundsätzlich um Finanzierungsbeiträge zum gemeinsamen Einkauf einer Entsorgungsleistung. Insofern geht auch das Vorbringen der Je Met et al. fehl, wonach die Swico- und Sens-Entsorgungssysteme nicht mehr notwendig seien, wenn in der VREG vorgeschrieben würde, dass Händler, Hersteller und Importeure die entsprechenden Geräte kostenlos zurücknehmen müssten. Dass die Geräte kostenlos zurückgenommen werden müssen, heisst nicht, dass auch die Entsorgung derselben automatisch geschieht und zudem gratis ist. Die Entsorgung der Altgeräte, welche zu organisieren ist, was heute grösstenteils durch den Swico und die Sens geschieht, ist grundsätzlich zu vergüten. An dieser Einschätzung ändert sich nichts, selbst wenn die Entsorgung für bestimmte Gerätekategorien "gratis" ist beziehungsweise (zeitweise) sein könnte, sofern diese Geräte Rohstoffe enthalten, welche heute (aber vielleicht gestern noch nicht und morgen bereits nicht mehr) auf dem Markt einen Preis erzielen. Die Entsorgungskosten müssen in die Verkaufspreise einkalkuliert werden. An dieser Tatsache würde sich entgegen der Ansicht der Je Met et al. nichts ändern, auch wenn es die Swico- und Sens-Systeme nicht geben würde.

60. Nicht zuletzt - und wiederum im Unterschied zur Buchpreisbindung, wo die Buchhändler den Sammelrevers unterzeichnen müssen, damit sie überhaupt mit dem notwendigen Büchersortiment beliefert werden - sind im vorliegenden Fall die Hersteller/Importeure nicht faktisch gezwungen, die Swico- oder Sens-Verträge zu unterzeichnen (und buchstabengetreu einzuhalten), um den für sie notwendigen Input zu erhalten. Die Hersteller/Importeure, aber auch die Händler, können ihrer Rücknahme- und Entsorgungspflicht grundsätzlich selbst nachkommen, das heisst diese Leistung selbst erbringen, oder aber sich dazu eines Dritten bedienen (vgl. auch hinten, B.4.2, 3).

61. Da die Vereinbarungen über die Erhebung und Überwälzung der vRG somit weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken noch bewirken, sind sie nicht als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren.

B.4 Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede über die Marktorganisation

B.4.1 Wettbewerbsabrede

62. Die Vereinbarung zwischen der Sens und dem Swico vom 10. Dezember 2002 statuiert, dass die Sens den gesamten Bereich der VREG-Geräte für ihre Vertragspartner (FEA-Mitglieder, Migros, Coop, Interdiscount, Conforama, Jumbo, Carrefour und Fust) bearbeitet (Ziff. 2 der Vereinbarung) und dass die Sens des Weiteren verantwortlich für die Entsorgung der Haushaltgross- und -kleingeräte ist (Ziff. 3). Ziffer 4 dieser Vereinbarung besagt, dass der Swico verantwortlich ist für die Entsorgung des Produktebereiches der Verbandsmitglieder. Es seien dies: Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation, Unterhaltungselektronik, grafische Industrie und Foto mit Ausnahme von Ziffer 2 der Vereinbarung. Ziffer 5 regelt die Finanzierungsfrage. Die Sens besorgt das Inkasso aller erhobenen vRG gemäss den publizierten Tarifen bei ihren Vertragspartnern. Sie überweist danach die vRG für die Geräte der Swico-Kategorien an den Fonds des Swico, abzüglich einer Bearbeitungsgebühr.

63. Daraus leitete das Sekretariat in seiner Vorabklärung Anhaltspunkte ab, wonach der Swico und die Sens im Rahmen des Projektes EasyRec vereinbart hätten, dass der Swico neben der Organisation der bisher bereits zu entsorgenden Geräte (Geräte aus den Bereichen Informatik, Büroelektronik, Telekommunikation und grafischer Industrie) neu auch die Organisation der Entsorgung der Geräte der Unterhaltungselektronik übernimmt. Die Sens dagegen würde die Entsorgung von Haushaltgross- und -kleingeräten, Raumluftbehandlungsgeräten, Elektrowerkzeugen und -installationsmaterial und der elektrischen Gartengeräte organisieren. Somit hätten

sich der Swico und die Sens vermutlich den Markt für die Organisation der Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott aufgeteilt (vgl. RPW 2002/2, S. 265 f., Rz. 78 ff.).

64. Die Sens bringt in ihrer Eingabe vom 30. August 2002 vor, dass zwischen dem Swico und der Sens weder eine Vereinbarung unterzeichnet noch in Teilen oder insgesamt das EasyRec-System, das als Arbeitstitel in der Konzeptphase verwendet worden sei, faktisch eingeführt worden sei. Die beiden von Swico und Sens realisierten Entsorgungssysteme seien zudem alleine wegen ihrer Verschiedenheit in entscheidenden Punkten ohnehin nicht kompatibel und könnten die im Schlussbericht zur Vorabklärung angesprochenen Wirkungen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gar nicht bewirken. Als auffälligste Unterschiede zum Swico-Entsorgungssystem nennt die Sens: Erstens die Auftragsabwicklung mittels EDV (gegenüber manueller Abwicklung bei der Swico), zweitens die Möglichkeit des offenen und für den Recycler (Entsorgungsunternehmen) freien Zugangs zum Abgeber, drittens die Möglichkeit, bestehende Entsorgungsinfrastrukturen zu nutzen (während Swico eine neue Infrastruktur schafft), und viertens hätten die Recycler beim Sens-System die Möglichkeit, beim Abgeber (Hersteller, Importeur, Händler u.a.) ihr Gesamtangebot für die Rücknahme aller Abfallfraktionen anzubieten, was zusätzliche separate Rückfuhrlogistiken unnötig mache.

65. Weiter führt die Sens an, dass

- ihr Entsorgungssystem in der Lage und darauf ausgerichtet sei, sämtliche Kategorien von elektrischen und elektronischen Geräten zu übernehmen und der Entsorgung zuzuführen. Entsprechend der Individualität der angelieferten Güter erfolge auch das Abrechnen der vRG und die Abrechnung für die Entsorgungsleistungen (Sammlung, Transport, Recycling) mit einem hohen Detaillierungsgrad. So seien im Jahr 2001 ca. 40'000 Tonnen Entsorgungsgüter verarbeitet worden, darin enthalten seien auch die vom Swico verarbeiteten Güter.
- die Sens-Vertragspartner, seien es Hersteller/Importeure (50 Firmen), Grossfachhändler und Warenhäuser (z.B. Fust AG, Manor, Conforama, Jumbo, Carrefour) oder Grossverteiler (Coop, Interdiscount, Migros) im Vertrag mit der Sens unabhängig jeglicher Verpflichtung entscheiden würden, in welchen Gerätekategorien sie Dienstleistungen des Sens-Entsorgungssystems in Anspruch nehmen wollten.

Daraus resultiere für die Sens, dass sie das gesamte Angebot über alle Produktbereiche hinweg anbieten müsse. Somit sei die Sens aufgrund der Nachfrage der Abgeber gezwungen, über ihr Entsorgungssystem vom Inkasso der vRG bis hin zur eigentlichen Entsorgungsleistung für alle Gerätegruppen die entsprechenden Dienstleistungen bereitzustellen. Daraus wiederum ergebe sich zwangsläufig, dass sich die Sens und ihr Entsorgungssystem im Wettbewerb zum Swico und dessen Entsorgungssystem befinde. Die Annahme, wonach zwischen der Sens und dem Swico eine Vereinbarung respektive ein abgestimmtes Verhalten vorliege, sei somit falsch.

66. Auch der Swico bestreitet, dass eine Wettbewerbsabrede vorliegt. "EasyRec" sei lediglich ein Projektname (im Sinne einer Arbeitsbezeichnung) als Grundlage für den Swico und andere Institutionen für ein theoretisches Modell zur Umsetzung der VREG mit dem Ziel, ein für den Konsumenten transparentes System zu schaffen, welches eine hohe Rücklaufquote garantiere. Aus diesem Grund sei es zu Gesprächen mit der Sens gekommen. Dabei sei das Swico Recycling-System in sämtlichen Aspekten unverändert geblieben und sei im erwähnten "EasyRec"-Modell lediglich als sich aufdrängende Anforderung zur Umsetzung der VREG herangezogen worden. Es gebe daher keine "Dach-EasyRec" und insbesondere keine organisatorische Vereinheitlichung. Infolgedessen würden unter dem Konzept der Sens/FEA weiterhin vom Swico unabhängige Verträge mit Entsorgungs- und Recyclingunternehmen gemäss zwischen Sens/Fea und deren Vertragspartnern vereinbarten Bedingungen bestehen.

67. Der Swico sei somit in keinem Zeitpunkt eine Verpflichtung eingegangen, mit welcher er sich auf eine allfällige zukünftige Erweiterung der Swico-Garantie auf Produkte, die von der Sens oder anderen Institutionen entsorgt werden, verzichten oder sich einschränken würde. Der Swico wäre denn auch theoretisch bereit, Geräte zu entsorgen, die gegenwärtig nicht vom Swico aber von der Sens entsorgt werden, soweit dies mit Bezug auf die Interessen seiner Mitglieder Sinn machen würde. Gegen eine Marktaufteilungsabrede spreche auch der Umstand, dass sich verschiedene Hersteller beziehungsweise Händler sowohl am System des Swico als auch an demjenigen der Sens beteiligen würden. Zudem würden auch Produkte ins Swico-System gelangen, die nicht von diesem System, aber von jenem der Sens erfasst würden.

68. Zu Überschneidungen der beiden Systeme kommt es gemäss Swico vor allem bei Rückgaben an Grossverteiler, die aus Gründen der Praktikabilität und Effizienz die verschiedenen Gerätebereiche bei der Rückgabe in den Läden einheitlich behandeln wollten. Daraus würden sich dann gemischte Paletten, das heisst Paletten mit unterschiedlichen Altgeräten ergeben. Da Sens die Geräte der Grossverteiler zurückführt und rezikliert, legt eine Vereinbarung zwischen der Sens und dem Swico fest, dass die Sens die Abgeltung der Transporteure für die in ihr System gelangenden Altgeräte der Swico-Kategorien dem Swico verrechnet. Die Abgeltung richtet sich dabei nach der für die Sens geltenden Tarifordnung, das heisst der Swico entrichtet für von der Sens zurückgeführte Altwaren unter Umständen höhere Transporttarife als für die im eigenen System zurückgeführte Altware. Gemäss Sens bestätigt gerade diese Vereinbarung, dass es sich beim Swico und der Sens um zwei getrennte Entsorgungssysteme handelt, welche in einem Konkurrenzverhältnis stehen würden.

69. Anlässlich der Anhörung durch die Wettbewerbskommission wiesen der Swico und die Sens erneut

darauf hin, dass es sich bei der besagten Vereinbarung um eine administrative Notwendigkeit wegen der Angleichung der Finanzierungssysteme handle, eine Marktaufteilung dadurch weder bezweckt noch bewirkt werde. In der Tat sprechen in einem System vorgezogener Recyclinggebühren gewichtige Gründe dafür, dass ***alle*** Geräte einer bestimmten Gerätekategorie durch einen einzigen Systembetreiber entsorgt werden:

- Falls ein Systembetreiber Verträge nur mit ein paar Herstellern/Importeuren abschliessen möchte, wird er nur deren Geräte entsorgen wollen. Die ***Geräte fallen jedoch unsortiert bei den Sammelstellen an***. Daher müsste das Aussortieren der Geräte nach Marken kostengünstig sein. Gemäss den befragten Importeuren/Herstellern und dem Swico ist es das in den meisten Fällen jedoch nicht. Das Aussortieren nach Art des Geräts dagegen erfolgt bereits heute, da es einfacher, das heisst billiger ist.
- Eine Lösung wie "jeder entsorgt die Geräte der Marken seiner Vertragspartner (angenommen, Aussortieren nach Marken ist nicht zu teuer) sowie anteilsmässig jene Geräte, welche keiner Marke zugeordnet werden können" dürfte schwierig, wenn nicht unmöglich umzusetzen sein, weil die Menge der Neugeräte, welche ein Hersteller im Jahr X verkauft und für welche er vRGs entrichtet, ***kaum in Zusammenhang zu bringen ist mit der Menge der Geräte der Marke dieses Herstellers, welche im Jahr X an den Sammelstellen als Altgeräte anfallen.*** Mit anderen Worten wäre es rein zufällig, wenn Marken jener Hersteller, welche vRG entrichten, heute im selben Verhältnis zu entsorgen wären wie Neugeräte dieser Marken in den Markt gelangen. Im heute praktizierten Umlageverfahren würden konkurrenzierende Systembetreiber daher versuchen, möglichst jene Hersteller als Kunden zu gewinnen, bei welchen (noch) keine oder wenig Altgeräte zu entsorgen sind, welche aber viele Neugeräte auf den Markt bringen. Dagegen würden jene Hersteller gemieden, bei welchen im Verhältnis zum Neugeräteabsatz relativ viele Altgeräte anfallen. Das System wäre daher kaum stabil.
- Zudem ***können heute ca. 40% der Altgeräte keiner Marke mehr zugeordnet werden***. Für diese Geräte müssten die Systembetreiber somit eine gemeinsame Lösung finden, sofern nicht ganze Gerätekategorien einem bestimmten Systembetreiber zugeordnet sind (wie heute im Swico- und Sens-System anzutreffen).

70. Aus diesen Gründen erscheint die heutige Marktsituation als Ergebnis einer wirtschaftlich sinnvollen Organisation des Marktes. Wenn denn überhaupt eine Wettbewerbsabrede vorliegt, so würde es sich nach Auffassung der Wettbewerbskommission um eine Abrede über die Marktorganisation handeln, nicht aber um eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

71. Im vorliegenden Fall kann jedoch offen bleiben, ob es sich tatsächlich um (k)eine Wettbewerbsabrede handelt, denn selbst bei Vorliegen einer Wettbewerbsabrede wäre diese - wie nachfolgend gezeigt wird - zulässig.

B.4.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

72. Gemäss Artikel 5 Absatz 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 des wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

73. In ihrer Praxis prüfte die Wettbewerbskommission die Frage der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien (vgl. RPW 2001/4, S. 478 ff., auch RPW 2001/2, S. 321 ff.). Unter dem Titel "qualitative Kriterien" wurde untersucht, wie wichtig der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse ist. Unter dem Titel "quantitative Kriterien" werden die aktuelle und potenzielle Konkurrenz sowie in der Regel die Stellung der Marktgegenseite analysiert.

74. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist somit vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

1 Relevanter Markt

75. 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, der hier analog anzuwenden ist).

76. Marktgegenseite sind Hersteller/Importeure und Händler, welche gemäss Artikel 4 und 5 VREG zur Rücknahme und Entsorgung der Altgeräte verpflichtet sind. Sie können die Entsorgung der Altgeräte entweder selbst organisieren oder Dritte wie zum Beispiel die Sens, den Swico oder ein Mitglied des VSMR damit beauftragen. Substituierbar sind für Hersteller/Importeure und Händler somit Leistungen, welche eine VREG-konforme Rückführung und Entsorgung von Elektroschrott gewährleisten. Der sachlich relevante Markt kann somit als Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme für Elektroschrott bezeichnet werden.[3]

[3] Ähnlich definiert die EU-Kommission in ihrem Entscheid zu Eco-Emballages SA ein "Geschäft der Systeme für die Übernahme der Verpflichtung zur Rücknahme und Verwertung" (COMP/34.950 Eco-Emballages, Rz. 48; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31.8.2001, L 233, S. 37 ff.).

77. In räumlicher Hinsicht ist von einem auf die Schweiz begrenzten Markt auszugehen. Hersteller/Importeure und Händler kaufen die in Frage stehenden Leistungen sämtlich bei in der Schweiz ansässigen Anbietern ein.

2 Qualitative Kriterien

78. Eine Abrede über die Marktorganisation, welche letztlich dazu führt, dass sich zwei potenziell miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen auf das Anbieten bestimmter Waren oder Leistungen (hier Systeme für die Entsorgung bestimmter Gerätekategorien) beschränken, erfüllt die ***qualitativen*** Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

3 Quantitative Kriterien

79. Ein Hersteller/Importeur, welcher eine Alternative zu den Systembetreibern Swico und Sens, welche die vRG erheben, sucht, wird die Entsorgung der Altgeräte entweder selbst organisieren oder einen anderen Systembetreiber, zum Beispiel ein Mitglied des VSMR beauftragen müssen. Dies wird ein Hersteller/Importeur in der gegenwärtigen Konstellation aber mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht tun, da die Systembetreiber Swico und Sens Altgeräte von Herstellern/Importeuren, welche keine vRG entrichten, aus Kostengründen nicht aussortieren.[4] Ob der neue Artikel 5 Absatz 2 VREG, welcher am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist und besagt, dass Händler, Hersteller und Importeure, welche die Entsorgung der von ihnen verkauften Geräte nicht durch finanzielle Beiträge an eine private Organisation sicherstellen, solche Geräte auf eigene Rechnung der Verwertung zuführen müssen, an dieser Konstellation etwas ändert, bleibt hier dahingestellt.

80. Die meisten Hersteller und Importeure von Neugeräten haben in den letzten Jahren nach und nach die Swico-Konvention oder nun eine Vereinbarung mit der Sens unterzeichnet. Am 8. April 2002 gab es 202 Konventions- oder Vereinbarungsunterzeichner, darunter Unternehmen wie Migros, Coop, Jumbo, 3M (Schweiz) AG, Apple Computer AG, Fust AG, Kodak SA, IBM etc. Die Zahl der Unterzeichner nimmt laufend zu. So hatten per 14. Juni 2002 bereits 210 Unternehmen die Swico-Konvention unterzeichnet, am 17. Oktober 2002 waren es bereits 224 im Jahr 2004 über 300. Nach Angaben des Swico und der Sens decken die Unterzeichner je nach Bereich zwischen 70% bis 90% der Neugerätemärkte ab. Der VSMR spricht von einer "Abdeckung von praktisch 100%". Die aktuelle Konkurrenz, der sich der Swico und die Sens zurzeit ausgesetzt sieht, ist deshalb schwach, wenn nicht gar inexistent.

81. Potenzieller Wettbewerb ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission jedoch gegeben. Zum einen besteht potenzieller Wettbewerb ***um*** den Markt; zum andern ist auch hinreichend wahrscheinlich, dass in den Markt für die Entsorgung einer bestimmten Gerätekategorie neue Wettbewerber zutreten würden, wenn die Systeme des Swico oder der Sens ineffizient arbeiten würden.

82. In erster Linie kommt ein potenzieller Wettbewerb um den Markt in Frage, denn aus weiter vorne erläuterten Gründen (Aussortieren der Geräte nach Marken teuer, Asymmetrie der Mengen der in einem bestimmten Jahr verkauften und zu entsorgenden Geräte, Unmöglichkeit, einen Teil der Geräte einem bestimmten Hersteller zuzuordnen; vgl. Rz. 69) müsste es einem neuen Systembetreiber in vielen Fällen gelingen, die Entsorgung ***aller*** Geräte einer bestimmten Kategorie zu übernehmen.

83. Wettbewerb um den Markt wird es jedoch nur geben beziehungsweise ist nur potenziell vorhanden, wenn die heutigen Vertragspartner des Swico und der Sens ein Interesse daran haben, die Organisation der Entsorgung ihrer Altgeräte effizient zu gestalten und dies laufend zu überprüfen. Ein derartiges Interesse ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission dann verstärkt gegeben, wenn die Vertragsunterzeichner die Beiträge, welche sie an die Systembetreiber abgeben, nicht mit Sicherheit auf die nächste Marktstufe, das heisst auf den Handel überwälzen können. Wie weiter vorne gezeigt (vgl. B.3), besteht keine derartige Sicherheit, denn die Wettbewerbsverhältnisse auf Handelsstufe sind derart, dass die Überwälzung der vRG auf die Endabnehmer nur teilweise oder gar nicht gelingt. Der Handel wird daher die vRG möglichst tief halten und entsprechenden Druck auf die Hersteller/Importeure ausüben,[5] welche diesen Druck wiederum auf die Systembetreiber weitergeben. Es besteht daher - im Gegensatz zu den Vorbringen der Je Met et al. und des VSMR - durchaus ein Anreiz, die vRG so tief wie möglich zu halten. Gemäss Aussagen des Swico ist es zudem möglich, ein solches alternatives System in etwa einem Jahr aufzubauen. Auch sind die Hersteller/Importeure nicht mittels langfristiger Verträge an die Sens oder den Swico gebunden. Die Kündigungsfristen betragen sechs Monate. Potenzieller Wettbewerb um den Markt besteht somit.

[4] Der Swico spricht in diesem Zusammenhang von der "solidarischen Ausrichtung des SWICO-Systems. Es bedeutet, dass basierend auf der Entscheidung, dass eine bestimmte Geräteart kostenlos entsorgt werden können soll, das Recycling aller Altgeräte dieser Geräteart von den Konventionsunterzeichnern finanziert werden muss, unabhängig von allfälligen Trittbrettfahrern, die sich nicht an der Finanzierung beteiligen oder von Herstellern oder Importeuren, die zwar Geräte auf den Markt gebracht haben, heute aber nicht mehr existieren."

[5] Die Hersteller/Importeure haben (auch) andere Gründe geltend gemacht, weshalb sie an einem möglichst tiefen vRG interessiert seien. Angeführt wurden insbesondere die Kontrolle durch Konsumentenorganisationen sowie negative Auswirkungen auf die Reputation der beteiligten Unternehmen.

84. Dass die beschriebenen "Sonderlösungen" für eine oder mehrere Gerätekategorien tatsächlich machbar sind, zeigen die Erfahrungen im Ausland. So wollten Hersteller von Haarpflegeprodukten, ein Branchenverband und ein Entsorger in Deutschland eine Selbstentsorgerlösung zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungen der von den Friseuren benutzten Haarpflegeprodukten organisieren, wurden vorerst allerdings durch gewisse Lizenzgeldbestimmungen der Duales System Deutschland AG (DSD) daran gehindert, worauf die EU-Kommission eine Entscheidung zu Gunsten der klagenden Hersteller erliess (vgl. COMP D3/34493 - DSD, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 21.6.2001, L 166, 1 ff.). Die beanstandeten Lizenzgeldbestimmungen der DSD, wonach das Entgelt geschuldet war, auch wenn die Dienstleistungen der DSD nicht in Anspruch genommen wurden, was "Sonderlösungen" wirtschaftlich unattraktiv machte, existieren in den Systemen des Swico und der Sens nicht (vgl. auch vorne, B.0). Entsorgungsunternehmen wie zum Beispiel die Mitglieder des VSMR sind daher als potenzielle Konkurrenten des Swico und der Sens zu betrachten. Aber auch der Swico und die Sens sind als potenzielle Konkurrentin des jeweils anderen Systembetreibers zu betrachten.

85. Gemäss Aussagen von Vertragsunterzeichnern besteht jedoch nicht nur potenziell Wettbewerb um den Markt, sondern es ist bei vielen Gerätekategorien (insbesondere Haushaltgrossgeräte wie Backöfen, Herde, Kühlschränke) auch denkbar (bzw. wahrscheinlich, sollte das System der Sens oder des Swico als ineffizient betrachtet werden), dass einzelne Hersteller/Importeure eigene Wege gehen werden. So kennt die Electrolux, das heisst die Marken Electrolux, AEG, Therma und Zanussi, bereits heute ein "System-im-System", welches sie zusammen mit dem Entsorger Ruag aufgebaut hat. Electrolux entsorgt die eigenen Geräte exklusiv bei der Firma Ruag. Gemäss Aussagen von Electrolux ist das Aussortieren der eigenen Geräte in ihrem Fall kein Problem und damit - sollten die Tarife der Sens eines Tages als zu hoch eingestuft werden - auch nicht das Beschreiten eines eigenen Entsorgungswegs. Dem scheint auch der VSMR zuzustimmen, schreibt er doch in seiner Eingabe vom 15. Januar 2004, dass es sich hiebei um Beispiele handle, bei welchen die genannten Unternehmen vorgängig in diesem Bereich weder an das Swico- noch an das Sens-System angebunden waren, sondern von Beginn weg eigene Lösungen schufen. Eigene Lösungen sind demnach möglich. Diese Unternehmen haben sich heute zwar an das Swico- oder Sens-System angeschlossen, könnten aber auch andere Entsorgungswege wählen.

86. Ein solches "System-im-System" mag nicht immer möglich sein, insbesondere dort nicht, wo das Aussortieren der Geräte nach Marken unwirtschaftlich ist oder bei jenen Herstellern/Importeuren, bei welchen relativ wenige Altgeräte anfallen. Dass solche "Systeme-im-System" aber bei Unternehmen wie zum Beispiel Electrolux, dem weltgrössten Hersteller von Küchengeräten, machbar sind, bewirkt bereits einen starken Wettbewerbsdruck auf die Systembetreiber Swico und Sens.

87. In seiner Eingabe vom 15. Januar 2004 macht der VSMR geltend, dass ein einmal an das Swico-Konzept gebundener Hersteller/Importeur nicht wieder aus diesem System aussteigen werde, weil die Entsorgung einem Dritten in der Praxis nur dann übertragen werden könne, wenn der Drittentsorger seine Dienste gratis anbiete. Dies, weil die Hersteller/Importeure die Entsorgungsgebühren bereits vorgängig bezahlt hätten und bei einer Übertragung der Entsorgungsdienstleistungen für zurück genommene Altgeräte an ein drittes Unternehmen somit doppelt bezahlt werden müsste (ähnlich Je Met et al.). Das Finanzierungssystem des Swico und der Sens ist ein so genanntes Umlageverfahren, das heisst, dass die in einem bestimmten Jahr auf den Neugeräten erhobenen und an den Swico und die Sens abgeführten vRG für die Entsorgung von im selben Jahr anfallenden Altgeräten verwendet werden. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die vRG nicht tatsächlich "vorgängig" bezahlt werden, sondern sozusagen zeitgleich zur Deckung der Entsorgungskosten Verwendung finden. Das Finanzierungssystem des Swico und der Sens hindert somit entgegen der Ansicht des VSMR und der Je Met et al. die Hersteller/Importeure nicht an einem Ausstieg aus dem System.

88. Insgesamt besteht nach Auffassung der Wettbewerbskommission somit potenzielle Konkurrenz.

4 Ergebnis

89. Wie gezeigt, gibt es keine aktuelle Konkurrenz, aber potenziellen Wettbewerb. Ob die Intensität des potenziellen Wettbewerbs ausreicht, um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verhindern, kann aber offen gelassen werden, da sich - wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. B.4.4) - die Wettbewerbsabrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigt und sie den beteiligten Unternehmen im keinem Fall die Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

B.4.3 Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

90. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

91. Aus dem BGE zur Buchpreisbindung geht hervor, dass die in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG aufgezählten Gründe der wirtschaftlichen Effizienz weit zu verstehen sind, zumindest was die Verbesserung von Produkten, Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen und die rationellere Nutzung von Res-

sourcen anbelangt (vgl. BGE 129 II 18, E.10.3, insbesondere "10.3.2 ... Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen ... 10.3.3 Ähnliches gilt für den Aspekt der "Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen" und der "rationelleren Nutzung von Ressourcen": ... Zu den Ressourcen gehören auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen ... Es ist deshalb denkbar, die Nutzung des in der Menschheit vorhandenen Wissens als Ressource in diesem Sinne zu verstehen... ").

92. Ob allerdings eine Vereinbarung, welche letztlich bezweckt, ein Umweltschutzziel zu erreichen, ein Effizienzgrund im Sinne des Kartellgesetzes sein kann, ist in der Literatur umstritten (vgl. z.B. WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in ROLAND VON BÜREN, LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 113). Für HOFFET zum Beispiel war es eindeutig nicht die Meinung des Gesetzgebers, mit dem Effizienzziel "rationellere Nutzung von Ressourcen" eine Kategorie von Rechtfertigungsmöglichkeiten einzuführen, welche die Berücksichtigung allgemein erwünschter, gesellschaftspolitischer Ziele erlauben würde. Aus diesem Grund sei auch die Bezugnahme auf die rationellere Nutzung von öffentlichen Gütern aus dem bundesrätlichen Entwurf gestrichen worden (vgl. FRANZ HOFFET, Art. 5 KG, in ERIC HOMBURGER et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 5, Rz. 104). Für eine etwas weitere Interpretation tritt BORER ein, für welchen durch effiziente Wettbewerbsabreden auch Ergebnisse erzielt (und gerechtfertigt) werden können, die nicht nur einen rein wettbewerbspolitischen Hintergrund haben. "Die Schnittstelle zwischen der Wettbewerbspolitik und anderen im Allgemeininteresse liegenden politischen Aspekten verläuft häufig auf einem breiteren Band als dies die reine Wettbewerbstheorie anzunehmen versucht" (JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich, 1998, Art. 5 KG, Rz. 35). Auch STOFFEL schliesst die Berücksichtigung eines solchen Rechtfertigungsgrundes im Rahmen von Artikel 5 KG nicht aus, obwohl er der Meinung ist, dass es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Internalisierung von Umweltbelastungen herbeizuführen (vgl. a.a.O.). Für ZÄCH ist sogar klar, dass umweltverträgliche Produktion wirtschaftlich effizient ist, weil Umweltkosten im Sinne einer Internalisierung externer Kosten zunehmend den Verursachern überlastet würden. Umweltverträglichkeit sei heute als ein wichtiger Wettbewerbsparameter anerkannt (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 166). Die Wettbewerbskommission schliesst sich der Interpretation des Bundesgerichts an, wonach unter dem Begriff Ressourcen auch öffentliche Güter und natürliche Ressourcen zu verstehen sind, so dass bei der Beurteilung des Effizienzkriteriums auch ökologische Parameter berücksichtigt werden können. Sie hält dafür, dass Umweltschutzargumente zwar bei der Anwendung von Artikel 5 Absatz 2 KG berücksichtigt werden dürfen, aber es muss dabei ein genügend enger Bezug zum Betrieb (Produktionsverfahren) der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt vorliegen.[6] Im vorliegenden Fall braucht aber nicht weiter hierauf eingegangen zu werden, weil die Abrede zur Senkung der Herstellkosten führt.

93. Oben (vgl. B.4.1) wurde gezeigt, dass ein Systembetreiber im Regelfall alle Geräte einer bestimmten Kategorie zurückführen und entsorgen muss, weil a) die Geräte nicht nach Marken sortiert bei den Sammelstellen anfallen, b) kaum ein Zusammenhang herzustellen ist zwischen der Menge Neugeräte eines Herstellers, welche in einem bestimmten Jahr auf den Markt gelangt, und der Menge an Altgeräten des gleichen Herstellers, welche im selben Jahr anfällt, und c) viele Altgeräte keiner Marke mehr zugeordnet werden können. Diese Eigenschaften (und wahrscheinlich andere, z.B. der Netzwerkcharakter der Sammelstellen) erfordern eine grosse Koordination der Systemteilnehmer (Hersteller/Importeure, Handel, andere Sammelstellen, Transporteure, Entsorger). Ein entsprechendes Vertragsgeflecht zwischen den Herstellern/Importeuren und den Gemeindesammelstellen, dem Handel, den Transporteuren und den Entsorgern ist daher notwendig. Es ist offensichtlich, dass die Koordinationskosten am niedrigsten gehalten werden können, wenn nicht jeder Hersteller/Importeur mit jeder oder mehreren Sammelstellen, jedem Transporteur, jedem Entsorger etc. separate Verträge schliesst, sondern wenn eine mit der Koordination beauftragte Stelle (der Systembetreiber) alle diese Vertragsbeziehungen regelt.[7] Dadurch fallen die Transaktionskosten (Kosten der Vertragsanbahnung, -schliessung und -durchsetzung) erheblich, was wiederum erlaubt, die Entsorgungskosten für elektrische und elektronische Geräte zu senken beziehungsweise - im Gesetzeswortlaut - die Herstellungskosten zu senken. Dass eine derartige Koordination notwendig ist, um diese Kostensenkung zu bewirken, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

94. Die (virtuelle) Zusammenfassung der Altgeräte einer bestimmten Kategorie bei einem einzigen Systembetreiber erlaubt es zudem, den Entsorgungsunternehmen derart grosse Mengen an Altgeräten zuzuführen, dass die Entsorger ihre Grössenvorteile ausschöpfen können. Dadurch und auch durch die Ausschreibungen, welche der Swico und die Sens durchgeführt haben, konnten die Entsorgungskosten stark gesenkt werden (von CHF 1.80-2.50 pro kg auf ca. CHF -.45 pro kg bzw. von über CHF 2.- auf unter CHF 1.-). Die Koordination der Systemteilnehmer ist somit auch notwendig für diesbezügliche Kostensenkungen.

[6] Vgl. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. Dezember 2004 zum Klimarappenprojekt, Rz. 30 ff. (RPW 2005/1, S. 239 ff.).

[7] Angenommen, es gäbe 4 Hersteller/Importeure, 2 Transporteure, 2 Entsorger und 10 Sammelstellen, wären ohne Koordinationsstelle 153 Verträge zu schliessen (n(n-1)/2). Mit Koordinationsstelle sind dagegen nur 18 Verträge notwendig (jeder Teilnehmer schliesst einen Vertrag mit der Koordinationsstelle).

95. Der VSMR erachtet diese Rechtfertigungsgründe in seiner Eingabe vom 15. Januar 2004 als ungenügend und unsubstanziiert, insbesondere fehlten Vergleiche mit der Kostensituation bei funktionierendem Wettbewerb, so zum Beispiel wenn ein System bestünde, bei welchem die Importeure/Hersteller beziehungsweise der Handel bei besseren Angeboten von Entsorgungsbetrieben ohne Probleme wechseln könnten und damit der Wettbewerb auf der Entsorgungsseite wieder spielen würde. Zudem führte der VSMR aus, dass es sich bei den Rechtfertigungsgründen letztlich um eine umweltpolitische Rechtfertigung handle, welche unter dem geltenden Kartellgesetz nicht statthaft sei (ähnlich die Je Met et al.). Zum einen legt - wie gezeigt - der BGE zur Buchpreisbindung nahe, dass der Begriff "rationellere Nutzung von Ressourcen" weit auszulegen ist, zum andern handelt es sich bei einer Senkung der Entsorgungskosten um eine Senkung der Herstellkosten für die Entsorgung eines bestimmten Altstoffs, das heisst bei der Rechtfertigung aus Effizienzgründen wird kein "umweltpolitisches" Argument bemüht. Was den Vorwurf des fehlenden Vergleichs mit einer Situation funktionierenden Wettbewerbs angeht, so ist daran zu erinnern, dass wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb besteht (vgl. B.4.2, 3). Zudem spielt der Wettbewerb unter den Entsorgungsunternehmen, nämlich zum Zeitpunkt der Ausschreibungen der Entsorgungsaufträge durch den Swico und die Sens, welche periodisch stattfinden. Die Vorbringen des VSMR vermögen deshalb nicht zu überzeugen.

96. Die Wettbewerbsabrede ist daher durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt.

B.4.4 Keine Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen

97. Zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen, das heisst dem Swico und der Sens, gibt es zwar keinen Innenwettbewerb. Wie weiter oben gezeigt (vgl. B.4.2, 3), besteht jedoch wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb, welcher verhindert, dass die Abrede den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

B.4.5 Ergebnis

98. Die "Wettbewerbsabrede" über die Marktorganisation ist zulässig.

99. An dieser Stelle ist auf den Einwand des VSMR und der Je Met et al. einzugehen, wonach das Sekretariat in einem als "Zwischenresultate" bezeichneten Verfügungsentwurf vom 16. April 2003 die Systeme des Swico und der Sens als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bezeichnet habe, im Antrag an die Wettbewerbskommission vom 23. Oktober 2003 aber zum gegenteiligen Resultat gelange, obwohl weder neue Gegenargumente noch neue Beweismittel hinzugekommen seien. Es trifft zu, dass das Sekretariat dem Swico und der Sens im April 2003 einen Zwischenbericht zukommen liess, in welchem es sich kritisch zu den fraglichen Wettbewerbsabreden äusserte. Hingegen ist die Behauptung, es seien danach keine weiteren Untersuchungshandlungen vorgenommen worden, tatsachenwidrig. Das Sekretariat führte zusätzliche Gespräche mit dem Swico und der Sens, aber auch mit der Industrie, und erlangte Kenntnis von einem Bericht der deutschen Monopolkommission vom Mai 2003 zur Kreislauf- und Abfallwirtschaft. Die dadurch gewonnenen neuen Erkenntnisse führten zu einer anderen Beurteilung des Sachverhalts.

B.5 Marktbeherrschende Stellung

100. In ihrer Praxis klärt die Wettbewerbskommission die Frage, ob ein Unternehmen (oder mehrere gemeinsam) im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG marktbeherrschend ist, anhand der Intensität der aktuellen und potenziellen Konkurrenz, deren sich dieses Unternehmen gegenüber sieht (vgl. z.B. RPW 2004/3, S. 787, Rz. 37; so auch die REKO/WEF, vgl. RPW 2004/3, S. 882, E.4.4).

101. Wie vorne (Teil B.4.2, 3) festgestellt wurde, und deshalb hier nicht wiederholt wird, sind der Swico und die Sens im Markt für Rückführungs- und Entsorgungssysteme für Elektroschrott, wenn überhaupt, höchstens schwacher aktueller Konkurrenz ausgesetzt. Die potenzielle Konkurrenz vermag aber zu verhindern, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

102. Dem Kartellgesetz ist zu entnehmen, dass Marktbeherrschung nicht zwingend mit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs einhergeht. Dies ergibt sich aus Artikel 10 KG, welcher in den Absätzen 1 und 2 zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und einer solchen, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, unterscheidet (vgl. zur so qualifizierten Marktbeherrschung auch ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in SIWR, Band V/2 Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2000, S. 166 ff.). Nach Auffassung der Wettbewerbskommission haben der Swico und die Sens auf dem oben genannten Markt aus den erwähnten Gründen eine derart starke Stellung inne, dass sie sich gegenüber den Nachfragern von Entsorgungsleistungen für Elektroschrott wahrscheinlich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, das heisst, dass der Swico und die Sens möglicherweise kollektiv marktbeherrschend in Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG sind.

103. Die Wettbewerbskommission ist ferner der Auffassung, dass den Swico- und Sens-Systemen Netzwerkcharakter zukommt. Durch den Aufbau eines Sammelstellennetzes (Einspeiseorte) gelingt es dem Swico und der Sens, eine grosse Menge an Elektroschrott zu poolen und den Entsorgungsunternehmen (Ausspeiseorte) zuzuleiten. Der Swico und die Sens übernehmen in diesem Netz die Funktion der Schaltstelle, welche die verschiedenen Netzteilnehmer miteinander verknüpft und auf diese Weise die bereits beschriebenen Kosteneinsparungen bewirkt (vgl. Rz. 93 ff.). Es ist bekannt, dass Netzwerke wegen Grössen- und anderen Vorteilen häufig eine Tendenz zum

natürlichen Monopol innehaben;[8] damit geht auch ein Diskriminierungspotenzial gegenüber den anderen Marktteilnehmern einher. Der Netzwerkcharakter der Swico- und Sens-Systeme ist ein zusätzlicher Hinweis für eine möglicherweise kollektiv marktbeherrschende Stellung des Swico und der Sens gegenüber den Entsorgungsunternehmen.

C Kosten

104. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

105. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressaten.

106. Gemäss Entscheid des Bundesgerichts im Fall BKW FMB Energie AG (abgedruckt in RPW 2002/3, S. 538 ff.) ist das Verursacherprinzip gemäss Artikel 2 aKG-Gebührenverordnung im Sinne des Unterliegerprinzips zu interpretieren. Demgemäss besteht keine Gebührenpflicht, wenn sich die Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Untersuchung nicht bestätigen. Im vorliegenden Fall sind daher für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, keine Gebühren zu sprechen.

107. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c der geltenden KG-Gebührenverordnung bezahlen Beteiligte, die eine Untersuchung verursacht haben, keine Gebühren, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Bei diesem Verfahrensausgang sind somit auch für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, keine Gebühren zu sprechen.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen den Swico und die Sens wird eingestellt.

2. [Kosten]

3. [Rechtsmittelbelehrung]

4. [Eröffnung]

[8] Vgl. z.B. SHEPHERD WILLIAM G., The Economics of Industrial Organization, Illinois 1997, S. 158 f., auch Economides Nicholas, Competition Policy in Network Industries: An Introduction. Working Paper vom Juni 2004, Internetadresse 12/2004: http://www.stern.nyu.edu/networks/Competition_Policy.pdf, sowie derselbe, The Economics of Networks, International Journal of Industrial Organization 14(1996), S. 673 ff. und viele andere.

B 2.2	***3. Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz***

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Untersagung der Abrede; Durchführung der Effizienzprüfung; Effizienzgewinne müssen wettbewerbswidrige Auswirkungen einer Abrede aufwiegen; Senkung der Vertriebskosten und Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren nicht rechtsgenüglich nachgewiesen; andere Rechtfertigungsgründe nicht ersichtlich; somit keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz.

Interdiction de l'accord; examen de l'efficacité; les gains d'efficacité d'un accord doivent supplanter ses effets contraires à la concurrence; la réduction des coûts de distribution et l'amélioration des produits ou des procédés de fabrication ne sont pas prouvées à suffisance de droit; d'autres motifs justificatifs ne sont pas évidents; par conséquent, pas de justification pour des motifs d'efficacité économique.

Divieto di accordi illeciti; esame dell'efficienza; i guadagni provenienti dall'efficienza di accordi illeciti devono compensare gli effetti contrari alla concorrenza; la riduzione dei costi di distribuzione e di miglioramento dei prodotti o dei processi di fabbricazione non sono stati dimostrati a sufficienza a livello legale; nella fattispecie non sono evidenti altri giustificativi; conseguentemente non è possibile giustificare l'accordo illecito con motivi di efficienza economica.

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung ist der "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener [deutschsprachiger] Verlagserzeugnisse" ("Sammelrevers"). Aufgrund des Bundesgerichtsentscheids vom 14. August 2002 (BGE 2A.298/2001) behandelt die vorliegende Verfügung die Frage, ob der Sammelrevers aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) gerechtfertigt ist oder nicht.

A.2 Verfahren

2. Der Verlauf des Verfahrens bis zum Bundesgerichtsentscheid vom 14. August 2002 lässt sich wie folgt zusammenfassen:

a) Am 28. September 1998 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission ("Weko") eine Untersuchung nach Massgabe von Artikel 27 KG über die Preisbindung für deutschsprachige Bücher. Mit Verfügung vom 6. September 1999 stellte die Weko fest, dass der Sammelrevers eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 und Absatz 3 Buchstabe a KG darstellt. Die Verleger und Zwischenbuchhändler wurden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern, und die Buchhändler wurden als nicht mehr an diese gebunden erklärt (Verfügung vom 6.9.1999 in Sachen Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz, RPW 1999/3, S. 441 ff.).

b) Gegen die Verfügung der Weko erhoben der Schweizer Buchhändler- und Verlegerverband ("SBVV") am 8. Oktober 1999 und der Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V. ("Börsenverein") am 20. Oktober 1999 Verwaltungsgerichtsbeschwerden bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ("REKO/WEF"). Die REKO/WEF wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerden am 21. Mai 2001 ab (Beschwerdeentscheide der REKO/WEF vom 21.5.2001 in Sachen Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, RPW 2001/2, S. 381 ff. und S. 412 ff.).

c) Der SBVV und der Börsenverein haben am 21. Juni 2001 hiegegen beim Schweizerischen Bundesgericht ("Bundesgericht") zwei Verwaltungsgerichtsbeschwerden eingereicht mit dem Antrag, den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF aufzuheben; eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an diese, subeventuell zur Ergänzung des Verfahrens an die Weko selber zurückzuweisen. Am 14. August 2002 wurden die Verwaltungsgerichtsbeschwerden teilweise gutgeheissen. Der Entscheid der REKO/WEF vom 21. Mai 2001 wurde vom Bundesgericht aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Weko zurückgewiesen. Das Bundesgericht stellte diesbezüglich rechtsverbindlich fest, dass der Sammelrevers den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Die Weko hat somit einzig zu prüfen, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002; RPW 2002/4, S. 731 ff.).

3. Vor der Weko hat sich bereits die Kartellkommission zweimal mit der Buchpreisbindung befasst (Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission Heft 3/1973, S. 187 ff. und Heft 2/3/1982, S. 117 ff.). In ihrem Bericht aus dem Jahre 1982 hält die Kartellkommission zusammenfassend fest (S. 131 f.): "Die Preisfreigabe kann nachteilige Folge auf den Büchervertrieb und die Buchproduktion haben. Der Käufer

hat ein Interesse an einem dichten Vertriebsnetz und an der Herausgabe auch schwieriger Titel, was durch ein Preisbindungssystem anerkanntermassen sichergestellt wird. Die Preisbindung gewährleistet auch, dass einheimische Autoren verlegt werden können. Bei Preisfreigabe bestünde die Gefahr, dass sich ausländische Grosskonzerne einen Preiskampf um den Schweizer Markt liefern, der die einheimische Buchproduktion beeinträchtigen könnte. Betrachtet man die im deutschsprachigen Raum tätigen Medienkonzerne, so ist diese Gefahr konkret vorhanden. Die Kartellkommission ist der Überzeugung, dass die Preisbindung für Bücher ***vom rein kulturellen Standpunkt aus*** überwiegend positive Auswirkungen hat. Sie stellt sicher, dass auch Bücher mit kleiner Auflage verlegt werden. Bei Preisfreigabe ist eine Konzentration auf leicht verkäufliche Titel zu befürchten. Kleine Verlage würden in ihrem Weiterbestehen gefährdet. Die Auswirkungen einer Aufhebung der Preisbindung auf die Bücher***preise*** sind hingegen weniger eindeutig. Wie die Erfahrungen aus dem Ausland gezeigt haben, ist aber keine ***generelle*** Verbilligung zu erwarten. Weil der Verlagspreis in jedem Fall ein verlagsindividueller Konkurrenzpreis ist, veranlasst der Verzicht auf die Preisbindung den Verleger grundsätzlich nicht, seinen Preis zu ändern, insbesondere ihn zu ermässigen. Hingegen würden sich mit Sicherheit auf der Detailhandelsstufe Änderungen bei der Preisgestaltung ergeben, indem die Marge der Buchhändler dem Konkurrenzdruck der Verteiler ausgesetzt würde. Bei den leicht verkäuflichen Titeln wäre der Buchhändler gezwungen, seine Marge herabzusetzen und derjenigen der Grossverteiler anzugleichen. Bei diesen Titeln würde die Preisfreigabe tendenziell eine Verbilligung bewirken. Der Verdienstausfall aus diesem Bereich müsste wegen der prekären Ertragslage des Buchhandels durch Preiserhöhungen bei den schwer verkäuflichen Titeln ausgeglichen werden, welche nicht im Sortiment der Grossverteiler enthalten sind. Entsprechend den Erfahrungen im Ausland würden somit Preiserhöhungen bei der "schwierigen" Literatur Preisermässigungen bei der Kategorie der leicht verkäuflichen Titel gegenüberstehen. Unter dem Gesichtspunkt der blossen Auswirkungen auf die Preise ist es kaum möglich, einem System gegenüber dem anderen den Vorzug zu geben: Während beim System der Preisbindung tendenziell eine grosse ***Anzahl Titel*** verbilligt wird, verbilligt das System der Preisfreiheit einen grossen ***umsatzmässigen*** Produktionsanteil."

4. Mit Schreiben vom 8. Januar 2003 hat die Weko dem SBVV und dem Börsenverein mitgeteilt, dass sie die Untersuchung weiterführen wird, um die vom Bundesgericht geforderten Abklärungen vorzunehmen. Bei der Durchführung des Effizienztests wurden folgende Unternehmen und Verbände befragt: SBVV; Börsenverein; 12 Verlage respektive Verlagsgruppen (namentlich Diogenes Verlag AG, Zürich; Hans Huber AG, Zürich; Klett-Gruppe, c/o Klett und Balmer AG, Zug; Sauerländer Verlage AG, Aarau; Orell Füssli Verlag AG, Zürich; Schulthess Juristische Medien AG, Zürich; Stämpfli Verlag AG, Bern; Paul Haupt AG, Bern; S. Fischer Verlag GmbH, c/o Scherz Verlag AG, Bern); 70 Buchhandlungen (namentlich Stauffacher Buchhandlungen AG, Bern, W. Jäggi AG, Basel [beide zur Thalia-Gruppe gehörend]; Orell Füssli Buchhandlungen, Zürich; Lüthy Buchhandlung AG, Solothurn; Huber & Lang, Bern; Rösslitor Bücher AG, St. Gallen; Meissner Bücher AG, Aarau). Die Fragebogen wurden von 46 Buchhandlungen und 11 Verlagen beantwortet. Zudem hat der SBVV ein eigenes Antwortschreiben zu den an die Verleger und Buchhändler gerichteten Fragebogen eingereicht. Ausserdem wurden die für die Effizienzprüfung relevanten Teile der früheren Eingaben des SBVV und des Börsenvereins bei der Effizienzprüfung berücksichtigt. Die Stellungnahmen des SBVV und des Börsenvereins sind durchwegs im Wesentlichen gleich lautend, so dass dort, wo keine wesentlichen Abweichungen festzustellen sind, in der vorliegenden Verfügung der Einfachheit halber in der Regel nur die Eingaben des SBVV zitiert werden.

5. Mit Schreiben vom 16. April 2004 hat der SBVV geltend gemacht, die Zustellung des Fragebogens und des damit verbundenen Auskunftsbegehrens vom 25. März 2004 durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission direkt an die Buchhandlungen und Verlage, welche durch den Gesuchsteller obligatorisch vertreten seien, sei rechtswidrig. Weil die angeschriebenen Buchhändler und Verlage vom Gesuchsteller nach Massgabe von Artikel 43 Absatz 2 KG obligatorisch vertreten seien, habe die Behörde gemäss Artikel 11 Absatz 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) mit dem obligatorischen Vertreter zu verkehren. Indem das Sekretariat den Buchhandlungen und den Verlagen das erwähnte Auskunftsbegehren direkt zugestellt habe, habe es die Regeln der Vertretung im Verwaltungsverfahren verletzt. Auf dieser Grundlage beantragt der Gesuchsteller "1. dass die Wettbewerbskommission feststellt, dass die direkte Zustellung der fraglichen Fragebogen an vom Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband obligatorisch vertretene Buchhandlungen und Verlage rechtswidrig ist; 2. dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband eine Liste der mit einem Fragebogen direkt angeschriebenen Buchhandlungen und Verlage übermittelt; 3. dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission den angeschriebenen Buchhandlungen und Verlagen mitteilt, dass die Zustellung des Fragebogens rechtswidrig war und folglich keine Verpflichtung besteht, den Fragebogen zu beantworten."

6. Mit rechtskräftiger Zwischenverfügung vom 27. April 2004 wurde dem SBVV mitgeteilt, dass auf die Begehren gemäss den Ziffern 1 und 3 des Gesuchs nicht eingetreten werde, dem Gesuch um Zustellung einer Liste mit den direkt am 25. März 2004 angeschriebenen Buchhandlungen und Verlagen hingegen entsprochen werde. Der Verkehr mit den Parteien über deren obligatorischen Vertreter hätte den administrativen Aufwand der Versendung der Auskunftsbegehren lediglich dem Gesuchsteller überwälzt. Da dieser zur unveränderten Weiterleitung der Fragebogen und zur Übermittlung der Antworten an die Behörde ohnehin verpflichtet sei, hätte diese Vorgehensweise der Verfahrenseffizienz widerspro-

chen. Insbesondere mangels einer Verletzung der Verfahrensrechte der durch den Gesuchsteller vertretenen Parteien und demnach in Ermangelung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Artikel 45 VwVG hätten weder der SBVV noch die von ihm vertretenen Unternehmen ein Rechtsschutzinteresse, dass die Wettbewerbskommission eine Feststellungsverfügung im Sinne der Ziffern 1 und 3 des Rechtsbegehrens erlässt. Es sei keine rechtliche Unklarheit ersichtlich, welche zum Schutz der Parteien vor nachteiligen Dispositionen beseitigt werden müsste.

7. Am 17. Mai 2004 respektive am 28. Mai 2004 gelangte der SBVV mit schriftlichen Erläuterungen zu den Fragebogen an die befragten Buchhandlungen respektive Verlage. Der Inhalt der Erläuterungen des SBVV bestand in einer Zusammenfassung der Stellungnahmen von SBVV und Börsenverein im kartellrechtlichen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden zu den im Fragebogen aufgeworfenen Themen. Der SBVV stellte den Buchhandlungen zudem eine Zusammenfassung des Prognos-Berichts aus dem Jahre 2002 zu. In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass die Antworten von einigen Buchhandlungen teilweise nahezu identisch mit den Erläuterungen des SBVV sind, was in der Auswertung angemessen berücksichtigt wurde.

8. Der Verfügungsentwurf wurde den Parteien am 15. September 2004 zugestellt. Mit Schreiben vom 9. November 2004 beantragte der SBVV, im weiteren Verfahrensverlauf gemeinsame Stellungnahmen mit dem Börsenverein einreichen zu können. Diesem Anliegen wurde mit Schreiben vom 10. November 2004 stattgegeben. Die Parteien machten am 11. Oktober 2004 von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch und nahmen am 18. Januar 2005 zum Verfügungsentwurf Stellung. Am 21. Februar 2005 fand zudem eine Anhörung der Parteien gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG statt, an welcher insgesamt 11 Vertreter der Buchbranche teilnahmen.

9. Am 16. März 2005 reichten die Parteien ein Gesuch im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG ein, mit welchem sie die Einleitung von Verhandlungen zur Erzielung einer einvernehmlichen Regelung verlangten. Ihr Antrag hatte folgenden Wortlaut:

> ***"Gestützt auf die obigen Ausführungen stellen Börsenverein und SBVV als Vertreter der betroffenen Branchenteilnehmer (vgl. Art. 11a VwVG) das Gesuch im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG das Sekretariat der Wettbewerbskommission zu beauftragen, mit den Branchenverbänden eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 KG abzufassen, welche sich an den nachfolgenden Eckpunkten auszurichten hat:***
>
> ***1. Flexibilisierung der Preisbindung durch einen Preiskorridor: Der Sammelrevers wird dahingehend aufgelockert, dass die Buchhändler bei Veräusserung von deutschsprachigen Büchern an Endverbraucher den festgesetzten Endverkaufspreis um bis zu 5% über- oder unterschreiten können.***
>
> ***2. Zeitliche Begrenzung der Preisbindung: Die Bindung eines Buchhändlers an den festgesetzten Endverkaufspreis einschliesslich des zulässigen Preiskorridors entfällt für solche deutschsprachigen Bücher und Musikalien, deren Endverkaufspreis vor mehr als 24 Monaten zum ersten Mal bekannt gemacht wurde und deren Lieferzeitpunkt länger als sechs Monate zurückliegt. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist von dem Buchhändler nachzuweisen, der sich auf die Ausnahmeregelung beruft.***
>
> ***3. Einstellung des Verfahrens: Das laufende Verfahren wird gestützt auf die oben beschriebenen Änderungen des Sammelrevers vorbehaltlos eingestellt. "***

Die Weko lehnte das Gesuch an ihrer Sitzung vom 21. März 2005 ab. Insbesondere zwei Gründe waren massgebend. Zum einen erachtete die Weko das Gesuch um Aufnahme von Verhandlungen zwecks möglichen Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung als verspätet. Es erfolgte nach siebenjähriger Verfahrensdauer, nach Abschluss des Schriftenwechsels und nach Abhaltung einer einlässlichen Anhörung, unmittelbar vor der Entscheidung. Zum andern war das Gesuch inhaltlich ungenügend bestimmt. Es beinhaltete keine konkreten Verpflichtungen der Parteien, sondern beschränkte sich auf die Aufnahme zeitlich und materiell völlig offener Verhandlungen.

10. Am 17. März 2005 reichte der SBVV unter Berufung auf die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 eine Meldung hinsichtlich des Sammelrevers ein.

11. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Prof. Dr. MARTIAL PASQUIER (Mitglied der Weko) im Ausstand.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

12. Das Kartellgesetz (KG) 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). 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).

13. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die Verleger, Zwischenbuchhändler und Buchhändler, welche im Büchermarkt die Hauptglieder der Vertriebskette darstellen, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Als am Sammelrevers Beteiligte sind somit auch Verlage mit Sitz in Deutschland, welche

Verlagserzeugnisse in die Schweiz exportieren, dem Geltungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes unterworfen (RPW 1999/3, S. 451, Rz. 38).

14. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 16 ff.) eingegangen.

B.2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede über die indirekte Festsetzung von Preisen auf Handelsstufe mittels Sammelrevers

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

B.2.1 Wettbewerbsabrede

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

17. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.2.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

18. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;

b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.2.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

19. Durch den Sammelrevers verpflichtet sich der einzelne Buchhändler gegenüber dem einzelnen Verlag, die vom Verlag festgesetzten Endabnehmerpreise beim Verkauf der dem Sammelrevers unterstellten Verlagserzeugnisse an Endabnehmer einzuhalten. Abweichungen von diesem Grundsatz sind nur in den im Sammelrevers ausdrücklich definierten Fällen zulässig. Jeder einzelne Verleger, der den Sammelrevers unterschreibt, schliesst dadurch mit jedem einzelnen Buchhändler oder jedem einzelnen Zwischenbuchhändler, der einen solchen Revers unterschrieben hat, einen individuellen Preisbindungsvertrag ab. Der Verleger kann aber auch eine Bindung gegenüber dem einzelnen oder mehreren bestimmten Buchhändlern ablehnen, indem er sie von der dem Revers beigefügten Liste streicht; das gilt auch umgekehrt für den Buchhändler, der gegenüber einem bestimmten Verlag keine Verpflichtung zur Preisbindung übernehmen will. Jeder am Revers beteiligte Verleger ist frei, ob, wie lange und in welcher Höhe er den Preis eines Buches binden will. Er muss aber die von ihm festgesetzten Preise durchsetzen, ist also zur lückenlosen Preisbindung, zur Gleichbehandlung der Abnehmer und zur Bekanntgabe seiner Preise verpflichtet. Der Buchhändler verpflichtet sich, den vom Verleger für einen bestimmten Titel festgesetzten Preis einzuhalten und auch nicht indirekt zu unterlaufen. Wechselseitig unterwerfen sich der beteiligte Verleger und der beteiligte Buchhändler Konventionalstrafen.

20. Angesichts der organisatorischen Bündelung als Ausdruck des gemeinsamen Willens und der damit einhergehenden gemeinsamen Auswirkung sind die dem Sammelrevers unterliegenden horizontalen Abreden einheitlich als horizontale Abrede über die (indirekte) Festsetzung der Preise auf Handelsstufe zu qualifizieren (RPW 1999/3, S. 454, Rz. 57). Damit kann festgehalten werden, dass die unter Anwendung des Sammelrevers vereinbarten Abreden horizontale Wettbewerbsabreden über die indirekte Festsetzung von Preisen darstellen. Demzufolge wird von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Beschwerdeentscheide der REKO/WEF vom 21.5.2001, RPW 2001/2, S. 406, Rz. 5.2 und S. 437, Rz. 5.2). Diese Rechtsauffassung wurde vom Bundesgericht bestätigt (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E. 6.6).

B.2.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung

21. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

22. 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.

B.2.2.2.1 Relevanter Markt

B.2.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

23. 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 vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

24. Gemäss Verfügung vom 6. September 1999 umfasst der sachlich relevante Markt den deutschsprachigen Buchhandel insgesamt beziehungsweise Verkaufsstellen mit Voll- oder Teilsortimenten (RPW 1999/3, S. 457, Rz. 69). Die von der Weko vorgenommene Marktabgrenzung wurde von der REKO/WEF

bestätigt (RPW 2001/2, S. 408, Rz. 5.4.2 und S. 439, Rz. 5.4.2). Das Bundesgericht liess die genaue sachliche Marktabgrenzung (Buchhandel oder Bücher als relevanter Markt) im vorliegenden Fall offen (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E. 7.3.3). Die Weko geht im Folgenden weiterhin von einem sachlich relevanten Markt für den deutschsprachigen Buchhandel insgesamt beziehungsweise Verkaufsstellen mit Voll- oder Teilsortimenten aus.

B.2.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

25. 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).

26. Gemäss Verfügung vom 6. September 1999 ist von der Schweiz als räumlich relevantem Markt auszugehen (RPW 1999/3, S. 457, Rz. 72).

27. ***Fazit:*** In der Verfügung vom 6. September 1999 wurde als relevanter Markt ***der Markt für den Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen ("traditioneller" Buchhandel, Internet-Buchhandel, Warenhäuser, Kioske und Buchclubs) im Währungsgebiet der Schweiz*** abgegrenzt (RPW 1999/3, S. 458, Rz. 76), während das Bundesgericht die Marktabgrenzung letztlich offen gelassen hat. Im vorliegenden Verfahren steht der Buchhandel als System im Vordergrund, weshalb sich eine engere Marktabgrenzung (Unterteilung in verschiedene Bücherkategorien) nicht aufdrängt. Wie in den weiteren Erwägungen gezeigt wird, bestehen bezüglich Beratungsintensität und anderen für die Effizienzprüfung relevanten Parametern Unterschiede zwischen den verschiedenen Bücherkategorien. Nötigenfalls wird im Folgenden auf diese Unterschiede eingegangen. Nähere Ausführungen zur Marktabgrenzung erübrigen sich deshalb.[1] Im Folgenden wird der Einfachheit halber durchwegs vom (deutschsprachigen) Buchhandelsmarkt gesprochen.

B.2.2.2.2 Aktueller Wettbewerb

28. In ihrer Verfügung vom 6. September 1999 kam die Weko zum Schluss, dass durch den Sammelrevers sowohl der Innenwettbewerb als auch der Aussenwettbewerb beseitigt werden (RPW 1999/3, S. 458 ff., Rz. 78 ff.). Diese Beurteilung wurde von der REKO/WEF gestützt (RPW 2001/2, S. 410f., Rz. 5.4.3 und S. 441, Rz. 5.4.3). Auch im Bundesgerichtsentscheid vom 14. August 2002 wurde ausgeführt, dass die Beseitigung des Preiswettbewerbs in vielen Fällen - insbesondere bei homogenen Gütern - zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.8.3.3).

29. Aufgrund der Besonderheit des Gutes Buch - als Träger der Verbreitung von Wissen und kulturellen Werten - kam das Bundesgericht jedoch zum Schluss, dass auf dem Buchmarkt trotz Ausschaltung des Preiswettbewerbs aufgrund anderer Parameter wirksamer (Rest- oder Teil-)Wettbewerb fortbesteht (E.8.3.4). Es führte aus, dass der Buchmarkt durch eine ausgeprägte Produktionsheterogenität gekennzeichnet sei. Für die Buchhändler werde daher der Wettbewerb (auch) aufgrund qualitativer Parameter geführt, insbesondere mit Sortimentsbreite und -tiefe. Im Resultat kam daher das Bundesgericht zum Schluss, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im vorliegenden besonderen Fall des Buchhandels trotz einer umfassenden Preisabrede umgestossen werden kann (E.9.5). Es wies daher den Fall zur Durchführung der Effizienzprüfung nach Artikel 5 Absatz 2 KG an die Weko zurück.[2]

B.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

30. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

31. Gemäss dem Bundesgerichtsentscheid vom 14. August 2002 (BGE 2A.298/2001, E.10) wird der Wettbewerb durch den Sammelrevers erheblich und damit an sich in unzulässiger Weise beeinträchtigt, es sei denn, die Abrede erscheine aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt. Nachfolgend wird somit einzig geprüft, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsabrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

32. Die negativen volkswirtschaftlichen Effekte des Sammelrevers sind vielfältig. So verhindert er Preisanpassungen an die regionalen Kosten- und Nachfrageverhältnisse. Eine unter Umständen erwünschte Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Regionen und Kundengruppen wird teils eingeschränkt, teils verunmöglicht. Eine Quersubventionierung, sofern eine solche tatsächlich praktiziert wird, zwischen den Preisen von populärer und anspruchsvoller Literatur stellt aufgrund der Verzerrungen der relativen

[1] Eine solche Unterteilung in verschiedene relevante Märkte wurde von der EU-Kommission im Fall Lagardère/Natexis/VUP, COMP/M.2978, 23. Juli 2003, vorgenommen. Der SBVV führte in seiner Eingabe vom 9. Mai 2003 aus, dass zwischen folgenden Kategorien zu unterscheiden sei: Belletristik; Sachbuch; Kinder- und Jugendbuch (evtl. Comics als separater Bereich); Schulbuch; Fachbuch/Wissenschaftliche Veröffentlichung; Audiovisuelle Medien (insbesondere Hörbuch). Für nähere Ausführungen zum sachlich relevanten Markt vgl. auch GOLZ, Der sachlich relevante Markt bei Verlagserzeugnissen, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.

[2] Zu BGE 2A.298/2001 vom 14. August 2002 siehe AMSTUTZ und REINERT, "Buchpreisbindung II, Bundesgericht vom 14. August 2002, sic!, 1/2003, S. 45 ff.; JACOBS, Aktuelle Juristische Praxis, AJP/PJA, 2/2003, S. 209 ff.; ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, S. 28 ff., in STOFFEL/ZÄCH (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Schulthess, 2004; ZIMMERLI, "Literatur oder Wettbewerb" - Die Gefahr aufgedrängter Wohltaten im Kartellrecht - Anmerkungen zu BGE 129 II 18, ZBJV 139/4, 2003.

Preise eine Quelle für allokative Ineffizienzen dar. Aufgrund der geringeren Preiselastizität der Nachfrage sind im Falle der Aufhebung des Sammelrevers die eventuellen Preissenkungen bei populären Titeln - unter Vorbehalt der Problematik von interpersonellen Nutzenvergleiche - höher zu gewichten als die eventuellen Preiserhöhungen bei anspruchsvollen Titeln. Insbesondere wird durch den Sammelrevers der Wettbewerb zur Entdeckung der effizienten Vertriebsform verhindert. Der im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers eintretende Strukturwandel dürfte auf Kosten von traditionellen Vertriebsstrukturen gehen, wobei zu erwarten ist, dass neue, innovative Vertriebsstrukturen an deren Stelle treten. Die Behinderung dieses Strukturwandels kann volkswirtschaftlich schädliche Folgen zeitigen.

33. Eine weitere negative Auswirkung des Sammelrevers besteht darin, dass dadurch ein überhöhtes Service- und Beratungsniveau erzeugt wird. Bei einer von einem einzelnen Hersteller angewandten vertikalen Restriktion ist davon auszugehen, dass die Konsumenten bei wirksamem Interbrandwettbewerb über genügend Ausweichmöglichkeiten zu den Produkten anderer Hersteller verfügen, die darauf verzichten, mittels vertikaler Restriktionen ein hohes Service- und Beratungsniveau sicherzustellen. Im Falle des Sammelrevers haben die Konsumenten, deren Kaufentscheid durch die zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen nicht beeinflusst wird, aufgrund der horizontalen Bündelung in jedem Fall für die aus ihrer Sicht unerwünschten Service- und Beratungsleistungen aufzukommen.[3]

B.2.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

34. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

35. Nachfolgend werden nach einigen allgemeinen Bemerkungen zur Rechtfertigung aus Effizienzgründen (B.2.4.1) die in Artikel 5 Absatz 2 KG aufgeführten Bedingungen für die Feststellung der Zulässigkeit einer wettbewerbsbeeinträchtigenden Abrede untersucht (B.2.4.2). Es werden somit die Relevanz für den Buchmarkt der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG explizit aufgeführten Rechtfertigungsgründe (Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren [B.2.4.2.1], Senkung der Vertriebskosten [B.2.4.2.2], Senkung der Herstellungskosten [B.2.4.2.3], Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen [B.2.4.2.4] und Rationellere Nutzung von Ressourcen [B.2.4.2.5]) diskutiert. Die Prüfung der Notwendigkeit des Sammelrevers zur Erreichung der geltend gemachten Effizienzvorteile und die Frage, ob der Sammelrevers den Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, erübrigen sich, sofern sich erweisen sollte, dass der Sammelrevers zur Erreichung der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG aufgeführten Rechtfertigungsgründe nicht geeignet ist.

B.2.4.1 Allgemeine Bemerkungen

B.2.4.1.1 Verfahrensrechtliche Präzisierungen

B.2.4.1.1.1 Beweisführung

36. Das Kartellgesetz enthält keine Bestimmungen über die Beweisführung bezüglich der Feststellung von Effizienzgründen. Gemäss Artikel 39 KG sind auf kartellrechtliche Verfahren die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

37. Im EU-Recht hat die rechtsanwendende Behörde das Bestehen der Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 oder die Zuwiderhandlung im Sinne von Artikel 82 nachzuweisen. Es obliegt alsdann den Unternehmen, welche die Ausnahmeregelung von Artikel 81 Absatz 3 beanspruchen, das Vorliegen der hiefür notwendigen Voraussetzungen zu erstellen.[4]

38. Nach Artikel 12 VwVG stellt die Behörde den Sacherhalt von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime). Es obliegt somit den Wettbewerbsbehörden, den für ein wettbewerbswidriges Verhalten konstitutiven Sachverhalt zu ermitteln.[5]

39. Artikel 13 VwVG verpflichtet die Parteien jedoch, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Die Mitwirkungspflicht der Parteien ist auch in Artikel 40 KG verankert, wonach Parteien und betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen haben.

B.2.4.1.1.2 Beweiswürdigung

40. Wie aus der nachfolgenden Diskussion der Rechtfertigungsgründe ersichtlich sein wird, sind Effizienzgewinne, sowie deren Stellenwert im Vergleich zu den durch die Abrede verursachten negativen Auswirkungen, nur annäherungsweise beweisbar. Dies gilt vor allem für Effizienzgründe, die auf einer ande-

[3] Hinsichtlich möglicher negativer volkswirtschaftlicher Auswirkungen bei grenzüberschreitender RPM siehe ZWEIFEL and ZÄCH, Vertical Restraints: the case of multinationals, The Antitrust Bulletin, Spring 2003, S. 290 ff.

[4] Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (2004/C 101/08).

[5] Der Untersuchungsgrundsatz gilt damit insbesondere auch für die Rechtfertigungsgründe der writschaftlichen Effizienz, WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 156; RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in VON BÜREN, DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 460.

ren Grundlage als der Kosten geltend gemacht werden und deren Wert somit nicht direkt ermittelt werden kann.[6]

41. Die Verwaltungsbehörde darf eine Tatsache grundsätzlich erst als bewiesen annehmen, wenn der volle Beweis erbracht ist, das heisst, wenn sie von deren Vorhandensein derart überzeugt ist, dass das Gegenteil als unwahrscheinlich erscheint (RPW 2003/1, S. 62, Rz. 45, sowie zitierte Lehre).

42. Im Zivilprozess ist der Beweis nicht erst erbracht, wenn eine Tatsache naturwissenschaftlich exakt nachgewiesen ist, sondern auch, wenn der Richter sonst von ihrer Verwirklichung ausgehen darf. Ein Beweis ist trotz Zweifel solange erbracht, als diese unerheblich erscheinen. Der tolerierbare Umfang der Unsicherheit ist dabei sehr von den Beweismöglichkeiten und -sicherungsmöglichkeiten abhängig, wie sie nach der Natur der zu beweisenden Tatsache im Allgemeinen bestehen.[7] Diese Prinzipien müssen auch auf das wettbewerbsrechtliche Verwaltungsverfahrensrecht angewendet werden. Angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte dürfen keine übertriebenen Ansprüche an das Beweismass gestellt werden.[8] Im vorliegenden Fall betreffen wesentliche Fragen Kausalverläufe. Die Rechtfertigung hängt somit davon ab, ob ein relevanter Sachverhalt (Kausalverlauf) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintrifft.[9] Die Weko wird in diesem Sinne die verschiedenen Effizienzgründe beschreiben, ihre wirtschaftlichen Vor- und Nachteile aufzeigen und sie nach objektiven Kriterien würdigen.

43. Falls das Bestehen der Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Fall nicht bewiesen werden kann, muss die Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erklärt werden. Rechtfertigungsgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG sind erwiesen, wenn dargelegt werden kann, dass die Wettbewerbsbeschränkung für die Erzielung des behaupteten Effizienzgewinnes geeignet ist. Liegt diese Geeignetheit vor, ist überdies darzulegen, dass die Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung des Effizienzziels im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips auch notwendig ist. Das Gesetz verlangt den positiven Nachweis des oder der Rechtfertigungsgründe. Es ist somit immer dann von der Unzulässigkeit der Abrede auszugehen, wenn dieser Nachweis nicht erbracht wurde, wenn mithin die positiven Effizienzwirkungen nicht erwiesen werden konnten: Im ***Zweifel*** wird es wegen der Grundentscheidung des schweizerischen Kartellgesetzes (Art. 1 KG) für die wettbewerbsmässige Koordination der Wirtschaft bei der Unzulässigkeit der Abrede bleiben müssen.[10] Erzeugt mit anderen Worten die allenfalls zuzulassende Kooperation nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bessere Ergebnisse als der wirksame Wettbewerb, ist für den Wettbewerb zu entscheiden.[11]

B.2.4.1.2 Ökonomischer Ansatz

44. Die Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz setzt eine Beurteilung des Resultates nach ökonomischen Kriterien voraus. Ausgeschlossen sind damit alle nicht-wirtschaftlichen oder politischen Kriterien.[12] Auch im EU-Recht beruht die Methodik zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf dem ökonomischen Ansatz.[13] Um zu überprüfen, inwieweit die unter Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG aufgeführten Rechtfertigungsgründe für den Büchermarkt relevant sind, ist es unabdingbar, einige theoretische Erwägungen für jeden dieser Rechtfertigungsgründe vorauszuschicken, um in einem zweiten Schritt anhand dieser ökonomischen Kriterien beurteilen zu können, ob ein allfälliger Rechtfertigungsgrund im vorliegenden Fall gegeben ist.

B.2.4.1.3 Aufwiegen der wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Wettbewerbsabrede

45. Die durch die Abrede erzielten Effizienzgewinne müssen die wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufwiegen können, damit eine Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden kann und somit zulässig ist. Die Anwendung dieses Prinzips im Schweizer Recht wurde bereits in der Botschaft verankert[14] und wird heute von der Lehre bestätigt.[15] Sie entspricht auch dem EU-Recht, welches explizit vorsieht, dass die sich aus der Abrede ergebenden

[6] In der EU reicht es in letzterem Fall, wenn die Art der Effizienzgründe beschrieben und eingehend erläutert wird, wie und warum diese Effizienzgewinne einen objektiven wirtschaftlichen Vorteil darstellen. Werden hingegen Kosteneinsparungen geltend gemacht, muss der Wert der Einsparungen so genau wie möglich berechnet oder geschätzt und eingehend beschrieben werden, wie der Betrag berechnet wurde (Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, 2004/ C 101/08, Rz. 56 f.).

[7] MEIER, Das Beweismass - ein aktuelles Problem des Schweizerischen Zivilprozessrechts, BMJ 1989, S. 57 ff., S. 61 f., sowie zitierte Rechtsprechung.

[8] RICHLI, a.a.O., S. 454.

[9] In der EU verlangt die Kommission für die Erteilung der Freistellung auch nicht, dass die Voraussetzungen von Art. 81.3 EG eindeutig vorliegen, sondern wendet häufig einen Wahrscheinlichkeitsstandard an. Sie verwendet dabei verschiedene Formulierungen wie "wahrscheinlich", "hinreichend wahrscheinlich" und "ausreichend wahrscheinlich", wobei unklar ist ob es sich um unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsmassstäbe handelt, vgl. dazu KIRCHHOFF, Sachverhaltaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, sowie dort zitierte Rechtsprechung, WuW 7 u. 8/2004, S. 745 ff.

[10] STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in VON BÜREN, DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, 2000, S. 110.

[11] ZIMMERLI, a.a.O., S. 316.

[12] STOFFEL, a.a.O., S. 104;

[13] Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, 2004/ C 101/08, Rz. 5.

[14] "Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen können schädliche Auswirkungen haben, doch mögen diese durch positive Wirkungen [...] kompensiert oder überkompensiert werden", Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 90.

[15] Vgl. HOFFET, in HOMBURGER, SCHMIDHAUSER, HOFFET, DUCREY, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, ad Art. 5, S. 56, Rz. 94; ZIMMERLI, a.a.O., S. 316.

wirtschaftlichen Vorteile deren Nachteile für den Wettbewerb überwiegen müssen.[16]

B.2.4.2 Rechtfertigungsgründe

46. Die in Randziffer 34 genannten Gründe sind im Gesetz abschliessend aufgezählt, wobei es sich um offene Begriffe handelt, die ein breites Spektrum von Kooperationsabreden zulassen (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 91; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli, 1998, S. 183, N 33 zu Art. 5 KG). Zur Rechtfertigung genügt, dass einer von ihnen gegeben ist (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Stämpfli Verlag, 1999, Rz. 286). Einschränkend ist an dieser Stelle vorauszuschicken, dass ein - in diesem Falle wettbewerbsbeschränkendes - Verhalten, das aus Sicht der einzelnen Unternehmen effizient ist, nicht notwendigerweise auch zu einem gesamtwirtschaftlich effizienten Ressourceneinsatz führt.[17] Der Effizienzbegriff des KG ist volkswirtschaftlich zu verstehen. Die Effizienzgewinne dürfen nicht nur im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Effizienzgewinns den an der Abrede beteiligten Unternehmen in der Form einer Kartellrente zugute kommen (BORER, a.a.O., S. 184, N 34 zu Art. 5 KG). Zudem darf der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt werden (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 93).

47. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 14. August 2002 (BGE 2A.298/2001) zu den folgenden Rechtfertigungsgründen Stellung genommen und eine Rechtfertigung aus einem dieser Gründe als zumindest nicht ausgeschlossen betrachtet: Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten; Verbesserung des Produktesortiments; Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen; rationellere Nutzung von Ressourcen.

48. Die Parteien machten in ihren verschiedenen Stellungnahmen folgende Rechtfertigungsgründe geltend: Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, indem es nur über die Buchpreisbindung möglich sein soll, das vom Konsumenten erwartete Buchsortiment zur Verfügung zu stellen (Erhöhung der Gesamtzahl lieferbarer Bücher); Senkung der Vertriebskosten (Verbesserung des Vertriebs: flächendeckende Buchhandelsstruktur, Verlangsamung der Konzentration auf Buchhandelsebene, Erhöhung der Sortimentsbreite im Handel, Ermöglichung der verlegerischen Mischkalkulation, Gewährleistung von Kundendienst); Senkung der Herstellungskosten; Förderung von technischem oder beruflichem Wissen; rationellere Nutzung von Ressourcen.

49. Zwischen den verschiedenen Effizienzgründen bestehen Interdependenzen. Eine umfangreiche ökonomische Analyse und eine Auseinandersetzung mit ausländischen Erfahrungen erfolgt im Abschnitt "Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren". In den Abschnitten zu den weiteren Effizienzgründen wird jeweils auf die einschlägigen Ausführungen in diesem Abschnitt verwiesen.

B.2.4.2.1 Keine Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren

B.2.4.2.1.1 Gesetzliche Umschreibung und allgemeine Bemerkungen

50. Das Bundesgericht machte zu einer möglichen Rechtfertigung aufgrund einer allfälligen Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren folgende Ausführungen (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.10.3.2): "Sofern es stimmt, dass die Preisbindung die Zahl und Vielfalt der erhältlichen Titel erhöht (was eine noch abzuklärende Sachverhaltsfrage ist), könnte dies eine Produkteverbesserung (Breite und Qualität des Buchangebots) im Sinne des Gesetzes bilden. Eine Rechtfertigung erscheint damit auch unter diesem Titel nicht zum Vornherein unmöglich."

51. Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst zum Beispiel auch die Umweltverträglichkeit von Produkten. Darunter können auch die Verbreiterung des Angebots oder des Produktesortiments wie auch das Qualitätsniveau verstanden werden. Weiter kann auch die Verbesserung des Vertriebs vom Tatbestandsmerkmal "Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren" erfasst werden. Beispiele für Abreden, die eine Verbesserung des Vertriebs bezwecken, sind etwa die Verpflichtung zur fachkundigen Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zu Gewährleistung eines guten Kundendienstes. Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn geeignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Sie stellen deshalb eine Verbesserung des Produkts dar (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 92; ZÄCH, a.a.O., Rz. 287 f.). Die in der Lehre teilweise unter den Titel "Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren" subsumierte Verbesserung des Vertriebs wird in der vorliegenden Verfügung unter dem Titel "Senkung der Vertriebskosten" berücksichtigt.

[16] "In einem ZWEITEN Schritt, der nur zum Tragen kommt, nachdem festgestellt wurde, dass eine Vereinbarung den Wettbewerb einschränkt, werden die wettbewerbsfördernden Wirkungen ermittelt, und es wird geprüft, ob diese wettbewerbsfördernden Wirkungen gegebenenfalls die wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufwiegen. Diese Abwägung von wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Auswirkungen wird ausschliesslich im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 durchgeführt", Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, 2004/ C 101/08, Rz. 11, 33, 43, 50.

[17] "Vertical restraints may both be privately desirable and decrease aggregate surplus, and therefore should not be legal per se" (REY and TIROLE, The Logic of Vertical Restraints, The American Economic Review, Vol. 76, No. 5, December 1986, S. 922).

52. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass im Falle der Rechtfertigung unter diesem Titel die dynamischen Aspekte im Vordergrund zu stehen haben: "Les arguments de l'amélioration des produits ou des procédés de fabrication et de la promotion de la recherche doivent à notre avis, être interprétés en relation avec la fonction innovative de la concurrence. Le problème majeur est alors de déterminer dans quelle mesure une restriction notable de la concurrence (ou plus exactement de l'efficacité allocative) est nécessaire pour améliorer l'efficacité innovative" (CHABLOZ, L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence, Etude de droit suisse et comparé, travaux de la faculté de droit de l'université de Fribourg, 2002, S. 186 f.).

53. In ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2005 machten die Parteien geltend, dass der Sammelrevers aufgrund einer Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren gerechtfertigt werden könne: "Unter dem Aspekt der Verbesserung der Produktion ist als Rechtfertigungsgrund einer Wettbewerbsabrede auch eine Verbesserung des Produktesortiments zu berücksichtigen. Die Buchpreisbindung erhöht die Zahl der Neuerscheinungen und insbesondere das Angebotsspektrum an Titeln für besondere Interessentengruppen. Zudem wirkt sie der Konzentration im Verlagsbereich entgegen. Sie erhöht infolgedessen auch über eine grössere Zahl von Verlegern das den Verbrauchern angebotene Titelsortiment. Schliesslich gestattet sie den Verlegern auch eine Mischkalkulation, die die Bereitschaft zur Herausgabe neuer, insbesondere auch "innovativer" Titel fördert."

54. Der Sammelrevers führt nicht direkt zu einer Produkteverbesserung oder zu einer Verbesserung von Produktionsverfahren im engeren Sinne. Prüfenswert ist vielmehr, ob der Sammelrevers zu einer weiter gefassten Produkteverbesserung führt, die eine Vergrösserung des vor Ort erhältlichen Sortiments - sowie indirekt der Produktvielfalt insgesamt - beinhaltet.

55. Bei der gemäss Bundesgerichtsentscheid vom 14. August 2002 abzuklärenden Frage, ob der Sammelrevers geeignet ist, die Zahl und die Vielfalt der erhältlichen Titel zu erhöhen, wurden theoretische Erwägungen angestellt und deren Anwendbarkeit auf den Buchhandelsmarkt überprüft. Dabei werden die Besonderheiten des Buchhandelsmarktes berücksichtigt. Als wichtige Charakteristika des Buchhandelsmarktes sind namentlich folgende Eigenschaften zu nennen:[18]

- Bücher sind Erfahrungsgüter, das heisst, die Konsumenten können sich vor dem Kauf nur unvollständig über deren subjektiven Wert informieren. Damit im Zusammenhang stehen die von den Parteien unterstrichene Bedeutung von Impulskäufen und das Ausbleiben von Wiederholungskäufen.
- Bücher haben in der Regel zahlreiche nahe, aber keine perfekten Substitute (monopolistischer Wettbewerb, vgl. Fn. 25).
- Bei der Buchproduktion entstehen typischerweise hohe fixe und relativ geringe variable Kosten.
- Verlage produzieren gewöhnlich eine Vielzahl verschiedener Titel, bei - verglichen mit anderen Industrien - geringen Stückzahlen. Ein grosser Teil der publizierten Titel erweist sich im Nachhinein als unprofitabel.
- Ein wichtiger Faktor beim Konsum eines Buches ist die Lektüre des Inhalts, das heisst, wer ein Buch kauft, berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch die Opportunitätskosten des Lesens (Lesezeit).
- Ausführungen über die Preiselastizität der Nachfrage nach Büchern finden sich in Randziffer 75. Randziffer 98 enthält Erwägungen, die Rückschlüsse auf die Kreuzpreiselastizitäten zwischen Buchhandlungen zulassen.
- Die Parteien machten in ihren Stellungnahmen auch auf die Bedeutung von Büchern als Medien der Wissensvermittlung und der damit verbundenen positiven externen Effekte aufmerksam (vgl. z.B. Stellungnahme vom 18.1.2005).

56. Eine behauptete Auswirkung der Aufhebung des Sammelrevers besteht darin, dass die Preise von anspruchsvollen Titeln relativ zu denjenigen von populären Titeln steigen. Eine Kategorisierung von Büchern in diese Gruppen wäre deshalb von Interesse. Es ist indes kaum möglich, den Büchermarkt in diese zwei Kategorien aufzuteilen (obwohl in den Erwägungen der Einfachheit halber von einer solchen Zweiteilung ausgegangen wird). Tabelle 1 zeigt die Aufteilung in verschiedene Sach- und Untergruppen (Quelle: Buch und Buchhandel in Zahlen, Ausgabe 1999, Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V., Frankfurt am Main, S. 64 f.). Zu beachten ist, dass sich in den meisten Sach- und Untergruppen sowohl solche Titel finden, die eher in die Kategorie "anspruchsvolle Titel" und solche, die eher in die Kategorie "populäre Titel" einzuordnen sind. Gemäss Seite 61 derselben Publikation entfielen im Jahre 1998 39,8% der Buchproduktion (bezogen auf die produzierte Menge) auf Belletristik und Sachbücher, 3,5% auf Bilderbücher, Zeichen- und Malbücher, 7,9% auf Kinderbücher, 2,9% auf Geistes- und Sozialwissenschaften, 2,6% auf Naturwissenschaften und Technik, 11,6% auf Schulbücher, 19,4% auf Adressbücher und 12,1% auf Bücher in losen Bogen oder Blättern und Loseblattwerke.

[18] APPELMAN, Fixed book price, A Handbook of Cultural Economics, 2003, Ch. 29, S. 237; CANOY, VAN OURS und VAN DER PLOEG, The Economics of Books, Discussion Paper, Tilburg University, January 2005, for the Handbook of the Economics of Art and Culture, North-Holland, Amsterdam, S. 11 STUMPP; Die Preisbindung für Verlagserzeugnisse: Wettbewerbsbeschränkung oder Regulierung zur Beseitigung von Marktunvollkommenheiten?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 53 ff.

Sachgruppe	Anteil 1998 in %
Kinder- und Jugendliteratur	6,1%
Sonstiges Allgemeines	2,6%
Philosophie, Psychologie	4,8%
Religion, Theologie	5,2%
Wirtschaft	5,9%
Recht	5,6%
Erziehung, Bildung, Unterricht	3,2%
Schulbücher	4,7%
Sonstige Sozialwissenschaften	5,6%
Mathematik, Naturwissenschaften	8%
Angewandte Wissenschaften, Medizin, Technik	15,5%
Kunst, Kunstgewerbe, Fotografie, Musik, Spiel, Sport	7,9%
Sprach- und Literaturwissenschaft	4,7%
Belletristik	11,6%
Geografie, Geschichte	8,6%
Total	100%

Tabelle 1: Titelproduktion (Erstauflagen) nach Sachgruppen 1998

B.2.4.2.1.2 Ökonomische Effizienz im Allgemeinen

57. Auf Märkten, auf denen wirksamer Wettbewerb herrscht, sind die Hersteller in der Regel gezwungen, eine Vertriebsform zu wählen, die den Effizienzgesichtspunkten in wesentlichem Umfange Rechnung trägt.[19] So ist es denkbar, dass die Marktteilnehmer ohne Verhaltenskoordination dieselbe (effiziente) Vertriebsform respektive vertikale Restriktion wählen. Im vorliegenden Fall greift dieses Argument indes nicht. Die Wahl der vertikalen Restriktion erfolgt bei deutschsprachigen Verlagserzeugnissen in wesentlichem Umfang aufgrund der durch den Sammelrevers begründeten Verhaltenskoordination. Bei der Effizienzprüfung einer durch einzelne Unternehmen angewandten vertikalen Restriktion besteht die Gefahr, dass die Wettbewerbsbehörde tatsächlich bestehende Effizienzgründe verkennt, da diese erst im Nachhinein im Laufe des dynamischen Marktprozesses zu Tage treten. Unternehmen, die fehlerhafte Strategien verfolgen, werden im Laufe dieses dynamischen Marktprozesses Marktanteile einbüssen oder vom Markt verschwinden. Im Falle des Sammelrevers gilt es zu beachten, dass sich die Marktteilnehmer in ihrer Gesamtheit über eine Vertriebsform respektive vertikale Restriktion geeinigt haben und der Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der effizienten Vertriebsform dadurch beeinträchtigt ist. Diese Feststellung schliesst indes nicht von vornherein aus, dass im vorliegenden Fall Rechtfertigungsgründe bestehen und dass diese nur durch die vom Sammelrevers ermöglichte organisatorische Bündelung zur Geltung gebracht werden können.

58. Es ist davon auszugehen, dass die am Sammelrevers beteiligten Verleger bei ihrem unternehmerischen Handeln unter anderem auch an effizienten Vertriebsstrukturen, die ein dichtes und qualitativ hoch stehendes, aber auch möglichst kostengünstiges Vertriebsnetz gewährleisten, interessiert sind. Für die Verleger besteht dabei ein gewisser Interessenskonflikt zwischen den Vor- und Nachteilen von fixen Endverbraucherpreisen (z.B. infolge Preisbindung eingeschränkte Möglichkeiten zur Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Kundengruppen).

59. Anders verhält es sich mit der Anreizstruktur des Buchhandels. Die Buchhandlungen sind an einem effizienten Vertrieb in Bezug auf das eigene Geschäft interessiert. Sie sind ebenfalls daran interessiert, dass im Buchhandel insgesamt Absatz fördernde Massnahmen durchgeführt werden, die sich auch auf den eigenen Absatz positiv auswirken. Hingegen haben die einzelnen Buchhändler ein geringes Interesse an effizienten Vertriebswegen auf dem Buchhandelsmarkt insgesamt. Insbesondere sind die Buchhändler kaum am Aufkommen von konkurrierenden Vertriebsformen interessiert, die sie selber nicht abdecken können.[20]

60. Optimale Bedürfnisbefriedigung ist ein Ziel, das nicht objektiv und schon gar nicht zum Voraus umschrieben werden kann. Sie hängt ab von den Präferenzen der Nachfrager, die notwendigerweise subjektiv sind und sich überdies im Verlauf der Zeit ändern.

[19] "Wie bereits einleitend erwähnt, zeigt die ökonomische Analyse, dass bei vertikalen Beschränkungen nur dann eine Gefährdung des Wettbewerbs zu befürchten ist, wenn der Wettbewerb zwischen den Marken nicht ausreichend stark ist, d.h. wenn ein bestimmtes Maß an Marktmacht besteht. Je schärfer der Markenwettbewerb, desto wahrscheinlicher ist es, dass sich vertikale Beschränkungen nicht nachteilig auswirken oder zumindest unter dem Strich eine positive Wirkung haben. Je schwächer dagegen der Markenwettbewerb, desto wahrscheinlicher eine per saldo negative Wirkung vertikaler Beschränkungen. Das bedeutet, dass vertikale Beschränkungen gleicher Art eine unterschiedliche Wirkung haben können, je nach der Struktur des Marktes und der Marktmacht des Unternehmens, das die vertikale Beschränkung anwendet" (Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen, S. 15); vgl. hiezu ZWEIFEL and ZÄCH, a.a.O., S. 273.

[20] Vgl. BITTLINGMAYER (1988), a.a.O., S. 790: "The interests of publishers and booksellers mesh only partly. Publishers have mixed feelings about RPM because the monopoly nature of the book makes price discrimination across classes of buyers profitable. For example, a publisher will not mind some loss of sales at full-price retailers if the extra revenue at discounters is large enough. The normal, full-price bookseller, in contrast, will be opposed to that sort of discounting. He is interested in something other than the combination of promotional effort and retail prices that maximizes publishers profits."

Bei Koordination der wirtschaftlichen Tätigkeit durch Wettbewerb braucht sich niemand um die Subjektivität der Nachfrage zu kümmern, weil Wettbewerb als Entdeckungsverfahren sie zutage fördern wird. Bei der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen jedoch muss die Wettbewerbsbehörde sich damit beschäftigen (STOFFEL, a.a.O., S. 103). Im Zusammenhang mit einem branchenumfassenden System zur Entsorgung von Elektroschrott führte das Sekretariat aus, es sei nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden zu bestimmen, welches System das effizienteste sei (eben dies sei dem Wettbewerb überlassen), sie habe "bloss" dafür zu sorgen, dass die im Kartellgesetz verankerten Wettbewerbsregeln eingehalten werden (Swico/Sens, RPW 2002/2, S. 270, Rz. 99). Im vorliegenden Fall kommt die Weko indes nicht umhin, sich zur Effizienz des Sammelrevers zu äussern. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es auch in diesem Fall nicht Aufgabe der Weko ist, die Rolle eines "wohlwollenden und allwissenden sozialen Planers" zu übernehmen. Vielmehr geht es darum, anhand der einschlägigen ökonomischen Literatur und der bereits vorhandenen und der im Laufe des Verfahrens gewonnenen empirischen Erkenntnisse die Stichhaltigkeit der von den Parteien vorgebrachten Effizienzgründe zu überprüfen. Es geht also nicht darum festzustellen, ob der Sammelrevers das "effizienteste" System ist. Die vorgenommene Beurteilung anhand der eingehend erläuterten Kriterien ergibt sich folgerichtig aus dem Gesetzeslaut, der Botschaft und der herrschenden Lehre. Zu betonen ist, dass sich die vorliegende Analyse ausdrücklich auf wirtschaftliche Effizienzgründe beschränkt und eine Berücksichtigung von anderen Kriterien im Sinne der Saldomethode ausgeschlossen ist.

61. Wirtschaftliche Effizienz bedeutet ein Maximum an Bedürfnisbefriedigung aus den gegebenen Mitteln beziehungsweise die Befriedigung der vorhandenen Bedürfnisse mit einem Minimum an Aufwand. Grundsätzlich kann wirtschaftliche Effizienz in der Form von allokativer Effizienz, Produktionseffizienz oder dynamischer Effizienz auftreten. Allokative Effizienz handelt von Verzerrungen der relativen Preise, die zum Beispiel durch das Preissetzungsverhalten eines Monopolisten oder generell durch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen hervorgerufen werden. Wenn allokative Effizienz gegeben ist, vermittelt das Preissystem den Unternehmen Anreize zu einem Angebot von Gütern und Dienstleistungen, welches den Präferenzen der Individuen bestmöglich entspricht. Produktive Effizienz bedeutet, dass die Unternehmen den von den Nachfragern gewünschten Output mit den geringst möglichen Inputs herstellen, so dass die Verschwendung von knappen Ressourcen vermieden wird. Eine Senkung der Kosten bei gegebenem Output führt somit zu einer Steigerung der produktiven Effizienz. Dynamische Effizienz ist wesentlich gekennzeichnet durch die Realisierung von technischem Fortschritt. Die Rahmenbedingungen sollten so gestaltet sein, dass Anreize zu Innovation und langfristig tragfähigen Investitionen bestehen. Die dynamische Effizienz ist dann gewährleistet, wenn die Unternehmen dazu veranlasst oder nicht daran gehindert werden, neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln sowie an zukünftige Bedürfnisse angepasste Produktionskapazitäten zu errichten. In der Realität besteht oft ein Trade-off zwischen den genannten Kategorien, indem beispielsweise eine Verbesserung der allokativen Effizienz zu einer Verschlechterung der dynamischen Effizienz führen kann.

62. Im kartellrechtlichen Verfahren nach Artikel 5 KG stellt sich die Frage nach der wirtschaftlichen Effizienz schon vor der eigentlichen Effizienzprüfung. Es werden nur solche Verhaltensweisen einer Effizienzprüfung gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG unterzogen, bei denen die Effizienz aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung erheblich beeinträchtigt ist. Wettbewerb ist kein Selbstzweck. Letztlich bedeutet eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nichts anderes als eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Effizienz. In der Effizienzprüfung wird geklärt, ob diese Beeinträchtigung durch die mit der Abrede verbundenen positiven Effizienzwirkungen mindestens aufgewogen wird.

63. Bei der ökonomischen Betrachtung von vertikalen Restriktionen - und um ein Bündel von solchen vertikalen Restriktionen handelt es sich im vorliegenden Fall - werden die in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe gewöhnlich in die drei Kategorien Trittbrettfahrerproblematik, Hold-up-Problem und doppelte Marginalisierung eingeteilt. In den folgenden Erwägungen werden aber auch alternative Ansätze betrachtet. Die einzelnen Effizienzgründe enthalten dabei jeweils in unterschiedlichem Umfang Elemente der allokativen Effizienz, der Produktionseffizienz und der dynamischen Effizienz.

64. ***Trittbrettfahrerproblematik***: Die bei den folgenden Betrachtungen zentrale Problematik eines externen Effektes auf Händlerstufe lässt sich wie folgt verdeutlichen: Ein Händler vertreibt ein beratungsintensives Produkt und lässt seinen Kunden diesbezüglich eine professionelle Beratung angedeihen. Für einen anderen Händler könnte es lukrativ erscheinen, dasselbe Produkt zu einem günstigeren Preis, aber ohne Beratung, anzubieten. Die Konsumenten erhalten den Anreiz, die Beratung beim Händler, der diese gratis anbietet, in Anspruch zu nehmen, das Produkt aber beim günstigeren Händler zu kaufen. Es kann demzufolge für alle Händler individuell rational sein, ihr Beratungsniveau zu reduzieren. Die Trittbrettfahrerproblematik kann deshalb dazu führen, dass die Unternehmen ein ineffizient tiefes Service- und Beratungsniveau anbieten. Die Reduktion der Service- und Beratungsleistungen kann dazu führen, dass der Bücherabsatz zurückgeht und die Konsumentenrente verringert wird. Inwieweit auf dem Büchermarkt ein Trittbrettfahrerproblem besteht respektive inwieweit der Sammelrevers geeignet ist, diesbezüglich eine Verbesserung herbeizuführen, wird nachfolgend (Rz.

84 ff.) detailliert erläutert.[21] Die Trittbrettfahrerproblematik steht nicht zuletzt auch im Zusammenhang mit Informationsasymmetrien zwischen dem Hersteller und dem Händler. Das heisst, vertikale Restriktionen können dazu dienen, Probleme im Zusammenhang mit Moral Hazard und adverser Selektion zu lösen und das Risiko auf effiziente Weise zu verteilen.[22] In einem von asymmetrischer Information geprägten Umfeld versucht der Hersteller (Principal), den Händler (Agent) mittels vertikalen Restriktionen zu Absatz fördernden Massnahmen zu bewegen, die der Händler sonst nicht ergreifen würde. Allerdings stellen sich Informationsprobleme wie Moral Hazard auch in Fällen ohne Trittbrettfahrerverhalten auf Händlerstufe ein.

65. ***Hold-up-Problem***: Das Hold-up-Problem steht im Zusammenhang mit beziehungsspezifischen Investitionen und der Unvollständigkeit von Verträgen. Dies kann anhand eines der Literatur entnommenen Beispiels erläutert werden: Ein Produzent von Ersatzteilen tätigt Investitionen in seine Fabrikanlagen, die ihren vollen Wert nur im Zusammenhang mit der Produktion einer bestimmten Automobilmarke entfalten. Es ist für den Ersatzteillieferanten vor seinem Investitionsentscheid kaum möglich, mit seinem Abnehmer einen Vertrag abzuschliessen, der alle zukünftigen Eventualitäten regelt. So ist es denkbar, dass der Abnehmer aufgrund unvorhergesehener Ereignisse eine Neuaushandlung des Vertrages anstrebt. Da die bereits getätigte Investition des Ersatzteilproduzenten ausserhalb der Geschäftsbeziehung weniger produktiv ist, kann der Abnehmer in diesen Neuverhandlungen einen Teil des ursprünglich dem Ersatzteillieferanten zugedachten Gewinnes abschöpfen. Falls dies vom Ersatzteilproduzenten antizipiert wird, kann das Hold-up-Problem dazu führen, dass der Ersatzteillieferant auf lukrative Investitionsmöglichkeiten verzichtet.[23] Zu klären ist, ob auf dem Büchermarkt beziehungsspezifische Investitionen eine tragende Rolle spielen. Zwar kommt es vor, dass Buchhandlungen eigens für bestimmte Titel, Verlage oder Autoren bestimmte Absatzförderungsmassnahmen (z.B. Büchertische, Versand von Prospekten) vornehmen. Allerdings handelt es sich bei diesen Massnahmen aufgrund ihrer Kurzfristigkeit in der Regel nicht um Investitionen, die geeignet wären, ein Hold-up-Problem entstehen zu lassen. Auch mit Sammelrevers riskiert ein Buchhändler, der unentgeltlich zum Imageaufbau eines Titels, Autors oder Verlags beiträgt, dass andere Akteure von seinem Engagement profitieren. Dem Hold-up-Problem wird gewöhnlich mit anderen Mechanismen als mit Preisbindung zweiter Hand begegnet (z.B. vertikale Integration, längerfristige Exklusivverträge). Ein direkter Zusammenhang zwischen dem Sammelrevers und dem Hold-up-Problem ist somit nicht gegeben und wurde von den Parteien auch nicht vorgebracht.

66. ***Doppelte Marginalisierung***: Bei der doppelten Marginalisierung stellt sich das Problem, dass sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen und der Endkonsument sowohl für die Rente des Herstellers als auch für diejenige des Händlers aufkommen muss, das heisst, es entsteht eine vertikale Externalität (weder Händler noch der Hersteller berücksichtigen bei der Preissetzung die Auswirkungen auf die vor- resp. nachgelagerte Marktstufe). "Wenn sowohl der Lieferant als auch der Käufer über Marktmacht verfügen, so werden beide einen Aufschlag zu ihren jeweiligen Grenzkosten hinzuberechnen. Beide erweitern ihre Gewinnspanne über das unter Wettbewerbsbedingungen gegebene Niveau hinaus. dies kann - zum Nachteil der Verbraucher wie auch des Gesamtgewinns der beteiligten Unternehmen - zu einem Endverkaufspreis führen, der sogar über dem Monopolpreis liegt, den ein integriertes Unternehmen berechnen würde. In diesem Fall kann sich der Lieferant durch Druck zur Abnahme von Mindestmengen oder die Festsetzung von Einzelhandelshöchstpreisen helfen, den Preis auf dem genannten Monopolniveau zu halten" (Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen, S. 22). Eine gleichzeitige Festlegung von Mindestverkaufspreisen - wie im Falle des Sammelrevers - ist hiezu nicht erforderlich.[24] Das Problem der doppelten Marginalisierung ist deshalb - und auch aufgrund der relativ geringen Marktmacht der einzelnen Akteure - auf dem deutschsprachigen Buchhandelsmarkt nicht zentral.[25] Rechtfertigungsgründe, die im Zusammenhang mit der doppelten Marginalisierung stehen, wurden von den Parteien für die Effizienzverteidigung im Übrigen auch nicht vorgebracht.

[21] Eine durch die Vermeidung des Trittbrettfahrerproblems bewirkte Verbesserung von Service- und Beratungsleistungen kommt als Rechtfertigungsgrund im Sinne einer Senkung der Vertriebskosten resp. als Verbesserung des Vertriebs, in Betracht (vgl. hiezu auch Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson&Johnson, RPW 2003/2, S. 251, Rz. 52).

[22] KATZ, Handbook of Industrial Organization, Vol. I, SCHMALENSEE und WILLIG (Hrsg.), Elsevier Science Publishers B.V., 1989, Chapter 11, S. 660; vgl. auch ZWEIFEL and ZÄCH, a.a.O., S. 274 ff.

[23] Bei Massnahmen zur Vermeidung des Hold-up-Problems kommt namentlich eine Rechtfertigung aufgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen in Betracht (vgl. Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, RPW 2005/1, S. 114 ff.). Siehe zum Hold-up-Problem auch HART, Firms, Contracts and Financial Structure, Clarendon Lectures in Economics, 1995, S. 6 ff. und S. 73 ff.

[24] Die Vermeidung der doppelten Marginalisierung kommt gemäss STOFFEL, a.a.O., S. 108, als Rechtfertigungsgrund im Sinne einer Senkung der Vertriebskosten in Frage. Vgl. zur doppelten Marginalisierung auch TIROLE, The Theory of Industrial Organization, MIT, 1988, S. 177 sowie ZWEIFEL and ZÄCH, a.a.O., S. 274. STUMPP, Die Preisbindung für Verlagserzeugnisse: Wettbewerbsbeschränkung oder Regulierung zur Beseitigung von Marktunvollkommenheiten?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, S. 114 f., weist auf die Unbestimmbarkeit der Effizienzwirkungen von RPM im Zusammenhang mit der doppelten Marginalisierung hin.

[25] Vgl. hiezu auch die deutsche Monopolkommission, Dreizehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/1999, Deutscher Bundestag 14. Wahlperiode, Drucksache 14/4002, S. 397. Allenfalls können die einzelnen Titel als Güter mit monopolähnlichen Eigenschaften bezeichnet werden, die miteinander in einem monopolistischen Wettbewerb stehen (vgl. BITTLINGMAYER [1988], a.a.O., S. 789).

B.2.4.2.1.3 RPM im Besonderen

67. Bei den durch den Sammelrevers gebündelten vertikalen Restriktionen handelt es sich um Fälle von Preisbindung zweiter Hand (Resale Price Maintenance, RPM).[26] Aus diesem Grunde werden im Folgenden ausschliesslich mögliche Effizienzgründe betrachtet, die mit RPM in Verbindung stehen (wobei bei anderen vertikalen Restriktionen teilweise die gleichen Effizienzgründe in Frage kommen). RPM wird in den meisten Staaten strenger beurteilt als andere vertikale Restriktionen. Im schweizerischen Wettbewerbsrecht ist RPM seit 1. April 2004 der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unterstellt (Art. 5 Abs. 4 KG). Die ökonomische Analyse von RPM ist indes weitgehend identisch mit der ökonomischen Analyse von anderen vertikalen Restriktionen. Wie generell bei vertikalen Restriktionen stehen bei der Analyse der Effizienzwirkungen von RPM die Auswirkungen auf das Nachfrageverhalten der Konsumenten im Vordergrund, während bei horizontalen Abreden (wie z.B. Einkaufskooperationen) in der Regel mögliche Kostensenkungen (d.h. Veränderungen der Angebotskurve) zu beurteilen sind. In der ökonomischen Literatur wird überwiegend dafür plädiert, dass die Beurteilung von RPM-Fällen, wie bei allen anderen vertikalen Fällen - aufgrund der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls, das heisst anhand einer Rule-of-reason, beurteilt werden.[27]

68. Die in der ökonomischen Literatur angeführten Effizienzgründe für RPM beziehen sich auf rein vertikale Beziehungen zwischen Unternehmen. Dass sich beim Sammelrevers aufgrund der horizontalen Bündelung andere strategische Implikationen ergeben könnten, wird bei den nachfolgenden Erwägungen nicht ausser Acht gelassen, wobei sich die Analyse nur in wenigen Punkten von derjenigen einer einzelnen vertikalen Restriktion unterscheidet. Die Parteien nannten als Hauptgrund für die horizontale Bündelung das auf dem Transaktionskostenansatz beruhende Massenproblem. Zu berücksichtigen ist, dass die Verlage nicht nur in einer Konkurrenzbeziehung zu einander stehen, sondern dass im Bücherabsatz auch eine komplementäre Beziehung zwischen den Verlagen besteht.[28] Ein Charakteristikum des Büchermarktes ist, dass Bücher verschiedener Verlage weitgehend in denselben Verkaufslokalitäten angeboten werden und dass es für einen einzelnen Verlag ohne horizontale Bündelung wahrscheinlich weniger lukrativ wäre, mittels RPM Verkaufsanstrengungen der Buchhändler zu fördern, von denen auch die anderen Verlage profitieren.

69. Mittels vertikalen Restriktionen wird in der Regel keine Verringerung des Outputs oder der Qualität angestrebt.[29] Vertikale Restriktionen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im Wesentlichen komplementäre Güter (z.B. Herstellung und Vertrieb) bereitstellen. Es trifft deshalb zu, dass die Verleger (bei gegebenen Grosshandelspreisen) nicht daran interessiert sind, dass die Buchhändler die Einzelhandelspreise erhöhen und damit den Absatz der Produkte des Herstellers verringern. Bei der ökonomischen Analyse von vertikalen Restriktionen ist die Annahme einer fixen Nachfragekurve ungeeignet. Diesbezüglich ergeben sich analoge Implikationen zur ökonomischen Analyse im Zusammenhang mit Werbung.[30] Mit Hilfe von vertikalen Restriktionen bezwecken die Produzenten (im vorliegenden Fall die Verleger) eine Verschiebung der Nachfragekurve.

70. Im ökonomischen Schrifttum ist unbestritten, dass vertikale Restriktionen in vielen Fällen effizienzsteigernd wirken und die Wohlfahrt erhöhen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen vertikale Restriktionen volkswirtschaftlich negative Auswirkungen haben. Der Begriff der Serviceleistungen ist bei der vorliegenden Analyse weit zu fassen (z.B. Beratung, Werbung, Verkaufsfläche). Bei der Wohlfahrtsanalyse ist der Trade-off zwischen den Konsumenten, die das Produkt ohne die zusätzlichen Dienstleistungen nicht kaufen würden, und den Konsumenten, die das Produkt auch ohne zusätzliche Serviceleistungen kaufen und es vorziehen würden, nicht für diese Dienstleistungen zu bezahlen, von Bedeutung.[31] Die Auswirkungen von RPM auf die Wohlfahrt hängen von den Nachfrageelastizitäten sowie vom Verlauf der Kostenkurven ab.

[26] RPM kann wie folgt definiert werden: "RPM is a provision in the contract dictating the choice of the final price to the retailer. Variants of this restraint are a price ceiling and a price floor. RPM is thus a price ceiling plus a price floor" (TIROLE, a.a.O., S. 171). Der Sammelrevers beinhaltet die Festlegung von Mindest- und Maximalverkaufspreisen, d.h. die Festlegung des exakten Endverkaufspreises, was somit genau der genannten Definition entspricht. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass andere Autoren (z.B. MARTIN, Advanced Industrial Economics, 2nd edition, Blackwell Publishers, 2002, S. 490 f. und KATZ, a.a.O., S. 659) auch die alleinige Festlegung von Mindestverkaufspreisen oder von Maximalverkaufspreisen unter den Begriff RPM subsumieren.

[27] Hinsichtlich der mit einem solchen Rule-of-reason-Ansatz verbundenen Schwierigkeiten vgl. OVERSTREET and FISHER, Resale Price Maintenance and Distributional Efficiency: Some Lessons from the Past, Contemporary Policy Issues, Vol. 3, Issue 3, 1995, S. 53 f.; sowie KATZ, a.a.O., S. 714. Vgl. auch MATHEWSON and WINTER, The Law and Economics of Resale Price Maintenance, Review of Industrial Organization, Vol. 13, 1998, S. 57 ff. Es existieren indes auch in der ökonomischen Literatur Voten für eine restriktivere Wettbewerbspolitik im Zusammenhang mit RPM, wobei in diesen Ansätzen die Beschränkung des Interbrand-Wettbewerbs im Vordergrund steht (vgl. z.B. REY and VERGÉ, Resale Price Maintenance and Horizontal Cartel, CMPO Working Papers No. 02/47, February 2002).

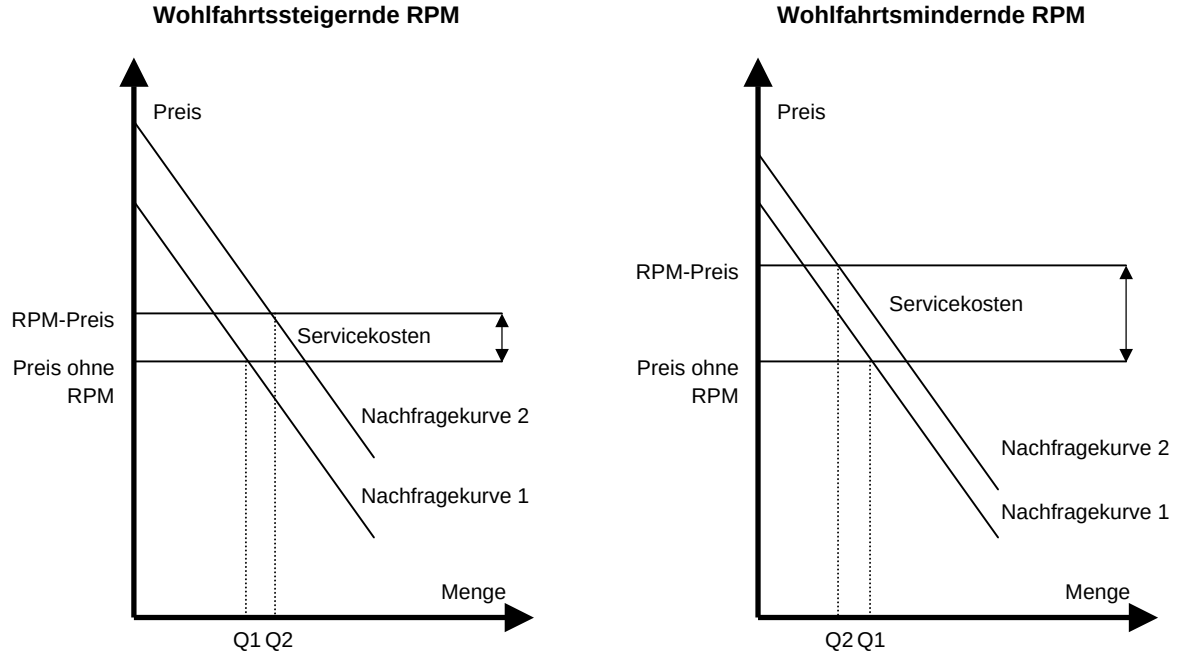
[28] Im Sinne von BRANDENBURGER and NALEBUFF, Co-Opetition: A Revolution Mindset That Combines Competition and Cooperation: The Game Theory Strategy That's Changing the Game of Business, Doubleday, 1st edition, 1997.

[29] Vgl. z.B. BORK, The Rule of Reason an the per se concept: price fixing and market division, Yale Law Journal, Vol. 75, No. 5, January 1966, S. 373 ff.

[30] DIXIT and NORMAN, Advertising and welfare, Bell Journal of Economics, 1978, S. 1 ff.

[31] Im ökonomischen Schrifttum wird hiebei von marginalen resp. inframarginalen Konsumenten gesprochen, vgl. COMANOR and KIRKWOOD, Resale Price Maintenance and Antitrust Policy, Contemporary Policy Issues, Vol. 3, Issue 3, 1985, S. 9ff.; SPENCE, Monopoly, Quality, and Regulation, Bell Journal of Economics, Autumn 1975, Vol. 6, S. 417 ff. Unterstellt wird bei der Analyse, dass es sich bei den Konsumenten mit einer relativ geringen Zahlungsbereitschaft tatsächlich um die inframarginalen Konsumenten handelt, was indes im Einzelfall zu prüfen wäre (NEVEN, Vertical Restraints, Trawling for Minnows, 1998, S. 32).

71. Wie aus der vereinfachten Darstellung in Grafik 1 ersichtlich ist, kann RPM sowohl wohlfahrtssteigernd als auch wohlfahrtsmindernd sein. Die vollständige Analyse, die auch den Spezialfall einer sich nach rechts drehenden Nachfragekurve umfasst, findet sich namentlich in COMANOR (Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy, Harvard Law Review, Vol. 98, 1985, S. 983 ff.) und SCHERER/ROSS (Industrial Market Structure and Economic Performance, 3rd edition, Houghton Mifflin Company Boston, 1990, S. 541 ff.). Die verkaufte Menge des Gutes ohne RPM beträgt Q1. Durch die Festlegung eines im Vergleich zum Endverkaufspreis ohne RPM höheren RPM-Preises kann der Hersteller die Händler dazu veranlassen, zusätzliche Servicedienstleistungen anzubieten. Dadurch fallen zusätzliche Servicekosten an und die Nachfragekurve verschiebt sich nach rechts. In der Situation unter Nachfragekurve 2, das heisst mit RPM, fragen die Konsumenten die Menge Q2 nach. Während in Grafik 1 links die durch die zusätzlichen Serviceleistungen generierte Nachfrage gross und die zusätzlichen Kosten gering sind, ist in Grafik 1 rechts das Gegenteil der Fall. Im ersten Fall führt RPM daher zu einer höheren, im zweiten Fall zu einer geringeren Menge.



Grafik 1: Wohlfahrtssteigernde und -mindernde RPM

72. Je nach Verlauf der Kosten- und Nachfragekurven ändern sich die Auswirkungen von RPM auf die Wohlfahrt. Im ersten Fall ist davon auszugehen, dass die RPM wohlfahrtssteigernd, im zweiten Fall hingegen wohlfahrtsmindernd, wirkt. Generell kann gesagt werden, dass die Interessenlage zwischen den Produzenten und den Konsumenten am ehesten in denjenigen Fällen divergiert, in denen die Produzenten über eine bedeutende Marktmacht verfügen. Dort wo Ausweichmöglichkeiten insbesondere zu Substituten, bei denen keine Zusatzdienstleistungen angeboten werden, bestehen (was im Fall des Buchhandels gerade eben nicht der Fall ist), sind die Konsumenten, die das Produkt auch ohne zusätzliche Serviceleistungen kaufen und es vorziehen würden, nicht für diese Dienstleistungen zu bezahlen, von einer Erhöhung des Serviceniveaus bei einem einzelnen Produkt kaum negativ berührt.[32]

73. Allerdings gelten die Ausführungen zu den Auswirkungen von RPM auf das Serviceniveau auch bei anderen Absatz fördernden Massnahmen, die in aller Regel nicht Gegenstand von kartellrechtlichen Verfahren sind (z.B. vom Hersteller selber durchgeführte Werbekampagnen).[33] So wäre es grundsätzlich denkbar, dass die Serviceleistungen bei einem Verbot von RPM zumindest teilweise vom Händler auf den Produzenten verlagert werden, so dass auch ohne RPM Servicekosten in ähnlichem Ausmass anfallen. Wenn der Produzent, zum Beispiel aufgrund seines geringeren Informationsstandes bezüglich lokaler Nachfrageverhältnisse, über ein geringeres Know-how bezüglich dieser Serviceleistungen verfügt und diese zu hö-

[32] REY, The Economics of Vertical Restraints, May 2003 (forthcoming in Handbook of Industrial Organization), S. 7.
[33] WHITE, Resale Price Maintenance and the Problem of Marginal and Inframarginal Customers, Contempory Policy Issues, Vol. 3, Issue 3, 1985, S. 17 ff.

heren Kosten erbringt als dies der Händler tun würde, wären alle Beteiligten (Konsumenten, Händler und Produzenten) schlechter gestellt als mit RPM. Ob RPM, welche die Händlermarge erhöht, um die Händler zur Bereitstellung von zusätzlichen Serviceleistungen oder dergleichen zu veranlassen, auch zu höheren Endverbraucherpreisen führt, ist somit nicht von vornherein klar.[34]

74. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die oben dargelegte Analyse illustrativen Zwecken dient. Eine präzise Quantifizierung der Wohlfahrtseffekte ist in der Realität - gerade auf einem hoch komplexen Markt wie dem Buchhandelsmarkt - nicht möglich. Das Hauptproblem in der Praxis besteht darin, dass die Nachfragekurven nicht bekannt sind und namentlich aufgrund der nahezu unabzählbaren Anzahl von verschiedenen Titeln, dem weitgehenden Fehlen von Preisschwankungen und der schwer abschätzbaren Folgen einer Aufhebung der Buchpreisbindung auf das Nachfrageverhalten auch nicht annäherungsweise geschätzt werden können.[35] Hinzu kommt, dass die einzelnen Titel einem Produktlebenszyklus ausgesetzt sind und sich die Wertschätzung der Konsumenten für einen Titel im Laufe der Zeit ändert (was besonders deutlich z.B. bei Biografien von Persönlichkeiten des Zeitgeschehens wird).

75. Auch wenn in der Realität in der Regel nur Informationen über die Nachfrageverhältnisse unter dem geltenden Zustand, das heisst entweder mit oder ohne RPM bestehen, finden sich im ökonomischen Schrifttum Hinweise darauf, dass RPM zu einer Erhöhung der Nachfrageelastizität führt.[36] Zudem dürften zum Teil deutliche Unterschiede in den Nachfrageelastizitäten bei verschiedenen Bücherkategorien auftreten. Auch wenn verschiedentlich festgestellt wurde, dass dem Preis bei Büchern verglichen mit anderen Wettbewerbsparametern eine relativ geringe Bedeutung zukommt, trifft es nicht zu, dass Bücher generell preisunelastisch sind. Die Aussage, dass bei den meisten Buchkäufern der Wettbewerbsparameter Preis verglichen mit anderen Parametern wie breites Sortiment, Übersichtlichkeit des Buchangebotes, freundliche Ansprache und Bedienung sowie fachkundige Beratung (vgl. PROGNOS, a.a.O., S. 78) eine relativ geringe Bedeutung einnimmt, bedeutet nicht zwingend, dass mit Preissenkungen keine neuen Kunden gewonnen werden könnten oder die abgesetzte Menge nicht gesteigert werden könnte. Es stellt sich ebenfalls die Frage nach dem geeigneten Aggregationsgrad.[37] Bestehende Schätzungen der Nachfrageelastizitäten für einzelne Titel gehen von Werten zwischen -1.5 und -3 für einzelne Titel aus. Die vergleichsweise höchsten Nachfrageelastizitäten ergeben sich dabei bei verhältnismässig gut verkäuflichen Titeln.[38] Auch die Monopolkommission (a.a.O., S. 399) führte mit Hinweis auf Euromonitor aus, dass populäre Titel eine höhere Preiselastizität der Nachfrage aufweisen als andere Bücher. CANOY, VAN OURS und VAN DER PLOEG (a.a.O., S. 12) weisen auf verschiedene andere Schätzungen für Preiselastizitäten der Nachfrage nach Büchern in verschiedenen Staaten hin. Diese Schätzungen liegen zwischen -0,6 und -1,4.

B.2.4.2.1.4 RPM in Bezug auf den Vertrieb von Büchern

a) Massgeblicher Effizienztest

76. Eine Wohlfahrtsanalyse wie sie in Grafik 1 skizziert wurde, ist aus den genannten Gründen einer direkten empirischen Überprüfung - zumindest im Rahmen des vorliegenden kartellrechtlichen Verfahrens - nicht zugänglich. Die Grafik dient dem Verständnis der Effizienzwirkungen der Buchpreisbindung, die im Folgenden auf deren Stichhaltigkeit überprüft werden können. Wie nachfolgend gezeigt wird, ist es jedoch möglich, die Annahmen zu überprüfen, unter denen die positiven Effizienzwirkungen von RPM tendenziell überwiegen.

[34] MARVEL and MCCAFFERTY, The Political Economy of Resale Price Maintenance, Journal of Political Economy, Vol. 94, No. 5, 1986, S. 1074 ff., zeigen, dass RPM unter gewissen Umständen mit tieferen Grosshandelspreisen verbunden sein kann und die Endverbraucherpreise trotz grösserer Händlermargen kaum berührt werden, während die Konsumenten von den zusätzlichen Serviceleistungen profitieren.

[35] "The diversity of book and related media production implies that books are not homogenous products for which simple demand curves can be drawn" (BACKHAUS and HANSEN, Resale Price Maintenance for Books in Germany and the European Union: A Legal and Economic Analysis, METEOR, Maastricht Research School of Economics of Technology and Organization, Research Memorandum, Nr. 02, 2000.

[36] "On the other hand, it can be argued that RPM may itself make demand more elastic. Some market research studies suggest that the responsiveness of purchasers to price changes is partially a function of their knowledge of price levels. If so, RPM may increase elasticity of demand by spreading knowledge of the price of the product, because of the wider distribution, the uniformity of price, and because the manufacturer is more likely to feature the uniform price in advertising" (GOULD and PRESTON, Resale Price Maintenance and Retail Outlets, Economica, August 1965, S. 311).

[37] Vgl. BIRO, Are Books Different? Do They Have to Be?, European Competition Law Review (ECLR), 1996, Issue 7, S. 411: "On the other hand, the RPC determined that the demand for any one book is not very price sensitive, and the demand for books in general even less so. Rather, total book sales were thought to be highly dependent on the number of booksellers, their stocks and their range. Price cutting by retailers would thus be unlikely to increase total book sales significantly. On the other hand, the demand for any one retailer's book was found to be much more price sensitive. Price cutting by one retailer would therefore increase its sales at the expense of other retailers. Without RPM, this would encourage price cutting on popular or steady-selling titles."

[38] BITTLINGMAYER, The Elasticity of Demand for Books, Resale Price Maintenance and the Lerner Index, Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 148, 1992, S. 588 ff.

77. Vertikale Restriktionen wie RPM lassen sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz am ehesten bei Produkten rechtfertigen, welche die folgenden Kriterien erfüllen:[39] Bei Produkten mit einem hohen Komplexitätsgrad respektive technischen Produkten, bei Produkten aus dem höheren Preissegment, bei Produkten, die nur selten gekauft werden, bei Produkten, die spezielle Vertriebsformen verlangen, bei Produkten über welche die Konsumenten schlecht informiert sind, bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern, bei Produkten ohne oder mit einem unbedeutenden Markennamen, bei neu in den Markt eingeführten Produkten, sowie in Fällen mit geringen Eintrittsbarrieren und unbedeutenden Verbundvorteilen auf Handelsstufe. In den folgenden Abschnitten werden diese Kriterien konkretisiert, erläutert und um einige Punkte erweitert.

78. Zunächst ist zu klären, ob einer oder mehrere der nachfolgend erläuterten Ansätze auf dem Buchhandelsmarkt in Frage kommen. Ausserdem ist die Frage zu beantworten, welche Kriterien bei der Bewertung letztlich ausschlaggebend sind. Die vorherrschende Meinung geht davon aus, dass die Beurteilung der Effizienzwirkungen von RPM aufgrund des Kriteriums der abgesetzten Menge (unter Berücksichtigung von Qualitätskriterien) erfolgen sollte. Demzufolge ist grundsätzlich davon auszugehen, dass RPM, die zu einer Absatzsteigerung (oder zu einer Erhöhung der Qualität) führt, volkswirtschaftlich effizient ist.[40] Eine mögliche Ausnahme von dieser Regel besteht in Fällen, in denen ein Grossteil der Konsumenten nur einen geringen Nutzen von den zusätzlichen Serviceleistungen haben. Ein wichtiges Kriterien bei der Beurteilung dieser Frage ist der Informationsbedarf der Konsumenten, der namentlich von der Beschaffenheit des angebotenen Produkts und der Häufigkeit, mit der Konsumenten ein bestimmtes Produkt kaufen, zusammenhängt. Die Effizienzprüfung besteht folglich darin, die Frage abzuklären, ob es glaubhaft ist, dass infolge von RPM die abgesetzte Menge oder die Qualität (inkl. Servicequalität und dgl.) eindeutig steigt.[41] Sollte diese Voraussetzung erfüllt sein, ist davon auszugehen, dass eine Wettbewerbsabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, die Effizienzprüfung besteht. Im gegenteiligen Fall ist davon auszugehen, dass RPM zu ineffizienten Ergebnissen führt und eine als erheblich eingestufte Wettbewerbsbeschränkung demzufolge unzulässig ist. Eine eventuelle Mengenerhöhung oder Qualitätssteigerung ist Ausfluss der im Kartellgesetz abschliessend aufgezählten Effizienzgründe (Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten, Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen, rationellere Nutzung von Ressourcen). Es handelt sich deshalb im Folgenden keineswegs - wie von den Parteien in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2005 vorgebracht wurde - um eine vom Kartellgesetz losgelöste ökonomische Analyse der Effizienzwirkungen.

79. Die nachfolgend dargelegten ökonomischen Ansätze bilden für die vorliegende Fragestellung die Grundlage der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG abschliessend aufgezählten Effizienzgründe (vgl. Rz. 34). In der ökonomischen Literatur werden zahlreiche Rechtfertigungsgründe für RPM genannt. Deren Anwendbarkeit hängt von den jeweiligen marktspezifischen Besonderheiten ab.[42] Die in diesem Abschnitt behandelten Ansätze sind mit den von den Parteien im Zusammenhang mit dem Sammelrevers vorgebrachten Rechtfertigungsgründen teilweise, aber nicht vollumfänglich deckungsgleich. Die Wettbewerbsbehörden haben indes ohnehin alle in Frage kommenden Effizienzgründe zu überprüfen (vgl. Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson&Johnson, RPW 2003/2, S. 254, Rz. 70.). Im Folgenden wird erörtert, ob die in der ökonomischen Literatur genannten Ansätze im vorliegenden Fall für eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in Frage kommen. Es existiert keine monokausale Erklärung für das Bestehen des Sammelrevers. Vielmehr hat sich dieser aufgrund der unterschiedlichen Interessenabwägungen der beteiligten Verlage und Buchhändler über die Zeit entwickelt und entfaltet dementsprechend verschiedene - positive wie negative - Wirkungen.

80. Aus der Literatur sind weitere Motivationen für RPM bekannt, die nicht direkt im Zusammenhang mit der Effizienzprüfung stehen, da sie mit effizienzmindernden oder hinsichtlich der wirtschaftlichen Effizienz neutralen Auswirkungen einhergehen. Zur Vervollständigung der Analyse werden diese Ansätze aufgeführt und erläutert. Der Frage, ob einer dieser Ansätze in Frage kommt, ist im vorliegenden Fall

[39] DOBSON and WATERSON, Vertical Restraints and Competition Policy, Office of Fair Trading, Research Paper 12, December 1996, S. 55.

[40] "RPM should be legal when it increases the quantity sold. An attempt by manufacturer to increase or maintain retailer density unambiguously results in an increase in output. By the output criterion outlets motivated RPM should be presumptively legal" (REAGAN, Resale Price Maintenance: A Re-Examination of the Outlets Hypothesis, Research in Law and Economics, Vol. 9, Greenwich, Conn.: JAI Press, 1986, S. 10). CHEN, Oligopoly Price Discrimination and Resale Price Maintenance, Rand Journal of Economics, Vol. 30, No. 3, Autumn 1999, S. 441 ff., vertritt die Auffassung, dass unter gewissen Bedingungen die Wohlfahrt unter RPM sogar bei einem Outputrückgang steigen kann. Andere Autoren weisen auf alternative Beurteilungsskriterien hin. Ein Ansatz besteht darin, dass RPM nur dann unzulässig sein sollte, wenn gezeigt werden kann, dass ein Wettbewerber dadurch Nachteile erleidet (LEFFLER, Toward a Reasonable Rule of Reason: Comments, Journal of Law and Economics, Vol. 28, No. 2, May 1985, S. 381 ff.). Ein weitere Möglichkeit besteht im Preisniveau als Beurteilungskriterium, was für die vorliegende Fragestellung aufgrund der (zumindest behaupteten) Bedeutung von Faktoren wie Serviceleistungen und Lagerhaltung indes wenig hilfreich ist (FISHER, MCGOWAN and GREENWOOD, Folded, Spindled and Mutilated: Economic Analysis and U.S. v. IBM, Cambridge, Mass. MIT Press, 1983).

[41] Vgl. hiezu namentlich DOBSON and WATERSON, a.a.O., S. 12 ff. sowie LEVER and NEUBAUER, Vertical Restraints, Their Motivation and Justification, E.C.L.R., 2000, S. 7 ff.

[42] GILLIGAN, The Competitive Effects of Resale Price Maintenance, Rand Journal of Economics, Vol. 17, 1986, S. 544 ff.; vgl. auch MARVEL, The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom, Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994, S. 59 ff.

nicht ohne Bedeutung. Sollte diese Frage verneint werden, wäre dies ein Indiz dafür, dass einzelne der unten beschriebenen Effizienzgründe im vorliegenden Fall geeignet (oder evtl. sogar notwendig) sein könnten, die wirtschaftliche Effizienz zu verbessern.

81. Ein klassisches Argument besteht darin, dass RPM dazu dient, ein Herstellerkartell zu stabilisieren, da die Überwachung eines Kartells dadurch erleichtert wird. Die Detailhandelspreise unter RPM reagieren nicht oder kaum auf lokale Änderungen der Kostenstruktur oder der Nachfrage. Daraus folgt, dass die Preise unter RPM tendenziell einheitlicher sind als ohne RPM, weshalb das Abweichen von einer expliziten oder stillschweigenden Abrede leichter entdeckt werden kann.[43] Die These, dass RPM dazu geeignet ist, Herstellerkartelle zu stabilisieren, ist generell umstritten.[44] Im vorliegenden Fall des durch differenzierte Produkte charakterisierten Büchermarktes sind keine Anhaltspunkte für horizontale Preisabreden auf Verlagsstufe bekannt.

82. Ein weiteres Argument lautet dahingehend, dass RPM der Kartellbildung auf Händlerebene Vorschub leiste. Zur Umgehung des direkten Verbots von Preisabreden würden die Händler die Hersteller dazu veranlassen, den Endverkaufspreis festzulegen. Auch die Tauglichkeit dieses Arguments ist in der Literatur umstritten. Das häufigste Gegenargument besteht darin, dass die Hersteller keinen Anreiz haben, ein Händlerkartell zu unterstützen. Es ist indes nicht davon auszugehen, dass der Sammelrevers der Durchsetzung eines Händlerkartells im engeren Sinne dient. Hingegen besteht ein wichtiges Element, das die Buchhändler dazu bewegen dürfte, am Sammelrevers festzuhalten, in der Eindämmung von Markteintritten von Grossverteilern und anderen (branchenfremden) Absatzkanälen in den Buchhandel. Dies geht insbesondere aus den Antworten der befragten Buchhändler hervor, die befürchten, mit Anbietern, die im populären Marktsegment eine aggressive Preisstrategie verfolgen, nicht konkurrieren zu können. Solange die Bücherpreise gebunden sind, ist der Handel mit Büchern für Grossverteiler, Warenhäuser und dergleichen weniger interessant. Das gemeinsame Interesse der Buchhandlungen zur Verminderung des Wettbewerbsdrucks ist somit ein Element, dem beim Sammelrevers eine gewisse Bedeutung zukommt.

83. Ein Argument, das zwar nicht eindeutig, aber tendenziell eher mit negativen Effizienzwirkungen verbunden ist, besteht in der Glaubhaftmachung, den Preis nicht nach und nach zu senken, um zuerst die Konsumenten mit einer hohen Zahlungsbereitschaft und danach diejenigen mit einer geringeren Zahlungsbereitschaft zu bedienen (im Zusammenhang mit intertemporaler Preisdiskriminierung und der Coase Conjecture[45]). Andere Argumente für oder gegen die Buchpreisbindung sind bezüglich der Effizienzwirkungen entweder ambivalent - wie die Wechselwirkung zwischen RPM und Preisdiskriminierung dritten Grades (Konsumenten können aufgrund objektiver Kriterien in Gruppen mit unterschiedlichen Zahlungsbereitschaften eingeteilt und die Preise entsprechend differenziert werden)[46] - oder sind wie kulturpolitische Argumente und Veränderungen der Verhandlungsmacht aufgrund des Konzentrationsprozesses auf einer Marktstufe, die vor allem Umverteilungswirkungen zwischen Herstellern und Händlern zur Folge haben, von der Effizienzprüfung ausgeschlossen.

b) Erhöhung des Serviceniveaus (Point-of-Sale-Services/Pre-Sale-Services)

84. Das klassische Argument, das für die möglichen Effizienzvorteile von RPM in Frage kommt, ist das

[43] JULLIEN and REY, Resale Price Maintenance and Collusion, Working Paper, Université des Sciences Sociales Toulouse, May 2000; vgl. auch REY, a.a.O.; REY and VERGÉ, Resale Price Maintenance and Horizontal Cartel, CMPOI Working Paper Series No. 02/47; ZWEIFEL and ZÄCH, a.a.O., S. 275 f. und S. 282 f.

[44] Vgl. IPPOLITO, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, Journal of Law and Economics, Vol. XXXIV, October 1991, S. 281 f.; vgl. auch NEVEN, a.a.O., S. 32: "Nevertheless, the strength of inter-brand competition makes a difference: it is hard to see retail price maintenance in book-selling, for example, as having any potential for enforcing collusion."; sowie BECK, Fixed, Focal, Fair? Book Prices Under Optional Resale Price Maintenance, WZB - Wissenschaftszentrum Berlin, SP II 2004 - 15, Dezember 2004.

[45] Bücher sind grundsätzlich dauerhafte Güter, die von einem bestimmten Konsumenten in der Regel nur einmal gekauft werden. Ein bestimmter Titel, der heute angeboten wird, ist ein (unvollständiges) Substitut für denselben Titel, der zu einem späteren Zeitpunkt angeboten wird. Für den Verlag besteht aufgrund dieser Interdependenz ein Anreiz zur intertemporalen Preisdiskriminierung. Gemäss der Coase Conjecture beseitigen die Dauerhaftigkeit von Gütern und die rationalen Erwartungen der Konsumenten die Monopolmacht eines Herstellers (COASE, Journal of Law and Economics, Vol. 15, S. 143 ff., 1972; vgl. ebenfalls BAGNOLI, SALANT and SWIERZBINSKI, Durable-Goods Monopoly with Discrete Demand, Journal of Political Economy, Vol. 97, Issue 6, 1989, S. 1459 ff. sowie HART and TIROLE, Contract Renegotiation and Coasian Dynamics, Review of Economic Studies, Vol. 55, 1988, S. 509 ff.). Die Gültigkeit der Coase Conjecture hängt von den zugrunde liegenden Annahmen (insbesondere Zeithorizont, Geduld der Akteure, Technologie, Möglichkeit von Preisanpassungen) ab. Ein Hersteller eines dauerhaften Gutes mit Monopolmacht kann zumindest einen Teil der Konsumentenrente abschöpfen, wenn es ihm gelingt, ein glaubhaftes Signal auszusenden, die Preise nicht kontinuierlich zu senken. Ein in Frage kommendes Signal besteht im Leasing statt im Verkauf des dauerhaften Gutes. RPM könnte bis zu einem gewissen Grad ebenfalls als ein Signal eingesetzt werden, die Preise in der Zukunft nicht, oder zumindest nur in grösseren zeitlichen Abständen, zu senken.

[46] Vgl. hiezu z.B. PITOFSKY, In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing, Georgetown Law Journal, 1983, Vol. 71, S. 1487 ff.; STEINER, The Nature of Vertical Restraints, Antitrust Bulletin, 1985, Vol. 30, S. 143 ff.; MARVEL and MCCAFFERTY, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, Journal of Law & Economics, Vol. XXVIII, 1985, S. 363 ff.

Point-of-Sale-Services-Argument,[47] das vom Problem einer horizontalen Externalität auf Händlerstufe (d.h. Händler profitieren von den Service- und Beratungsleistungen ihrer Konkurrenten) handelt. Zu diesem Punkt nahm auch das Bundesgericht Stellung. Unter anderem führte es aus (BGE 2A.298/2001, E. 9.5.3): "In Märkten, in welchen die Beratungstätigkeit einen erheblichen Anteil am Warenpreise ausmacht, kann die Preisbindung gerade ein Mittel sein, um die - auch ökonomisch - unerwünschte Trittbrettfahrerproblematik zu vermeiden." Dass RPM ein Mittel sein kann, um der Trittbrettfahrerpoblematik zu begegnen, wird von der Weko nicht bestritten. Anhand der nachfolgend erläuterten Kriterien wird dargelegt, ob die Trittbrettfahrerproblematik im vorliegenden Fall überhaupt besteht und ob der Sammelrevers allenfalls geeignet ist, diese zu vermeiden.

85. Das Point-of-Sale-Services-Argument ist auf Produkte anwendbar, bei denen Absatz fördernde Massnahmen (insbesondere Service- und Beratungsleistungen) von Bedeutung sind, die von den Händlern umgesetzt werden. Wenn die folgenden vier Bedingungen erfüllt sind, wird es für die Hersteller ohne geeignete vertikale Restriktionen nicht möglich sein, die Händler zu zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen zu bewegen, obwohl dies sowohl für den Hersteller als auch für den Händler profitabel wäre:

- Die Endverbrauchernachfrage wird durch die zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen positiv beeinflusst.
- Die zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen sind produktspezifisch und gehören nicht einfach zur normalen Geschäftstätigkeit der Händler. Es ist unbestritten, dass das Point-of-Sale-Services-Argument nicht auf jegliche Art von Service- und Beratungsleistungen anwendbar ist. Dienstleistungen, die nach erfolgtem Kauf erfolgen wie Lieferung, Reparatur oder Ausbildungen, sind hievon ausgeschlossen.[48]
- Die zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen sind für die Händler nicht kostenlos.
- Die Beanspruchung der Dienstleistung und der Kauf des Produkts sind separierbar (wobei die Dienstleistung nicht separat in Rechnung gestellt werden kann). Ein Beispiel ist das Vorführen der Funktionen eines technisch anspruchsvollen Produkts. Das heisst, Konsumenten können die zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen bei einem Händler in Anspruch nehmen und das Produkt anschliessend bei einem anderen Händler kaufen.

86. Neben diesen theoretischen Voraussetzungen sind die konkreten Gegebenheiten des untersuchten Marktes für die Anwendbarkeit des Point-of-Sale-Services-Arguments massgebend.[49] Folgende Kriterien sind bei der Analyse massgebend: Komplexität und Beschaffenheit der Produkte, Art und Umfang der Serviceleistungen, Informationsstand und -möglichkeiten der Konsumenten, zeitliche Abstände bei Wiederholungskäufen, Suchkosten (Transaktionskosten) im Vergleich zur möglichen Kosteneinsparung. Anhand dieser Kriterien wird geklärt, welche Bedeutung dem Trittbrettfahrerproblem im Buchhandel zukommt. In seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2004 führte der SBVV zum Trittbrettfahrerverhalten im Buchhandel aus: "Ob dieses Trittbrettfahrerverhalten im Buchhandel tatsächlich besteht, lässt sich nach Ansicht des SBVV nicht mit gesicherten Zahlen ermitteln, weil der Erfolg der Beratungsleistungen ab einer bestimmten Grösse der Buchhandlung nicht mehr unmittelbar kontrolliert werden kann. Seit dem Internetboom ist jedoch feststellbar, dass eine ganz bestimmte, kleine Gruppe preissensibler Kunden, die Informationsmöglichkeiten der Buchhandlung missbraucht, um anschliessend eine Internetbestellung zu platzieren. In aller Regel ist jedoch der Kunde in der Buchhandlung sehr zufrieden, wenn das Buch dank der Preisbindung unmittelbar in der Buchhandlung vorhanden ist beziehungsweise wenn der Bestellservice so effizient ist, dass jeder Titel in ein bis zwei Tagen lieferbar ist."

➢ ***Komplexität und Beschaffenheit des Produkts***

87. Bücher unterscheiden sich zwar erheblich von den technisch anspruchsvollen Produkten, bei denen das Point-of-Sale-Services-Argument normalerweise in Betracht kommt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber, dass es sich bei Büchern um Erfahrungsgüter handelt, deren Inhalt den Konsumenten im Vornherein nur unvollständig bekannt ist. Es ist deshalb durchaus eine wichtige Aufgabe des Buchhandels, die Konsumenten mit den für ihre Bedürfnisse in Frage kommenden Titeln in Kontakt zu bringen und gegebenenfalls mit Informationen über Inhalte, Autor, alternative Produkte usw. zu versorgen.

[47] TELSER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, The Journal of Law and Economics, 1960, S. 86 ff.; TELSER Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?, The Journal of Law and Economics, 1990, S. 409 ff.; BRENNAN, "Vertical" excuses for horizontal practices: should there be any per se antitrust rules?, The Antitrust Bulletin, Summer 2000, S. 467 ff.; MATHEWSON and WINTER, An Economic Theory of Vertical Restraints, Rand Journal of Economics, Vol. 15, 1984, S. 27 ff.; ZWEIFEL and ZÄCH, a.a.O., S. 281 f.

[48] "To be sure, the free-rider problem does not discourage dealers from offering all types of services. Those services subsequent to sale - such as delivery, repair, and instructions on the proper use of the product - are not subject to free-riding because a consumer cannot obtain them from one distributor yet purchase the product from another" (COMANOR, a.a.O., S. 987 f.).

[49] TIROLE, a.a.O., S. 182, nennt Automobile, Kameras und Stereo-Ausrüstung als typische Produkte, bei denen das Point-of-Sale-Services-Argument in Betracht kommt. Eine umfassende Liste mit Produkten auf die das Point-of-Sale-Services-Argument angewendet werden könnte, findet sich in IPPOLITO, a.a.O., S. 284 f.

➢ ***Art und Umfang der Service- und Beratungsleistungen***

88. Das Bundesgericht führte hiezu aus (BGE 2A.298/2001, E.9.4.3): "Es entspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass zumindest bei einem erheblichen Teil der Buchkäufe den genannten Servicefaktoren (Sortimentsqualität, Beratung) eine erhebliche Bedeutung zukommt." Dieser Umstand (Bestehen von Qualitätswettbewerb), der im Übrigen auch durch die Befragungen der Buchhandlungen und Verlage bestätigt wurde, ist auch aus Sicht der Weko unbestritten. Die entscheidende Frage ist indes, ob diese Service- und Beratungsleistungen in wesentlichem Umfang geeignet sind, ein Trittbrettfahrerproblem entstehen zu lassen.

89. Die befragten Buchhändler nannten die folgenden Service- und Beratungsleistungen, die im Buchhandel anfallen (wobei sich die genannten Kategorien teils überschneiden): Sortimentsberatung, Bestellservice, Orientierung über Neuerscheinungen, individuelle Beratung des Kunden bezüglich eines bestimmten Themas, Erstellen von Themenlisten, bibliografische Recherchen, Informationen zu Lieferbarkeit, Preisen, Ausgaben usw., Geschenkservice, Büchertische, Prospektversand, Zeitschriftenversand mit Aktualitäten oder Neuerscheinungen, Newsletter per E-Mail mit Versandservice, individueller Versand an Kunden, Internetauskunft, Beschaffen von nicht vorrätigen Titeln, Anlässe mit Bibliotheken, Schulklassen usw. Die Art und der Umfang der angebotenen Service- und Beratungsleistungen variieren dabei erheblich zwischen verschiedenen Buchhandlungen.

90. Gemäss einer Studie der Universität St. Gallen[50] wird Beratung in neun von zehn Fällen in Anspruch genommen, weil der Kunde Hilfe beim Auffinden von Büchern benötigt. Knapp die Hälfte der Kunden wünscht gemäss dieser Studie zusätzliche Informationen zum Buch oder zum Autor und rund ein Viertel der Kunden wünscht eine intensive Beratung beim Einkauf. Umgekehrt heisst dies, dass über die Hälfte der Kunden - abgesehen von der Hilfe beim Auffinden der Bücher - keine zusätzliche Beratung benötigt oder wünscht. Die Buchhandlungen wurden im Rahmen der Untersuchung gefragt, wie viel Prozent der Beratungsleistungen auf Beratungen entfallen, die den Kaufentscheid eines Kunden hinsichtlich des Kaufs eines bestimmten Buches beeinflussen (z.B. inhaltliche Erklärungen zu bestimmten Titeln oder Hintergrundinformationen zum Autor), wie viel Prozent auf allgemeine Beratungen, die nicht direkt im Zusammenhang mit der konkreten Entscheidung, ein bestimmtes Buch zu kaufen stehen (z.B. Auskünfte über den Fundort eines Titels respektive die Anordnung der verschiedenen Sachgruppen in den Ladenlokalitäten) und wie viel Prozent auf Beratungen, die Fragen oder Probleme betreffen, die nach dem Kaufentscheid anfallen (z.B. bezüglich Umtauschrecht). Die Befragung der Buchhandlungen ergab, dass der weitaus grösste Teil des Beratungsaufwandes bei Beratungen anfällt, die den Kaufentscheid der Konsumenten direkt beeinflussen. Diese Erkenntnis steht nur scheinbar im Widerspruch zu der erwähnten Studie. Auskünfte, die das Auffinden von Büchern erleichtern, werden zwar häufig in Anspruch genommen, verursachen allerdings einen viel geringeren Zeitaufwand als Auskünfte zu inhaltlichen Fragen. Wie viele Kunden, die unter dem heutigen Preisbindungssystem Service- und Beratungsleistungen in Anspruch nehmen, im Falle des Wegfalls dieser Leistungen auf einen Bücherkauf verzichten würden, kann aus den obigen Angaben nicht entnommen werden. Jedenfalls ist festzuhalten, dass die Buchhandlungen, die Service- und Beratungsleistungen anbieten, dies aus ihrer Sicht offenbar als Gewinn und Absatz fördernd betrachten.

91. Ein allfälliges Trittbrettfahrerverhalten könnte vermieden werden, wenn die angebotenen Service- und Beratungsleistungen separat in Rechnung gestellt werden könnten. Einige Buchhandlungen gaben an, dass sie ihre Auslagen für die Bestellung von nicht vorrätigen Büchern im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers separat in Rechnung stellen würden. Die Bücherbestellung ist indes ohnehin eine Leistung, die aufgrund der mangelnden Separierbarkeit von Buchbestellung und Buch kaum einem Trittbrettfahrerverhalten ausgesetzt sein dürfte. Auch bei einigen anderen Zusatzdienstleistungen dürfte eine separate Fakturierung in Betracht kommen. Hingegen ist davon auszugehen, dass bei den typischen buchhändlerischen Beratungsleistungen eine separate Fakturierung kaum praktikabel wäre. Dies wurde auch vom SBVV in seiner Stellungnahme vom 9. Mai 2003 bestätigt: "Eine gesonderte Fakturierung würde vom Konsumenten nicht verstanden werden und wird nach Kenntnis des SBVV in keinem Buchmarkt (und auch in keinem vergleichbaren Konsumgütermarkt) praktiziert. Das Produkt Buch und die mit ihm verbundenen Dienstleistungen sind derart miteinander verknüpft, dass eine Aufspaltung weder ökonomisch sinnvoll noch durchsetzbar wäre." Es kann somit festgehalten werden, dass im Buchhandel zum Teil Service- und Beratungsleistungen (namentlich Auskünfte zu einzelnen Titeln) angeboten werden, die grundsätzlich geeignet sind, eine Trittbrettfahrerproblematik entstehen zu lassen. Bei anderen Dienstleistungen wie dem Bestellservice ist dies nicht der Fall.

➢ ***Informationsstand und Informationsmöglichkeiten der Konsumenten und zeitliche Abstände bei Wiederholungskäufen***

92. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz kommt bei vertikalen Restriktionen insbesondere dann in Betracht, wenn es sich um neu entwickelte oder erstmals in einen Markt eingeführte Produkte handelt, da bei solchen Produkten der Anteil der uninformierten und an zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen interessierten Konsumenten tendenziell höher ist als bei etablierten Produkten.

[50] FÜGLISTALLER, GRÜNER und RUSCH, Dienstleistungskompetenz und Dienstleistungscontrolling im Schweizer Buchhandel, Schlussbericht einer Erhebung bei 82 Buchhandlungen und 693 Kunden im Mai 2001, S. 9 und 33.

Nur ein Teil der dem Sammelrevers unterworfenen Titel stellen Neuerscheinungen dar. Dennoch stellt sich bei Büchern die Frage nach dem Informationsstand der Konsumenten.

93. Der Informationsstand und die -möglichkeiten variieren zwischen verschiedenen Käufergruppen und Bücherkategorien. So ist davon auszugehen, dass etwa Akademiker, die einen Titel aus ihrem Fachgebiet erstehen, besser über den Inhalt des gewünschten Titels informiert sind als die meisten Buchhändler. Andererseits dürften viele Konsumenten, die beispielsweise ein geeignetes Kinderbuch zu Geschenkzwecken benötigen, nur beschränkt über die in Frage kommenden Titel informiert sein und daher geneigt sein, die Beratungsleistungen eines Buchhändlers in Anspruch zu nehmen. Die oben erwähnte Studie der Universität St. Gallen enthält insbesondere Informationen zur Beratungskompetenz des Buchhandels. 74% der befragten Konsumenten beurteilen die fachliche Qualität der Beratung eher positiv, während 22% neutral und 3% die fachliche Qualität der Beratung eher negativ eingestellt sind. Die Dienstleistungskompetenz von Spezialbuchhandlungen wird dabei besser beurteilt als diejenige von Buchhandlungen mit allgemeinem Sortiment. Ebenso schneiden grössere Buchhandlungen in dieser Hinsicht tendenziell besser ab als kleinere: Buchhandlungen mit mehr als zehn Mitarbeitern sind im Durchschnitt signifikant dienstleistungskompetenter als solche mit bis zu zwei Mitarbeitern. Hingegen können Buchhandlungen mit zwischen drei und neun Mitarbeitern nicht klar einer der beiden oben genannten Kategorien zugeordnet werden.

94. Die im Rahmen der Untersuchung vorgenommene Befragung der Buchhandlungen ergab, dass nur Fachbuchhandlungen und - in geringerem Umfang - grössere Buchhandlungen systematisch Personen mit umfangreichen Zusatzausbildungen in speziellen Fachgebieten beschäftigen. Beispiele hiefür sind Medizin, Ökonomie, Recht oder allgemein Geisteswissenschaften wie Soziologie, Germanistik oder Philosophie. Die meisten Buchhandlungen vertrauen auf gelernte Buchhändler, die zwar keine ausgesprochenen Spezialisten eines bestimmten Fachgebietes sind, aber in den von ihnen betreuten Bereichen über einen allgemeinen Überblick verfügen.

95. Zu vielen Titeln bestehen unabhängig vom Buchhandel umfassende Informationsquellen, denen sich die Konsumenten bedienen können (Internet, Buchkritiken usw.). Diese Informationsquellen stossen dort an ihre Grenzen, wo das subjektive Empfinden des einzelnen Konsumenten in den Vordergrund rückt. In diesem Bereich besteht der komparative Vorteil des traditionellen Sortimentsbuchhandels gegenüber anderen Informationsquellen darin, dass die Konsumenten direkt mit den Inhalten der in Frage kommenden Titel in Kontakt gebracht werden können (wobei auch hier bis zu einem gewissen Grad Alternativen wie Leseproben im Internet bestehen). Die Bedeutung des in den Ladenlokalitäten erhältlichen Bücherangebots wird in Randziffer 107 ff. abgehandelt.

96. Nicht ausser Acht gelassen werden dürfen ebenfalls die Veränderungen der allfälligen Effizienzwirkungen im Laufe des Produktlebenszyklus. So ist es denkbar, dass nur mit Hilfe von zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen genügend Kunden für ein neues Produkt gewonnen werden können. Im Laufe des Produktlebenszyklus erhöht sich der Kenntnisstand der Konsumenten über das Produkt, so dass die Zahl der Konsumenten, welche diese zusätzlichen Service- und Beratungsleistungen in Anspruch nehmen möchten, rückläufig ist. Das bedeutet, dass sich RPM eher bei neu eingeführten Produkten aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.[51] Ein weiterer zu berücksichtigender Faktor sind die zeitlichen Abstände, in denen die Konsumenten ein Produkt üblicherweise kaufen, da dies ebenfalls einen Einfluss auf den Informationsstand der Konsumenten bezüglich dieses Produktes hat. Bei einem Produkt, das in der Regel wiederholt und regelmässig von den Konsumenten nachgefragt wird, ist davon auszugehen, dass sich die Konsumenten rasch ein eigenes Urteil über das fragliche Produkt bilden und mit dessen Handhabung vertraut sind, so dass die Notwendigkeit von Beratungsleistungen allmählich in den Hintergrund rückt. Ein bestimmtes Buch wird von einem einzelnen Konsumenten in der Regel nur einmal gekauft, so dass vor dem Bücherkauf gewöhnlich nur unvollständige Informationen über den Inhalt des Buches vorhanden sind.

97. Dieses Kriterium spricht somit nicht gegen die Anwendbarkeit des Point-of-Sale-Services-Argument.

➢ ***Suchkosten (Transaktionskosten im Vergleich zur möglichen Kosteneinsparung)***

98. Die Monopolkommission (a.a.O., S. 396) führte im Zusammenhang mit dem Buchhandelsmarkt aus: "Unabhängig von der tatsächlichen Bedeutung der buchhändlerischen Beratung ist das beschriebene Marktversagen nur dann wahrscheinlich, wenn die Transaktionskosten eines Wechsels des Buchhändlers vernachlässigbar sind. Zumindest für den traditionellen Erwerb von Büchern im Einzelhandel durch private Konsumenten dürfte diese Voraussetzung nicht gegeben sein. Anders als bei dauerhaften Konsumgütern, bei denen grundsätzlich dieselbe Problematik auftritt, ist der Warenwert und sind die über Preisvergleiche einzusparenden Ausgaben bei Büchern im Regelfall niedrig."

99. Die Frage, ob auf dem deutschsprachigen Buchhandelsmarkt in der Schweiz im Falle der Aufhebung des Sammelrevers in bedeutendem Umfang ein Trittbrettfahrerproblem zu erwarten ist, kann am besten anhand der heute bereits bestehenden Arbitragemöglichkeiten beantwortet werden. So besteht bereits heute die Möglichkeit, dem Sammelrevers unter-

[51] Vgl. hiezu z.B. COMANOR and KIRKWOOD, a.a.O., S. 15.

stellte Bücher bei deutschen Internet-Anbietern zu den tieferen deutschen Preisen zu beziehen. Es soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, dass der wesentliche Unterschied darin besteht, dass beim Kauf bei einem Internetanbieter eine - wenn in der Regel auch kurze - Lieferfrist ins Kalkül mit einzubeziehen ist.

100. Aus Tabelle 2 sind die Preisdifferenzen bei fünf zufällig ausgewählten Titeln ersichtlich. Es handelt sich hiebei um die beim angegebenen Wechselkurs maximal möglichen Preisdifferenzen, da angenommen wurde, dass die deutsche Mehrwertsteuer von der Internetbuchhandlung in Abzug gebracht oder vom Konsumenten zurückgefordert wurde und dass keine Versandspesen berechnet werden, was zumindest bei einigen Internetbuchhandlungen ab einem bestimmten Bestellwert der Fall ist. Es ergibt sich, dass die Preisdifferenzen prozentual beträchtlich sind (zwischen 17% und 22% des Schweizer Preises). In absoluten Werten erscheinen die Preisunterschiede - insbesondere in Anbetracht der Sache, dass in der Regel noch gewisse Such- und Transportkosten anfallen - weitaus weniger beeindruckend. Unter der Annahme, dass im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers die Preisunterschiede innerhalb der Schweiz nicht grösser sein werden als heute zwischen der Schweiz und Deutschland, kann - mit gewissen Vorbehalten - davon ausgegangen werden, dass kein nennenswertes Trittbrettfahrerproblem entstehen würde.

101. Auch die Buchhandlungen wurden danach gefragt, ob beim Bücherkauf ein Trittbrettfahrerverhalten zu beobachten ist, das heisst, ob Konsumenten Bücher, die sie im Buchhandel betrachten und sich allenfalls diesbezüglich beraten lassen, letztlich via Internet erstehen. Die befragten Buchhändler gingen mehrheitlich davon aus, dass ein solches Verhalten nicht die Regel ist (obwohl absolute Gewissheit darüber natürlich nicht gegeben ist).

Titel	Schweizer Preis	Deutscher Preis in EURO*	Deutscher Preis in CHF**	Preisdifferenz in CHF	Preisdifferenz in %***
Der Kleine Duden. Deutsches Wörterbuch; 341104666X	CHF 18.20	EURO 9.30	CHF 14.44	CHF 3.76	20,63%
Faust I; Johann W. von Goethe, Insel Taschenbuch, 3458317503	CHF 13.90	EURO 7.01	CHF 10.89	CHF 3.01	21,67%
Harry Potter. Bd. 1; Joanne K. Rowling, 3551551677	CHF 26.20	EURO 13.55	CHF 21.05	CHF 5.15	19,67%
Kreta; Michael Dahlhaus, Matthias Ras, 3933041120	CHF 40.20	EURO 21.45	CHF 33.32	CHF 6.88	17,12%
Mein Leben; Bill Clinton, 3430118573	CHF 49.-	EURO 26.17	CHF 40.65	CHF 8.35	17,05%

* Ohne Mehrwertsteuer und allfällige Versandkosten
** Durchschnittlicher Wechselkurs 1. Halbjahr 2004: 1.5532 (Quelle: www.oanda.com)
*** In Prozent des Schweizer Preises

Tabelle 2: Preisvergleich zwischen der Schweiz und Deutschland

➢ ***Fazit***

102. Die getroffenen Abklärungen lassen den Schluss zu, dass auch bei einer allfälligen Aufhebung der Preisbindung ein Trittbrettfahrerverhalten auf Kosten von beratungswilligen Buchhandlungen nur beschränkt von Bedeutung sein dürfte.[52] Ein Hauptgrund hiefür dürfte sein, dass die mögliche (absolute) Kostenersparnis beim Aufsuchen einer günstigeren Verkaufsstelle verglichen mit dem dafür nötigen Zeitaufwand verhältnismässig gering ist. Diese Einschätzung wurde im Übrigen indirekt auch vom SBVV in seiner Eingabe vom 9. Mai 2003 gestützt: "Danach kauft in Grenzregionen zu Deutschland und Frankreich trotz Preisunterschieden von 20%-30% kaum ein Schweizer Kunde Bücher" (im benachbarten Aus-

[52] Vgl. hiezu auch MARTIN, a.a.O., S. 430: "Efficiency arguments for vertical restraints cannot explain practices such as resale price maintenance in markets where tangible pre-sales service or quality certification are unimportant. An example is the retail book market". Anderer Auffassung ist BITTLINGMAYER (1988), a.a.O., S. 810): "The special-services or promotion argument for RPM seems well suited for the book trade and also explains its historical development."

land). Es ist deshalb dem oben zitierten Gutachten der Monopolkommission zuzustimmen, das davon ausgeht, dass dem Trittbrettfahrerproblem aufgrund der relativ geringen Kosteneinsparungen, die durch das Aufsuchen eines günstigeren Buchhandlung erzielt werden können, eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass das Point-of-Sale-Services-Argument, wenn nicht bedeutungslos, auf dem Buchhandelsmarkt so doch von einer geringen Tragweite ist.

103. Ein weiterer Erklärungsansatz für RPM im Zusammenhang mit der Gewährleistung des Serviceniveaus besteht in der "Bestrafung" von Händlern, welche die vom Hersteller geforderten Serviceleistungen in zu geringem Umfange anbieten.[53] RPM verschafft den Händlern eine Rente. Das Nichteinhalten der Qualitätsstandards hätte den Verlust dieser Rente zur Folge. Gemäss dieser Theorie besteht der Zweck von RPM darin, sicherzustellen, dass Händler, deren Leistungen die Qualität des fraglichen Produktes beeinflussen, diese Leistungen im gewünschten Umfang gewährleisten. Im Gegensatz zum Point-of-Sale-Services-Argument, bei welchem eine horizontale Externalität auf Händlerstufe im Vordergrund steht, geht es hier um das rein vertikale Verhältnis zwischen einem Hersteller und einem Händler. Eigenständige Bedeutung besitzt der hier betrachtete Ansatz bei Produkten, deren Qualität von der Zubereitung oder Lagerung des Händlers beeinflusst wird[54]. Die Qualität der Bücher wird durch die Leistungen der Händler nicht direkt beeinflusst. Die Qualität der Service- und Beratungsleistungen wurde bereits vom Point-of-Sale-Services-Argument erfasst.[55]

c) Qualitätssignalisierung (Quality Certification)

104. Ein weiterer Ansatz für die Rechtfertigung von RPM besteht im Quality Certification-Argument.[56] Die Idee dieses Ansatzes besteht darin, dass Händler, die über ein gutes Image verfügen, den Konsumenten signalisieren können, dass ein Gut, das die Konsumenten nicht hinreichend beurteilen können, bestimmten Ansprüchen (z.B. Qualitätsansprüchen) genügt. Das Quality Certification-Argument dürfte vor allem bei neu in den Markt eingeführten Produkten (insbesondere Mode- und Designprodukten) zum Zuge kommen. Gemäss dem Quality Certification-Argument investieren die Händler in die Suche nach modischen oder qualitativ hochwertigen Produkten und in die Qualitätskontrolle. Die Reputation des Händlers, zum Beispiel der Markenname eines ausgewiesenen Fachhändlers, stellt für den Hersteller eine Wertsteigerung seiner Produkte dar.[57] Das Quality Certification-Argument kommt vor allem im höheren Preissegment, wo dem Markennamen gewöhnlich eine hohe Bedeutung beigemessen wird, zum Zuge. Das Trittbrettfahrerverhalten besteht darin, dass Händler, die über keine entsprechende Reputation verfügen (z.B. Discounter), von der Reputation des Fachhändlers und dem damit verbundenen Signal an die Konsumenten profitieren. Diese horizontale Externalität kann den Fachhändler dazu veranlassen, das Produkt nicht ins Sortiment aufzunehmen. Für den Hersteller kann es optimal sein, die Händler mit der schlechten Reputation nicht zu beliefern und den Händlern mit der guten Reputation mittels RPM eine Rente zu verschaffen.

105. Auf dem Buchhandelsmarkt ist das Quality Certification-Argument indes nicht zentral. Ein wichtiges Argument der Befürworter des Sammelrevers besteht darin, dass dank dem heutigen Preisbindungssystem jede Art von deutschsprachiger Literatur im Sortimentsbuchhandel erhältlich ist, das heisst sowohl anspruchsvolle als auch populäre Literatur. Allenfalls spielt das Quality Certification-Argument bei spezialisierten Buchhändlern eine Rolle, die sich auf eine bestimmte Marktnische konzentrieren. Gerade bei solchen Nischenprodukten dürfte es eben nicht zutreffen, dass von branchenfremden Anbietern wie Grossverteiler und Warenhäuser ein Preiskampf entfacht wird. Denkbar ist, dass im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers die Bemühungen des Sortimentsbuchhandels zur Förderung von unbekannten Titeln etwa von Nachwuchsautoren rückläufig sind. Sobald die Förderung dieser Titel oder Autoren etwa mittels Autorenlesungen Früchte zu tragen beginnen, bestünde die Möglichkeit, dass diese Titel ins Sortiment von Verteilern gelangen würden, die zuvor keine Anstrengungen für Förderung des betreffenden Titels geleistet haben. Es gilt allerdings klar festzuhalten, dass dieses Problem - in abgeschwächter Form - auch unter dem Sammelrevers besteht. Der Mechanismus zur Behebung dieses Problems besteht weniger in RPM als vielmehr in Verträgen, welche eine direkte Vergütung der für bestimmte Verlage (resp. Titel oder Autoren) geleisteten Absatzförderungsmassnahmen vorsehen. Wie aus den Befragungen der Buchhandlungen und Verlage hervorgeht, wird eine solche direkte Vergütung teilweise bereits heute praktiziert.

106. Insgesamt trifft es aber nicht zu, dass die Reputation eines Buchhändlers von den Konsumenten als Signal für die Qualität eines bestimmten Titels wahrgenommen wird. Die bisherigen Ausführungen lassen den Schluss zu, dass das Quality Certification-Argument auf dem Buchhandelsmarkt nur eine untergeordnete Rolle spielt.

[53] KLEIN and MURPHY, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, The Journal of Law and Economics, October 1988, S. 265 ff.

[54] Ein Beispiel hiefür ist die Zubereitung von Lebensmitteln. Eine ausführliche Liste von in Frage kommenden Produkten findet sich in IPPOLITO, a.a.O., S. 287 f.

[55] Vgl. hiezu auch IPPOLITO and OVERSTREET, a.a.O., S. 323.

[56] MARVEL and MCCAFFERTY, Resale Price Maintenance and Quality Certification, Rand Journal of Economics, 1984, S. 346 ff.

[57] In der Literatur genannte Beispiele für Fälle, in denen sich RPM durch Quality Certification erklären lässt, sind Porzellan, modische Regenmäntel und Schuhe (vgl. z.B. IPPOLITO,. a.a.O., S. 284 f.).

d) Risikoallokation: Nachfrageunsicherheit und Warenbestand

107. Ein weiterer möglicher Erklärungsansatz für RPM besteht im Zusammenhang mit Nachfrageunsicherheiten und der Notwendigkeit zur Haltung eines bestimmten Warenbestandes.[58] RPM sichert die (Risikoaversen) Händler gegen Nachfrageschocks - nicht jedoch gegen unvorhergesehene Veränderungen der Kosten - ab, da der Endverkaufspreis unabhängig von den Nachfragebedingungen vorgegeben ist. Konkret kann RPM bei Gütern, für die Unsicherheiten über die künftige Nachfrage, zum Beispiel aufgrund von saisonalen Nachfrageschwankungen, charakteristisch sind, nicht nur eine Steigerung der Produzentenrente, sondern auch eine Steigerung der Konsumentenrente bewirken und somit insgesamt wohlfahrtssteigernd sein. Ein massgebender Unterschied zum Point-of-Sale-Services-Argument besteht darin, dass die Konsumenten nicht zuerst einen Händler mit einem gut ausgestatteten Warenlager aufsuchen können, um das Produkt anschliessend bei einem Händler zu kaufen, der das gesuchte Produkt nicht in seinem Lager führt.[59] Das Problem besteht vielmehr darin, dass ohne RPM andere Händler in Zeiten geringer Nachfrage ihre Produkte zu aussergewöhnlich tiefen Preisen abstossen, so dass der Händler, der über ein grosses Lager verfügt, seine Ware nicht mehr Kosten deckend verkaufen kann. Dadurch vergrössert sich der Anreiz für alle Händler, die Lagerhaltung und das Sortiment zu reduzieren. Die Endverbraucher können Produkte, die nur mehr auf Bestellung erhältlich sind, nicht mehr sofort begutachten und müssen unter Umständen längere Wartezeiten in Anspruch nehmen, was sich tendenziell negativ auf den Absatz dieser Produkte auswirken würde.

108. Der beschriebene Ansatz ist auf Märkte anwendbar, welche die folgenden Kriterien erfüllen:

- Nachfrageunsicherheiten sind ein Charakteristikum des fraglichen Produktes. Die Händler bestellen das Produkt bevor bekannt ist, ob eine hohe oder eine tiefe Nachfrage danach besteht.
- Ohne RPM reagieren Detailhandelspreise schnell auf Nachfrageschocks, so dass dadurch die Märkte geräumt werden.
- Die Produkte haben einen geringen "Schrottwert" und deren Lagerhaltung ist kostspielig.

109. Wenn diese drei Voraussetzungen erfüllt sind, lassen sich folgende Aussagen machen:

- Die Produzenten ziehen RPM der Markträumung vor. Ceteris paribus ist die Lagerhaltung der Händler unter RPM höher als unter Markträumung.
- Unter Markträumungspreisen sind Detailhandelspreise und Handelsmargen positiv mit Nachfrageschocks korreliert.

110. Diese Theorie lässt sich am ehesten bei Produkten anwenden, die (z.B. modebedingten) Nachfrageschwankungen unterliegen, für Produkte der Unterhaltungsindustrie (z.B. Videofilme), deren Absatz schwer vorauszusagen ist, und für solche, die starken saisonalen Schwankungen unterliegen (z.B. aufgrund der Bedeutung von Weihnachtsverkäufen bei diesen Produkten).[60]

111. Zu klären ist, inwieweit dieser Ansatz auf den Büchermarkt anwendbar ist. Wie der SBVV in seiner Stellungnahme vom 9. Mai 2003 ausführte, ist die Möglichkeit, verschiedene Titel physisch zu erfahren, die wohl am häufigsten in Anspruch genommene Serviceleistung im traditionellen Buchhandel. Dies deutet darauf hin, dass die Bereitstellung eines den Kundenbedürfnissen entsprechenden, sofort verfügbaren breiten und tiefen Sortiments ein wichtiger Wettbewerbsparameter ist, mit dem sich die traditionellen Buchhandlungen zum Beispiel von Online-Buchhandlungen abheben können. Dem stimmt im Übrigen auch die Monopolkommission (a.a.O., S. 395) zu: "In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass in der Praxis des Buchhandels heute die Präsentationsfläche eher noch wichtiger ist als die Beratung. Die grosse Präsentationsfläche bietet die Möglichkeit, die zunehmende Titelvielfalt vor dem Kunden auszubreiten, sodass dieser seine 'Entdeckungen' machen kann, sich auch durch Leseproben vor Ort seinen eigenen Eindruck bilden kann".

112. Die hier betrachtete Theorie hat die effiziente Risikoverteilung zwischen Verlag und Buchhandlung zum Gegenstand. Eine alternative Möglichkeit, dieses Problem anzugehen, besteht in der Gewährung eines umfassenden Remissionsrechts. Dieses wäre allerdings mit nicht zu unterschätzenden Transaktionskosten

[58] DENECKERE, MARVEL and PECK, Demand Uncertainty, and Resale Price Maintenance, The Quarterly Journal of Economics, August 1996, S. 885 ff.; DENECKERE, MARVEL and PECK, Demand Uncertainty and Price Maintenance: Markdowns as Destructive Competition, American Economic Review, September 1997, S. 619 ff.; REY and TIROLE, a.a.O., S. 921 ff. WANG, Resale Price Maintenance in an Oligopoly with Uncertain Demand, International Journal of Industrial Organization, Vol. 22, 2004, S. 389 ff.; GILLIGAN, A Signal Jamming Theory of Resale Price Maintenance, Working Paper 2003; DANA and SPIER, Revenue Sharing and Vertical Control in the Video Rental Industry, Journal of Industrial Economics, Vol. 49, September 2001, S. 223 ff.

[59] Ein mögliches Trittbrettfahrerproblem besteht indes darin, dass die Konsumenten ein in einer Buchhandlung geführtes Buch vor Ort überprüfen und das Buch anschliessend per Internet zu günstigeren Konditionen beziehen (OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 9).

[60] Ein konkretes, der Literatur entnommenes, Beispiel hiefür sind Nintendo Video-Spiele (DENECKERE, MARVEL and PECK, a.a.O., S. 635 f.); vgl. hiezu auch IPPOLITO and OVERSTREET, Resale Price Maintenance: An Economic Assessment of the Federal Trade Commission's Case Against the Corning Glass Works, Journal of Law and Economics, Vol. XXXIX, April 1996, S. 324.

verbunden.[61] Ein beschränktes Remissionsrecht, das in der Regel 5% des Umsatzes beim Grossbuchhandel ausmacht, besteht bereits unter der heutigen Regelung. Es ist nicht auszuschliessen, dass eine Aufhebung des Sammelrevers zu einer geringeren Lagerhaltung respektive Sortimentsverkleinerung führen würde. Ein wesentlicher Faktor bei der Beurteilung der Effizienzwirkungen gemäss dieser Theorie besteht in den zugrunde liegenden Nachfrageunsicherheiten. Es ist klar, dass hiebei erhebliche Unterschiede bei verschiedenen Titeln bestehen. Allgemein für den Büchermarkt gültige Aussagen über die Effizienzwirkungen dieser Theorie sind daher nur schwer möglich.[62]

113. Unbestritten ist, dass dem vor Ort sofort erhältlichen und einsehbaren Sortiment im Buchhandel eine grosse Bedeutung zukommt. Es trifft zwar zu, dass nicht vor Ort erhältliche Titel unter Einhaltung von kurzen Lieferfristen besorgt werden können. Zu berücksichtigen ist aber auch die Bedeutung von Impulskäufen. Das heisst, viele Kunden stöbern in der Buchhandlung, ohne vorher genau zu wissen, welches Buch sie kaufen möchten. Die Parteien führten wiederholt aus, dass die weitaus meisten Käufer überhaupt erst in der Buchhandlung zum ersten Mal auf das gekaufte Buch aufmerksam werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Erhöhung der Sortimentstiefe und der -breite Absatz fördernd wirkt. FÜGLISTALLER, GRÜNER und RUSCH (a.a.O., S. 7) führen aus, dass zwar knapp 90% der Kunden die Auswahl an Fachbüchern in ihrem Interessengebiet als wichtigen Faktor betrachten, dass im konkreten Fall aber nur 60% der befragten Konsumenten die Auswahl an Fachbüchern positiv beurteilen. In der erwähnten Studie (S. 12) wurde ebenfalls gezeigt, dass die Kundenzufriedenheit mit der Sortimentsbreite steigt, wobei dieser Zusammenhang statistisch nur schwach ausgeprägt ist.

114. Wie insbesondere die weiter unten in die Beurteilung miteinbezogenen Erfahrungen und Quervergleiche aus dem Ausland zeigen, ist indes nicht ersichtlich, inwieweit der Sammelrevers geeignet wäre, die Vorratshaltung der Buchhandlungen zu fördern (vgl. Rz. 123 ff.).

e) Erhöhung der Verkaufsstellenzahl (Outlets-Hypothese)

115. Ein weiterer Ansatz besteht in der Outlets-Hypothese. Dieser Ansatz steht in engem Zusammenhang mit den von den Parteien vorgebrachten Effizienzgründen.[63] Die Aufrechterhaltung der heute vorherrschenden Vertriebsstruktur mit einem dichten Netz von Sortimentsbuchhandlungen ist ein zentraler Punkt, den die Parteien als Effizienzgrund in ihren verschiedenen Eingaben vorgebracht haben. Die Outlets-Hypothese ist auf Märkten relevant, auf denen die Endverbrauchernachfrage mit der Anzahl Verkaufsstellen steigt und auf denen sich der Absatz mit Preissenkungen nur schwerlich erhöhen lässt.[64] Da die Hersteller ein Interesse an einer Erhöhung der Nachfrage nach ihren eigenen Produkten und damit gemäss Outlets-Hypothese auch an einer Steigerung der Anzahl Verkaufsstellen haben, schalten sie den Preiswettbewerb unter den Händlern mittels RPM aus, um eine aus ihrer Sicht optimale Verkaufsstellendichte zu erreichen. Übertragen auf den Büchermarkt heisst dies, dass die Verleger den Anreiz haben, die Margen auf Detailhandelsstufe so zu wählen, dass eine aus ihrer Sicht wünschenswerte Verkaufsstellendichte im Buchhandel gewährleistet ist. Denkbar wäre in einem ähnlichen Kontext ebenfalls, dass die Hersteller maximale Verkaufspreise festlegen, um die Zahl der Verkaufsstellen zu reduzieren, was Grössenvorteile und damit Kosteneinsparungen im Handel zur Folge haben könnte.

116. Die Outlets-Hypothese gilt nur unter restriktiven Annahmen (keine Markteintrittsbarrieren auf Handelsstufe, Unterschiede in den Grenzkosten zwischen verschiedenen Händlern, mit zunehmender Distanz steigendes "Grenzleid" der Konsumenten) die für die Anwendbarkeit der Outlets-Hypothese erfüllt sein müssen (vgl. REAGAN, Resale Price Maintenance: A Re-Examination of the Outlets Hypothesis, Research in Law and Economics, Vol. 9, Greenwich, Conn.: JAI Press, 1986, S. 1 ff.). Zu klären ist, inwieweit die Outlets-Hypothese als Erklärung für RPM auf dem Büchermarkt in Frage kommt und ob dieser Ansatz im vorliegend zu beurteilenden Fall für die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

[61] "Returns policies may be prohibitive either because of retailer moral hazard or the costs of administering such systems. Returns are employed for books and magazines, but the costs of shipping are so large that for paperbacks only the covers are returned, illustrating both the costs and potential moral-hazard problems of such schemes (DENECKERE, MARVEL and PECK (1997), a.a.O., S. 622)."

[62] "Thus, retail competition is most likely to be "destructive" (Pareto-dominated by the alternative of minimum RPM) when demand fluctuations are moderate. If demand fluctuations are so great that "fire sales" are likely to occur unless prohibited by RPM, consumers will prefer flexible pricing. If demand fluctuations are sufficiently small, then the manufacturer will not impose a binding price floor, so flexible pricing and RPM yield the same outcome. When fixed production costs are introduced, retail competition can be destructive for a new reason. Since manufacturer profits, not including fixed costs, are higher under RPM, the manufacturer may be willing to serve the market under RPM but not under flexible pricing" (DENECKERE, MARVEL and PECK (1997), a.a.O., S. 633). Vgl. auch STUMPP, a.a.O., S. 143).

[63] Vgl. auch AMSTUTZ und REINERT, "Buchpreisbindung II" - Bundesgericht vom 14. August 2002, sic!, 1/2003, S. 45 ff.

[64] GOULD and PRESTON, Resale Price Maintenance and Retail Outlets, Economica, August 1965, S. 302 ff.; GALLINI and WINTER, On Vertical Control in Monopolistic Competition, International Journal of Industrial Organization, 1983, S. 275 ff.; REAGAN, Resale Price Maintenance: A Re-Examination of the Outlets Hypothesis, Research in Law and Economics, Vol. 9, Greenwich, Conn.: JAI Press, 1986, S. 1 ff.; für einen verwandten Ansatz, der ähnlich wie in Abschnitt III. einen Rückgang der Sortimentstiefe und nicht direkt einen Rückgang der Anzahl Verkaufsstellen zum Gegenstand hat, vgl. MARVEL and PECK, Vertical Control, Retail Inventories & and Product Variety, Working Paper, August 2001 sowie MARVEL, a.a.O., S. 76 f.

stichhaltig ist.[65] Selbst wenn auf dem Büchermarkt die restriktiven Annahmen des Modells nur beschränkt zutreffen, kann nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass der Sammelrevers zu einer aus Sicht der Verlage wünschenswerten Buchhandelsstruktur sowie zu einer Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz beiträgt.

117. Ob die allfällige Aufhebung des Sammelrevers zu weit reichenden strukturellen Änderungen im Buchhandel führen würde, ist nicht von vornherein klar. Zu bedenken ist, dass die Zahl der Buchhandlungen bereits heute einigen (z.B. konjunkturbedingten) Schwankungen ausgesetzt ist (PROGNOS, a.a.O., S. 20). In den letzten Jahren waren - trotz Sammelrevers - eindeutige Konzentrationstendenzen im Buchhandel zu erkennen. Gemäss PROGNOS (a.a.O., S. 8 f.) würde eine Aufhebung des Sammelrevers die Konzentrationstendenzen beschleunigen. Die blosse Beschleunigung einer ohnehin unausweichlichen Entwicklung kann im Rahmen einer Effizienzprüfung kaum als gewichtiges Argument eingesetzt werden. Die befragten Buchhandlungen schätzten ihre Perspektiven im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers grösstenteils als problematisch ein. Vor allem viele kleinere Buchhandlungen (am Rande von Agglomerationen und in kleineren Städten), für welche aufgrund der Grösse ihres Einzugsgebiets eine Spezialisierungsstrategie kaum in Frage kommt, gaben an, ihr Geschäft im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers schliessen zu müssen.

118. Ob eine erhöhte Konzentration im Buchhandel, allenfalls verbunden mit einer geringeren Anzahl Verkaufstellen, zu einem wirtschaftlich weniger effizienten Ergebnis führen würde, hängt - ähnlich wie bei den anderen in Frage kommenden Ansätzen - insbesondere von der Struktur der Nachfrage ab. Selbst wenn eine Aufhebung des Sammelrevers zu einer geringeren Marktdurchdringung im Buchhandel führen würde, wären die damit verbundenen Effizienzwirkungen ambivalent. Wie in Randziffer 75 ausgeführt wurde, ist die Nachfrage nach Büchern insgesamt gesehen keinesfalls preisunelastisch. Absatzsteigerungen lassen sich somit nicht nur mit einer Steigerung der Verkaufsstellenzahl, sondern auch mit Preissenkungen erzielen. Eine dichte Buchhandelsstruktur ist kein Selbstzweck und es kann im Rahmen einer Effizienzprüfung nicht darum gehen, Struktur erhaltende Massnahmen, die nicht direkt im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Effizienz stehen, zu unterstützen. So ist beispielsweise die Monopolkommission (a.a.O., S. 406) der Auffassung, dass der Sammelrevers das Aufkommen von alternativen Vertriebswegen verhindert oder erschwert und somit möglicherweise zu einer ineffizienten Strukturerhaltung beiträgt. Von den am Sammelrevers beteiligten Unternehmen haben indes die Verlage einen weitaus grösseren Anreiz zur Schaffung effizienter Buchhandelsstrukturen als die einzelnen Buchhandlungen (vgl. Rz. 58 f.). Zudem ist klar, dass die Bedürfnisse der unterschiedlichen Verlage bezüglich der gewünschten Buchhandelsstruktur nicht übereinstimmen. Ein Belletristikverlag dürfte viel eher an einem dichten Verkaufsstellennetz interessiert sein als etwa ein Schulbuchverlag. Dieser Umstand wurde durch die bei den Verlagen durchgeführten Befragungen im Wesentlichen bestätigt.

119. Es ist nicht auszuschliessen, dass bei einer Aufhebung des Sammelrevers strukturelle Änderungen im Buchhandel vonstatten gehen werden. Ob diese Veränderungen - im Sinne der Outlets-Hypothese - zu einem Rückgang der Anzahl Verkaufsstellen und zu weniger effizienten Ergebnissen führen, ist nicht von vornherein klar. Zur näheren Beurteilung werden in diesem Punkt die Erfahrungen aus ausländischen Buchhandelsmärkten herangezogen (Rz. 123 ff.).

120. Der SBVV geht davon aus, dass die Zahl der populären Titel, bei denen die Preise bei einer Aufhebung des Sammelrevers sinken würden, eher gering ist. Andererseits ist klar, dass diese populären Titel wesentlich grössere Auflagen erreichen als die meisten anspruchsvollen Titel. Die Frage, ob die beschriebene divergierende Preisentwicklung bei einer Aufhebung des Sammelrevers in der Schweiz auftreten würde, ist selbstverständlich spekulativ. Davon ausgehend, dass eine solche Entwicklung eintritt, stellt sich die Frage, wie diese gegenläufigen Entwicklungen zu gewichten sind. Ein Gegenüberstellen der Wohlfahrtsgewinne von Preissenkungen bei populären Titeln und der Wohlfahrtsverluste von Preiserhöhungen bei anspruchsvollen Titeln ist überhaupt nur dann möglich, wenn die betroffenen Konsumentengruppen im Wesentlichen identisch sind. Falls populäre Titel und anspruchsvolle Titel im Wesentlichen von anderen Konsumentengruppen nachgefragt würden, würde sich das Problem von interpersonellen Nutzenvergleichen ergeben.[66] Auch wenn im vorliegenden Fall auf die Abgrenzung von verschiedenen sachlichen Märkten für die einzelnen Bücherkategorien verzichtet wurde (vgl. Rz. 24), ergibt sich klarerweise, dass die allfälligen Vorteile einer Aufhebung des Sammelrevers zumindest teilweise anderen Konsumentengruppen zufliessen würden als die allfälligen Nachteile. Ein Indiz dafür, dass die eventuellen Preis-

[65] Eine gewisse empirische Bestätigung für die Outlets-Hypothese liefert der Fall Corning Glass Works. Nach Aufhebung der RPM ging die Zahl der Verkaufsstellen von Corning-Produkten ebenso zurück wie Cornings Verkäufe. Allerdings bleibt der kausale Zusammenhang in diesem Fall letztlich ebenso ungeklärt wie die Auswirkungen auf die wirtschaftliche Effizienz. Vgl. IPPOLITO and OVERSTREET, a.a.O., S. 326.

[66] Vgl. hiezu die EU-Kommission, Communication from the Commission, Draft Notice, Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, S. 11: "Negative effects on consumers in one geographic market or product market cannot normally be balanced against or compensated by positive effects for consumers in another unrelated geographic market or product market. However, where two markets are closely interrelated, efficiencies achieved on separate markets can be taken into account provided that the group of consumers affected by the restriction and benefiting from the efficiency gains are substantially the same."

senkungen bei populären Titeln mehr ins Gewicht fallen würden als die eventuellen Preiserhöhungen bei anspruchsvollen Titeln, besteht in der anerkanntermassen grösseren Preiselastizität der Nachfrage bei anspruchsvollen Titeln (vgl. Rz. 75). Eine Preissenkung um 1% bei einem populären Titel würde demzufolge zu einer grösseren Mengenanpassung führen als eine Preiserhöhung um 1% bei einem anspruchsvollen Titel.

121. Die im Rahmen der Untersuchung befragten Buchhandlungen machten zu den voraussichtlichen Auswirkungen einer Aufhebung des Sammelrevers folgende Aussagen: In Bezug auf das eigene Unternehmen erwarten viele Buchhandlungen eine Verkleinerung des Sortiments, teilweise Abbau von Beratungs- und Serviceleistungen (bei Bestellservice separate Fakturierung), Umsatzrückgänge und eventuell die Aufgabe der Geschäftstätigkeit. Die Buchhändler erwarten im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers eine Verringerung der Buchhandelsdichte und eine Erhöhung der Marktkonzentration im Buchhandel.

122. Die befragten Verlage äusserten sich weniger einheitlich zu den Folgen einer Aufhebung des Sammelrevers, da die vom Buchhandel zur Verfügung gestellte Verkaufsfläche und die angebotenen Service- und Beratungsleistungen nicht für jeden Verlag die gleiche Bedeutung haben. Die Präsenz im allgemeinen Sortimentsbuchhandel hat für Belletristikverlage einen anderen Stellenwert als etwa für Schulbuchverlage oder für wissenschaftliche Verlage. Auch die Verlage erwarten grösstenteils, dass die Aufhebung des Sammelrevers zu einer Verringerung der Buchhandelsdichte führen würde. Dies würde auch auf Verlagsebene zu einer Fokussierung auf populäre Titel und letztlich zu Konzentrationstendenzen führen.

B.2.4.2.1.5 Erfahrungen und Quervergleiche aus dem Ausland sowie den französisch- und italienischsprachigen Landesteilen

123. Die Parteien haben wiederholt auf ausländische Erfahrungen (Quervergleiche und Entwicklung über die Zeit) hingewiesen, die ihrer Auffassung zufolge die positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers belegen. Erfahrungen aus anderen Staaten für sich alleine sind indes weder als Beweis für noch gegen die Effizienz des Sammelrevers geeignet. Trotzdem sind diese Erfahrungen in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, da dadurch eine zuverlässigere Beurteilung der Effizienzwirkungen des Sammelrevers ermöglicht wird.

a) Rechtlicher Status der Preisbindung in einigen ausgewählten Staaten und Entwicklung über die Zeit in Staaten mit einer Änderung der Preisbindungspolitik bei Büchern

124. In diesem Abschnitt wird der rechtliche Status der Buchpreisbindung in einigen ausgewählten Staaten und die Entwicklung über die Zeit in Staaten mit einer Änderung der Preisbindungspolitik bei Büchern betrachtet. Eine ausführlichere Darstellung und Beispiele weiterer Staaten können dem PROGNOS-Bericht (a.a.O., S. 60) entnommen werden.

125. Im PROGNOS-Bericht finden sich ebenfalls Ausführungen zu den Buchhandelsmärkten in der französisch- und in der italienischsprachigen Schweiz (S. 48 ff. resp. S. 54 ff.). Von den Entwicklungen in diesen Märkten lassen sich - wie auch die Parteien in ihren Schreiben vom 9. Mai 2003 ausführen - kaum Rückschlüsse auf den deutschsprachigen Buchhandelsmarkt ziehen:

- Für die französischsprachige Schweiz enthält der PROGNOS-Bericht auf Seite 54 folgende Schlussfolgerungen: Die Buchhandlungen halten sich weitgehend an die von den Verlagen vorgeschlagenen (und in Frankreich verbindlichen) Verkaufspreise. Die Buchhandelskonzentration in der Romandie ist weit fortgeschritten, wobei Akteure aus Frankreich den Buchhandel und den Zwischenbuchhandel weitgehend beherrschen. Supermärkte, aber auch die Filialen der Buchhandelsketten haben in den letzten Jahren damit begonnen, den "Branchenkonsens über den Buchpreis" durch Rabatte auf Bestseller zu destabilisieren, wodurch die kleineren Sortimentsbuchhandlungen unter Preisdruck geraten sind.
- Für die italienischsprachige Schweiz enthält der PROGNOS-Bericht auf Seite 58 folgendes Fazit: In ökonomischer Hinsicht weist die Buchbranche der italienischsprachigen Schweiz eine Reihe von Besonderheiten auf. Zwar ist die Buchhandelsdichte weiterhin als hoch einzustufen, die meisten Buchhandlungen werden aber nicht nach marktwirtschaftlichen Kriterien geführt und erwirtschaften keine nennenswerten Renditen. Die italienischsprachige Schweiz ist ökonomisch nicht in der Lage, die Geschäftstätigkeit unabhängig von Italien abzuwickeln. Im Gegensatz zur deutschsprachigen Schweiz verfügt die italienischsprachige Schweiz über keinen Zwischenbuchhandel, so dass die Marktversorgung mit hohen Transaktionskosten verbunden ist.

126. Es sind nur wenige Fälle umfassend dokumentiert, in denen ein Wechsel zwischen einem System mit zu einem System ohne Buchpreisbindung (oder umgekehrt) vollzogen wurde. Der Stichprobenumfang ist somit zu klein, um eine zuverlässige Auswertung vornehmen zu können. Im Folgenden werden die bekannten Fälle kurz beleuchtet, wobei zu betonen ist, dass sich die Entwicklung in diesen Fällen nicht vollständig auf die Schweiz übertragen lässt. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die verschiedenen Buchhandelsmärkte nicht nur hinsichtlich der Existenz und der Ausgestaltung der Preisbindung unterscheiden, sondern auch hinsichtlich vieler anderer Merkmale (Sprache, Kultur, Wohlstands- und Bildungsniveau, Grösse des Marktes, Angebot alternativer Informationsträger und Freizeitgestaltungsmöglichkeiten usw.). Aufgrund dieser Unterschiede sind direkte Rückschlüsse auf den deutschsprachigen Buchhandelsmarkt in der Schweiz nur schwer mög-

lich.[67] Selbst wenn sich bei der Betrachtung des gesamten Buchangebots eine positive Korrelation zwischen Buchangebot (Neuerscheinungen und erhältliche Titel) und Buchpreisbindung herausstellen sollte, ist dies aufgrund der oben aufgezählten Faktoren kein Beweis für einen kausalen Zusammenhang zwischen Buchpreisbindung und Vielfalt des Buchangebots. Bestenfalls lassen sich die aufgrund der theoretischen Ausführungen zu erwartenden Tendenzen erhärten.

➢ ***Deutschland und Österreich***

127. In Deutschland gilt wie in der Schweiz der Sammelrevers. Hinsichtlich der Vorbehalte der EU-Kommission gegenüber dem grenzüberschreitenden deutschsprachigen Buchpreisbindungssystem vergleiche Randziffer 201 ff. Im Jahre 2000 wurde in Deutschland ein Buchpreisbindungsgesetz verabschiedet, welches die Buchpreisbindung für den Buchhandel in Deutschland, aber nicht mehr grenzüberschreitend für den Buchhandel im deutschsprachigen EU-Raum regelt. In Österreich wurde im Jahr 2000 ebenfalls ein Buchpreisbindungsgesetz in Kraft gesetzt. Grundsätzlich sieht das österreichische Gesetz Rabatte von bis zu 5% vor. Importeure, die aufgrund ihres Nachfragepotenzials niedrigere als die handelsüblichen Einkaufspreise erzielen, dürfen auch niedrigere Verkaufspreise festsetzen.

➢ ***Grossbritannien und Irland***

128. Die Buchpreisbindung in Grossbritannien wurde im Jahre 1997 formell untersagt, wobei das angewandte Buchpreisbindungssystem, das Net Book Agreement (NBA), bereits zwei Jahre zuvor aufgrund des Ausstiegs von mehreren grossen Verlagshäusern zu Fall kam (vgl. hiezu PROGNOS, a.a.O., S. 69 ff.).

129. Die Parteien führten aus, dass in Grossbritannien nach Aufhebung der Buchpreisbindung die Titelproduktion bei kleineren Verlagen abgenommen habe. Ausserdem wiesen die Parteien unter Berufung auf FISHWICK und FITZSIMONS (Effects of the abandonment of the net-book agreement, 1998) auf die Preiserhöhungen hin, die nach Aufhebung der Preisbindung in Grossbritannien zu verzeichnen waren. Anderen Quellen zufolge ist die Aufhebung der Buchpreisbindung in Grossbritannien weder eindeutig positiv noch eindeutig negativ zu beurteilen:

130. PROGNOS (a.a.O., S. 7) führte hiezu aus: "In Grossbritannien wurde das Net Book Agreement (NBA) 1995 durch den Ausstieg grosser Verlagsgruppen de facto aufgehoben. In der Folge senkten die grossen Buchhandlungen sowie der Internetbuchhandel den Verkaufspreis für eine eng begrenzte Anzahl von Bestsellern. Der Anstieg der Buchpreise insgesamt lag aber zwischen 1995 und 2000 um acht Prozentpunkte über dem Konsumentenpreiseindex. Trotz insgesamt höherer Verkaufspreise nahm der Buchabsatz nach der Aufhebung des NBA deutlich zu. Branchenbeobachter begründen dies mit der höheren Präsenz von Büchern ausserhalb des klassischen Sortimentsbuchhandels (Supermärkte, Warenhäuser etc.). Allerdings haben auch die robuste britische Konjunktur und das positive Konsumklima in diesem Zeitraum zu dieser positiven Marktentwicklung beigetragen. Bemerkenswert ist der gestiegene Anteil von Haushalten unterer Einkommensklassen, die Bücher kaufen. Die meisten dieser Bücher sind der Kategorie Bestseller zuzuordnen. Wie auch in Schweden hat die Anzahl der jährlich in Grossbritannien verlegten Bücher nicht abgenommen".

131. Die Monopolkommission (a.a.O., S. 401) bewertete die Entwicklung auf dem britischen Bücher- respektive Buchhandelsmarkt folgendermassen: "Aus Konsumentensicht ist festzuhalten, dass der zusätzliche Preiswettbewerb zu einer stärker nachfrageorientierten Preissetzung geführt hat. Hievon profitierten neben den öffentlichen Bibliotheken insbesondere Kunden, die rabattierte Bücher erwarben. Konsumenten aus niedrigeren Einkommensschichten wurden aber nicht stärker an die Literatur herangeführt. Bei dieser Gruppe führte die Preisfreigabe zu keinem zusätzlichen Konsum, eine weitgehend unveränderte Nachfrage nach Büchern wurde zu niedrigeren Preisen befriedigt. Verlierer dürften Kunden sein, die überproportional viele nicht rabattierte Titel, insbesondere gebundene Neuerscheinungen und wissenschaftliche Werke erwarben. Aufgrund des intensiveren Preiswettbewerbes sanken die durchschnittlichen Renditen auf Händler- und Verlegerebene. Dies führte jedoch weder zu einer Bestandesbedrohung noch zu einer wahrnehmbaren Unterversorgung mit "qualifizierten" Buchläden. Die Präsentationsfläche für Bücher stieg, da preislich aktive Ketten Bücher stärker in den Mittelpunkt des Verkaufsinteresses gestellt haben." Der OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, der sich ebenfalls mit RPM im Buchhandel beschäftigte, enthält die Folgerung, dass die Erfahrungen in Grossbritannien weder eindeutig positiv noch eindeutig negativ zu bewerten sind.[68] WILSON (in DAVIES et al., The Benefits from Competition: some illustrative UK Cases, DTI Economics Paper No. 9, July 2004, Chapter 4, The Net Book Agreement) verweist auf neuere Quellen, die bezüglich der Entwicklung des Preisniveaus im Gegensatz zu FISHWICK und FITZSIMMONS (a.a.O.) beziehungsweise zum PROGNOS-Bericht (a.a.O.) zum Schluss gelangen, dass nach Aufhebung der RPM die realen Bücherpreise in Grossbritannien tendenziell eher gesunken seien.

[67] FRANZEN, Die Preisbindung des Buchhandels, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987; APPELMAN, a.a.O., S. 237 ff.; BACKHAUS, HANSEN, a.a.O.; EVERLING, Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Rechtsgutachten, Universität Bonn, April 1997; BECK, Monopoly vs. oligopoly in the debate on resale price maintenance for books: a preliminary empirical result: An empirical evaluation of segmentation and conduct in the German book industry, Diplomarbeit, Humboldt-Universität, Berlin, 2003.

[68] OECD Roundtable on Resale Price maintenance, 1997, S. 9: "The United Kingdom's experience leading to the collapse of the Net Book Agreement in 1995 may also undercut the argument in favour of RPM although the expected lower prices have not materialised; there has not been a significant increase in the number of bankruptcies of booksellers."

132. Das NBA galt ursprünglich auch in Irland. Die grenzüberschreitende Buchpreisbindung wurde im Jahre 1991 ausser Kraft gesetzt, da sie gegen Artikel 81 EGV verstiess (vgl. Dreizehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/1999, a.a.O., S. 385 f.). Im Jahre 1994 sprach sich auch die irische Wettbewerbsbehörde gegen RPM auf dem Buchmarkt aus.

133. Zu berücksichtigen ist auch, dass - im Gegensatz zum deutschsprachigen Buchhandelsmarkt - in Grossbritannien die Aufgabe des Preisbindungssystems von den Verlagen selbst veranlasst wurde. Insgesamt lassen die vorhandenen Informationen zur Aufhebung der Buchpreisbindung in Grossbritannien - entgegen den Ausführungen der Parteien - keine eindeutigen Schlüsse über die Effizienzwirkungen des Sammelrevers zu.

➢ ***USA, Australien und Kanada***

134. In den USA sind Bücher nicht preisgebunden.[69] Ein empfohlener Endverbraucherpreis wird vom Verleger auf den Umschlag gedruckt. In der Realität geben die Buchhändler aber Rabatte in bedeutendem Umfang. Zudem besteht ein Retournierungsrecht für nicht verkaufte Bücher. Ähnliche Aussagen wie für die USA gelten für andere angelsächsisch geprägte Staaten wie Australien und Kanada (vgl. OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 19ff. und 33 ff.).

➢ ***Frankreich***

135. In Frankreich gilt seit 1982 ein Buchpreisbindungsgesetz ("Loi Lang"). Die damit verfolgten Ziele sind einerseits kultur- und regionalpolitischer Natur, andererseits stehen einige der für das Loi Lang genannten Beweggründe grundsätzlich im Einklang mit den weiter oben diskutierten Effizienzgründen.[70] Bis 1979 galten Preisempfehlungen der Verlage, die von den Buchhandlungen weitgehend eingehalten wurden. Im Jahre 1979 wurden diese Preisempfehlungen untersagt, so dass zwischen 1979 und 1981 in Frankreich keine Preisbindung bestand. Als Beleg für die Effizienz der Preisbindung führen die Parteien ins Feld, dass die Titel-Neuproduktion 1980 um 2% und 1981 wiederum um 1% gesunken und anschliessend stetig gestiegen sei. Die Auswirkungen des französischen Buchpreisbindungsgesetzes wurden auch anderweitig untersucht:

136. Dem Hauptgutachten der Monopolkommission (a.a.O., S. 402) sind zur Entwicklung des französischen Buchmarktes folgende Ausführungen zu entnehmen: "In Frankreich gab es schon vor 1979 die Möglichkeit, 'freie' Buchpreise zu setzen, da die vertikale Preisbindung untersagt war. Jedoch hielt sich der Buchhandel weitestgehend an die Preisempfehlungen der Verlage. Beginnend mit dem Jahre 1974 kam es aufgrund der preisorientierten Marktstrategien von FNAC und Leclerc zu einem schärferen Preiswettbewerb. Dieser führte bis 1981 zu einem Marktanteilsverlust des Sortimentsbuchhandels um fünf Prozentpunkte von 55% auf 50%. Marktanteilssteigerungen erzielten die Super- und Hypermärkte sowie Kaufhäuser um acht Prozentpunkte von 10% auf 18% sowie die FNAC um drei Prozentpunkte von 2% auf 5%. Bis zum Jahre 1994 hat sich diese Entwicklung fortgesetzt. Der Sortimentsbuchhandel verlor in dieser Zeit 16 Prozentpunkte. Hyper- und Supermärkte gewannen sieben Prozentpunkte, die FNAC ebenfalls sieben Prozentpunkte. Die wachsende Bedeutung der Hyper- und Supermärkte ist dabei hauptsächlich auf den Verkauf von Kinderbüchern und Bestsellern zurückzuführen. (...) Ökonomisch bedeutsamer als die Entwicklung der Marktanteile der einzelnen Vertriebskanäle an der Entwicklung des französischen Buchmarktes vor 1981 ist, dass die Preisentwicklung für Bücher von 1975 bis 1977 unterhalb derjenigen für Verbraucherpreise verlief, das heisst durch den Markteintritt von FNAC wurden die Bücher relativ billiger. In den Jahren 1978 bis 1980 lag dann die Entwicklung der Buchpreise knapp über der Entwicklung der Verbraucherpreise, während sie von 1981 bis 1983 wiederum knapp darunter lag. Im Jahre 1984 waren die beiden Preisentwicklungsraten nahezu identisch. Daraus ist nicht abzuleiten, wie die Verfechter der Buchpreisbindung in Deutschland argumentieren, dass die Buchpreise infolge der Einführung 'freier' Buchpreise gestiegen sind. Zutreffender ist die Auffassung, dass durch das Verbot von Preisempfehlungen eine für den Kunden höhere Unübersichtlichkeit auf dem vergleichsweise heterogenen Buchmarkt entstanden ist, die Raum für Preisdifferenzierungen geschaffen hat und somit auch für Preiserhöhungen. (...) Auch bezüglich der Titelvielfalt zeigt sich keine negative Wirkung des Preiswettbewerbs. Nur in den Jahren 1979 und 1980 war ein Rückgang von ungefähr 1'000 Titeln festzustellen. In den Jahren des bereits vorhandenen Preiswettbewerbes von 1974 bis 1979 stieg hingegen die Anzahl der Titel um knapp 3'000, das heisst durchschnittlich um etwa 600 Titel pro Jahr. Vergleichsweise unbeeinflusst von den wechselnden Regulierungsregimes war die Anzahl der Neuerscheinungen, welche sich zwischen 1977 und 1984 kaum veränderte. Nimmt man beide Entwicklungen zusammen, so ist zu vermuten, dass durch die vergleichsweise Unübersichtlichkeit der Preise zwischen 1979 und 1981 primär die Wiederauflage von weniger nachgefragten Titeln gelitten hat."

[69] In den USA ist RPM seit 1911 grundsätzlich unzulässig, wobei diese Praxis im Laufe der Zeit nicht einheitlich angewandt wurde. Eine wichtige Ausnahme vom per se Verbot bildet die so genannte Colgate Doctrin; siehe z.B. MARTIN, a.a.O., S. 516 ff., sowie HENRY and ZELEK, Establishing and Maintaining an Effective Minimum Resale Price Policy: A Colgate How-To, Antitrust, No. 3, Summer 2003, S. 8 ff.

[70] OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 60 f.: "La Loi Lang avait pour but de soutenir et encourager la lecture et la création littéraire. Pour accroître la consommation du livre, il a été considéré que l'accès au livre devait être facilité, grâce aux conseils donnés par les libraires et ne devait pas être discriminant: le prix payé pour un même ouvrage doit être le même pour tout le territoire. Par ailleurs, le prix unique devait contribuer au maintien d'un réseau de librairies traditionnelles permettant de stimuler la lecture, et de promouvoir - grâce à la disparition de la concurrence par les prix - la réalisation et la diffusion des oeuvres de qualité dont la rotation des stocks est lente."

137. Gemäss OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 61 f.[71] sind aufgrund des 1982 in Kraft getretenen Buchpreisbindungsgesetzes folgende Effekte eingetreten:

- Bewahrung der traditionellen Buchhandelsstruktur mit einer geringen Konzentrationsrate;
- eine Erhöhung der Zahl der Neuerscheinungen;
- ein relativer Konsumrückgang (rückläufige Auflagen) mit tendenziell steigenden Endverbraucherpreisen.

138. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Erfahrungen aus dem französischen Buchhandelsmarkt keine stichhaltigen Hinweise für die Effizienz des Sammelrevers liefern.

➢ ***Schweden***

139. In Schweden wurde die fünf Jahre zuvor beschlossene Aufhebung der Buchpreisbindung im Jahre 1970 wirksam. Abgeschafft wurden damals ebenfalls das Qualitätsbuchmonopol (exklusiver Verkauf von "Qualitätsbüchern" durch den Sortimentsbuchhandel) und das Kommissionssystem (Verpflichtung eines Teils der Buchhändler zur Abnahme aller Titel). Seither wurden verschiedene Massnahmen zur Unterstützung der Buchbranche eingeführt, zum Beispiel im Jahre 1975 die selektive Subventionierung der Buchproduktion (vgl. PROGNOS, a.a.O., S. 61 ff.).

140. In seiner Eingaben vom 9. Mai 2003 nannte der SBVV den Umstand, dass in Schweden die Wachstumsrate bezüglich der Neuerscheinungen geringer sei als in der Schweiz (zwischen 1970 und 1990 56,1% gegenüber 66,3%) als Beleg für die positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers. Folgende Quellen können zur Beurteilung der Entwicklung des schwedischen Buchhandelsmarktes herangezogen werden:

141. PROGNOS (a.a.O., S. 6 f.) führte hiezu aus: "In Schweden wurde 1970 ein stark regulierter Buchmarkt, der eine flächendeckende Versorgung auf hohem Niveau sicherstellte - mit allerdings ebenso hohen Kosten für den Staat -, liberalisiert. Gleichzeitig mit dem gebundenen Verkaufspreis wurden weitere Restriktionen im Buchhandel (Monopol des Sortimentsbuchhandels auf "Qualitätsbücher", Abnahmepflicht für schwedische Bücher) aufgehoben. In Erfahrungsberichten aus Schweden bleibt dies häufig unerwähnt, so dass leicht der falsche Eindruck entsteht, dass die markanten Veränderungen ausschliesslich auf die Abschaffung der Buchpreisbindung zurückzuführen seien. (...) Die Anzahl der schwedischen Buchtitel nahm nach Aufhebung der Preisbindung ebenso wenig ab wie die Höhe der Buchpreise insgesamt."[72]

142. Die Ausführungen von PROGNOS zur Aufhebung der Buchpreisbindung in Schweden enthalten folgendes Fazit (a.a.O., S. 68 f.): "Die Folgen der Aufhebung der festen Buchpreise in Schweden sind kaum von den Folgen der gleichzeitig erfolgten Aufhebung anderer Marktrestriktionen (Qualitätsmonopol der Buchhandlungen, Konzessionspflicht) zu trennen. Dennoch lassen sich einige Erkenntnisse entlang der Wertschöpfungskette formulieren, die für die Diskussion in der Schweiz von Bedeutung sind: Die Anzahl der produzierten Buchtitel hat unter der Aufhebung der Preisbindung nicht gelitten. Vielmehr wuchs die Anzahl neuer Titel ohne nennenswerte Effekte weiter. Die Anzahl der Buchhandlungen hingegen nahm erheblich ab. Vor allem in den ländlichen Räumen schieden Buchhandlungen aus dem Markt aus. Diese Folgen sind aber nicht allein der Aufhebung der Buchpreisbindung zuzuschreiben. Vielmehr hat sich der Wegfall des Qualitätsmonopols von Buchhandlungen bemerkbar gemacht. Für die schwedischen Verlage ging mit dem Ausscheiden von Buchhandlungen einerseits und dem Wegfall der Abnahmepflicht des gesamten Sortiments andererseits die Sicherheit verloren, die hergestellten Bücher mit den Leserinnen und Lesern in Kontakt zu bringen. Die Einzelhandelspreise für Bücher gingen nur im Segment der Bestseller spürbar zurück, wobei auch in diesem Segment nicht alle Titel, sondern nur eine Auswahl günstiger angeboten wurde. Insgesamt hat das Massnahmenbündel, das 1970 in Kraft getreten ist, die Buchstruktur in Schweden nachhaltig verändert. Die Flurbereinigung im Buchhandel, die Begünstigung von Buchhandelsketten gegenüber dem Sortimentsbuchhandel sowie die Reduktion von Marktpräsenz schwedischer Bücher sind die bedeutendsten Folgen. Schweden kam in der Folge nicht umhin, die negativen Effekte durch ein ausdifferenziertes Subventionssystem für Verlage und Buchhandlungen zu kompensieren."

143. Gemäss dem Gutachten der Monopolkommission[73] hat die Abschaffung der Buchpreisbindung bis 1982 ein "Händlersterben" der Sortimentsbuchhandlungen induziert. Marktaustritte erfolgten vor allem in Orten mit mehr als einer Buchhandlung. Seit 1982 hat sich die Zahl der Buchhandlungen stabilisiert. Auf die neuen Gegebenheiten reagierten zuerst Kaufhäuser, welche Bücher zu tieferen Preisen als die traditionellen Sortimentsbuchhandlungen anboten. Im Laufe der Zeit reagierten Sortimentsbuchhandlungen und Buchclubs mit einer Diversifizierungsstrategie, indem sie so genannte "Niedrigpreisläden" einrichteten, die sich auf den Verkauf von Bestsellern spezialisierten. Auf der Verlegerseite kam es nach Ende der Buchpreisbindung zunächst zu einer grösseren Anzahl von Unternehmenszusammenbrüchen. In späteren

[71] Vgl. auch MARVEL et REAGAN, a.a.O., S. 130 f.

[72] Die Entwicklung in Schweden wird im OECD Roundtable on Resale Price Maintenance (1997, S. 9, vgl. auch S. 97 ff.) grundsätzlich gleich beurteilt: "In Sweden, which since 1970 has abolished RPM for books, it would seem that the pessimistic predictions of publishers and retailers about the detrimental effects of allowing price competition have not been realised".

[73] A.a.O., S. 402 ff. mit Hinweis namentlich auf RICHTER, Die Aufhebung der Preisbindung für Bücher - Fallbeispiel Schweden, 1995; sowie RÜRUP, KLOPFLEISCH und STUMPP, Ökonomische Analyse der Preisbindung, 1997.

Jahren kam es auch aufgrund von staatlichen Förderungsmassnahmen zu neuen Markteintritten auf dieser Stufe. Die Titelanzahl hat durch die Aufhebung der Buchpreisbindung nicht gelitten, wobei die Zahl der von den Buchhandlungen vor Ort geführten Titel zurückgegangen ist. Wie die Monopolkommission weiter ausführte, unterscheiden sich die Einschätzungen der Marktteilnehmer bezüglich der Entwicklung seit Aufhebung der Buchpreisbindung. Die schwedische Verlegervereinigung beurteilt demnach die Entwicklung im Gegensatz zur Vereinigung der Buchhändler und zur Schriftstellergewerkschaft grundsätzlich positiv. Profitiert haben dürften gemäss Monopolkommission auch die Konsumenten, soweit sie gut gängige Titel nachfragen.

144. Auch der OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, Seite 97 ff., befasste sich mit dem schwedischen Buchhandelsmarkt. Demnach haben sich seit Aufhebung der Buchpreisbindung die Verkaufszahlen innert 20 Jahren um 50% erhöht. Das Sortiment der Buchhandlungen wurde nicht ausgedünnt. Die Verkaufsflächen der Buchhandlugen haben sich seither um 35% erhöht. Die Zahl der Buchhandlungen ging zurück (insbesondere in kleineren Städten und Gemeinden). Hingegen hat sich die Zahl der spezialisierten Buchhandlungen erhöht. Die realen Bücherpreise waren leicht rückläufig (insbesondere aufgrund des Aufkommens von Buchclubs). Die Marktkonzentration blieb weitgehend unverändert. Die Zahl der Verlage hat sich ebenfalls nicht erheblich verändert.

145. Nicht zuletzt deshalb, weil auch andere Regulierungen auf dem schwedischen Büchermarkt eine Rolle spielen, ist bei der Interpretation der schwedischen Erfahrungen Vorsicht geboten. Insgesamt gesehen liefern die Erfahrungen indes keine klare Evidenz für die positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers.

➢ ***Norwegen***

146. RPM gilt in Norwegen seit 1957 generell als unzulässig. Eine Ausnahme bildet - aus kulturpolitischen Beweggründen - der Buchhandelsmarkt.[74] Die Partien führten als Beleg für die Vorzüge der Buchpreisbindung wiederholt den Vergleich zwischen dem schwedischen und dem norwegischen Büchermarkt ins Feld. Ein Bericht der norwegischen Wettbewerbsbehörde kommt hingegen zum Schluss, dass eine Aufhebung der Buchpreisbindung in Norwegen aus ökonomischer Sicht zu begrüssen wäre, da die Verkaufsvolumen ansteigen, die Preise sinken und mehr Bücher gelesen würden.[75] Die Ausnahmen, die dem norwegischen Buchhandelsmarkt zugestanden wurden, laufen per Ende 2004 aus. In ihrer Eingabe vom 18. Januar 2005 präzisierten die Parteien, dass die Freistellung der aktuellen Buchpreisbindungsregelung von der norwegischen Wettbewerbsbehörde bis 1. Mai 2005 verlängert wurde. Zu diesem Zeitpunkt solle eine Durchführungsverordnung zum norwegischen Kartellgesetz in Kraft treten, welche die Fortsetzung einer modifizierten Preisbindung (insbesondere mit einer zeitlichen Beschränkung auf 9 Monate und einem für alle Vertriebskanäle geltenden maximalen Rahmen für Preisnachlässe von 12,5%) über diesen Zeitpunkt hinaus erlaubt.

➢ ***Finnland***

147. In Finnland wurde die Buchpreisbindung im Jahre 1971 abgeschafft. Seither wird ein System mit empfohlenen Endverbraucherpreisen angewandt. Die Zahl der Neuerscheinungen und die Verkaufszahlen sind seither (zumindest bis Mitte der Neunzigerjahre) stark angestiegen, während in dieser Zeit die traditionellen Buchhandlungen zu Gunsten von alternativen Vertriebsformen Marktanteile eingebüsst haben (vgl. OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 112 f.). In ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2005 präzisieren die Parteien mit Verweis auf STOCKMANN, BENGTSSON und REPO (The Book Trade in Finland, 2002, S. 7) zum finnischen Buchhandel, dass die finnische Titelproduktion (Neuerscheinungen und -auflagen) zwischen 1963 und 1973, in der die Buchpreise die meiste Zeit gebunden waren, von 2'655 auf 4'789 Titel um rund 80% gestiegen sei, während sie in den folgenden fünf Jahren stagnierte und 1978 praktisch unverändert bei 4'772 Titeln lag. Erst danach sei die Titelproduktion wieder angestiegen. Gemäss der genannten Studie erreichte die finnische Titelproduktion im Jahre 1983 8'594 und im Jahre 2000 11'764 Titel (Höchststand 1995 mit 13'494 Titeln).

➢ ***Niederlande***

148. In den Niederlanden besteht eine Preisbindung durch privatrechtliche Vereinbarung. Diese wurde vom Staat bestätigt. Es bestehen zahlreiche Ausnahmen von der Preisbindung. Insbesondere ist ein bestimmter Titel in den Niederlanden nur während zwei Jahren preisgebunden, weshalb VAN DER PLOEG (Beyond the Dogma of the Fixed Book Price Agreement, CESIFO Working Paper No. 949, 2003, S. 15 ff.) die volkswirtschaftlichen Kosten des niederländischen Preisbindungssystems als gering einstuft. Allerdings führe die niederländische Buchpreisbindung zu höheren Preisen bei allen publizierten Titeln. Ausserdem werde die Innovation ebenso wie der Vertrieb (Internetvertrieb) beeinträchtigt. Hingegen würden dank der Buchpreisbindung mehr Titel produziert und die Zahl der Buchhandlungen mit einem reichhaltigen Sortiment erhöht.

[74] "The Trade Agreement on Books is an agreement between the Norwegian Publisher's Association (NPA) and the Norwegian Booksellers' Association (NBA). The aim of the agreement is to promote culture, literature and knowledge, stimulate reading, promote the Norwegian language and preserve the market structure of booksellers in Norway" (OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 92 f).

[75] Konkurransetilsynet (Norwegian Competition Authority), Kven lyt setje pris på boka? Ei vurdering av den norske bokmarknaden (Report about pricing on books), 16. April 2004.

➢ ***Belgien, Spanien und Griechenland***

149. Verbot der (grenzüberschreitenden) Buchpreisbindung im flämischen Landesteil Belgiens trat im Jahre 1984 in Kraft. Gemäss SBVV sank die Titelneuproduktion in Belgien 1984 im Vergleich zum Vorjahr um 19% und schwankte in den nächsten zehn Jahren bei Werten, die deutlich unter deren Höchststand von 1981 lagen. Die Titelneuproduktion allein ist indes kein gültiger Massstab für die Effizienz der Buchpreisbindung. Zudem erscheint der kausale Zusammenhang zwischen der Aufhebung der Buchpreisbindung und der Veränderung in der Titelneuproduktion nicht eindeutig. So war die Titelneuproduktion bereits in den Jahren vor Aufhebung der Buchpreisbindung teilweise rückläufig. Als weiteres Beispiel nannte der SBVV Spanien, das im Jahre 1990 eine gesetzliche Buchpreisbindung eingeführt hat. Als Indiz für die Effizienz dieser Regelung wurde vorgebracht, dass sich die Titelneuproduktion seither beschleunigt habe: Während die Zahl der neu erschienen Titel zwischen 1980 und 1990 um 28,5% gestiegen sei, betrug die Zuwachsrate zwischen 1990 und 1995 34%. Eine ähnliche Entwicklung in der Titelneuproduktion hat nach Angaben des SBVV in Griechenland stattgefunden, das im Jahre 1995 eine gesetzliche Buchpreisbindung eingeführt hat. Im Falle Spaniens und Griechenlands sind indes grundsätzlich dieselben Vorbehalte angezeigt wie im Falle Belgiens.

➢ ***Fazit***

150. Verschiedene Staaten haben Erfahrungen mit einem Wechsel von einem System mit Buchpreisbindung zu einem System ohne Buchpreisbindung oder umgekehrt gemacht. Umfassende Dokumentationen zu den eingetretenen Effekten sind allerdings nur in den Fällen Grossbritanniens, Schwedens und zum Teil Frankreichs bekannt. Insgesamt lassen diese Erfahrungen keine klaren Schlüsse zu, ob sich eine Aufhebung des Sammelrevers aus ökonomischer Sicht eindeutig positiv oder negativ auswirken würde. Unklar ist insbesondere, ob die geschilderten Veränderungen in einem kausalen Zusammenhang zur Aufhebung oder Einführung der Buchpreisbindung stehen. Alle Rückschlüsse aus den ausländischen Erfahrungen auf den deutschsprachigen Buchhandelsmarkt sind somit nicht eindeutig und können somit höchstens als Indizien verwendet werden. Die sich aus den geschilderten Entwicklungen abzuleitenden Tendenzen fliessen in die Beurteilung ein.

b) Quervergleich zwischen Staaten mit und ohne Preisbindung

151. Der Quervergleich zwischen Staaten mit und ohne Preisbindung wurde vom SBVV wiederholt als Beleg für die positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers angeführt (Stellungnahme vom 21.6.2001): "Ein Vergleich von Ländern mit und ohne Preisbindung zeigt die günstige Wirkung gebundener Preise auf die Titelproduktion." Wie weiter oben (Rz. 126) dargelegt wurde, sind solche einfachen Vergleiche grundsätzlich problematisch und können nur unter Vorbehalt in die Bewertung einfliessen.[76] Vorab sei darauf hingewiesen, dass die von den Parteien vorgebrachten Vergleiche auch theoretisch keine eindeutigen Schlüsse zulassen, da eine höhere horizontale Produktdifferenzierung (z.B. - wie von den Parteien vorgebracht - eine grössere Titelvielfalt bei den Reiseführern von Rom) nicht zwingend wirtschaftlich effizient ist, das heisst zu einer höheren Wohlfahrt führt.[77]

➢ ***Vergleich zwischen dem deutschen und englischen Sprachraum***

152. Verschiedene Stellungnahmen der Parteien enthalten Vergleiche zwischen dem deutschen Sprachraum und den USA:[78] In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 21. Juni 2001 führte der SBVV aus: "Es lässt sich empirisch belegen, dass es im deutschen Sprachraum ein deutlich grösseres Titelangebot zu Spezialthemen gibt als in den preisbindungslosen USA." Genannte Beispiele sind Kirchengeschichte, Philosophie und Rezeptionsgeschichte des Aristoteles, Pietismus Homosexuellen- und Sportliteratur für körperlich Behinderte. Ob beispielsweise die Verfügbarkeit von 74 Werken zum Thema Pietismus in deutscher Sprache gegenüber nur 34 lieferbaren Titeln in den USA als Argument für die Effizienz von gebundenen Bücherpreisen taugt, erscheint fraglich. Nach Auffassung der Weko führen derartige Vergleiche zu keinem verwertbaren Ergebnis. Auch insgesamt ist gemäss SBVV die Zahl der lieferbaren Titel pro Kopf der Bevölkerung im deutschen Sprachraum grösser als in Grossbritannien und den USA. Kommen in den USA und Grossbritannien pro Kopf insgesamt rund 5'700 lieferbare Titel, sind es im deutschen Sprachraum rund 8'300 lieferbare Titel. Problematisch an diesem Vergleich ist, dass sich die Anzahl der in einem Sprachraum produzierten Titel kaum linear mit der Einwohnerzahl erhöhen dürfte. Die Bevölkerungszahl schlägt sich vielmehr direkt in der Auflage der einzelnen Titel nieder. Ein weiteres Argument, das von den Parteien vorgebracht wurde, besteht in der geringeren Buchhandelsdichte in den USA verglichen mit dem deutschen Sprachraum. Zuverlässige Aussagen über die Kausalität der beobachteten Unterschiede zwischen dem amerikanischen und dem deutschspra-

[76] CANOY, VAN OURS und VAN DER PLOEG, a.a.O., untersuchen den Einfluss von Einkommen (Bruttoinlandprodukt), Schulbildung und RPM auf die Titelvielfalt. Gemäss dieser Studie hat nur das Einkommen einen eindeutig positiven Einfluss auf die Titelvielfalt.

[77] DIXIT, and STIGLITZ, Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity, American Economic Review 67, 1977, S. 297 ff.; vgl. auch Monopolkommission, a.a.O., S. 408: "Etwaige Vorteile für die Konsumenten sind nicht in einer hinreichend eindeutigen Weise zu belegen. Hiebei ist zu betonen, dass die Titelvielfalt sowohl aus ökonomischer als auch aus kulturpolitischer Sicht ein zweifelhaftes Kriterium zur Bewertung der Ergebnisse des Buchmarktes ist. Bei einer rein ökonomischen Betrachtungsweise ist dies offensichtlich, da eine Maximierung der Breite des Produktangebotes nur in den seltensten Fällen zu einer Wohlfahrtsmaximierung der Konsumenten führen dürfte."

[78] Für einen Vergleich zwischen den USA und Grossbritannien vor 1993, der auf eine grössere Zahl von Neuerscheinungen in einem System mit RPM hindeutet, vgl. MARVEL et REAGAN, a.a.O., S. 130.

chigen Buchhandelsmarkt lassen sich aufgrund des unbekannten Einflusses der eingangs erwähnten anderen Einflussfaktoren nicht machen. Aussagen über die Effizienz des Sammelrevers lassen sich anhand der vorgenommenen Vergleiche jedenfalls nicht ableiten.

153. Ausserdem nannten die Parteien die Höhe der Preise als Argument für die positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers. In seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 21. Juni 2001 führte der SBVV aus, dass der Durchschnittspreis der Neuerscheinungen (ohne Auflagengewichtung und alte Titel) in den USA um 29% höher als der deutsche und um über 18% höher als der österreichische Durchschnittspreis sei. Hiebei handelt es sich um Listenpreise. Nach Berücksichtigung der Rabatte sind die amerikanischen Buchpreise gemäss SBVV immer noch um 16,5% höher als die deutschen und um 5,5% höher als die österreichischen Buchpreise. Unter Berücksichtigung der Kaufkraft errechnet der SBVV Preisunterschiede zwischen den USA einerseits und Deutschland und Österreich andererseits von gar 38,4% respektive 43,65%. Abgesehen von diesen aggregierten Angaben, die nur schwer zu überprüfen sind, nennt der SBVV auch konkrete Beispiele: Das Werk von MARCEL PROUST, Auf der Suche nach der verlorenen Zeit, Teil VI, werde in den USA zu einem Listenpreis von $ 16.95 angeboten, in der Schweiz zu einem Preis von CHF 19.00 (Preisdifferenz gemäss SBVV nominal fast 34%, real 47,8%).

154. Um die Plausibilität dieses Vorbringens zu überprüfen, wurden die Preise der deutschen und englischen Ausgaben von fünf willkürlich ausgewählten Werken miteinander verglichen. Um eine möglichst gute Vergleichbarkeit zu erreichen, wurden jeweils Werke ausgewählt, die ursprünglich in einer dritten Sprache verfasst und sowohl auf Deutsch als auch auf Englisch übersetzt wurden. Es ist klar, dass die verschiedenen Ausgaben punkto Ausstattung und Seitenumfang nicht vollständig vergleichbar sind. Der Seitenumfang ist bei den englischen Ausgaben der betrachteten Titel durchwegs geringer als bei den deutschen Ausgaben. Es soll ebenfalls klar gestellt werden, dass der Stichprobenumfang zu klein ist, um generelle Aussagen über Unterschiede im Preisniveau bei Büchern zu machen (abgesehen von der generellen Problematik von derart pauschalen Preisvergleichen). Es handelt sich um Preise im Internet-Vertrieb. Die Preise im Buchhandel vor Ort (bei englischsprachigen Titeln) können hievon abweichen, wobei eine wettbewerbliche Beziehung zwischen den Internet-Preisen und den Preisen im Buchhandel besteht. Bei den deutschsprachigen Titeln sind die Internet-Preise sogar identisch mit denjenigen im Sortimentsbuchhandel.

155. Allerdings lassen sich aus diesem Vergleich keine zuverlässigen Angaben über die durchschnittlich für die einzelnen Titel bezahlten Preise ableiten. Preis 1 bezeichnet den Preis in Euro, den die betrachteten Titel bei einem bekannten Internet-Anbieter kosten. Bei englischsprachigen Büchern sind zwischen verschiedenen Internet-Anbietern beträchtliche Preisdifferenzen zu beobachten. Sofern für denselben Titel bei einem anderen Internet-Anbieter ein günstigerer Preis ausfindig gemacht werden konnte, wurde dieser als Preis 2 vermerkt. Der in Tabelle 3 dargestellte Preisvergleich lässt trotz aller Vorbehalte (wie Qualität der Übersetzung, Ausstattung, Erhältlichkeit usw.) Zweifel an der Allgemeingültigkeit der Aussagen des SBVV zu. Zumindest bezüglich der fünf ausgewählten Titel kann festgestellt werden, dass die englischsprachigen Ausführungen nominal günstiger erhältlich sind als die deutschsprachigen. Unterschiede in der Kaufkraft wurden bei diesem Vergleich nicht berücksichtigt, da es sich beim Internet-Vertrieb von Büchern im Wesentlichen um einen internationalen Markt handelt. Es sei nochmals festgehalten, dass ein reiner Preisvergleich ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Präferenzen, Produktdifferenzierung usw. keine Aussagen über die Effizienzwirkungen des Sammelrevers zulässt.

Sprache	Verlag	ISBN	Ausstattung	Seiten	Preis 1*	Preis 2*
Dostojewski: Schuld und Sühne/Crime and Punishment						
deutsch	Manesse	3717580523	gebunden	953	€ 29.90	
deutsch	Dtv	3423124059	broschiert	747	€ 11.50	
deutsch	Aufbau Tb	3746620325	broschiert	726	€ 11.95	
deutsch	Artemis & Winkler	3538069107	gebunden	747	€ 24.90	
englisch	Penguin Books	0140449132	broschiert	720	€ 10.50	€ 6.20
englisch	Everyman's Library	0679420290	gebunden	608	€ 18.50	€ 14.85
englisch	Dover Publications	0486415872	Taschenbuch	480	€ 2.99	
englisch	Signet Books	0451527232	Taschenbuch	539	€ 7.49	€ 6.26
Camus: Die Pest/La Peste						
deutsch	Rowohlt Tb.	349922500X	broschiert	349	€ 7.90	
deutsch	Rowohlt, Reinbek	3498009044	gebunden	349	€ 21.-	
englisch	Edition Flammarion	2070360423	broschiert	278	€ 11.25	€ 7.-
Eco: Der Name der Rose/The Name of the Rose						
deutsch	Dtv	3423105518	broschiert	676	€ 10.-	
deutsch	Hanser	3446133631	gebunden	654	€ 29.90	
englisch	Vintage	0749397055	broschiert	502	€ 13.50	€ 9.29
englisch	Harcourt	0151446474	gebunden	512	€ 32.50	€ 24.81
englisch	Harcourt	0156001314	Taschenbuch	552	€ 13.95	€ 11.58
Vargas Llosa: Der Krieg am Ende der Welt/The War of the End of the World						
deutsch	Suhrkamp	3518395661	broschiert	724	€ 14.-	
englisch	Penguin Books	0140262601	broschiert	568	€ 15.95	€ 10.20
Tirole: Industrieökonomik/The Theory of Industrial Organization						
deutsch	Oldenbourg	3486250825	gebunden	1'100	€ 54.80	
englisch	MIT Press	0262200716	gebunden	479	€ 56.90	€ 54.05

* Preis beim selben Internet-Anbieter
** Günstigster gefundener Preis bei einem anderen Internet-Anbieter

Tabelle 3: Preisvergleich zwischen deutsch- und englischsprachigen Titeln

156. Eine weitere Frage ist, ob der Sammelrevers das Aufkommen von alternativen Vertriebskanälen behindert. Die Parteien liefern in ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2005 Zahlenmaterial zu den Marktanteilen von Warenhäusern (inkl. Supermärkte und Discounter) und dem Internetvertrieb in Deutschland und Grossbritannien. Demnach betrugen die Marktanteile der Warenhäuser (inkl. Supermärkte und Discounter) im Jahre 2003 in Deutschland 9,7% (2001: 10,7%) und in Grossbritannien 8,0% (2001: 7%). Die Marktanteile des Internets betrugen demnach im Jahre 2003 in Deutschland 8,4% (2001: 6,4%) und in Grossbritannien 6% (2001: 3,6%). WILSON (a.a.O., S. 42) weist demgegenüber auf die Marktanteilsgewinne von Warenhäusern und ähnliche, des Internetvertriebs und von Buchclubs zulasten von unabhängigen Buchhandlungen seit Aufhebung der Preisbindung in Grossbritannien hin.

➢ ***Vergleich zwischen Norwegen und Schweden***

157. In seiner Eingabe vom 2. November 1999 führte der SBVV aus: "Aufschlussreich ist auch ein Vergleich zwischen den demografisch, geografisch und kulturell vergleichbaren Ländern Norwegen (mit Preisbindung) und Schweden (ohne Preisbindung). Norwegen hat nur knapp halb so viel Einwohner wie Schweden. Trotzdem gab es dort 1995 422 Buchhandlungen, während für Schweden lediglich 250 Buchhandlungen mit vollem Sortiment festgestellt wurden. Bezieht man in Schweden die Gruppe der hochspezialisierten und lediglich schmal sortierten Buchhandlungen mit ein, so erhöht sich die Zahl auf insgesamt 400. Sie bleibt aber einwohnerbezogen immer noch um die Hälfte hinter dem norwegischen Wert zurück."

158. Ob die von den Parteien vorgebrachten Unterschiede bezüglich der Buchhandelsdichte auf die Buchpreisbindung zurückzuführen sind, oder ob andere Faktoren eine tragende Rolle spielen, lässt sich im Einzelnen nicht genau feststellen. So ist die in den skandinavischen Staaten wichtige Rolle der Buchclubs zu berücksichtigen. Immerhin sprechen auch die theoretischen Erwägungen dafür, dass unter einem System mit gebunden Buchpreisen die Zahl der Sortimentsbuchhandlungen tendenziell höher sein dürfte als in einem System ohne gebundene Buchpreise (Rz. 115 ff.). In ihrem Bericht zur Buchpreisbindung vom 16. April 2004 (a.a.O.) stellte die norwegische Wettbewerbsbehörde klar, dass ihrer Auffassung zufolge die Nachteile der Buchpreisbindung die Vorteile überwiegen würden. Auf Anfrage führte die norwegische Wettbewerbsbehörde aus, dass die Mengenausweitung aufgrund der zu erwartenden Preissenkungen bei populären (preissensitiven) Titeln eine Mengenreduktion aufgrund allfälliger Preiserhöhungen bei anspruchsvoller (tendenziell weniger preissensitiven) Literatur mehr als aufwiegt.[79]

➢ ***Fazit***

159. Aus den angestellten Quervergleichen lässt sich schwerlich eine zuverlässige Schlussfolgerung ziehen, die als Evidenz für oder gegen die Effizienz des Sammelrevers verwendet werden könnte. Solche einfachen Quervergleiche sind grundsätzlich problematisch, da die unterschiedlichen Ergebnisse nicht auf die Preisbindung, sondern auf andere Eigenschaften der jeweiligen Buchhandelsmärkte zurückzuführen sein könnten. Selbst wenn man davon ausgeht, dass mit Buchpreisbindung mehr Bücher zu einem bestimmten Thema (wie z.B. Reiseführer von Rom) produziert werden als ohne Buchpreisbindung, wäre dies noch kein hinreichender Beleg für die Effizienz des Sammelrevers. Die sich aus den angestellten Vergleichen ergebenden Tendenzen fliessen ebenfalls in die Beurteilung ein.

B.2.4.2.1.6 Neuere Entwicklungen und deren mögliche Auswirkungen auf die Beurteilung

160. Eine wichtige Frage ist, ob sich aufgrund neuerer Entwicklungen Änderungen bei der Buchproduktion oder im Bücherabsatz ergeben haben oder in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergeben werden, die einen Einfluss auf die Beurteilung der Effizienzkriterien hinsichtlich des Sammelrevers haben. Die kartellrechtliche Beurteilung von zukünftigen Entwicklungen, die sich aufgrund des Innovationsprozesses ergeben, ist selbstverständlich noch anspruchsvoller als die Analyse von technologisch ausgereiften Märkten und Prozessen. In diesem Abschnitt wird dennoch versucht, einige gesicherte Aussagen hieüber zu machen. Wichtige Neuerungen der letzten Jahre bestehen im Aufkommen des Internethandels, der teils mit den traditionellen Sortimentsbuchhandlungen konkurriert, teils aber auch komplementär wirkt (da viele Buchhandlungen selber einen Internetshop betreiben oder von der von Internetanbietern erzielten Werbewirkung für bestimmte Titel profitieren). Prüfenswert ist ebenfalls, ob andere Publikationsformen oder technologische ausgereiftere Druckverfahren eine Änderung der Beurteilung des Sammelrevers herbeizuführen vermögen.

161. Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, dass RPM auf dem Buchhandelsmarkt aufgrund neuerer technologischer Entwicklungen die - zuvor allenfalls bestehende - ökonomische Rechtfertigung entzogen werde.[80] PROGNOS (a.a.O., S. 8 und S. 82 ff.) fasst die aus ihrer Sicht zu erwartende Entwicklung wie

[79] "We believe that, at the very least, bestsellers will become much cheaper, while the more specialised titles (such as poetry) may become somewhat more expensive. The latter category is, however, quite inelastic, so there is no reason to expect a catastrophic fall in demand even for the 'narrower' types of literature."

[80] APPELMAN, a.a.O., S. 240: "Considering current technological developments in the book market, the question arises whether in the future there will be a need for policy instruments such as book prices to reach cultural goals. For instance, the Internet is an efficient additional way to make books available to consumers and may reduce the need for an extensive network of booksellers. (...) The reduction of the costs of printing books (especially the technique of printing on demand) and the possibilities of electronic books reduce the costs of publishing and might improve the profitability of (quality) books. Considering these developments, fixed book prices might become unnecessary and undesirable." Vgl. hiezu auch UTTON, a.a.O. und BIRO, a.a.O.

folgt zusammen: "Die Digitalisierung der Buchbranche (u.a. dynamische Texte, Hypertext, Hypermedia, elektronisches Publizieren, E-Book, Print-on-Demand,Online) hinterliess bisher nur auf einzelnen Stufen des Wertschöpfungsprozesses ihre Spuren, eine generelle oder gar revolutionäre Neuorganisation der gesamten Wertschöpfungskette ist von der Digitalisierung bis zum Jahr 2006 aber nicht zu erwarten. Auf das System der Buchpreisbindung in der Schweiz hatte die Digitalisierung bisher keine nachhaltigen Auswirkungen. Mit spürbaren Folgen wäre allenfalls erst dann zu rechnen, wenn die digitale Direktverbreitung von Texten zu den Leserinnen und Lesern einen erheblichen Anteil des Buchmarkts substituiert. Dies ist gegenwärtig aber nicht absehbar."

162. Die befragten Buchhandlungen und Verlage gingen nahezu einhellig davon aus, dass technologische Entwicklungen ihre Einschätzung bezüglich der Vor- und Nachteile des Sammelrevers nicht verändert hätten. Einige Buchhandlungen gaben an, dass sich aus ihrer Sicht die Notwendigkeit des Sammelrevers aufgrund des Aufkommens von Internetbuchhandlungen eher noch erhöht habe. Dies ist allerdings kaum ein taugliches Argument im Rahmen einer Effizienzprüfung, sondern spricht vielmehr für die aus Sicht der traditionellen Sortimentsbuchhandlungen wünschenswerte Strukturerhaltung. Eine Minderheit der befragten Verlage gab an, dass der Internetvertrieb gewisse Änderungen an der Beurteilung herbeigeführt habe (namentlich aufgrund der dadurch verbundenen Verminderung der Informationsasymmetrie zwischen Verlagen und Konsumenten). Insgesamt ergab die Befragung auch hier, dass sich aufgrund von technologischen Entwicklungen keine grundlegende Änderung in der Beurteilung des Sammelrevers ergeben hat. Die Befragungen ergaben ebenfalls, dass alternative Druckverfahren wie Print-on-Demand für die meisten Publikationen namentlich aus Kostengründen nicht in Frage kommen und deshalb nur in einigen eng definierten Bereichen (z.B. Dissertationen) von Bedeutung sind.

163. Zweifellos haben neue Technologien den Buchhandelsmarkt in den vergangenen Jahren in nicht vernachlässigbarer Weise beeinflusst. Es bestehen indes keine rechtsgenüglichen Hinweise dafür, dass sich daraus eine klare Neubeurteilung des Sammelrevers aufdrängt. Möglicherweise würden Internetvertrieb und die oben genannten alternativen Publikationsformen im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers Aufwind erhalten. Gesicherte Kenntnisse hierüber liegen indes nicht vor.

B.2.4.2.1.7 Fazit

164. Die sich aus einer Aufhebung des Sammelrevers auf den Buchhandelsmarkt ergebenden Auswirkungen lassen sich nicht mit absoluter Sicherheit bestimmen. Unter Berücksichtigung aller zum Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses bekannter Informationsquellen (Befragung der betroffenen Unternehmen und Verbände, PROGNOS-Bericht und andere Studien über den Büchermarkt, Erfahrungen aus anderen Staaten, Erkenntnisse aus der ökonomischen Theorie,) lassen sich zusammenfassend die folgenden Aussagen dazu machen:

165. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Sammelrevers mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu einer erhöhten Sortimentsbreite respektive -tiefe und zu einer grösseren Titelvielfalt führt. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, und wurde von den Parteien auch nicht dargelegt, inwiefern der Sammelrevers geeignet wäre, die Vorratshaltung der Buchhandlungen zu fördern. Ausserdem konnte kein plausibler Zusammenhang zwischen Titelvielfalt und Buchpreisbindung erstellt werden. Nicht auszuschliessen ist hingegen, dass die Aufhebung des Sammelrevers zu einer Verstärkung der Konzentration auf Buchhandelsstufe führen würde, während kleinere Bundhandlungen sich vermehrt spezialisieren müssten. Ein solcher Konzentrationsprozess hätte hinsichtlich der wirtschaftlichen Effizienz wahrscheinlich positive Auswirkungen. So könnte die Aufnahme von Büchern in das Sortiment von Grossverteilern mit Verbundvorteilen verbunden sein und die Entstehung grösserer Buchhandlungen oder die Bildung von Buchhandelsketten könnte zur Ausnützung von Grössenvorteilen führen. Im vorliegenden Fall wurde aber gerade das Gegenteil - nämlich das Festhalten an einem klein strukturierten Buchhandel - als Effizienzgrund vorgebracht. Aus Sicht der Verlage spielt dabei der Umstand eine Rolle, dass Grossverteiler und Buchhandelsketten über eine grössere Nachfragemacht verfügen als traditionelle Sortimentsbuchhandlungen. Ein solches Argument, das ausschliesslich auf der Verteilung der Verhandlungsmacht beruht, kommt als Effizienzgrund nach Artikel 5 Absatz 2 KG indes nicht in Frage.[81]

166. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Sammelrevers nicht ein Instrument darstellt, das ausschliesslich darauf abzielt, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, dessen negative Effizienzwirkungen aber überwiegen. Gemäss STUMPP (a.a.O., S. 144) "ist davon auszugehen, dass die Anwendungsmotive mit eindeutig positiven Wirkungen - die Vermeidung von Free-Rider-Effekten, wenn die Bereitstellung von Serviceleistungen oder die Signalisierung von Qualitätsmerkmalen mit Externalitäten verbunden sind beziehungsweise die Erhöhung der Verkaufsstellenzahl, wenn die Verfügbarkeit im Handel sämtliche anderen Marketingparameter dominiert - im Buchmarkt ebensowenig ***eindeutig*** dominieren wie die Anwendungsmotive mit negativen Effekten."

[81] Vgl. hiezu sinngemäss die EU-Kommission, Communication from the Commission, Draft Notice, Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, S. 13: "Cost savings that arise form the mere exercise of market power by the parties cannot be taken into account."

167. Wie in Randziffer 45 ausgeführt, müssen die durch Effizienzgewinne resultierenden wettbewerbsfördernden Auswirkungen die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Abrede aufwiegen. Es ist nicht genügend erstellt, dass der Sammelrevers zu einer Verbreiterung des Produktesortiments und zu einer Vergrösserung der Produktevielfalt führt. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher insoweit nicht gegeben.

B.2.4.2.2 Keine Senkung der Vertriebskosten

168. Das Bundesgericht (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.10.3.1) führte hiezu aus: "Die Beschwerdeführer machen geltend, der Sammelrevers diene der Senkung der Vertriebs- und Herstellungskosten, weil er ein flächendeckendes Netz von breitsortierten Buchhandlungen gewährleiste. Eine Aufhebung der Preisbindung würde die Zahl der Buchhandlungen reduzieren und das bisherige flächendeckende Netz ausdünnen. Dadurch sänken die Verbreitungschancen für neue Titel. Indem der Sammelrevers eine Mischkalkulation gestatte, fördere er die Bereitschaft zur Herausgabe neuer Titel und erleichtere den Vertrieb neuer Verlagserzeugnisse. (...) Preisbindungen zweiter Hand können auch gerechtfertigt erscheinen, weil sie die Vertriebskosten senken und damit die Lancierung eines neuen Produkts fördern. Nach der von allen Beteiligten geteilten Auffassung kann davon ausgegangen werden, dass die Buchpreisbindung jedenfalls bezüglich einzelner Titel vertriebsförderlich und eine Rechtfertigung insofern deshalb nicht zum Vornherein ausgeschlossen ist."

169. Das Bundesgericht (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.9.5.3) unterstrich in seinem Entscheid ebenfalls die Bedeutung des Trittbrettfahrerproblems auf Märkten, auf denen Beratungsleistungen von Bedeutung sind.[82] In seiner Eingabe vom 9. Mai 2003 wertete der SBVV diese Feststellung des Bundesgerichts dahingehend, dass das Bundesgericht die Existenz und die Bedeutung des Trittbrettfahrerproblems im Büchermarkt bereits verbindlich bejaht habe. Damit hätte das Bundesgericht im Wesentlichen bereits indirekt das Ergebnis der vorliegenden Effizienzprüfung vorgenommen. Wäre diese Interpretation des SBVV zutreffend, wäre die von der Weko vorzunehmende Effizienzprüfung von vornherein gegenstandslos. Wie in Randziffer 102 dargelegt wurde, kommt dem Trittbrettfahrerproblem im Buchhandel indes höchstens eine untergeordnete Bedeutung zu.

170. Eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung der Vertriebskosten ist namentlich bei vertikalen Vereinbarungen denkbar, die dem Vertrieb eines neuen Produktes förderlich sind. Um eine Amortisation der Investitionen für die Markteinführung zu ermöglichen, können wettbewerbsbeeinträchtigende Abreden in einem gewissen Umfange erforderlich sein. Mit dem Kriterium der Senkung der Vertriebskosten soll angedeutet werden, dass exklusive oder selektive Vertriebssysteme aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. In welchem Umfang eine Rechtfertigung derartiger Abreden möglich ist, kann nicht allgemein festgelegt werden, sondern bedarf der konkreten Analyse der einzelnen Vertragsklauseln. Dies gilt auch für die Preisbindung der zweiten Hand. Die mit ihr anvisierten Ziele - beispielsweise der Sicherung der Qualität oder der Gewährleistung des Kundendienstes - sind insoweit nicht zu beanstanden, als sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Buchpreisbindung jedenfalls bezüglich einzelner Titel vertriebsförderlich ist und eine Rechtfertigung insofern deshalb nicht zum Vornherein ausgeschlossen ist (BGE 2A.298/2001vom 14.8.2002, E.10.3.1; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 91 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 287; XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève, Schulthess, 2002, S. 328).

171. Die Parteien haben in ihren Verwaltungsbeschwerden vom 19. Juni 2001 zu diesem Punkt Stellung genommen und dabei insbesondere festgehalten, dass die effiziente Vermarktung von Büchern davon abhänge, dass ein dichtes Netz von Verkaufsstellen zur Verfügung steht. Die Aufhebung der Preisbindung führe zu Preiswettbewerb auf Handelsstufe. Vertriebsstätten, die aufgrund des Verzichts auf Serviceleistungen oder aufgrund von Grössenvorteilen eine günstigere Kostenstruktur aufweisen (Supermärkte, Discounter, Warenhäuser sowie Buchclubs, Versandbuchhändler, grosse Sortimentsbuchhändler und Buchhandelsketten), würden bei populären Titeln eine aggressive Preisstrategie verfolgen, mit welcher typische Sortimentsbuchhandlungen nicht Schritt halten könnten. Dies führe bei den typischen Sortimentsbuchhandlungen zu einer Änderung des ex ante-Risikoprofils eines in das Sortiment aufgenommenen Titels und insgesamt zu einer Verschlechterung der Ertragslage dieser Buchhandlungen. Als mögliche Anpassungsstrategien für kleine Sortimentsbuchhandlungen nennen die Parteien die Spezialisierung auf bestimmte Fachbereiche und eine Sortimentsbereinigung, um die Lagerhaltungskosten und das Absatzrisiko zu verringern. Insgesamt beurteilen die Parteien die Erfolgsaussichten dieser Anpassungsstrategien skeptisch. Die Aufhebung der Buchpreisbindung führt nach Auffassung der Parteien zu einem Rückgang der ein breites Sortiment anbietenden, kleineren Buchhandlungen und zu einem Rückgang der Zahl der Verkaufsstellen insgesamt sowie zu einer Reduktion und Trivialisierung des Sortiments, zu einem Rückgang der buchhändlerischen Beratungsleistungen und damit letztlich zu einem Rückgang der planbaren Auflagenhöhe.

[82] Vgl. hiezu AMSTUTZ und REINERT, a.a.O., S. 60: "Hierher gehörte im Übrigen auch das vom Bundesgericht in einem anderen Zusammenhang angeführte Argument, dass die Preisbindung ein Mittel sein kann, um das 'Free-Rider'-Problem zu vermeiden."

172. Hinsichtlich der ökonomischen Zusammenhänge und der ausländischen Erfahrungen sei auf die einschlägigen Ausführungen in Randziffer 57 ff. respektive 123 ff. verwiesen. Wie dort dargelegt wurde, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass im Falle einer Aufhebung des Sammelrevers die Buchhandelsdichte zurückgehen würde. Es liegt auf der Hand, dass von einem Rückgang der Sortimentsbuchhandlungen auch die im Buchhandel insgesamt angebotenen Service- und Beratungsleistungen negativ beeinflusst würden (vgl. die Ausführungen zur Outlets-Hypothese, Rz. 115 ff.). In einem nur bedingt vergleichbaren Zusammenhang führte das Sekretariat aus: "Selbst wenn ein Aussendienst für den Vertrieb von Nahtmaterialien objektiv betrachtet nicht unbedingt notwendig ist, weil Einsatz und Gebrauch des Nahtmaterials für die Anwender weitgehend klar ist, kann ein Aussendienst durch Werbeaktivitäten, öffentliche Auftritte, Kundenbesuche und so weiter zu einer Verbesserung des Vertriebs und damit des Absatzes beitragen" (Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson&Johnson, RPW 2003/2, S. 251, Rz. 52). Wie namentlich die ausländischen Erfahrungen zeigen (vgl. auch PROGNOS-Studie), dürfte es allerdings kaum zu einem flächendeckenden Buchhandlungssterben kommen. Andererseits würde im Falle der Aufhebung des Sammelrevers mehr Spielraum für alternative Anbieter (Internet, Grossverteiler, Warenhäuser, Kioske, Buchclubs usw.) entstehen, was sich grundsätzlich positiv auswirken dürfte.

173. Ein weiteres von den Parteien genanntes Argument steht im Zusammenhang mit der Unsicherheit der Verlage über den Verkaufserfolg der von ihnen aufgelegten Titel. Ein beachtlicher Teil der aufgelegten Titel erweist sich als unprofitabel, wobei die Schwierigkeit für die Verlage darin besteht, die Erfolgsaussichten eines bestimmten Titels im Voraus abzuschätzen. Die meisten Verlage legen deshalb eine grössere Anzahl Titel auf, das heisst, sie betreiben Risikostreuung. Nach Auffassung der Partien kann dadurch die Titelvielfalt erhöht werden. Bei diesem Argument ist zu unterscheiden zwischen einer ex ante-Quersubventionierung und einer ex post-Quersubventionierung. Eine ex ante-Quersubventionierung liegt vor, wenn Verleger aus literarischen oder sonstigen Gründen bewusst auch Titel produzieren, bei denen sie erwarten, dass die Produktions- und Vertriebskosten dieser Titel nicht gedeckt werden können. Eine ex post-Quersubventionierung dagegen tritt auf, wenn die Verleger im Vornhinein nicht wissen, welche Titel erfolgreich sein werden und welche nicht und im Nachhinein dann die Erfolge mit für den Aufwand auf die Misserfolge aufkommen müssen (Monopolkommission, a.a.O., S. 396).

174. In seiner Stellungnahme vom 9. Mai 2003 führte der SBVV hiezu aus: "Die Preisbindung bewirkt, dass ein Verleger mit seinen gut verkäuflichen Titeln höhere und sicherere Gewinne erzielt als in seinem System mit freien Endverkaufspreisen. Bei diesen gut verkäuflichen Titeln - und nur bei diesen - führt ohne Preisbindung Preiswettbewerb zwischen den Buchhändlern zu Druck auf die verlegerischen Abgabepreise. Die bei Preisbindung erzielten zusätzlichen Gewinne gut verkäuflicher Bücher stehen zum Ausgleich der Defizite aus den sich ex post als Verlust bringend erweisenden Titeln zur Verfügung. Damit wird finanzieller Handlungsspielraum für die nachträgliche Quersubventionierung schwieriger Titel geschaffen. Andererseits erhöht sich ohne Buchpreisbindung das Risiko des Verlegers, die für die Mehrzahl der Titel seines Sortiments zu erwartenden Verluste ausgleichen zu können. Dies beeinflusst im Ergebnis seine Risikobereitschaft negativ. Als Resultat ist eine geringere Zahl von Neuerscheinungen zu erwarten."

175. Was die kartellrechtliche Beurteilung dieses Vorbringens anbelangt, gilt es festzuhalten, dass eine Preis- und Sortimentspolitik der einzelnen Verlage, die eine Förderung von "schwierigen" Titeln beinhaltet, kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist. Daraus lässt sich indes keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ableiten. Sollte der Sammelrevers im Sinne einer Kulturförderung tatsächlich der Produktion von "schwieriger" Literatur förderlich sein, könnte dies allenfalls vom Bundesrat im Falle einer ausnahmsweisen Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Artikel 8 KG berücksichtigt werden.

176. Das Argument, dass erfolgreiche Titel die Produktion von weniger erfolgreichen Titeln ermöglichen, erscheint insgesamt gesehen fragwürdig, gerade wenn man davon ausgeht, dass populäre Titel tendenziell eine höhere Preiselastizität der Nachfrage aufweisen als anspruchsvolle Titel. Eine Preissetzung, die sich an wirtschaftlichen Effizienzkriterien orientieren würde (Ramsey-Pricing) und im Rahmen einer Effizienzprüfung somit viel eher zu berücksichtigen wäre, würde eher eine entgegengesetzte Preispolitik verfolgen, indem Titel mit einer hohen Nachfrageelastizität zu relativ günstigeren Preisen verkauft würden. Eine Rechtfertigung im Zusammenhang mit der Risikoverminderung auf Verlagsstufe kann somit aufgrund der getroffenen Abklärungen verneint werden. Diese Einschätzung wird auch durch die PROGNOS-Studie (a.a.O., S. 80) bestätigt: "Die Preiskalkulation der Verlage ist von der Aufhebung der Buchpreisbindung nur indirekt berührt. In der Kalkulation der Verlage tritt zwar insofern ein zusätzlicher Unsicherheitsfaktor auf, als die Steuerung der Absatzmenge durch die Preispolitik des Buchhandels erfolgt, ohne dass der Verlag darauf Einfluss nehmen kann. Dieser Unsicherheitsfaktor kann aber marktgerecht durch eine Anpassung der Verlagsabgabepreise kompensiert werden" (siehe auch Monopolkommission, a.a.O., S. 395 ff. und VAN DER PLOEG, a.a.O., S. 1, und MARVEL et REAGAN, Restrictions verticales de la

concurrence et lancement des nouveautés, Cahiers de l'économie du livre, no. 9, mars 1993, S. 130[83]).

177. Fazit: Der Sammelrevers zeitigt Absatz fördernde Wirkungen, die zumindest in gewissen Sparten eine Verbesserung des Vertriebs herbeizuführen vermögen. Dem sind die Kosten entgegen zu halten, die der engmaschige und kleinstrukturierte Buchhandel in der deutschsprachigen Schweiz durch Verzicht auf Grössenvorteile (Buchhandelsketten) und Verbundvorteile (Grossverteiler, Warenhäuser usw.) verursacht. Der bei einer Aufhebung des Sammelrevers eintretende Rückgang des Service- und Beratungsniveaus dürfte weniger aufgrund eines Trittbrettfahrerverhaltens als vielmehr aufgrund der Aufgabe von Geschäftsstellen mit einem kleinen Einzugsgebiet zustande kommen, wobei teilweise eine Umlagerung der Service- und Beratungsleistungen auf die Verlage erfolgen könnte. Diejenigen Konsumenten, die heute "unfreiwillig" für Service- und Beratungsleistungen bezahlen, würden von schlankeren Buchhandelsstrukturen profitieren. Wie in Randziffer 45 ausgeführt, müssen die durch Effizienzgewinne resultierenden wettbewerbsfördernden Auswirkungen die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Abrede aufwiegen. Die mit dem Sammelrevers verbundene Verbesserung des Vertriebs ist indes nach Auffassung der Weko aufgrund der nachteiligen Wirkungen (vgl. Rz. 32 f.) nicht geeignet, eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz herbei zu führen.

B.2.4.2.3 Keine Senkung der Herstellungskosten

178. Wie das Bundesgericht ausführte, ist im vorliegenden Fall wie bei jeder Quersubventionierung anzunehmen, dass die Buchpreisbindung für einen Teil der Bücher die Herstellungskosten senkt, für einen anderen aber erhöht (BGE 2A.298/2001, E. 10.3.1). In ihrem Beschwerdeentscheid in Sachen Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau vom 10. Oktober 2003 führte die REKO/WEF in einem analogen Zusammenhang aus (RPW 2003/4, S. 884 f., Rz. 9.3.9), es leuchte ein, dass eine Unterdeckung der Kosten im Bereich der Grundversicherung für die Leistungserbringer ein Motiv sei, um im Halbprivatbereich Kostenbeiträge für die Behandlung grundversicherter Patienten zu suchen. Das sei aber nur eine Umverteilung und keine Senkung von Kosten und könne deshalb nach Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG ein kartellistisches Vorgehen nicht rechtfertigen.

179. Die Senkung der Herstellungskosten wurde von den Parteien in ihren ersten Stellungnahmen nicht als Rechtfertigungsgrund vorgebracht. Erst in seiner Eingabe vom 9. Mai 2003 machte der SBVV geltend, dass der Sammelrevers zu einer Senkung der Herstellungskosten führe, da dadurch die Fixkosten der Druckerei auf eine grössere Titelzahl verteilt würden. Dieses Argument ist indes wenig überzeugend. Die Durchschnittskosten einer Druckerei dürften sich viel eher durch eine Erhöhung der Anzahl der gedruckten Exemplare eines Titels senken lassen. Es liegt auf der Hand, dass die durchschnittlichen Kosten beim Druck von 1'000 Exemplaren des Titels A günstiger sind als beim Druck von je 500 Exemplaren der Titel A und B (vorausgesetzt die Produktionskosten der verschiedenen Bücher unterscheiden sich nicht erheblich). Ebenfalls dürften in der Regel die durchschnittlichen Kosten beim Druck von 2'000 Exemplaren des Titels A tiefer liegen als beim Druck von nur 1'000 Exemplaren des Titels A. Ob hingegen die durchschnittlichen Kosten beim Druck von 1'000 Exemplaren des Titels A höher oder tiefer liegen als beim Druck von je 400 Exemplaren der Titel A, B und C, dürfte im Einzelfall unterschiedlich sein (vgl. hiezu auch Monopolkommission, a.a.O., S. 404).

180. Primär dient das Kriterium der Senkung der Herstellungskosten nicht dazu festzustellen, ob ein Vergleich der beim Druck von ***unterschiedlichen*** Bündeln von Büchern anfallenden Durchschnittskosten ein taugliches Beurteilungskriterium bei der Effizienzprüfung darstellt. Produktionseffizienz resultiert aus der Kostenminimierung der einzelnen Unternehmen. Kostenminimierung bedeutet, dass die Unternehmen ***einen bestimmten Output*** zu minimalen Kosten herstellen. Bei der Frage, ob der Sammelrevers aufgrund der Senkung der Herstellungskosten gerechtfertig werden kann, ist primär die Frage massgebend, ob wegen des Sammelrevers die Herstellungskosten der vom Markt bestimmten, für die vorliegende Fragestellung als gegeben zu betrachtende, Büchernachfrage insgesamt gesenkt werden könnten. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund des Sammelrevers ein gegebenes Büchersortiment bei gegebener Auflage günstiger hergestellt werden könnte. Dies wurde von den Parteien nicht vorgebracht und kann aufgrund der getroffenen Abklärungen ausgeschlossen werden.

181. Grundsätzlich denkbar wäre, dass die durchschnittlichen Herstellungskosten aufgrund von Absatzsteigerungen gesenkt werden können, die sich insbesondere aus einer Senkung der Vertriebskosten respektive einer Verbesserung des Vertriebs und einer Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren ergeben. Diese in Frage kommenden Effizienzgründe werden indes bereits in den entsprechenden Abschnitten (Rz. 50 ff. und Rz. 168 ff.) abgehandelt. Eine Senkung der Herstellungskosten ergäbe sich somit nur als Folge des Vorliegens von anderen Effizienzgründen. Ob der Begriff "Senkung der Herstellungskosten" so weit auszulegen ist, kann deshalb im vorliegenden Fall letztlich offen gelassen werden, zumal die behauptete Wirkung des Sammelrevers vielmehr in einer Erhöhung der Titelvielfalt und nicht in einer Steigerung der insgesamt gedruckten Bücher besteht.

[83] "Selon nous, le mécanisme des subventions croisées n'exerce pas d'effet sensible du point de vue économique. Le prix imposé protège l'offre de vastes assortiments; en son absence, la diversité tend donc à diminuer. Ceci ne signifie pas pour autant que les titres destinés aux différents publics spécialisés et caractérisés par une faible espérance de vente serons affectés de façon considérable par l'existence ou non du prix imposé - on peut en effet penser que ce type d'ouvrages bénéficie de débouchés passablement prévisibles et n'est de toute façon guère susceptible d'être touché par des phénomènes de passager clandestin."

182. Fazit: Der Sammelrevers führt nicht zu einer direkten Senkung der Herstellungskosten. Eine Senkung der durchschnittlichen Herstellungskosten könnte sich allenfalls als Nebeneffekt von anderen Effizienzgründen einstellen. Der Effizienzgrund "Senkung der Herstellungskosten" ist somit zumindest redundant, weshalb auf die Analyse in den entsprechenden Abschnitten (Senkung der Vertriebskosten/Verbesserung des Vertriebs und Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren) verwiesen wird.

B.2.4.2.4 Keine Förderung der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen

183. Zu diesem Punkt führte das Bundesgericht aus (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.10.3.3): "Wenn es - wie die Beschwerdeführer mit Vergleichen zwischen dem deutschsprachigen und englisch- und schwedischsprachigen Buchmarkt vorbringen - zutrifft, dass die Zahl der verfügbaren Fachbuchtitel durch die Preisbindung erhöht wird, ist nicht ausgeschlossen, diese mit dem Argument der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen zu rechtfertigen".

184. Die Parteien machten in ihren Verwaltungsgerichtsbeschwerden vom 21. Juni 2001 hiezu folgende Angaben: "Bücher sind klassische Medien der Wissensvermittlung. Die Förderung der Titelvielfalt durch die Buchpreisbindung gilt insbesondere auch für den Bereich der Fachliteratur. Je grösser das Titelangebot in diesem Bereich ist, desto besser ist die Verbreitung technischen und beruflichen Wissens. Auch das durch die Buchpreisbindung ermöglichte flächendeckende Netz breitsortierter Sortimentsbuchhandlungen fördert nachhaltig die Verbreitung technischen und beruflichen Wissens. Dieser Effizienzvorteil ist also ebenfalls mit der Buchpreisbindung verbunden". Die Parteien weisen in diesem Zusammenhang auf das grössere Titelangebot zu Spezialthemen (Kirchengeschichte, Philosophie und Rezeptionsgeschichte des Aristoteles, Pietismus) im deutschsprachigen Raum verglichen mit Schweden und den USA hin.

185. Es sind indes keine Gründe ersichtlich, weshalb die behaupteten Effizienzwirkungen des Sammelrevers bei Titeln, die im Zusammenhang mit der Vermittlung von Wissen stehen, besonders ausgeprägt sein sollten. Die Befragungen der Verlage und Buchhandlungen und Verlage lassen vielmehr den Schluss zu, dass die von den Parteien in ihren Stellungnahmen genannten Impulskäufe eher bei Belletristik und Sachbüchern als etwa bei Schulbüchern oder wissenschaftlicher Literatur eine Rolle spielen.

186. Abreden zur Förderung der Forschung und zur Verbreitung technischen Wissens kommen unter gewissen Voraussetzungen als Rechtfertigungsgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in Betracht. Es handelt sich dabei um Absprachen zur Entwicklung von neuen Produkten oder allgemein über Forschung und Entwicklung, aber auch um den Abschluss von Patent- oder Know-how-Lizenzverträgen. Als konkrete Beispiele werden in der Literatur Vereinbarungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen, welche die fachgerechte Ausbildung der Händler bezwecken, sowie Vereinbarungen zur Zusammenarbeit bei der Erstellung von Statistiken im Versicherungsbereich, genannt (ZÄCH, a.a.O., Rz. 292). "Dans le cadre des accords de distribution, le fournisseur peut contribuer à la diffusion de connaissances, notamment en accordant au distributeur son assistance, en lui transférant un savoir-faire et en participant à la formation de son personnel. La collaboration entre les parties peut aussi permettre au distributeur de relayer au producteur des informations sur la demande des consommateurs ou favoriser l'amélioration des produits, ce qui contribue à stimuler l'innovation" (XOUDIS, a.a.O., S. 329).

187. Eine Rechtfertigung unter dem Titel "Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen" ist primär in dem Sinne zu verstehen, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen - wie in den obigen Beispielen verdeutlicht - branchenintern die Wissensdiffusion fördern. Ob sich die von einer bestimmten Branche hergestellten Produkte positiv auf das technische und berufliche Wissen der als exogen zu betrachtenden Konsumenten auswirken, ist eine andere Frage. Das Bundesgericht zog diese weitere Auslegung der "Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen" zumindest in Betracht. Für den vorliegenden Fall gilt es festzuhalten, dass die Berücksichtigung dieses Effizienzgrundes redundant wäre. Die behauptete verbesserte Verbreitung technischen und beruflichen Wissens stellt sich aufgrund von effizienten Vertriebswegen und einem verbesserten Produktesortiment ein. Die Frage, ob der Sammelrevers geeignet ist, die Vertriebswege oder das Produktesortiment zu verbessern, wurde indes bereits in den entsprechenden Abschnitten (Rz. 50 ff. und 168 ff.) abgehandelt. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Effizienz sind keine weiteren Elemente ersichtlich, die nicht schon in diesen beiden Abschnitten behandelt worden wären.

188. Fazit: Der Sammelrevers zeitigt hinsichtlich der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen keine Effizienzwirkungen, die nicht schon unter der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (Rz. 50 ff.) oder der Senkung der Vertriebskosten (Rz. 168 ff.) erfasst worden wären. Eine Berücksichtigung der "Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen" ist im vorliegenden Fall somit zumindest redundant.

B.2.4.2.5 Keine rationellere Nutzung von Ressourcen

189. Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.10.3.3) ist es denkbar, die Nutzung des in der Menschheit vorhandenen Wissens als Ressource in diesem Sinne zu verstehen, deren Ausbeutung durch die Verbreiterung des Buchangebots gefördert wird.

190. Die Botschaft spricht davon, dass die Rechtfertigung einer Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz möglich ist, wenn die Abrede zu einer ökologisch sinnvollen und gesellschaftspolitisch erwünschten rationelleren Nutzung von Ressourcen oder von öffentlichen Gütern führt. Als Effizienz stei-

gernd werden mit anderen Worten nicht nur Abreden angesehen, die zu einem verbesserten Einsatz von unternehmerischen Ressourcen führen, sondern auch solche, die den unternehmerisch erforderlichen Einsatz von allgemeinen Ressourcen oder den Gebrauch von öffentlichen Gütern optimieren. Dieser Rechtfertigungsgrund soll es den Unternehmen insbesondere ermöglichen, unter der erwähnten Voraussetzung der Effizienzförderung allgemeine öffentliche Anliegen (wie Umweltschutz, rationelle Nutzung von Energie, Gesundheit, Ausbildung, Sicherheit) im Sinne einer Selbstregulierung auf der Basis der Kooperation zu verwirklichen (Botschaft vom 23.11.1994, S. 92).

191. Die Parteien machten in ihren Verwaltungsgerichtsbeschwerden vom 21. Juni 2001 hiezu folgende Angaben: "Unter dem Aspekt der Optimierung des Einsatzes allgemeiner Ressourcen ist auch die bessere Nutzung in der Gesellschaft verfügbaren Wissens oder sonstigen Gedankenguts als Effizienzvorteil erheblich. Nur die Buchpreisbindung gewährleistet den Autoren optimale Chancen für die Publikation ihrer Werke und damit für die Verbreitung ihres Gedankenguts. Dies gilt keineswegs nur im schöngeistigen Bereich, sondern gerade auch im Bereich der Weitergabe von Wissen (Forschungsergebnissen, wissenschaftlichen Theorien usw.). Die Buchpreisbindung gewährleistet, dass in der Gesellschaft vorhandenes Wissen nicht im Verborgenen verschüttet bleibt, sondern über das Medium Buch flächendeckend in einer Vielzahl von Buchhandlungen öffentliche Verbreitung erfährt."

192. Gerade im Hinblick auf die "rationellere Nutzung von Ressourcen" gilt es klar abzugrenzen zwischen wirtschaftlicher Effizienz und anderen an sich schützenswerten Anliegen. Der Zweck dieser Norm besteht nicht in einer Weiterführung der Saldo-Methode, wovon auch die aktuelle Lehre ausgeht: "Si l'on tenait à cette interprétation très large, le système de la loi serait rompu. En tout cas, il serait difficile de prétendre qu'il s'agit là d'une analyse fondée uniquement sur l'efficacité économique. Il faudrait en particulier admettre que la protection de l'environnement fait partie des objectifs poursuivis par la concurrence efficace. Face à une telle approche, la crainte avait été formulée - à juste titre - que cet article ne permette de réintroduire le méthode du bilan. Cette référence au bien public fut finalement abandonnée. Il faut dès lors partir d'une vision plus étroite de l'exploitation rationnelle des ressources que celle contenue dans le message. Le critère de l'exploitation rationnelle des ressources contenu à l'article 5 alinéa 2 LCart doit, à notre avis, être interprété en conformité avec la fonction productive de la concurrence. C'est-à-dire que l'accord en cause n'est justifié par des motifs d'efficacité économique que lorsqu'il est nécessaire pour rationaliser l'utilisation des ressources de l'entreprise lors de la production d'un bien ou d'un service" (CHABLOZ, a.a.O., S. 188 f., Rz. 627 f.).

193. Die Frage, wie weit der Begriff der "rationelleren Nutzung von Ressourcen" auszulegen ist, kann im Rahmen dieses Verfahrens letztlich offen gelassen werden. Auch hier gelten die gleichen Grundsätze wie im Abschnitt "Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen". Dem Umstand, dass aufgrund des Sammelrevers möglicherweise eine grössere Titelvielfalt bereit gestellt wird, wurde bereits im Abschnitt "Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren" Rechnung getragen, weshalb im vorliegenden Fall der rationelleren Nutzung von Ressourcen keine eigenständige Bedeutung zukommt. Die Frage, ob der Sammelrevers zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen führt, hängt im Übrigen derart eng mit der Senkung der Vertriebskosten und der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren zusammen, dass eine nochmalige Erörterung der diesbezüglichen Wirkungen des Sammelrevers lediglich redundant wäre.

194. Fazit: Der Sammelrevers zeitigt hinsichtlich der rationelleren Nutzung von Ressourcen keine Effizienzwirkungen, die nicht schon unter der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren (Rz. 50 ff.) oder der Senkung der Vertriebskosten (Rz. 168 ff.) erfasst worden wären. Eine Rechtfertigung aufgrund einer rationelleren Nutzung von Ressourcen ist im Falle des Sammelrevers somit zumindest redundant.

B.2.4.2.6 Zwischenergebnis

195. Abschliessend kann festgehalten werden, dass keiner der in Artikel 5 Absatz 2 KG abschliessend aufgezählten Effizienzgründe in ausreichendem Ausmass gegeben ist. Eine der Bedingungen für die Feststellung der Zulässigkeit einer wettbewerbsbeeinträchtigenden Abrede ist somit nicht erfüllt und der Sammelrevers ist folglich gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig. Ausführungen zur Notwendigkeit des Sammelrevers und zur Frage, ob er den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind somit hinfällig.

B.2.4.3 Ergebnis der Effizienzprüfung

196. Die Wettbewerbskommission hat die vom Bundesgericht im Entscheid vom 14. August 2002 geforderten Abklärungen durchgeführt. Diese Abklärungen bestanden in Befragungen der involvierten Verbände, Buchhandlungen und Verlage, in der Würdigung der Erfahrungen aus anderen Staaten mit Systemen mit und ohne Buchpreisbindung sowie in einer fundierten theoretischen Analyse, die namentlich die Sichtung des massgeblichen juristischen und ökonomischen Schrifttums beinhaltete. Die von den Parteien dem Sammelrevers zugeschriebene Verbesserung des Vertriebs ("Senkung der Vertriebskosten") und Verbesserung des Produktesortiments ("Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren") wurde nicht rechtsgenüglich nachgewiesen. Eine Rechtfertigung aufgrund einer Senkung der Herstellungskosten, aufgrund der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder aufgrund einer rationelleren Nutzung von Ressourcen ist in casu ausgeschlossen, da diese Rechtfertigungsgründe bereits in den eingehend geprüften Rechtfertigungsgründen "Verbesse-

rung von Produkten oder Produktionsverfahren" und "Senkung der Vertriebskosten" enthalten sind.

197. Nach eingehender Überprüfung der genannten positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers gelangt die Weko zur Auffassung, dass ein rechtsgenüglicher Kausalzusammenhang zwischen diesen Elementen und dem Sammelrevers nicht nachgewiesen wurde. Die Weko kommt somit zum Schluss, dass die positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers nicht genügend erstellt wurden. Die mit der Preisbindung verbundenen negativen Wirkungen bleiben dagegen bestehen. Daraus folgt, dass der Sammelrevers die Effizienzprüfung nicht besteht und daher eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absätze 1 und 2 KG darstellt.

198. In ihrer Stellungnahme vom 18. Januar 2005 vertreten die Parteien den Standpunkt, dass eine Abwägung der Vor- und Nachteile des Sammelrevers, wie sie die Weko vorgenommen habe, unzulässig sei. Die Parteien verweisen namentlich auf den Entscheid in Sachen Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG (RPW 2005/1, S. 114 ff.). Es ist unbestritten, dass eine Abrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, im Einzelfall durch das Vorhandensein einen der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG aufgezählten Gründe gerechtfertigt werden kann. Dies war im Entscheid "Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG", wo festgehalten wurde, dass mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder anderen finanziellen Engagements verbundene Exklusivvereinbarungen die Effizienz (rationellere Nutzung von Ressourcen) im Sinne des Gesetzes erhöhen, tatsächlich der Fall. Wie bereits unter Randziffer 46 ausgeführt, darf der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel allerdings nicht übermässig eingeschränkt werden (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 93, vgl. Rz. 29). Wie den vorhergehenden Ausführungen zu entnehmen ist, kommt die Weko zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die in Frage kommenden Effizienzgründe nicht ausreichend sind, um die vom Sammelrevers bewirkte Einschränkung des Wettbewerbs aufzuwiegen.

199. Die Weko kommt somit zum Schluss, dass die negativen Effizienzwirkungen des Sammelrevers gegenüber dessen positiven Effizienzwirkungen überwiegen. Daraus folgt, dass der Sammelrevers die Effizienzprüfung nicht besteht und daher eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG darstellt.

B.2.4.4 Beziehung zum Ausland

200. Das Bundesgericht hielt fest, dass bei der vorliegenden Prüfung auch die Beziehung zu den deutschsprachigen Buchmärkten im Ausland zu berücksichtigen sei (BGE 2A.298/2001 vom 14.8.2002, E.10.5): "Nachdem es vorliegend um den deutschsprachigen Büchermarkt geht, der sich nebst der Schweiz überwiegend auf Deutschland und Österreich erstreckt, ist hiebei in erster Linie das Verhältnis zu diesen Ländern massgebend. Es wird insofern zu berücksichtigen sein, dass in Deutschland und Österreich ein analoger Sammelrevers angewendet wird und nationale Buchpreisbindungssysteme vor dem Recht der EU standhalten können. Auch dieser Problematik und deren Auswirkungen auf die kartellrechtliche Zulässigkeit des Sammelrevers in der Schweiz wird noch nachzugehen sein."

201. Die jüngste Geschichte der deutschsprachigen Buchpreisbindung - aus einem gesamteuropäischen Blickwinkel - lässt sich wie folgt zusammenfassen (ENGELMANN, 2002, Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt, dargestellt anhand des Systems der deutsch-österreichischen Buchpreisbindung, Dissertation, Juristische Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, Würzburg, S. 1 ff.; vgl. auch OECD Roundtable on Resale Price Maintenance, 1997, S. 109 ff.): Am 18. März 1993 beantragten deutsche und österreichische Verleger bei der Europäischen Kommission die Erteilung eines Negativattests oder hilfsweise eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG für ihre Vereinbarungen zur Bindung von Endabnahmepreisen für Verlagserzeugnisse in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission erteilte mit Schreiben vom 29. Juli 1994 einen so genannten comfort letter, nachdem zwar die angemeldeten Verträge vom Kartellverbot des Artikels 81 Absatz 1 EG erfasst würden, jedoch bestätigt wurde, dass alle Gründe für eine Freistellung nach Artikel 81 Absatz 3 EG vorlägen. Im Jahr 1995 setzte eine Änderung in der Haltung zur Freistellungsfähigkeit der Buchpreisbindung ein. Dies veranlasste das Europäische Parlament dazu, die Kommission aufzufordern, ihre Gemeinschaftspolitik bezüglich einer Vereinbarung zum Buchpreis in den grenzüberschreitenden Sprachräumen kulturellen Erfordernissen anzupassen und vor allem einen Fortbestand der derzeitigen Buchpreisbindungssysteme zu ermöglichen.

202. Diesem Ansinnen zum Trotz bereitete EU-Kommissar KAREL VAN MIERT - auch veranlasst durch eine Beschwerde des österreichischen Medienkonzerns Libro - eine Beschlussvorlage zur Untersagung der grenzüberschreitenden Buchpreisbindung vor, die er aber am 14. Juli 1999 mangels Unterstützung zurückziehen musste. Nach Verhandlungen mit dem neuen EU-Wettbewerbskommissar MARIO MONTI unterbreiteten die Verleger Vorschläge zu zwei unabhängigen nationalen Systemen für Deutschland und Österreich. Danach sollte die Preisbindung auf Verträge zwischen deutschen Verlagen sowie Verlagen aus der Schweiz und anderen Nicht-EU-Ländern mit deutschen Buchhändlern beschränkt werden. Die Kommission forderte die Verleger und Buchhändler daraufhin mit Schreiben vom 8. Februar 2000 auf, das bisherige System bis zum 30. Juni 2000 abzuschaffen und die geänderten Vereinbarungen anzumelden. Auf die Anmeldung folgte am 10. Juni 2000 die Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17. Darin geht die Kommission davon aus, dass die geänderten Vereinbarungen nun keine spürbaren Auswirkungen mehr auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben und deshalb nicht mehr von Artikel 81 Absatz 1 EG erfasst werden. Gleichzeitig stellte EU-Kommissar MONTI aber auch klar, dass er

ein Verfahren erneut eröffnen würde, sollte es Anzeichen für die Behinderung von Wiedereinfuhren in einem Ausmaß geben, das den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigt. In der Folge schuf Österreich ein "Bundesgesetz über die Preisbindung bei Büchern", welches am 1. Juli 2000 in Kraft trat und inhaltlich in wesentlichen Zügen dem französischen Preisbindungsgesetz entspricht und auch den Internet-Buchhandel mit einschließt. Deutschland nahm rückwirkend zum 1. Juli 2000 eine Reimportregelung in Paragraf 15 Absatz 1 GWB auf, die sich an der Rechtsprechung des EuGH orientiert, wonach auch Reimporte der Preisbindung unterliegen, sofern sie der Umgehung der nationalen Preisbindung dienen.

203. Die EU-Kommission beurteilte die Buchpreisbindung somit ausschliesslich im Hinblick auf die wettbewerbsrelevanten Auswirkungen im zwischenstaatlichen Verhältnis. Die nationalen Buchpreisbindungen in Deutschland und in Österreich wurden mittels Buchpreisbindungsgesetzen geregelt und somit dem Zugriff durch die nationalen Wettbewerbsbehörden entzogen. Ein solches Buchpreisbindungsgesetz existiert in der Schweiz nicht, weshalb das Kartellgesetz voll zur Anwendung kommt. An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass zahlreiche Wettbewerbsbehörden, die sich in der Vergangenheit damit auseinandersetzen mussten, die Buchpreisbindung wettbewerbsrechtlich als problematisch einstuften (vgl. Rz. 123 ff.), was in einigen Fällen zu einer gesetzlichen Regelung der jeweiligen nationalen Buchpreisbindungssysteme geführt hat.

204. Es fragt sich, wie die Auswirkungen einer Aufhebung des Sammelrevers auf das zwischenstaatliche Verhältnis zu Deutschland und Österreich von der Weko im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen sind. Gemäss Artikel 2 Absatz 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Der Umkehrschluss ist nicht zutreffend: Die Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen oder die Auswirkungen einer Aufhebung einer Wettbewerbsbeschränkung auf Drittstaaten wird vom Kartellgesetz nicht erfasst.

205. Andererseits könnte eine Aufhebung des Sammelrevers in der Schweiz Reaktionen aus Deutschland und Österreich hervorrufen, die Rückwirkungen auf die Schweiz zeitigen. Allfällige Reaktionen - wie etwa Lieferboykotte von deutschen oder österreichischen Verlagen gegenüber schweizerischen Buchhandlungen - wären möglicherweise kartellrechtlich unzulässig.

206. Die Wahrscheinlichkeit von Reimporten in grossem Umfang von der Schweiz nach Deutschland oder Österreich ist indes als gering einzustufen. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich ist, sind die Preise (zumindest auf Endverbraucherstufe) in der Schweiz um mehr als 15% höher verglichen mit Deutschland. Auch wenn die Weko davon überzeugt ist, dass die Aufhebung des Sammelrevers der wirtschaftlichen Effizienz dienlich ist, erscheint es doch eher unwahrscheinlich, dass sich dadurch Preissenkungen in einem Ausmass ergeben würden, die Reexporte nach Deutschland oder Österreich lohnend erscheinen lassen könnten. Zu bedenken ist auch, dass wie im Falle von Frankreich und der französischsprachigen Schweiz offenbar Systeme mit und solche ohne Buchpreisbindung ohne nennenswerte Probleme koexistieren können. Nach Auffassung der Weko lassen sich aus den Beziehungen zum Ausland keine kartellrechtlich relevanten Gründe ableiten, die für eine Aufrechterhaltung des Sammelrevers sprechen würden.

B.2.5 Ergebnis

207. Der Sammelrevers stellt eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG dar und kann nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden. Der Sammelrevers stellt folglich eine unzulässige Wettbewerbsabrede dar.

B.3 Möglichkeit eines Antrags an den Bundesrat um Zulassung des Sammelrevers aus überwiegenden öffentlichen Interessen

208. Gemäss Artikel 8 KG können Wettbewerbsabreden, die von der Weko für unzulässig erklärt wurden, vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Ein Antrag an den Bundesrat ist namentlich möglich, wenn eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf der Ebene der Effizienzsteigerung zu wenig Vorteile bietet, um eine Zulassung durch die Wettbewerbsbehörde zu rechtfertigen (Botschaft, Sonderdruck, S. 110). Der Antrag an den Bundesrat auf ausnahmsweise Zulassung kann immer erst gestellt werden, wenn die Weko in einem Entscheid deren Unzulässigkeit festgestellt hat (HOFFET, in HOMBURGER, SCHMIDHAUSER, HOFFET, DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, ad Art. 8, S. 5, Rz. 4; S. 12, Rz. 16).

209. In der vorliegenden Verfügung verneint die Weko das Bestehen von Effizienzgründen nach Artikel 5 Absatz 2 KG und stellt somit die Unzulässigkeit des Sammelrevers fest. Sie hat allfällige kultur- und bildungspolitische Kriterien nicht berücksichtigt. Diese fallen in den Zuständigkeitsbereich des Bundesrates.

C. Kosten

210. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

211. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressaten.

212. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

213. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Artikel 4 Absatz 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKG-Gebührenverordnung). Im vorliegenden Fall sind keine Gründe für eine Erhöhung oder Verminderung der Höhe der Gebühr ersichtlich.

214. Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt [...] Stunden. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

215. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige unter anderem separat die Auslagen der Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex-, Telegramm-, Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

216. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Artikel 4 Absatz 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

217. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120.- respektive CHF 200.- respektive CHF 250.-. Die aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss des Verfahrens beträgt [...] Stunden à CHF 120.-, [...] Stunden à CHF 200.- und [...] Stunden à CHF 250.-. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz ist unzulässig nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG.

2. Die Verleger und die Zwischenbuchhändler werden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern.

3. Die Buchhändler sind an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG geahndet werden.

5. [Kosten]

6. [Rechtsmittelbelehrung]

7. [Eröffnung]

B 2	***3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese***
B 2.3	***1. Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG***

Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG

Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart

Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Januar 2005

A. Sachverhalt

A.1 Parteien und Zusammenschlussvorhaben

1. Am 28. September 2004 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, gemäss welchem Tamedia AG und Edipresse SA die gemeinsame Kontrolle über die Homegate AG erwerben sollen.

2. Die ***Tamedia AG*** (nachfolgend: Tamedia) bezweckt alle Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen, im Bereich der elektronischen Medien sowie in der grafischen Industrie. Sie ist namentlich Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften und kontrolliert Tele Züri sowie Radio 24. Unter <www.immobilien.tagesanzeiger.ch> betreibt Tamedia einen Online-Marktplatz für Immobilien.

3. Die ***Edipresse Publications SA*** (nachfolgend: Edipresse) bezweckt die Produktion, die Herausgabe und den Vertrieb von Medienprodukten, insbesondere in der Westschweiz und dem europäischen Ausland. Unter <www.zannonces.ch> betreibt Edipresse einen Online-Marktplatz für Immobilien, an welchem hauptsächlich die in den Print-Medien inserierten Objekte abgebildet werden. Edipresse hält zudem die Kontrolle an der Swissimmo SA (nachfolgend: Swissimmo), die einen auf die Westschweiz konzentrierten Online-Marktplatz für Immobilien sowie unter der Bezeichnung SwissRéseau ein Netzwerk für Immobilienmakler betreibt.

4. Die Homegate AG (nachfolgend: Homegate) bezweckt die Erstellung, den Betrieb, den Unterhalt und die Vermarktung von Internet-Plattformen im Immobilienbereich. Die Aktien der Homegate werden zu [> 90%] von der Zürcher Kantonalbank (nachfolgend: ZKB) und zu [> 1%] von Herrn [...] gehalten. Unter <www.homegate.ch> betreibt Homegate einen Online-Marktplatz für Immobilien.

5. Homegate ist zu [...]% an der ***FlowFact Schweiz AG*** (nachfolgend: FlowFact) beteiligt, welche sie zusammen mit der FlowFact Aktiengesellschaft, Köln, kontrolliert. FlowFact vertreibt in der Schweiz die von der FlowFact Köln entwickelten Softwareprodukte. Dabei handelt es sich um Softwarelösungen für die Immobilienbranche für das Kunden-, Objekt-, und Adressmanagement.

6. - 9. ***[Detaillierte Schilderung der Übernahme der Homegate durch Tamedia und Edipresse]:***

Die Übernahme der Homegate durch Tamedia und Edipresse gliedert sich in zwei Schritte. In einem ersten Schritt verkauft die ZKB ein Aktienpaket je zur Hälfte an Tamedia und Edipresse, so dass Homegate nach Vollzug des ersten Schrittes durch die ZKB, Tamedia und Edipresse gemeinsam kontrolliert wird. Im zweiten Schritt verkauft die ZKB ein weiteres Aktienpaket je zur Hälfte an Tamedia und Edipresse, wodurch Tamedia und Edipresse Homegate anschliessend gemeinsam kontrollieren werden.

10. Tamedia und Edipresse steht während zwei Monaten nach Vollzug des zweiten Schrittes das Recht zu, die im zweiten Schritt übernommenen Aktien an die ZKB zurückzuverkaufen (Rückverkaufsoption). Sollte die ZKB eine Minderheitsbeteiligung von [2%-10%] an der Homegate behalten, wird der ZKB eine Verkaufsoption eingeräumt, gemäss welcher sie das Recht hat, die verbleibenden Aktien zu gleichen Teilen an Tamedia und Edipresse zu verkaufen.

A.2 Verfahren

11. Am 9. Juli 2004 reichten die Parteien ein noch in anonymisierter Form gehaltenes Gesuch um Beratung gemäss Artikel 23 Absatz 2 KG ein. Das Sekretariat wurde ersucht abzuklären, ob das zweistufige Zusammenschlussvorhaben einer einmaligen oder einer zweifachen Meldepflicht unterliege. Mit Schreiben vom 15. Juli 2004 wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Vorhaben aufgrund der wirtschaftlichen Einheit als ein einziger Unternehmenszusammenschluss qualifiziert werden könne, weshalb das ganze Unterfangen vor Vollzug des ersten Schrittes meldepflichtig sei.

12. Am 13. September 2004 ging beim Sekretariat ein erster unvollständiger Entwurf der Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein. Dieser wurde mit Eingabe vom 24. September 2004 ergänzt.

13. Am 28. September 2004 reichten die Parteien die Meldung nach Artikel 9 VKU ein. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2004 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

14. Am 25. Oktober 2004 entschied die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Artikel 33 KG zu unterziehen.

15. Mit Schreiben vom 16. November 2004 wurden die Parteien aufgefordert, zusätzliche Angaben zu machen und Unterlagen einzureichen. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2004 reichten die Parteien die Antworten zu den Fragen ein und nahmen zu einigen aus ihrer Sicht wesentlichen Erwägungen des Entscheides der Kammer Infrastruktur zur Durchführung einer vertieften Prüfung Stellung.

16. Auf Wunsch der Parteien fand am 9. Dezember 2004 eine Besprechung statt, anlässlich welcher sich die Parteien mündlich zu den wesentlichen Punkten äussern und zu offenen Fragen Stellung nehmen konnten.

17. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 reichten die Parteien ein "ökonomisches Gutachten zum Antrag der Wettbewerbskommission betreffend das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Edipresse und Homegate" ein.

18. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2004 reichten die Parteien eine überarbeite Zusammenstellung der Marktanteile für den Grossraum Zürich ein.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

19. 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 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

20. 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

21. Als Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG 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. Im Sinne dieser Bestimmung erlangt ein Unternehmen die Kontrolle, wenn es über den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4).

22. Ein Vorgang, bei welchem zwei Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, ist gemäss Artikel 2 Absatz 1 VKU als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren, wenn das kontrollierte Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen).

23. Der vorliegend zu beurteilende Unternehmenszusammenschluss erfüllt die Voraussetzungen eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU:

- Homegate wird als Nachfrager und Anbieter eigenständig am Markt auftreten. Seine Tätigkeit beschränkt sich nicht auf die Realisierung von Teilfunktionen für Edipresse und Tamedia. Vielmehr wird Homegate auch nach der Kontrollübernahme als selbstständiges Unternehmen den Online-Marktplatz für Immobilieninserate betreiben.
- Homegate wird als selbstständige wirtschaftliche Einheit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik zu betreiben.
- Die Lebensdauer von Homegate ist nicht beschränkt. Homegate ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeit zeitlich unbegrenzt auszuüben.

24. Tamedia und Edipresse erlangen die Kontrolle über Homegate gemeinsam. Jede Partei ist gemäss dem Aktionärsbindungsvertrag berechtigt, gleich viele Verwaltungsratsmitglieder wie die andere Partei zu stellen. Ab Vollzug des zweiten Schrittes des Zusammenschlussvorhabens werden die Parteien zusammen die Mehrheit der Verwaltungsräte stellen, wobei der Verwaltungsrat nur beschlussfähig ist, wenn von beiden Parteien gleich viele Vertreter anwesend sind. Für die Beschlussfassung wird Einstimmigkeit erforderlich sein.

25. Die Kontrollübernahme durch Tamedia und Edipresse erfolgt in zwei Schritten, wobei der zweite Schritt erst rund drei Jahre nach dem ersten vollzogen werden soll (vgl. Rz. 6 ff.). Das Ziel des Zusammenschlussvorhabens, der Erwerb der gemeinsamen ausschliesslichen Kontrolle über Homegate, wird erst mit Vollzug des zweiten Schrittes erreicht. Der Übergang der Aktienmehrheit an Homegate von der ZKB auf Tamedia und Edipresse wird jedoch bereits von Anfang an rechtlich verbindlich festgelegt. Gemäss Ziffer 38 der Mitteilung der Europäischen Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses (Abl. C 66 vom März 1998) gilt ein Vorhaben, welches "dazu führt, dass zwar für eine Anlaufzeit eine gemeinsame Kontrolle entsteht, die aber aufgrund einer rechtsverbindlichen Vereinbarung so umgewandelt werden wird, dass nur ein Aktionär die Kontrolle übernimmt", in der Regel als Erwerb der alleinigen Kontrolle durch ein Unternehmen. Die Weko hat sich namentlich im Fall RAG/Degussa (RPW 2003/2, S. 305, Rz. 11) an der Rechtsprechung der europäischen Wettbewerbsbehörden orientiert. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben erfüllt die Voraussetzungen dieser Bestimmung, weshalb es als ein einziger Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren ist. Zu beurteilen ist nachfolgend das Zusammenschlussvorhaben als Ganzes.

26. Keine Auswirkungen auf die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zeitigt die zwischen Tame-

dia und Edipresse einerseits und der ZKB andererseits vereinbarte Rückverkaufsoption (vgl. Rz. 10). In Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission (vgl. Rechtssache T-2/93 Air France/Kommission, Urteil vom 19.5.1994, EuGH Slg. 1994, S. II-323, Rz. 3) sind der Beurteilung nur tatsächliche und rechtliche Umstände zugrunde zu legen, die im Zeitpunkt der Meldung feststehen, nicht aber hypothetische Gesichtspunkte, deren wirtschaftliche Bedeutung zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung nicht abgeschätzt werden kann. Die Ausübung der Rückverkaufsoption würde ein neu zu beurteilendes Zusammenschlussvorhaben darstellen und - bei Überschreiten der Aufgreifschwellen - eine erneute Meldepflicht auslösen.

27. Bei der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über Homegate durch Tamedia und Edipresse liegt somit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

28. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Solche Vorschriften wurden von den Parteien auch keine vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

29. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind gemäss den Ausführungen in Ziffer 6 ff. Tamedia und Edipresse als kontrollierende Unternehmen und die Homegate als kontrolliertes Unternehmen beteiligt (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

30. Die Aktienkauf- und Aktionärbindungsverträge als Verpflichtungsgeschäfte für das Zusammenschlussvorhaben datieren vom 8. September 2004. Demnach sind die Umsätze des Geschäftsjahres 2003 massgebend (Art. 9 Abs. 1 KG).

31. Die von den Parteien genannten Umsätze enthalten zum Teil konzerninterne Umsätze. Die Aufgreifschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 KG werden jedoch ohne Zweifel überschritten, da die Umsätze der Tamedia und der Edipresse die relevanten Werte bei weitem übersteigen. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen für das Jahr 2003 präsentieren sich wie folgt:

- Der weltweite Umsatz der Tamedia-Gruppe für das Jahr 2003 betrug CHF 569 Mio. Davon wurden weit mehr als die erforderlichen CHF 100 Mio. in der Schweiz erzielt.
- Der weltweite Umsatz der Edipresse-Gruppe für das Jahr 2003 betrug CHF 805 Mio. Davon entfielen CHF 493 Mio. auf die Schweiz.
- Homegate erzielte 2003 einen Umsatz von [...] Mio. ausschliesslich in der Schweiz.

32. Die Aufgreifschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

33. Nach Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

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

Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs hat die Wettbewerbskommission nach Artikel 10 Absatz 4 KG auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

34. Um zu beurteilen, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken vermag, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

35. 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).

Markt für Online-Immobilieninserate

36. Homegate und Swissimmo betreiben unter <www.homegate.ch> beziehungsweise <www.swissimmo.ch> Online-Plattformen, auf welchen Immobilienobjekte sämtlicher Preiskategorien zum Kauf oder zur Miete angeboten werden können. Marktgegenseite von Homegate und Swissimmo sind einerseits die potenziellen Mieter/Käufer von Immobilienobjekten, andererseits die Inserenten. Letztere setzen sich zum einen aus Privatpersonen zusammen, welche eine Wohnung, ein Haus oder eine Geschäftsliegenschaft zu vermieten oder zu verkaufen suchen. Zum anderen treten professionelle Liegenschaftsverwaltungen, Makler und Vermittlungsagenturen (nachfolgend: Immobilienunternehmen) als Nachfrager nach Immobilieninseraten auf.[1]

[1] Gemäss Angaben der befragten Immobilienplattformen stammen derzeit zwischen 5%-15% der Online-Anzeigen von Privaten. Somit

wird der Grossteil der Online-Inserate von professionellen Immobilienunternehmen aufgegeben.

37. In ihrer bisherigen Praxis rechnete die Weko die Immobilieninserate als Teil der Rubrikanzeigen dem Markt für regionale und lokale Werbung zu (vgl. RPW 2004/2, S. 599, Rz. 70, "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG"). Rubrikanzeigen umfassen neben den hier interessierenden Immobilieninseraten insbesondere auch Stellen-, Fahrzeug- und Kleininserate. Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betrifft indes nur den Bereich der Immobilieninserate, andere Inserate können auf den von Homegate und Swissimmo betriebenen Online-Immobilien-Marktplätzen nicht platziert werden. Immobilieninserate unterscheiden sich von ihrem Inhalt her wesentlich von den übrigen Rubrikinseraten. Weder aus Sicht der Inserenten, welche ein Immobilienobjekt zur Miete beziehungsweise zum Kauf ausschreiben wollen, noch aus Sicht der potenziellen Mieter/Käufer auf der Suche nach einem Objekt ist ein Immobilieninserat mit einem sonstigen Rubrikinserat austauschbar. Zwischen den unterschiedlichen Rubriken bestehen keine substitutiven Beziehungen. Präzisierend zur bisherigen allgemeinen Praxis der Weko zur Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich rechtfertigt sich deshalb vorliegend, eine engere sachliche Marktabgrenzung vorzunehmen und die Immobilieninserate einem eigenen sachlich relevanten Markt zuzurechnen. Dieser Marktabgrenzung folgen auch die meldenden Unternehmen.

38. Fraglich ist sodann, in welchem Verhältnis die Immobilieninserate, die auf Online-Marktplätzen aufgeschalten werden, zu solchen in anderen Medien stehen. In ihrer bisherigen Praxis zu den Print-Medien ging die Weko davon aus, dass sich die verschiedenen Werbekanäle grundsätzlich gleichzeitig ergänzen und konkurrieren (zuletzt RPW 2004/2, S. 599, Rz. 71, "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG"). Der Markt wurde indes jeweils eher eng abgegrenzt und der disziplinierende Einfluss alternativer Werbeträger unter dem Aspekt der Marktstellung berücksichtigt (zuletzt RPW 2004/2, S. 599, Rz. 73, "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG", m.w.Hw.). Ebenso identifiziert die EU-Kommission einen von der Print-Werbung separaten Markt für Online-Werbung (statt vieler: ***Telia/Telenor***, Comp/M.1439 vom 13.10.1999) und hielt das deutsche Bundeskartellamt fest, dass Abo-Tageszeitungen, Kaufzeitungen und Anzeigenblätter sich wegen anderer zeitlicher und personeller Reichweiten, beträchtlicher Qualitätsunterschiede, sowie wegen erheblicher Preisunterschiede deutlich vom Online-Anzeigemarkt unterscheiden und deshalb nicht ohne weiteres austauschbar seien (Bundeskartellamt B6 - 136/01, S. 8 f., Rz. 18, "bild.de").

39. Im Bereich der Immobilienanzeigen sind die Printinserate, über welche gemäss den Berechnungen der meldenden Unternehmen noch heute die Mehrzahl der Immobilienobjekte vermittelt werden, die wichtigste Alternative zu den Online-Immobilienmarktplätzen. Von geringerer Bedeutung sind zudem Spots für Immobilienobjekte in Lokalradios und -fernsehen. Viele Immobilienobjekte werden überdies "unter der Hand" vermittelt, also ohne in einem Medium inseriert zu werden. Aus der Sicht der Vermieter/Verkäufer von Immobilienobjekten stellen die verschiedenen Medien teils alternative, teils ergänzende Insertionskanäle dar. Wesentlich für die Vermieter/Verkäufer ist, dass ihr Inserat von einer möglichst grossen Anzahl potenzieller Wohnungssuchender zur Kenntnis genommen werden kann. Dieses Ziel lässt sich sowohl über Online-Portale wie auch über Print-Medien erreichen, weshalb der Marktgegenseite grundsätzlich die Wahl zwischen den verschiedenen Kanälen für die Anzeige von Immobilieninseraten offen steht. Für die Inserenten ist dabei neben den Kosten insbesondere die potenzielle Penetrationskraft des Mediums entscheidend, mithin wie viele Adressaten durch das Medium angesprochen werden und wie viele Kontakte hergestellt werden können. Insoweit stehen die Print- und Online-Angebote für Immobilieninserate zueinander in gewisser Konkurrenz. Für eine teilweise Substituierbarkeit der Online- und Print-Inserate spricht überdies, dass das seit mehreren Jahren sinkende Immobilienanzeigevolumen in den Print-Medien zu einem grossen Teil von den Online-Marktplätzen absorbiert wurde.

40. Aus dem Nachfrageverhalten der Inserenten ergibt sich jedoch, dass sich die verschiedenen Kanäle der Vermittlung von Immobilienobjekten zu weiten Teilen ergänzen und nicht direkt konkurrenzieren. Um die Erfolgsaussichten zu maximieren, werden Immobilienanzeigen häufig in verschiedenen Medien platziert. Der Grund für das mehrgleisige Vorgehen liegt im unterschiedlichen Suchverhalten der Wohnungssuchenden, die sich je nach persönlicher Situation, Alter und Gewohnheiten ausschliesslich oder zumindest vorwiegend über ein bestimmtes Medium erreichen lassen.[2] Im Unterschied zu Online-Inseraten werden mit Print-Inseraten insbesondere auch ältere Leute und Personen, welche sich nicht aktiv auf der Suche nach einem Immobilienobjekt befinden und deshalb keine Recherchen im Internet unternehmen, angesprochen.[3] Gemäss Auskunft der befragten Immobilienunternehmen wird der Grossteil der Immobilienobjekte zuerst auf einem oder mehreren Online-Marktplätzen und nur im Fall ungenügender Rückmeldung nach einer gewissen Zeit zusätzlich in

[2] Gemäss der von WÜEST & PARTNER, einem auf den Immobilienbereich spezialisierten Beratungsunternehmen, erstellten Studie Immo-Monitoring 2005, S. 48 f., suchen rund 25% der Wohnungssuchenden ausschliesslich über Zeitungsinserate, rund 10% ausschliesslich übers Internet, und über 50% der Wohnungssuchenden in beiden Medien. Mit einem Print-Inserat lassen sich somit derzeit rund 80%, mit einem Online-Inserat 60%-75% der Wohnungssuchenden erreichen. Gemäss der Studie verzeichnet das Suchverhalten per Internet konstante jährliche Wachstumsraten von rund 10%, doch wird erwartet, dass die Nachfrager auch künftig "wohl beide Suchkanäle parallel verwenden, um sich möglichst umfassend zu informieren."

[3] Laut Immo-Monitoring, S. 48, liegt der Grund für die geringe gegenseitige Beeinflussung zwischen Print und Online "sicher darin, dass die Wohnungssuche nur in den wenigsten Fällen der

Hauptgrund für die Nutzung des entsprechenden Mediums darstellt."
Print-Medien inseriert. Der Grund für die Bevorzugung der Online-Inserate liegt in deren Kostenvorteil (Online-Iinserate sind wesentlich günstiger als Print-Inserate), der Einfachheit der Aufschaltung (viele Immobilienunternehmen verlinken ihre Datenbank über sog. Schnittstellen direkt mit Online-Portalen), dem Informationsgehalt der Online-Inserate (Bilder der Objekte, Grundrisse, Lagepläne etc.) sowie der zeitlich und räumlich grösseren Penetrationskraft. Die befragten Immobilienunternehmen bezeichneten denn die Print- und Online-Inserate mehrheitlich nicht als Substitute, sondern als zeitlich gestaffelte, ergänzende Anzeigekanäle.

41. Aufgrund dieser wesentlichen Differenzen hinsichtlich Qualität, Preis, Penetrationskraft und Zielpublikum gehören die Print-Immobilieninserate trotz der in Randziffer 39 aufgezeigten teilweisen substitutiven Eigenschaften nicht dem gleichen sachlichen Markt wie die Online-Immobilieninserate an. Analog der bisherigen Praxis der Weko, der EU-Kommission sowie des Bundeskartellamtes zur sachlichen Marktabgrenzung im Bereich der Online-Werbung rechtfertigt sich, Online-Immobilieninserate einem von den Inseraten in den übrigen Medien separaten Markt zuzuordnen und für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einer auf die Online-Inserate beschränkten Marktabgrenzung auszugehen. Mit Rücksicht auf diese relativ enge Marktabgrenzung werden die Einflüsse der Print- und weiterer alternativer Medien, in welchen sich Immobilien inserieren lassen, sowie der Möglichkeit der "unter der Hand"-Vermittlung bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigen sein.

Markt für Print-Immobilieninserate

42. Tamedia und Edipresse sind beide im Print-Bereich mit diversen Titeln stark vertreten. Im Grossteil dieser Print-Titel lassen sich auch Immobilienanzeigen schalten. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 36 ff. sind die Immobilienanzeigen in Print-Medien nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt wie die Online-Immobilieninserate zuzurechnen. Die Übernahme eines der führenden Online-Immobilienportale durch Tamedia und Edipresse kann sich jedoch mittelbar auch auf deren Marktposition im Bereich der Print-Inserate auswirken.

43. In ihrer bisherigen Praxis rechnete die Weko die Immobilieninserate als Teil der Rubrikanzeigen dem Markt für regionale Werbung zu, ohne sich aber explizit mit der Frage einer engeren sachlichen Marktabgrenzung auseinandersetzen zu müssen. Vorliegend rechtfertigt sich aufgrund der Besonderheit des Falles eine engere Marktabgrenzung. Immobilienanzeigen sind mit den übrigen Rubrikinseraten aus der Sicht der Marktgegenseite nicht substituierbar. Es ist deshalb von einem separaten sachlich relevanten Markt für Print-Immobilieninserate auszugehen.

44. Online- und Print-Anzeigen stellen im Bereich der Immobilieninserate sich ergänzende Angebote dar, weshalb die beiden Märkte als benachbart zu betrachten sind. Es sind nachfolgend somit die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens sowohl auf den Markt für Online-Immobilieninserate wie auch auf den Markt für Print-Immobilieninserate gesondert zu untersuchen. Dabei werden indes auch die Einflüsse der jeweils benachbarten Märkte zu berücksichtigen sein.

Vom Zusammenschluss nicht betroffene Tätigkeiten der Unternehmen

45. Das Zusammenschlussvorhaben hat keine entscheidenden Auswirkungen auf den übrigen Werbebereich. Die mit Bannerwerbung erzielten Umsätze auf den Immobilienportalen <www.homegate.ch>, <www.swissimmo.ch> und <www.immobilien.tagesanzeiger.ch> sind im Gesamtmarkt vernachlässigbar. Auf nähere Ausführungen zu diesem Bereich wird deshalb verzichtet.

46. Das Zusammenschlussvorhaben hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Lesermärkte von Tamedia und Edipresse. Die beiden Unternehmen werden in diesem Markt weiterhin unabhängig voneinander auftreten. Auf nähere Ausführungen zum Lesermarkt wird deshalb nachfolgend verzichtet.

47. Ebenfalls keine Auswirkungen hat das Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich auf den Softwarebereich. Der Marktanteil von FlowFact ist verschwindend klein und das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen. Auf nähere Ausführungen zum Softwarebereich wird deshalb nachfolgend verzichtet.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

48. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

Markt für Online-Immobilieninserate

49. In der bisherigen Praxis der Weko zur Zusammenschlusskontrolle von Print-Medien wurde zwischen einem Markt für nationale Werbung und einem Markt für regionale Werbung unterschieden (zuletzt RPW 2004/2, S. 596, Rz. 60 ff., "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG", m.w.Hw.). Während die national Werbenden gleichzeitig in der ganzen Schweiz oder zumindest in einzelnen Sprachregionen werben, handelt es sich bei den regional Werbenden hauptsächlich um Betriebe und Privatpersonen, die mit ihren Rubrikanzeigen ein regionales Zielpublikum ansprechen (RPW 2000/3 S. 423, Rz. 37 ff., "Berner Oberland Medien AG/Berner Zeitung AG"). Die Immobilieninserate als Teil der Rubrikanzeigen wurden folglich dem regionalen Werbemarkt zugerechnet. Die geografische Abgrenzung des Marktes für regionale und lokale Anzeigen erfolgte nach dem Verbreitungsgebiet der vom Zusammenschluss betroffenen Print-Medien. Dies mit der Begründung, dass das Zielpublikum regional oder lokal Werbetreibender in einer bestimmten Region oder an einem bestimmten Ort angesiedelt sei und Werbetreibende als Marktgegenseite der Medienverlage deshalb bestrebt seien, nur Werberaum derjenigen Zeitungen und Anzeigern nachzufragen, die in der Region oder - je nach lokaler Ausprägung

der zu bewerbenden Waren und Dienstleistungen - sogar nur am Ort selber erscheinen (RPW 2004/2, S. 599, Rz. 74, "Tamedia AG/20 Minuten [Schweiz] AG", m.w.Hw.).

50. Fraglich scheint, inwieweit sich die Rechtsprechung zur räumlichen Abgrenzung des Marktes für lokale Werbung in den Print-Medien auf die räumliche Abgrenzung des Marktes für Online-Inserate übertragen lässt. Die meldenden Unternehmen halten dafür, dass in Bezug auf die Online-Marktplätze ein gesamtschweizerischer Markt bestehe, weil es für den Suchenden, der von jedem Computer aus und ohne nennenswerten Aufwand alle Online-Marktplätze kostenlos abfragen kann, irrelevant sei, an welchem Ort die Gesellschaft, die den Online-Marktplatz betreibt, ihren Sitz hat. Zudem enthielten die grösseren Online-Marktplätze Objekte aus der ganzen Schweiz.

51. Es entspricht dem Wesen des Internets, dass dieses an keine räumlichen Grenzen gebunden ist und der zur Verfügung gestellte Content von überall her abgerufen werden kann. Der Ubiquität des Internets werden allenfalls durch sprachliche, kulturelle oder inhaltliche Faktoren Grenzen gesetzt. Die räumliche Abgrenzung eines relevanten Marktes kann im Bereich des Internets jedoch nicht vom Verbreitungsgebiet des Mediums abhängen. Entscheidend ist vielmehr, ob das mittels Internet angebotene Produkt beziehungsweise die Dienstleistung einen regionalen, nationalen oder internationalen Bezug hat (vgl. auch Bundeskartellamt, B6 - 136/01, S. 7 ff., Rz. 12 ff, "berlin.de").

52. Für die Marktgegenseite der Online-Immobilienportale ist deren Penetrationskraft bezüglich potenzieller Endabnehmer des Objekts (Mieter/Käufer) von zentraler Bedeutung. Je mehr interessierte Personen eine Anzeige einsehen, umso grösser wird die Chance, dass das Objekt einen Abnehmer findet. Zwischen dem (Such-)Verhalten der Endabnehmer und der Wahl des Inserierenden, wo und auf welcher Plattform das Objekt platziert wird, besteht aus diesem Grund eine Rückkoppelung (vgl. dazu unten, Rz. 60 ff.).

53. Der Immobilien- und Wohnungsmarkt als solcher zeichnet sich durch einen stark regionalen Bezug aus. Der Endabnehmer von Immobilienobjekten schränkt seine Suche nach einem Miet- oder Kaufobjekt in aller Regel auf ein geografisch begrenztes Gebiet ein. Trotz der zunehmenden Mobilität der Bevölkerung und der steigenden Pendlerdistanzen interessieren sich die Endabnehmer im Normalfall für Immobilienobjekte aus einer bestimmten Region. Wer in Zürich arbeitet, sucht sich eine Wohnung/ein Haus im Grossraum Zürich, während Immobilienobjekten im Raum Bern, Genf oder Basel nur eine äusserst geringe Wirkung als mögliche Substitute zukommt. Entsprechend konsultieren die Endabnehmer im Rahmen ihrer Suche Medien, in denen sie mit einer hohen Anzahl Inserate für die interessierende Region rechnen können. Ob diese Medien gleichzeitig auch andere geografische Märkte abdecken und Objekte aus anderen Regionen führen, ist dabei für die Endabnehmer nicht von Relevanz. Ihre Suche bleibt regional begrenzt.

54. Aus diesem Grund ist für einen Inserenten entscheidend, welches Penetrationspotenzial die Online-Plattform bezüglich derjenigen Endabnehmer hat, welche ein Objekt in der betreffenden Region suchen. Nur wenn Endabnehmer ein Objekt in der Region suchen, wo sich die Immobilie befindet, lässt sich eine hinreichende Anzahl Hits auf das Inserat erzielen. Dieses relevante Penetrationspotenzial ist unabhängig vom räumlichen Tätigkeitsgebiet des Online-Portals. Viele der Online-Immobilienmarktplätze konzentrieren sich denn auch auf einen regionalen Markt. Neben den von Kantonalbanken und lokalen Print-Medien geführten Portalen trifft dies beispielsweise auf Immobern.ch sowie Genèveimmobilier.ch und Swissimmo.ch zu, welche sich auf Immobilien aus der Region Bern beziehungsweise aus der Westschweiz spezialisieren. Für Inserenten aus anderen Regionen stellen solche regionalen Immobilien-Marktplätze keine Ausweichmöglichkeit dar. Substituierbar sind nur solche Portale, welche den interessierenden regionalen Markt abdecken. Aus der Tatsache, dass die marktführenden Immobilien-Portale gesamtschweizerisch tätig sind, kann deshalb nicht auf einen nationalen Markt geschlossen werden. Vielmehr bieten diese Portale ihre Produkte für verschiedene regionale Märkte an, in welchen sie mit regionalen Portalen und - zumindest teilweise - auch regionalen Print-Medien in Konkurrenz stehen. Auch mit dem Markteintritt deutscher oder europäischer Portale, mit welchen gemäss den meldenden Unternehmen in den nächsten Jahren zu rechnen sein wird, wird sich der räumlich relevante Markt nicht auf den deutschen beziehungsweise europäischen Raum ausdehnen. Aufgrund des regionalen Bezugs der Dienstleistung bleibt der Markt für Immobilienanzeigen unabhängig vom Medium und dessen Verbreitungsgebiet regional einzugrenzen, auch wenn überregional, national oder international tätige Portale die einzelnen regionalen Märkte mit ihrem Anzeigenangebot bedienen.

55. Dieser Befund wird auch durch den ökonomischen Test der Durchsetzbarkeit räumlicher Preisdiskriminierung gestützt. Ist es einem hypothetischen Monopolisten möglich, für identische Produkte beziehungsweise Dienstleistungen unterschiedliche regionale Preise zu implementieren, ist der Markt in räumlicher Hinsicht entsprechend unterschiedlich abzugrenzen. Im Markt für Online-Immobilieninserate wären solche räumliche Preisdiskriminierungen ohne weiteres realisierbar. So ist beispielsweise der Insertionspreis für Immobilienobjekte im Raum Zürich unabhängig vom Insertionspreis im Raum Genf. Herrscht im Raum Zürich intensiver Preiswettbewerb für Immobilieninserate, tangiert dies einen Anbieter, welcher mit seinem Portal in einem anderen geografischen Raum marktbeherrschend ist, kaum: In dessen regionalem Markt lassen sich die Insertionspreise unabhängig von den Preisen in anderen geografischen Märkten setzen. Ist es der Marktgegenseite nicht möglich, im Markt für Online-Immobilienanzeigen eine allfällige regionale Preisdiskriminierung zu umgehen, ist dieser entgegen der Auffassung der meldenden Unternehmen nicht schweizweit, sondern regional abzugrenzen.

56. Nachfolgend ist somit von einer regionalen Abgrenzung des Marktes für Online-Immobilieninserate auszugehen. Der dem Inseratemarkt zugrunde liegende Immobilienmarkt lässt sich aufgrund der zunehmenden Mobilität der Bevölkerung und der wegen der kürzeren und besseren Verbindungen steigenden Pendlerdistanzen jedoch nicht auf ein Kantonsgebiet einschränken, sondern weist überkantonale Züge auf. Aus diesem Grund rechtfertigt sich auch für den Inseratemarkt eine überkantonale geografische Marktabgrenzung. Als regionale Märkte von Interesse sind dabei insbesondere der Grossraum Zürich (Kantone Zürich, Aargau, Glarus, Schaffhausen, Thurgau und Zug), sowie der Grossraum Genf/Waadt, welche als je eigene regionale Märkte betrachtet werden.

Markt für Print-Immobilieninserate

57. Ebenso wie die Online-Immobilieninserate weisen auch die Print-Immobilieninserate einen überwiegend regionalen Bezug auf. Anders als im Bereich der Online-Inserate ist zudem das Verbreitungsgebiet der meisten betroffenen Print-Titel regional beschränkt. Analog der bisherigen Praxis der Weko zur räumlichen Marktabgrenzung der regionalen Werbung ist deshalb von einer regionalen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auszugehen (vgl. zuletzt RPW 2004/2, S. 600, Rz. 74 ff., "Tamedia AG/20 Minuten [Schweiz] AG").

58. Auch im Markt für Print-Immobilieninserate rechtfertigt sich aufgrund der zunehmenden Mobilität und der steigenden Pendlerdistanzen eine überkantonale Marktabgrenzung. Als regionale Märkte von Interesse sind dabei vorliegend der Grossraum Zürich (Kanton Zürich, Aargau, Glarus, Schaffhausen, Thurgau und Zug), sowie der Grossraum Genf/Waadt, welche als je eigene regionale Märkte betrachtet werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

Vorbemerkung

59. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlich und räumlich relevanten 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 (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 diesfalls eine nähere Prüfung.

60. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens wird der Besonderheit des Marktes für Online-Immobilieninserate als so genannter doppelseitiger Markt, der sich in wesentlichen Punkten von den klassischen eindimensionalen Märkten unterscheidet, Rechnung zu tragen sein.

61. Doppelseitige Märkte zeichnen sich dadurch aus, dass (i) sich mindestens zwei Gruppen von Marktteilnehmern auf verschiedenen Marktseiten gegenüberstehen, (ii) sich indirekte Netzwerkeffekte ergeben, welche dazu führen, dass sich der Wert des Produkts für die eine Gruppe mit der Anzahl Teilnehmern aus der anderen Gruppe erhöht, und (iii) ein Marktintermediär die beiden Gruppen zusammenbringt und die Externalitäten der beiden Gruppen internalisiert. Typisch für doppelseitige Märkte sind hohe indirekte Netzwerkeffekte. Je mehr Konsumenten der einen Marktseite das Produkt konsumieren, umso höher ist der Nutzen für die Konsumenten der anderen Marktseite. Deshalb kann ein Unternehmen in einem doppelseitigen Markt nur dann erfolgreich als Vermittler operieren, wenn es ihm gelingt, auf beiden Marktseiten die Bedürfnisse der Kunden zu treffen und in Einklang zu bringen.

62. Immobilienplattformen im Internet sind ein typischer Fall eines doppelseitigen Marktes. Im Markt für Online-Inserate treten die Immobilien-Portale als Intermediäre zwischen den Verkäufern/Vermietern auf der einen und den potenziellen Käufern/Mietern von Immobilienobjekten auf der anderen Seite auf. Die Immobilienportale sind dabei zwingend darauf angewiesen, auf beiden Seiten Kundenbeziehungen zu unterhalten. Während aus der Sicht der Endabnehmer der Wert des Portals steigt, je mehr Objekte sich darauf befinden, steigt der Wert für die Inserenten, je höher die Besucherzahlen auf diesem Portal sind. Die beiden Interessen bedingen sich gegenseitig. Die Online-Plattform für Immobilieninserate hat deshalb bei einer Anpassung der Konditionen (Preise, Qualität etc.) auf einer Marktseite stets auch die darauf folgende Reaktion der anderen Marktseite zu berücksichtigen.

63. Die ökonomische Literatur hat sich in jüngster Zeit intensiv mit den Besonderheiten doppelseitiger Märkte auseinandergesetzt.[4] Im Zentrum der wissenschaftlichen Forschung stand dabei der Mechanismus der Preisfestsetzung und insbesondere die Frage, welche

[4] Vgl. statt vieler JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Two-Sided Markets: An Overview, March 12, 2004, <http://faculty-gsb.stanford.edu/wilson/E608_2004/pdf%20files/Game%20Theory-Models%20and%20Applications/Rochet,Tirole,Two-Sided%20Markets.pdf>, zuletzt besucht am 21.12.2004; DAVID S. EVANS, The Antitrust Economie of Two Sided Markets, September 2002, <http://www.aei-brookings.com/admin/authorpdfs/page.php?id=189>, zuletzt besucht am 21.12.2004, je m.w.Hw.)

Marktseite welchen Anteil des vom Intermediär für seine Dienstleistung insgesamt verlangten Preises zu tragen hat (Frage der Preisstruktur). Dabei ergab sich im Wesentlichen, dass sich die Preisstruktur am Verhältnis der Nachfrageelastizitäten der beiden Marktseiten und der gegenseitigen Externalitäten orientiert. Grundsätzlich hat jene Marktseite den höheren Anteil des Totalpreises zu tragen, deren Nachfragen nach den Leistungen unelastischer, deren positive Externalität mit der Gegenseite stärker, und deren negative Externalität zu Konkurrenten auf der eigenen Marktseite stärker ist.[5] Vor diesem Hintergrund kann es durchaus ökonomisch optimal sein, die Kosten für die Vermittlungsdienstleistung nur der einen Marktseite aufzuerlegen und die andere Marktseite dadurch zu subventionieren.

64. Gemäss der ökonomischen Theorie zeichnen sich doppelseitige Märkte in ihrer Struktur durch eine relativ geringe Anzahl von Wettbewerbern aus. Aufgrund der Netzwerkeffekte und der in der Regel mit hohen fixen Kosten verbundenen Notwendigkeit, beide Marktseiten auf die Plattform zu bekommen, kann sich in doppelseitigen Märkten in der Regel nur eine relativ kleine Anzahl Unternehmen durchsetzen.[6] Je höher dabei die Homogenität der einzelnen Marktseiten, umso stärker die Konzentrationstendenz des Marktes. Die Konzentration des Marktes auf eine oder einige wenige Plattformen kann unter Umständen die Erzielung supra-kompetitiver Renditen ermöglichen. Ob und in welchem Ausmass eine solche Rendite abgeschöpft werden kann, hängt insbesondere von folgenden Faktoren ab:[7]

- Je härter der Wettbewerb in der Initialisierungsphase des doppelseitigen Marktes ist, umso geringer fällt die Gesamtrendite unter dem Strich aus. Intensiver Wettbewerb um die Kunden beider Marktseiten in der Initialisierungsphase kann dazu führen, dass es den Unternehmen während längerer Zeit nicht möglich ist, Gewinne zu erwirtschaften. Die Erzielung einer hohen Rendite in einer späteren Marktphase dient der Kompensation der Verluste der Initialisierungsphase.

- Supra-kompetitive Renditen lassen sich erzielen, wenn ein Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten über einen Vorteil verfügt, den diese nicht replizieren können. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der "first-mover advantage" zu nennen, welcher in Netzwerkindustrien dazu führen kann, dass sich das Produkt des "first mover" als Standard etabliert. Dabei ist aber zu beachten, dass der Wettbewerb um den "first mover advantage" oftmals mit hohen Investitionen verbunden ist, welche die längerfristige Ausschöpfung supra-kompetitver Renditen verunmöglichen.

- Auch doppelseitige Märkte, auf denen sich eine beherrschende Plattform durchgesetzt hat, bleiben jedoch oftmals angreifbar, was die Erzielung von supra-kompetitiven Renditen verunmöglicht. Viele der doppelseitigen Märkte haben sich in einem schnelllebigen, von einem hohen technologischen Fortschritt geprägten Umfeld entwickelt. Gerade das Internet zeichne sich dadurch aus, dass "the strategic situation is very unstable and the only equilibrium situation that is tenable is for a firm to exert dominance on the intermediation market, i.e. to be the sole supplier of intermediation services, without enjoying any market power as potential entrants create a strong disciplinary device for the dominant firm. In some sense, this market is extremely contestable."[8]

- Eingeschränkt sind die Möglichkeiten zur Abschöpfung supra-kompetitver Renten in solchen doppelseitigen Märkten, in welchen sich das Nachfrageverhalten durch ein so genanntes "Multihoming" kennzeichnet.[9] Beim "Multihoming", das insbesondere in jungen doppelseitigen Märkten zu beobachten ist, nehmen die Konsumenten der einen oder beider Marktseiten gleichzeitig die Dienstleistungen mehrerer substituierbarer Intermediäre in Anspruch. Dieses Nachfrageverhalten ermöglicht auch in einem doppelseitigen Markt einen Wettbewerb unter den Plattformen und beeinflusst die Höhe und die Struktur der Preise für die beiden Marktseiten.

65. Der den doppelseitigen Märkten grundsätzlich inhärente Konzentrationstrend ist aus gesamtökonomischer Sicht auch mit Vorteilen verbunden. Die Etablierung einer Plattform als Standard ermöglicht die Maximierung der mit den Netzwerkeffekten verbundenen positiven Externalitäten. Je mehr Teilnehmer der Marktgegenseite auf derselben Plattform anzutreffen sind, umso höher ist der durch die Inanspruchnahme der Plattform generierte Nettowert. Die Chance, dass die beiden Marktseiten durch den Intermediär miteinander verknüpft werden können, steigt mit jedem zusätzlichen Teilnehmer, was zu einer Minimierung der durch das Suchen und Anbieten entstehenden Transaktionskosten führt.

66. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich doppelseitige Märkte aus theoretischer ökonomischer Sicht von klassischen einseitigen Märkten in wesentlichen Punkten unterscheiden. Insbesondere weisen sie eine gewisse natürliche Tendenz zur Monopolisierung auf, welche durch Zusammenschlussvorhaben und

[5] Vgl. dazu JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Cooperation among Competitors: Some Economies of Payment Card Associations, CEPR Working Paper Nr. 2101, 1999.
[6] EVANS, a.a.O., S. 44.
[7] Dazu EVANS, a.a.O., S. 44 ff.
[8] BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, Chicken & Egg: Competing Matchmakers, CEPR Working Paper 2885, 24. April 2001, Rz. 40.
[9] Dazu EVANS, a.a.O., S. 42 f.

sonstige Konzentrationsvorgänge allenfalls verstärkt, nicht jedoch ausgelöst werden. Wesentlich für die wettbewerbsrechtliche Erfassung doppelseitiger Märkte ist die Frage, ob und inwieweit den etablierten Intermediären wettbewerbsfremde Vorteile zukommen, welche die Wettbewerber nicht replizieren können und welche die Abschöpfung supra-kompetitver Renditen erlauben. Diesen ökonomischen Besonderheiten des Marktes für Online-Immobilieninserate als doppelseitiger Markt wird bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen sein.

B.4.2.1 Markt für Online-Immobilieninserate

B.4.2.1.a Grossraum Zürich

Aktueller Wettbewerb

Marktseite der Inserenten

67. Obwohl es sich beim Markt für Online-Immobilieninserate um einen doppelseitigen Markt handelt, trägt (unmittelbar) nur die eine Marktseite, diejenige der Anbieter von Immobilienobjekten, die Kosten der Wohnungsvermittlung. Die Marktstellung der Wettbewerber im aktuellen Wettbewerb definiert sich deshalb in erster Linie über die Marktseite der Inserenten, beziehungsweise über die Anzahl der auf der Plattform inserierten Objekten.

68. Da es sich beim Markt für Online-Immobilienanzeigen um einen jungen Markt handelt, existiert bezüglich der Inseratevolumina auf regionaler Ebene wenig verlässliches Zahlenmaterial. Die Parteien waren gezwungen, die Anzahl inserierter Objekte auf den einzelnen Plattformen von Hand auszuzählen. Anhand der ursprünglichen, mit der Meldung vom 28. September 2004 gelieferten Zahlen errechnete sich für Homegate ein Marktanteil von [40%-55%] und für Tagesanzeiger.ch/Immobilien von [10%-20%],[10] während die wichtigsten Konkurrenten Marktanteile von [15%-25%] (Immostreet) beziehungsweise [15%-25%] (Immoscout24) aufwiesen.[11] Swissimmo und die Portale der Edipresse sind im Grossraum Zürich nicht vertreten.

Berechnungen der Marktanteile gemäss Meldung vom 28. September 2004		
Portal	***Anzahl Objekte/Jahr***	***Marktanteil***
Homegate	[...]	[40%-55%]
Tagesanzeiger.ch/ Immobilien	[...]	[10%-20%]
Immoscout24	[...]	[15%-25%]
Immostreet	[...]	[15%-25%]
Übrige Plattformen	[...]	[5%-10%]
Total Grossraum Zürich	[...]	100%

69. Diese Zahlen wurden von den Parteien im Verlaufe des Verfahrens nochmals nachgerechnet und revidiert. Auf einen Stichtag per Mitte Dezember 2004 bezogen wurde der Marktanteil von Homegate auf [20%-30%] und derjenige von Tagesanzeiger.ch/Immobilien auf [<5%] korrigiert, während für die wichtigsten Wettbewerber Marktanteile von [10%-20%] (Immoscout24), [10%-20%] (Immostreet) und [5%-10%] Immodotnet errechnet wurden.

Revidierte Berechnung der Marktanteile vom 28. Dezember 2004			
Portal	***Anzahl Objekte am Stichtag***	***Anzahl Objekte pro Jahr***	***Marktanteil***
Homegate	[...]	[...]	[20%-30%]
Tagesanzeiger.ch	[...]	[...]	[< 5%]
Immoscout24	[...]	[...]	[10%-20%]
Immostreet	[...]	[...]	[10%-20%]
Immoclick	[...]	[...]	[5%-10%]
Immodotnet	[...]	[...]	[5%-10%]
Immochannel	[...]	[...]	[5%-10%]
Nzzdomizil	[...]	[...]	[5%-10%]
Diverse kleine	[...]	[...]	[5%-10%]
Total Grossraum Zürich	[...]	[...]	100%

[10] Das Immobilien-Portal der Tamedia unterscheidet sich von den grossen Portalen insofern, als auf diesem auch all jene Objekte gezeigt werden, für welche ein Inserat im Tagesanzeiger oder in der Sonntagszeitung geschaltet wurde. Jedes Print-Inserat wird während 7 Tagen auf dem Online-Portal von Tamedia publiziert. Der Immobilienmarktplatz der Tamedia ist jedoch nicht auf die Wiedergabe von Print-Inseraten beschränkt, sondern führt auch "reine" Online-Anzeigen.

[11] Die meldenden Unternehmen gehen davon aus, dass ein Objekt im Schnitt [...] Monate auf einem Internet-Portal inseriert wird. Ausgehend von einem Stichtag lässt sich somit das jährliche Objektvolumen durch Multiplikation mit dem Faktor [...] berechnen. Die Angaben der befragten Unternehmen deuten jedoch darauf hin, dass Objekte im Schnitt weniger lang inseriert bleiben und sich somit ein höheres jährliches Inseratevolumen errechnet. An den relativen Marktanteilen ändert dies jedoch nichts.

70. Die teilweise massiven Differenzen zwischen den beiden Berechnungen erklären sich in erster Linie aus unterschiedlichen Berechnungsmodalitäten. Während die Grösse des Gesamtmarktes in der ursprünglichen Berechnung anhand des Metaportals <www.alle-immobilien.ch> (vgl. zu den Metaportalen unten, Rz. 89 ff.) ermittelt wurde, werteten die Parteien bei ihren jüngsten Berechnungen die verschiedenen kleineren Portale einzeln aus. Zudem wurden die Marktanteile in den revidierten Berechnungen auf einen Stichtag per Dezember 2004 erhoben und nicht auf das Jahr 2003 rückgerechnet. Insgesamt resultieren in der revidierten Berechnung deutlich tiefere Marktanteile für die Portale von Homegate und Tagesanzeiger.ch/Immobilien, während die mittelgrossen Portale wie Immoclick.ch, Immodotnet.ch oder Immochannel.ch wesentlich höhere Marktanteile erreichen. Welche der beiden Berechnungen die tatsächlichen Marktverhältnisse exakter wiedergibt, kann vorliegend offen bleiben, da selbst unter Annahme der ursprünglich berechneten, relativ hohen Marktanteilen von Homegate und Tagesanzeiger.ch/Immobilien aus dem Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung von Homegate resultiert.

71. Mit Marktanteilen von [40%-55%] (ursprüngliche Berechnung) beziehungsweise [20%-30%] (revidierte Berechnung) verfügt Homegate auf der Marktseite der Inserenten bereits vor dem Zusammenschluss über eine starke Stellung. Dies bestätigen auch die Angaben der befragten Immobilienunternehmen, welche alle Homegate an erster Stelle der verwendeten Immobilienplattformen nennen. Daneben inserieren die befragten Immobilienunternehmen jedoch - im Sinne des oben beschriebenen Multihoming - mehrheitlich auch noch auf den anderen grossen Portalen. Insbesondere der Marktplatz von Immoscout24 konnte in der jüngsten Zeit ein starkes Wachstum verzeichnen. Die Immobilienunternehmen, die ihre Objekte auf mindestens einem grossen Marktplatz inserieren, verfügen somit bei der Wahl des Marktplatzes trotz der starken Stellung von Homegate über gewisse Alternativen. Auch das neu lancierte Portal der NZZ, nzzdomizil.ch, welches innert kürzester Zeit einen Marktanteil von rund [5%-10%] erreichte, sowie die Gratisplattformen der Kantonalbanken, die sich insbesondere in den Kantonen Glarus, Schaffhausen, Thurgau und Zug etablieren konnten, dürften künftig noch weitere Marktanteile hinzugewinnen und insbesondere für Privatinserenten eine Ausweichmöglichkeit zu den etablierten Plattformen darstellen.

72. Die Tatsache, dass viele der Immobilienunternehmen ein Objekt auf mehreren Marktplätzen gleichzeitig inserieren, führt aber auch dazu, dass die etablierten Marktplätze nicht als perfekte Substitute (im Sinne eines Entweder-Oder), sondern vielmehr als ergänzende Kanäle (im Sinne eines Sowohl-Als-Auch) wahrgenommen werden. Entsprechend ist auch der gegenseitig disziplinierende Einfluss zu relativieren: Die Kreuzpreiselastizität ist trotz der Homogenität der Produkte gering, weshalb die Betreiber der etablierten Plattformen bezüglich wesentlicher Wettbewerbsparameter, insbesondere des Preises, über einen gewissen Grad der Unabhängigkeit verfügen.

73. Fraglich ist, in welchem Ausmass das geplante Zusammenschlussvorhaben zu einer Stärkung der Wettbewerbsstellung und einer Erhöhung der Marktanteile von Homegate führt. Gemäss der Meldung der Parteien wird Tamedia ihre Aktivitäten im Bereich der Online-Immobilienvermittlung auf Homegate übertragen. Zu diesem Zweck stellt sie Homegate ihren Kundenstamm zur Verfügung und überträgt gewisse Objektdaten sowie die Domainnamen auf Homegate. Nach den Berechnungen der Parteien werden jedoch nur rund [5%-10%] der derzeit auf Tagesanzeiger.ch/Immobilien inserierten Objekte von Homegate übernommen werden können, woraus sich eine Marktanteilsaddition von lediglich [< 1%] errechnet. Dies sei darauf zurückzuführen, dass auf der Plattform der Tamedia zu fast [60%-75%] Zeitungsinserate aus dem Tagesanzeiger, welche automatisch während einer Woche online publiziert werden, zweiterfasst werden und diese Zweiterfassungen wegfallen würden. Überdies würden auch die reinen Online-Inserate, die sowohl auf der Tagesanzeiger.ch/Immobilien als auch auf Homegate im Sinne des Multihoming geschalten wurden, wegfallen (ausmachend rund [20%-30%]) und es sei damit zu rechnen, dass von den übrigen Inseraten nur rund die Hälfte auf Homegate wechseln werde (ausmachend [3%-9%]).

74. Die Immobilienplattform der Tamedia unterscheidet sich von den reinen Online-Plattformen dadurch, dass auf ihr in erster Linie Print-Inserate zweiterfasst werden. Die automatische Publikation sämtlicher Print-Inserate dient deren Attraktivitätssteigerung. Gemäss Angabe der Parteien wird die automatische Online-Publikation der Print-Inserate nach der Übernahme von Homegate nicht mehr angeboten (siehe dazu auch unten, Rz. 82). Für die bisherigen Print-Inserenten der Tamedia wird sich deshalb die Frage stellen, ob sie künftig weiterhin beide Insertionskanäle benutzen oder nur ein Print- beziehungsweise nur ein Online-Inserat schalten wollen. Die Annahme der Parteien, dass sämtliche Inserenten, deren Print-Inserate bis anhin automatisch online publiziert wurden, künftig auf ein Online-Inserat verzichten werden, erscheint unrealistisch. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass zumindest ein Teil dieser Inserenten ihre Objekte, wenn diese nicht mehr auf Tagesanzeiger.ch/Immobilien erscheinen, auf der Plattform von Homegate als Nachfolgerin des Tamedia-Marktplatzes inserieren wird, um von der grösseren Penetrationskraft des Internets profitieren zu können. Entgegen der Annahme der Parteien ist überdies davon auszugehen, dass dank der Übernahme der Kundenkartei von Tagesanzeiger.ch/Immobilien durch Homegate mehr als 50% der Inserenten auf den Marktplatz von Homegate wechseln werden.

75. Auch wenn die Prognose der aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierenderen Marktanteilsaddition mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist, ist insgesamt davon auszugehen, dass rund ein Viertel der heute auf Tagesanzeiger.ch/Immobilien inserierten Objekte künftig von Homegate übernommen werden können. Doch auch bei dieser Berechnung ergibt sich für den Raum Zürich eine als gering einzustufende Marktanteilsaddition von unter [< 5%]. Je

nach Berechnungsmodus würden die Parteien bei einem Zusammenschluss im Raum Zürich über einen Marktanteil von [40%-60%] (ursprüngliche Berechnung) beziehungsweise [20%-35%] (revidierte Berechnung) verfügen.

Marktseite der Wohnungssuchenden

76. Die anhand der Anzahl inserierten Objekte berechneten Marktanteile geben die Marktstellung von Homegate auf Seite der Immobilieninserenten wieder. In einem doppelseitigen Markt ist die Marktstellung indes auch bezüglich der anderen Marktseite, derjenigen der Wohnungssuchenden, zu ermitteln. Da die Wohnungssuchenden gratis auf die Inserate zugreifen können, wird mit dieser Marktseite kein direkter Umsatz generiert, doch steigert eine hohe Besucherfrequenz den Wert der Plattform für die Inserenten. Um die Stellung der zusammenschliessenden Parteien im Markt für Online-Immobilieninserate ganzheitlich zu beurteilen, ist deshalb nachfolgend das Nutzungsverhalten der Wohnungssuchenden zu analysieren, zu welchem unterschiedliche, zum Teil widersprüchliche Studien publiziert wurden.

77. Gemäss der Studie Immo-Monitoring 2005[12] benutzen schweizweit rund 21% der per Internet Wohnungssuchenden Homegate und rund 5% die Plattform Tagesanzeiger.ch/Immobilien.[13] Homegate ist somit hinter Immoscout24, welches von rund 24% der per Internet Wohnungssuchenden benutzt wird, das zweithäufigst benutzte Portal, während Tagesanzeiger.ch/Immobilien den kleinen Portalen zuzurechnen ist. Auch im Falle des Zusammenschlusses wird Homegate nicht von einem höheren Prozentsatz der Wohnungssuchenden benutzt werden als Immoscout24, da nicht zu erwarten ist, dass sämtliche Benutzer des Marktplatzes Tagesanzeiger.ch/Immobilien nach dessen Einstellung auf Homegate suchen werden. Selbst wenn künftig die Domainadresse Tagesanzeiger.ch/Immobilien mit der Homegate-Plattform verlinkt werden sollte, dürfte nur ein Teil der Wohnungssuchenden auf Homegate ausweichen.

Nutzungsverhalten der per Internet Wohnungssuchenden gemäss Immo-Monitoring 2005	
Plattform	***Prozentsatz der Wohnungssuchenden***
Immoscout24	ca. 24%
Homegate	ca. 21%
Swissclick	ca. 8%
Immostreet	ca. 7,5%
Tagesanzeiger.ch/ Immobilien	ca. 5%
Swissimmo	ca. 4%
Anzeiger.ch*	ca. 2,5%
Alle-Immobilien.ch*	ca. 1,5%
Immovista.ch*	< 1%
Comparis.ch*	< 1%
Andere	ca. 25%

Quelle: Immo-Monitoring 2005, S. 53

* Metaplattformen

78. Die Resultate der Studie Immo-Monitoring decken sich weitgehend mit der WEMF-Studie zur Website Nutzung 2004, MA Comis 2004. Auch gemäss MA Comis 2004 verfügt Homegate auf der Marktseite der Wohnungssuchenden im Grossraum Zürich nicht über eine stärkere Marktstellung als ihre wichtigsten Mitbewerber. Die Reichweite von Homegate entspricht in etwa derjenigen von Immoscout24 und Immo. search.ch.

[12] WÜEST & PARTNER, a.a.O., S. 53.
[13] Die Studie basiert auf einer mündlichen Befragung von Internetnutzern, die angaben, das Internet zur Wohnungssuche zu nutzen.

Reichweite der Plattformen gemäss WEMF		
Plattform	**WNK**[14]	**ENK**[15]
Immoscout24	14,8%	4,1%
Homegate	13,7%	5,6%
Immo.search.ch*	11,6%	3,4%
Immobilien.ch	5,3%	2,6%
Alle-immobilien.ch*	4,3%	1,8%
Immostreet	3,8%	1,4%
Immoclick.ch	3,6%	0,9%
Immob.ch	3,4%	1,2%
Immochannel	3,1%	1,1%
Immovista*	1,3%	0,8%

Quelle: MA Comis 2004

* Metaplattformen

79. Hingegen ist Homegate gemäss den Daten von MMXI Switzerland, welche für Homegate ein "Audience Rating" für den Monat September 2004 zusammenstellte, das mit Abstand meistbesuchte Portal.[16] Von den total rund [...] "Page Views" auf Immobilienplattformen entfielen rund [...] auf Homegate, was einem Anteil von [30%-45%] entspricht.[17] Insgesamt wurden [...] Minuten auf der Homegate-Plattform verbracht (Total Minutes). Damit wird Homegate [1.5-3] Mal mehr benutzt als der nächstgrosse Wettbewerber, Immoscout24. Der Zusammenschluss mit der Immobilienplattform der Tamedia dürfte zu einer zusätzlichen, wenn auch geringfügigen Benutzungszunahme führen.

Plattformnutzung September 2004 gemäss Daten MMXI				
Plattform	**Page Views (in Tausend)**	**Prozentual**	**Total Minutes (in Tausend)**	**Prozentual**
Homegate	[...]	[30%-45%]	[...]	[30%-45%]
Immoscout24	[...]	[15%-20%]	[...]	[15%-20%]
Immostreet	[...]	[5%-10%]	[...]	[5%-10%]
Swissimmo	[...]	[< 5%]	[...]	[< 5%]
Übrige	[...]	[30%-45%]	[...]	[30%-45%]
Total	[...]	100%	[...]	100%

Quelle: MMXI Switzerland

80. Trotz der unterschiedlichen Resultate der verschiedenen Studien lässt sich festhalten, dass Homegate derzeit auf der Marktseite der Wohnungssuchenden über eine starke Marktstellung und somit über eine hohe Penetrationskraft verfügt. Diese Stellung teilt sich Homegate allerdings mit anderen Wettbewerbern, insbesondere Immoscout24, die ebenfalls einen hohen Bekanntheitsgrad und eine hohe Plattformnutzung ausweisen. Durch den Zusammenschluss mit der Plattform der Tamedia wird sich die Stellung von Homegate auf der Seite der Wohnungssuchenden nur mittelbar, durch die höhere Attraktivität als grösserer Marktplatz, verstärken. Hingegen muss erwartet werden, dass mit der Einstellung von Tagesanzeicher.ch/Immobilien nur ein kleiner Teil der Internetbenutzer, welche heute über die Tamedia-Plattform eine Wohnung suchen, unmittelbar auf die Homegate-Plattform wechseln werden.

[14] Weitester Nutzerkreis: Zum WNK einer Website zählt eine Person, wenn sie die betreffende Website mindestens einmal in den letzten sechs Monaten entweder daheim oder ausser Haus genutzt hat.

[15] Engerer Nutzerkreis: Zum ENK einer Website zählt eine Person, wenn sie die betreffende Website normalerweise mindestens einmal pro Woche benutzt.

[16] Die Zahlen beziehen sich auf die gesamte Schweiz. Regionale Daten für den Raum Zürich liegen keine vor. Nicht erfasst vom "Audience Rating" war Tagesanzeiger.ch/Immobilien.

[17] Spezifische Zahlen für den Grossraum Zürich liegen keine vor.

Verbundeffekte Print-Online

81. Es stellt sich sodann die Frage, welche sonstigen kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsvorteile Homegate aus der Übernahme durch Tamedia entstehen, insbesondere ob und in welchem Rahmen so genannte Verbundeffekte die Marktstellung von Homegate zusätzlich verstärken und wie diese ökonomisch zu würdigen sind. Verbundvorteile können sich bei vorliegend zu beurteilendem Zusammenschlussvorhaben vor allem auf zwei Arten einstellen: Zum einen werden die zusammenschliessenden Unternehmen künftig in der Lage sein, ein Produktebündel Print-Online, bestehend aus einem Immobilieninserat in einem Print-Medium der Tamedia und einem Homegate-Inserat, anzubieten; zum anderen resultieren für Homegate aus der Übernahme durch ein Print-Unternehmen Werbemöglichkeiten zu Konditionen, die den anderen Immobilienplattformen nicht zugänglich sind. In einem jungen doppelseitigen Markt können derartige Wettbewerbsvorteile, insbesondere wenn die Wettbewerber nicht in der Lage sind, sie zu replizieren, zu einem überproportionalen Marktanteilswachstum führen und von entscheidender Bedeutung für die künftige Marktstruktur sein.

82. Die Parteien stellen in Abrede, dass sich Inseratebündel Print-Online in der Praxis bewährt haben. Als Begründung wurde aufgeführt, es sei keine Nachfrage nach einem solchen Produktebündel vorhanden, die Definition eines sinnvollen Bündels sei aufgrund der unterschiedlichen Formate zwischen Print und Online (Textumfang, Bilder, Pläne etc.) schwierig und die Inserate würden über unterschiedliche Kanäle und durch unterschiedliche Personen vertrieben. Es sei deshalb auch nicht vorgesehen, nach der Übernahme von Homegate solche Inseratebündel anzubieten.

83. Produktebündel Print-Online werden derzeit vor allem von diversen Print-Unternehmen als Zusatzleistung zum reinen Print-Inserat angeboten. Dies in erster Linie als Reaktion auf die massiven Umsatzrückgänge, welche die klassischen Print-Insertionskanäle mit dem Aufkommen der Internetplattformen zu verzeichnen hatten. Mit der Zusatzleistung eines gleichzeitigen Online-Inserates, welches zumeist auf einer speziellen Rubrikseite des Online-Portals der Zeitung publiziert wird, versuchen die Print-Unternehmen diesen aus ihrer Sicht Negativtrend zu stoppen. Die führenden Online-Immobilienplattformen hingegen sind weder von Print-Unternehmen initialisiert worden, noch arbeiten sie (bis anhin) eng mit Print-Unternehmen zusammen. Aufgrund der Tatsache, dass Immobilienunternehmen ihre Objekte vorzugsweise per Internet inserieren und vor allem Problemobjekte in einer zweiten Phase per Print inseriert werden, sind die Online-Immobilienplattformen weniger auf eine Zusammenarbeit mit einem Print-Medium angewiesen als vice versa. Zusätzliche Inserenten werden sich durch eine solche Zusammenarbeit nur wenige gewinnen lassen, da aus Sicht der Online-Inserenten der durch ein kombiniertes Inserat generierte Zusatznutzen zu gering sein dürfte,[18] als dass sie bereit wären, für das zusätzliche Print-Inserat einen hohen Aufpreis zu bezahlen.

84. Zu beachten ist überdies, dass es sich auch bei der Einführung eines kombinierten Print-Online-Angebotes nicht um einen Wettbewerbsvorteil handeln würde, den die anderen Online-Marktplätze im Raum Zürich nicht replizieren könnten. Den Wettbewerbern von Homegate steht es jederzeit offen, ebenfalls eine Kooperation mit etablierten Print-Unternehmen einzugehen. So vereinbarte der wichtigste Wettbewerber von Homegate, Immoscout24, per 24. November 2004 eine vertragliche Zusammenarbeit mit der NZZ und deren Online-Portal. Es ist somit nicht zu erwarten, dass Homegate dank der Möglichkeit, künftig ein mit einem Print-Inserat kombiniertes Insertionsangebot zu machen, über einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil verfügen würde, aufgrund dessen sie sich im doppelseitigen Markt für Online-Immobilieninserate als alleiniger Standard etablieren könnte.

85. Aus der Übernahme durch das grösste Zürcher Medienhaus Tamedia eröffnen sich für Homegate neue Vermarktungsmöglichkeiten. Insbesondere den Print-Medien kann dabei bei der Bekanntmachung der Immobilienmarktplätze eine wichtige Bedeutung zukommen. Der Bekanntheitsgrad der Online-Plattformen ist auf beiden Marktseiten - sowohl auf Seiten der Inserenten wie auch auf Seiten der Wohnungssuchenden - von Relevanz: Aus Sicht der Inserenten entscheidet der Bekanntheitsgrad über die Penetrationskraft und somit über den Wert der Inserate; auf der anderen Seite wiederum bestimmt der Bekanntheitsgrad und die Zahl der Inserate eines Online-Marktplatzes das Suchverhalten potenzieller Mieter/Käufer. Mittels gezielt platzierter Print-Werbung für den Immobilienmarktplatz und gleichzeitiger Ausschaltung der übrigen Online-Plattformen lässt sich der Bekanntheitsgrad der eigenen Plattform beim relevanten Zielpublikum aber auch bei einer breiteren Öffentlichkeit steigern.[19]

86. Der Wettbewerbsvorteil, der sich einem Online-Immobilienmarktplatz aus dem Zusammenschluss mit einem Print-Unternehmen ergeben kann, ist allerdings in mehrfacher Hinsicht zu relativieren.

[18] Bereits heute benutzen 60%-75% der Wohnungssuchenden das Internet und nur rund 25% suchen ausschliesslich über Print-Medien.

[19] Dass die beteiligten Unternehmen die Vorteile im Bereich des Marketings, die sich aus dem Zusammenschluss Print-Online ergeben, nutzen werden, bestätigt sich im Kooperationsvertrag zwischen Homegate einerseits und Tamedia und Edipresse andererseits, gemäss welchem die beiden Print-Unternehmen Homegate massive Rabatte auf diversen Marketingleistungen gewähren. Auf Werbeleistungen betragen diese Rabatte [60%-90%] für "Füller" und [45%-65%] auf "platzierter Werbung", im Bereich der Online-Einbindung und Co-Branding [45%-65%]. Zu beachten ist, dass dieser Vertrag nur für die Übergangszeit bis Ende 2007 gilt und ab Übernahme der alleinigen Kontrolle durch Tamedia und Edipresse mit noch weitergehenden Rabatten zu rechnen sein dürfte.

- Den führenden Deutschschweizer Print-Unternehmen ist es trotz allfälligen Verbundvorteilen bis heute nicht gelungen, sich im Online-Markt mit eigenen Portalen zu etablieren. So musste Tamedia seinen Online-Immobilienmarktplatz <www.immo-winner.ch> wieder einstellen beziehungsweise in den Marktplatz <www.tagesanzeiger.ch/immobilien> integrieren. Auch dieser entwickelte sich jedoch trotz der oben genannten Vorteile gegenüber reinen Online-Plattformen nicht wunschgemäss und erreichte nicht die avisierte Grösse, weshalb letztendlich die Akquisition von Homegate erfolgt.
- Eine Steigerung der Bekanntheit und Penetrationskraft der Online-Marktplätze lässt sich nicht nur durch einen Zusammenschluss mit Print-Medien sicherstellen. Der Bekanntheitsgrad von Immobilienmarktplätzen kann auch durch sonstige Werbe- und Marketingaktivitäten oder mittels Zusammenarbeit mit wichtigen Einstiegsportalen wie Bluewin.ch oder Msn.ch, Auktionsmarktplätzen wie ebay.ch oder ricardo.ch oder mit Suchmaschinen wie google.ch oder search.ch[20] gesteigert werden.
- Die spezifischen Marketingmöglichkeiten, die sich aus der Übernahme von Homegate durch starke Print-Unternehmen ergeben (Einbindung in die Portale der Tamedia beziehungsweise Edipresse, Co-Branding), können auch von anderen Online-Portalen durch eine Kooperation mit einem Print-Unternehmen realisiert werden. So verfügt Im Raum Zürich insbesondere die NZZ über ähnliche Vermarktungsmöglichkeiten, von welchem ihr eigenes Portal sowie das Partnerportal Immoscout24 profitieren dürften.

87. Es ist somit nicht zu erwarten, dass Homegate aus dem Zusammenschluss mit Tamedia in der Form günstigerer Vermarktungsmöglichkeiten ein Wettbewerbsvorteil entsteht, den ihre Wettbewerber nicht ebenfalls mit einem anderen Kooperationspartner realisieren oder auf andere Weise kompensieren könnten. Dabei ist zu beachten, dass der wichtigste Wettbewerber von Homegate, das zur europaweit tätigen Scout-Gruppe gehörenden Immoscout24-Portal, bereits heute mit der Deutschen Telekom über einen potenten Partner und neuerdings mit der NZZ über einen Kooperationspartner aus dem Medienbereich aus dem Raum Zürich verfügt. Über ähnliche Wettbewerbsvorteile verfügen Immostreet, welches in ein europaweites Netzwerk von Online-Marktplätzen mit entsprechenden Grössenvorteilen eingebunden ist, und Immodotnet.ch, welches als Plattform der Kantonalbanken von deren Vermarktungsmöglichkeiten profitieren kann. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die wichtigsten Wettbewerber von Homegate ebenfalls über umfassende Möglichkeiten verfügen, ihre Plattform einem breiten Publikum bekannt zu machen.

88. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Erfassung und Würdigung von Verbundvorteilen auch aus einer ökonomischen Sicht nicht restlos geklärt ist.[21] Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Verbundvorteilen, welche aus konglomeralen Zusammenschlüssen resultieren, sowohl pro- wie auch antikompetitive Wirkung zukommen kann. Die Gefahr antikompetitiver Effekte ist dabei umso höher, je stärker die Stellung der zusammenschliessenden Unternehmen in den einzelnen betroffenen Märkten ist. Fehlt es an einer marktbeherrschenden Stellung, die sich aufgrund des Zusammenschlusses in einen benachbarten Markt übertragen liesse, sind die aus dem Zusammenschluss resultierenden Verbundvorteile aus wettbewerbsrechtlicher Sicht in der Regel unbedenklich. Auf der anderen Seite generieren konglomerale Zusammenschlüsse oftmals Effizienzgewinne, von welchen letztendlich auch die Konsumenten in der Form besserer Produkte, erhöhter Produktewahlmöglichkeiten oder geringerer Preise profitieren, und können somit im Einzelfall aus gesamtökonomischer Sicht positiv zu würdigen sein.

Förderung des aktuellen Wettbewerbs durch die Metaportale

89. Ein indirekter disziplinierender Einfluss auf die führenden Immobilienmarktplätze geht von den Immobilien-Metaportalen wie Alle-immobilien.ch, Anzeiger.ch und Immovista.ch[22] aus, welche mit ihrem Angebot eine Intensivierung des Preiswettbewerbs zwischen den einzelnen Portalen unabhängig von deren Netzwerkgrösse bewirkt. Bei den Metaportalen handelt es sich im Wesentlichen um auf Immobilienanzeigen spezialisierte Suchmaschinen, die mit einer speziellen Software auf die Inserate der verschiedenen Online-Immobilienmarktplätze zugreifen. Dadurch lassen sich auf diesen Metaportalen alle online inserierten Immobilienobjekte, also sowohl diejenigen der grossen (teuren) wie auch diejenigen der kleinen (günstigeren) Online-Marktplätze, finden. Die Anzahl der Objekte, auf die durch die Metaportale zugegriffen werden kann, entspricht deshalb in etwa dem gesamten Online-Marktvolumen. Entsprechend attraktiv sind die Metaportale für die Wohnungssuchenden: Während sie bei der separaten Suche auf einem

[20] Mit search.ch ist Homegate selber bereits eine Kooperation eingegangen. Unter <www.immo.search.ch> findet sich derzeit eine Suchmaschine für Immobilien, welche auf die Datenbanken von Homegate und Immostreet zugreift.

[21] Für eine eingehende rechtliche und ökonomische Diskussion vgl. OECD-Roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers, 24.1.2002, m.w.Hw.

[22] Während alle-immobilien.ch und immo.ch unabhängig sind, handelt es sich bei Immovista um eine gemeinsame Plattform der Online-Marktplätze Homegate, Immoscout24, Espace.ch/immo und Tagesanzeiger.ch/Immobilien sowie diverser Verbände aus der Immobilienbranche. Gemäss Angabe der Parteien werden in Kürze auch Immoclick.ch und nzzdomizil.ch teilnehmen, weiteren Online-Marktplätzen steht Immovista offen. Nicht integriert in diese Metaplattform sind hingegen Immostreet.ch sowie die zahlreichen günstigeren regionalen und kleineren Portale. Immovista funktioniert nicht wie eine "neutrale" Suchmaschine, sondern als gemeinsame Plattform der beteiligten Unternehmen. Zwischen den beteiligten Unternehmen besteht ein automatisierter Datentransfer, der es den Kunden ermöglicht, die Objektdaten nur einmal zu erfassen und auf mehreren Plattformen gleichzeitig zu inserieren. Obwohl sich Immovista dadurch von den neutralen Suchmaschinen unterscheidet, übt auch diese Plattform eine disziplinierende Wirkung auf die angeschlossenen Marktplätze und somit auch auf Homegate aus. Immovista wird auch nach der Übernahme von Homegate durch Tamedia und Edipresse weitergeführt werden.

der Online-Marktplätze nur in die jeweiligen Anzeigen der betreffenden Plattform Einsicht haben, ermöglicht die Suche auf den Metaportalen den gleichzeitigen Zugriff auf alle Marktplätze. Auch für die andere Marktseite, die Inserierenden, eröffnen die Metaportale interessante Möglichkeiten. Da diese die kleinen günstigen Plattformen ebenso erfassen wie die grossen teuren, lässt sich ein Immobilieninserat ebenso gut auf einem kleineren aber preisgünstigeren Marktplatz schalten. Die Penetrationskraft sämtlicher Plattformen nähert sich an und hängt nicht mehr von deren eigenen Netzwerkgrösse ab, womit sich der Wettbewerb zwischen den einzelnen Portalen bezüglich Preis und Leistung (Einfachheit der Aufschaltung, Möglichkeiten der Präsentation, Zusatzdienste) verschärft.

90. Im Markt für Online-Immobilieninserate sind neben der Penetrationskraft der Preis und die Einfachheit des technischen Handlings die entscheidenden Wettbewerbsparameter, wobei insbesondere das Nachfrageverhalten der Privatinserenten preiselastisch ist. Die Metaportale eröffnen vor allem dem Kundensegment mit einer hohen Preissensibilität die Möglichkeit, Immobilieninserate bei - zumindest potenziell - gleicher Penetrationskraft auf einer günstigeren Plattform zu schalten. Weniger Bedeutung haben die Metaportale derzeit für die Immobilienunternehmen, welche aufgrund gemeinsamer Schnittstellen und automatisiertem Datentransfer zwischen den etablierten Plattformen sowie wegen geringerer Preiselastizität weiterhin vorwiegend auf den grossen Marktplätzen inserieren. Eine gewisse disziplinierende Wirkung auf den Insertionspreis der grossen Marktplätze dürfte den Metaportalen aber zukommen.

91. Der Einfluss der Metaportale auf den aktuellen Wettbewerb wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass diese derzeit noch über einen relativ schwachen Bekanntheitsgrad auf der Marktseite der Wohnungssuchenden verfügen. Gemäss Immo-Monitoring 2005[23] werden die Metaportale von jeweils weniger als 3% der Internet-Wohnungssuchenden genannt (zum Vergleich: Immostreet24: 24%, Homegate: 21%; vgl. Rz. 77), und gemäss MA Comis 2004 beträgt der WNK von Alle-immobilien.ch 3,3%, derjenige von Immovista nur 0,7% (zum Vergleich: Immostreet24: 14,8%, Homegate: 13,7%; vgl. Rz. 78). Es ist damit zu rechnen, dass der disziplinierende Einfluss der Metaportale auf das Preisniveau der führenden Immobilien-Marktplätze erst mit steigender Bekanntheit der Metaportale zum Tragen kommen wird.

92. Im Mai 2001 reichten unter anderem Homegate, Immoscout24 und Tamedia beim Amtsgericht der Stadt Luzern gegen die Nexpage AG, welche unter <www.anzeiger.ch> ein Immobilien-Metaportal führt, Klage auf Unterlassung der Ausbeutung fremder Daten und Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinnes ein. Das abweisende Urteil des Amtsgerichts wurde vom Obergericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 14. Juli 2004 bestätigt. Das Urteil des Obergerichts wurde in der Zwischenzeit unter anderem von Homegate, Immoscout24 und Tamedia ans Bundesgericht weitergezogen. Die Metaplattform der Nexpage AG unterscheidet sich insoweit von reinen Suchmaschinen, als sie die Datenbanken der Online-Marktplätze in eine eigene Datenbank kopiert. Der Wohnungssuchende verbleibt dadurch auf der Webpage der Nexpage AG und wird nicht mittels so genannten "Deep Link" auf die Webpage des publizierenden Online-Marktplatzes verwiesen. [...] Es ist deshalb davon auszugehen, dass selbst im Falle der Gutheissung der Berufung durch das Bundesgericht die anderen Metaportale ihren Service weiterhin werden anbieten können. Der disziplinierende Einfluss der Metaportale auf die Preissetzung der grossen Online-Immobilienmarktplätze dürfte somit auch mittelfristig erhalten bleiben.

Marktstellung

93. Immobilienobjekte werden nicht nur per Internetplattformen, sondern auch über andere Medien, insbesondere Print-Inserate, und "unter der Hand", also ohne Insertion, vermittelt. Auch solche Insertionskanäle, welche nicht dem Markt für Online-Inserate angehören, jedoch zu den Online-Inseraten in einer substitutiven Beziehung stehen, üben einen gewissen disziplinierenden Einfluss auf Homegate aus.

94. Der disziplinierende Einfluss der Print-Immobilieninserate muss im Grossraum Zürich als gering eingeschätzt werden. Print-Immobilieninserate sind wesentlich teurer als Online-Inserate und weisen im Vergleich zu diesen erhebliche Nachteile auf (vgl. Ausführungen in Rz. 40). Der einzige Vorteil der Print-Medien gegenüber den Online-Marktplätzen liegt im unterschiedlichen Adressatenkreis, doch kommt gerade aus diesem Grund den Print-Medien ein nur beschränktes Substitutionspotenzial zu. Zusätzlich relativiert wird der disziplinierende Einfluss der Print-Medien durch die Tatsache, dass Tamedia selber in diesem Markt im Grossraum Zürich hohe Marktanteile aufweist. Es ist deshalb nicht damit zu rechnen, dass die Insertionspreise für Print-Inserate in naher Zukunft so stark fallen, dass ihnen ein wesentlicher disziplinierender Einfluss auf die Online-Marktplätze zukommen könnte.

95. Hingegen übt die Möglichkeit, Wohnobjekte "unter der Hand", also unter gänzlichem Verzicht auf ein Inserat, zu vermitteln, einen gewissen disziplinierenden Einfluss auf den Markt für Online-Immobilieninserate aus. Gemäss der Studie Immo-Monitoring 2005 suchen rund 10% der Wohnungssuchenden weder per Internet noch per Zeitungsinserat, sondern durch aktives Nachfragen bei Bekannten, Vermietern oder Verkäufern.[24] Für viele Objekte, insbesondere Mietobjekte in Stadtnähe, ist aufgrund des Nachfrageüberhanges eine Insertion nicht zwingend notwendig. Entsprechend wird der potenzielle Inserent vor der Insertion die Kosten des einfacheren Online-Inserates gegen die Kosten der "unter der Hand Vermittlung" (in der Form des Suchaufwandes und der

[23] WÜEST & PARTNER, a.a.O., S. 53.
[24] WÜEST & PARTNER, a.a.O., S. 48 f.

Gefahr des Misserfolges) abwägen. Daraus resultiert ein gewisser disziplinierender Einfluss auf die Preissetzung durch die Online-Marktplätze. Zu beachten ist allerdings, dass die Möglichkeit der "unter der Hand Vermittlung" vor allem von Privatpersonen und nur in geringem Umfang von Immobilienunternehmen benutzt wird.

Fazit zum aktuellen Wettbewerb

96. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Homegate im Markt für Online-Immobilienanzeigen über ein starke, gleichzeitig auch ausbaufähige Marktstellung verfügt, insbesondere mit Immoscout24 und diversen mittelgrossen Plattformen aber potente Wettbewerber vorhanden sind. Aus dem Zusammenschlussvorhaben resultiert nur eine geringe zusätzliche Stärkung der Wettbewerbsstellung von Homegate. Die zu erwartenden unmittelbaren Marktanteilsgewinne sind klein, allfällige Verbundvorteile Print-Online werden sich nur schwer realisieren lassen. Hinzu kommt, dass die Metaportale und alternative Vermittlungskanäle von Immobilienobjekten eine gewisse disziplinierende Wirkung auf das Geschäftsgebaren der grossen Immobilienplattformen ausüben. Trotz der theoretischen Monopolisierungstendenz des Marktes für Online-Inserate ist deshalb nicht davon auszugehen, dass die zusammenschliessenden Parteien im aktuellen Wettbewerb eine Marktstellung erlangen würden, die es ihnen erlaubt, sich von den anderen Wettbewerbern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Potenzieller Wettbewerb

97. Hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz stellt sich die Frage der Markteintrittschranken für neue Immobilienplattformen. Die Parteien gehen davon aus, dass es sich beim Markt für Online-Immobilieninserate um einen äusserst dynamischen Markt mit tiefen Eintrittsbarrieren handelt. Die Wahrscheinlichkeit neuer Online-Marktplätze wird als gross eingeschätzt. Als potenzielle neue Anbieter werden insbesondere Medienunternehmen, ausländische Online-Marktplätze, Auktionsportale, Online-Portale, Suchmaschinen, Liegenschaftsverwaltungen/Makler sowie Banken genannt.

98. Ein Markt ist umso angreifbarer, je höher dessen Gesamtwachstum, je grösser die marktinterne Dynamik und je geringer die Eintrittskosten sind. Das Gesamtwachstum des Online-Inseratemarktes kann dabei aus einer Zunahme der Immobilieninserate insgesamt oder aus einer Verschiebung vom Print- in den Online-Bereich resultieren.

99. Das Gesamtvolumen des Marktes für Online-Immobilieninserate ist abhängig von der Grösse des Immobilienmarktes insgesamt. Der Wohnungsbestand in der Schweiz wies in den letzten 20 Jahren Wachstumsraten von 0,7% (2003) bis 1,7% (1990) aus, wobei das Wachstum seit 1994 rückläufig war. Es ist damit zu rechnen, dass der Bestand an Wohnraum im längerfristigen Schnitt jährlich um 1%-1,5% zunimmt. Dieses Wachstum führt mittelbar zu einem - wenn auch langsamen - Wachstum des Inseratemarktes. Überdies verändert sich das Wohnverhalten der Bevölkerung. Die durchschnittliche Verweildauer in derselben Wohnung ist aufgrund der veränderten Lebensmuster rückläufig. Entsprechend muss eine Wohnung zunehmend häufig vermittelt werden, was sich ebenfalls in einer Zunahme des Inseratevolumens niederschlägt. Insgesamt ist davon auszugehen, dass das Gesamtinseratevolumen stetige, wenn auch nur sehr kleine Wachstumsraten aufweist.

100. Der Markt für Online-Immobilieninserate verfügt zudem über ein gewisses Wachstumspotenzial hinsichtlich der derzeit noch über andere Insertionskanäle vermittelten Immobilienobjekte. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Markt für Online-Immobilieninserate zwar ein relativ junger, bis anhin rasch wachsender Markt ist, das diesbezügliche Wachstumspotential im Bereich der professionellen Immobilienunternehmen jedoch annähernd ausgereizt ist. Zwar wird die Bedeutung der Online-Inserate gemäss der Einschätzung der befragten Unternehmen in den nächsten Jahren nochmals steigen, doch werden gegenwärtig schon fast sämtliche von Immobilienunternehmen angebotenen Objekte online inseriert. Das Wachstum der Online-Plattformen wird sich deshalb in näherer Zukunft auf die Privatpersonen verlagern und entsprechend auch verlangsamen.

101. Die von Privatpersonen inserierten Objekte machen derzeit auf den führenden Immobilien-Plattformen weniger als 15% des Gesamtvolumens aus.[25] Demgegenüber stammen in den Print-Titeln rund 30% der Anzeigen von Privaten. Ein Teil der heute in Print-Medien geschaltenen Privatanzeigen wird gemäss den Erwartungen der befragten Unternehmen auf die reinen Online-Marktplätze abwandern.[26] Aufgrund der im Vergleich zu Print-Inseraten wesentlich tieferen Preise der Online-Inserate werden künftig zudem vermehrt auch Privatpersonen, welche bis anhin auf Insertionen verzichteten, ein Online-Inserat schalten. Eine Prognose des zukünftigen von Privaten geschaltenen Inseratevolumens ist mit Unsicherheiten verbunden, doch ist insgesamt damit zu rechnen, dass dessen Anteil auch auf den grossen Plattformen mittelfristig auf bis rund 40% steigen wird.[27] Das mittelfristige Wachstumspotential des Marktes für Online-Immobilieninserate dürfte deshalb schätzungsweise rund 30% betragen.

[25] Auf den Online-Marktplätzen der Print-Medienunternehmen ist der Anteil etwas höher.

[26] Da jedoch viele der Print-Inserate bereits heute standardmässig auch online erscheinen, darf dieses Abwanderungs- nicht mit dem Wachstumspotenzial der Online-Marktplätze gleichgesetzt werden.

[27] Gemäss den Businessplänen von Homegate soll künftig [...]% des Umsatzes mit Privatpersonen generiert werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Umsatz pro Privatinserat ein Mehrfaches des Umsatzes pro Immobilienunternehmeninserat beträgt.

102. Der Markt für Online-Immobilieninserate zeichnet sich durch ein ausgeprägtes Multihoming seitens der Anbieter von Immobilien aus. Insbesondere die grossen Immobilienunternehmen schalten häufig Anzeigen auf mehreren Plattformen. Dank des automatisierten Datentransfers zwischen den Plattformen ist ein solches Multihoming für die Inserenten mit einem geringen Zusatzaufwand verbunden. Da aber jedes Inserat auf jeder Plattform einzeln bezahlt werden muss, ist der mit Multihoming erreichte Zusatznutzen (in der Form einer grösseren Penetrationskraft) auch mit erheblichen Zusatzkosten verbunden. Es ist deshalb fraglich, ob und in welchem Ausmass auch künftig Multihoming betrieben wird. Sollten die Immobilienunternehmen nur noch auf einer Immobilienplattform inserieren, würde dies zu einem Rückgang des Gesamtvolumens der Online-Inserate führen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass künftig vermehrt auf mehreren Marktplätzen gleichzeitig inseriert wird, was ein Wachstum des Gesamtmarktes bewirken würde. Eine Prognose des zukünftigen Insertionsverhaltens der Anbieter ist mit grossen Unsicherheiten verbunden. Die Angaben der befragten Immobilienunternehmen lassen aber vermuten, dass das durch Multihoming generierte Zusatzvolumen zumindest mittelfristig stabil bleiben wird.

103. Der Markt für Online-Immobilieninserate weist eine hohe interne Dynamik auf. Aufgrund des zunehmend eingeschränkten Wachstumspotenzials des Gesamtmarktes hat in den letzten Jahren ein Konsolidierungsprozess eingesetzt, der dazu führte, dass einzelne Plattformen eingestellt oder von grösseren Unternehmen übernommen wurden. Homegate, Immostreet und Immoscout24 haben sich - in jeweils unterschiedlichen Regionen - als führende Marktplätze etabliert. Insbesondere Immoscout24 weist derzeit gemäss eigenen Angaben eine ausserordentlich hohe Wachstumsrate aus.[28] Gleichzeitig versuchen aber stets auch wieder neue kleinere Marktplätze, sich insbesondere als Nischenanbieter zu etablieren.[29] Zu erwähnen ist zudem der Markteintritt der NZZ mit einer eigenen Plattform <www.nzzdomizil.ch>, welcher dank der Kooperation mit Immoscout24 auch das Potenzial zukommt, die für eine Plattform kritische Masse an Inseraten zu erreichen. Insgesamt zeichnet sich der Markt für Online-Immobilieninserate durch eine hohe interne Dynamik aus, aufgrund welcher derzeit offen ist, ob und allenfalls welches Portal sich allein oder im Verbund als führende Plattform wird etablieren können.

104. Die finanziellen Markteintrittsschranken sind insofern als tief einzuschätzen, als die Kosten für die technische Ausrüstung, die zum Betrieb eines Online-Marktplatzes notwendig ist, relativ gering sind. Auch die Anschaffung/Entwicklung der Software zur Führung der Datenbanken, Präsentation im Internet und Erstellung der Schnittstellen mit den Datenbanken der Immobilienunternehmen ist nicht mit Kosten verbunden, welche eine wesentliche Markteintrittsschranke darstellen.

105. Ein erfolgreicher Markteintritt und die Etablierung einer neuen Plattform sind hingegen mit massiven Kosten im Marketingbereich verbunden. Bestehen nicht anderweitige Wettbewerbsvorteile, wie sie beispielsweise die Kantonalbanken als im Hypothekarbereich tätige Unternehmen oder etablierte Internetplattformen mit einem hohen Bekanntheitsgrad aufweisen, lässt sich die notwendige kritische Grösse, welche den Marktplatz für die beiden Marktseiten attraktiv macht, nur mit einem ausserordentlich hohen finanziellen Aufwand erreichen. Fehlt es einem Marktplatz hingegen an der Penetrationskraft, lässt sich dieses Defizit auch nicht durch eine aggressive Preispolitik ausgleichen, wie sich an den stark unterschiedlichen Preisen der Internetportale erkennen lässt. Diese Erfahrung musste auch Tamedia mit ihrem eigenen Portal <www.immowinner.ch>, welches mittlerweile nicht mehr betrieben wird, machen: Trotz Investitionen in Millionenhöhe gelang es Tamedia nicht, die kritische Grösse zu erreichen und einen neuen Online-Immobilienmarktplatz zu etablieren. Die Netzwerkeffekte des Marktes für Online-Immobilienanzeigen, die eine kritische Grösse des Marktplatzes erfordern, stellen eine erhebliche Markteintrittsschranke dar.

106. Neueintritte in den heute zumindest in Ansätzen strukturierten und von wenigen Plattformen dominierten Markt sind dennoch nicht ausgeschlossen. Zum einen sind Eintritte von Nischenanbietern, deren Plattform nur ein bestimmtes Kundensegment - wie beispielsweise Studenten, Gewerbetreibende oder Eigentümer von Luxusobjekten - oder eine bestimmte Region bedient, und deren Marketingaufwand sich deshalb in Grenzen hält, dank der tiefen technischen Kosten und trotz der Dominanz der grossen Plattformen nach wie vor möglich. Nischenanbieter oder sonstige kleine neueintretende Plattformen profitieren überdies von den Metaplattformen, dank welchen sie auch mit einem kleinen Inseratevolumen in ein grosses Netzwerk eingebunden werden und somit für die Inserenten eine attraktive Alternative zu den grossen Plattformen bieten. Zum anderen lässt sich die notwendige kritische Grösse auch durch Kooperationen mit etablierten Plattformen erreichen. Viele der professionellen Immobilienunternehmen inserieren ihre Objekte zwecks Maximierung der Reichweite auf mehreren Plattformen gleichzeitig, ohne aber bereit zu sein, die Daten mehrfach zu erfassen. Besitzt eine neue Plattform eine Schnittstelle mit einem etablier-

[28] Gemäss Angaben von Immoscout24 ist das Inseratevolumen in den letzten 9 Monaten um 50% gewachsen.

[29] So insbesondere im Grossraum Zürich: <www.immosky.ch> (spezialisiert auf Verkaufsobjekte, Zusammenarbeit mit allen grossen Immobilienplattformen); <www.immodotnet.ch> (Gratisplattformen diverser Kantonalbanken).

ten Marktplatz, die eine automatische Weiterleitung der Daten ermöglicht, stehen die Chancen gut, die für den Betrieb eines Immobilien-Marktplatzes notwendige kritische Masse zu erreichen. Eine Möglichkeit, von diesem automatischen Datentransfer zu profitieren, stellt der Beitritt zur Gemeinschaftsplattform Immovista dar. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch der erfolgreiche Markteintritt der Plattform <www.nzzdomizil.ch>, welche erst am 24. November 2004 in Kooperation mit Immoscout24 gestartet wurde.

107. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass erfolgreiche Eintritte in den Markt für Online-Immobilieninserate beschränkt als Nischenanbieter, in Kooperation mit einer etablierten Plattform oder mit einem hohen finanziellen Aufwand realisierbar sind. Obschon es sich um einen beweglichen Markt mit Wachstumspotenzial insbesondere im Bereich der Privatinserenten handelt, ist aufgrund der starken Netzwerkeffekte eine kritische Masse von Inseraten unabdingbar. Die Praxis zeigt jedoch, dass nach wie vor Markteintritte möglich sind und auch tatsächlich stattfinden. Insoweit dürfte auch der potenzielle Wettbewerb zumindest eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die bestehenden Plattformen ausüben.

Marktgegenseite[30]

108. Zu prüfen ist schliesslich, inwieweit von der Marktgegenseite eine disziplinierende Wirkung auf die Online-Marktplätze ausgeht. Der Intermediär in einem doppelseitigen Markt hat zwei Marktgegenseiten. Da im vorliegend zu beurteilenden Markt aber einzig die Inserenten, nicht aber die Wohnungssuchenden einen Preis für die Vermittlungstätigkeit der Online-Marktplätze bezahlen müssen, rechtfertigt es sich, nur die Stellung dieser Marktgegenseite zu analysieren.

109. Die Marktseite der Inserenten setzt sich zum einen aus Privatinserenten, zum anderen aus Immobilienunternehmen zusammen, wobei rund 85% der auf Internetplattformen inserierten Objekten von Immobilienunternehmen stammen. Allerdings ist damit zu rechnen, dass der Anteil der von Privatpersonen inserierten Objekten mittelfristig auf bis zu 40% steigen wird (vgl. Rz. 100).

110. Die disziplinierende Wirkung der Privatinserenten auf die Online-Marktplätze muss als sehr gering eingestuft werden. Die Privatinserenten verfügen in der Regel nur um ein oder einige wenige Objekte, und entsprechend selten muss ein Inserat zwecks Vermittlung der Immobilie geschalten werden. Auch sind die Privatinserenten nicht organisiert, so dass sie nicht in der Lage sind, ein Gegengewicht zu der starken Marktstellung der etablierten Online-Marktplätze zu bilden.

111. Hingegen sind die Online-Marktplätze auf die Objekte der Immobilienunternehmen angewiesen, um überhaupt die für den Betrieb eines Online-Marktplatzes kritische Grösse zu erreichen. Immobilienunternehmen inserieren meist zahlreiche Objekte gleichzeitig auf mehreren Plattformen und verfügen damit über einen beachtlichen Teil des "Rohstoffes", den die Online-Marktplätze zum Betrieb benötigen. Viele der Immobilienunternehmen führen zudem eine eigene Homepage, auf welcher die Objekte ebenfalls angeboten werden. Werden den Immobilienunternehmen unangemessene Bedingungen gestellt, haben diese die Möglichkeit, ohne grossen technischen Aufwand ihre Daten einer anderen Plattform zukommen zu lassen oder im Verbund mit anderen Immobilienunternehmen einen eigenen Marktplatz aufzubauen, der die Webpages der einzelnen Unternehmen miteinander verlinkt.[31] Damit ein solcher Marktplatz für die Wohnungssuchenden attraktiv wird, genügt, wenn einige führende Immobilienunternehmen ihre Zusammenarbeit mit den etablierten Marktplätzen einstellen und die von ihnen verwalteten Objekte nur noch auf dem eigenen Netzwerk anbieten. Mit <www.swissreseau.ch> hat sich beispielsweise in der Westschweiz ein solches Maklernetzwerk, das allerdings in das Portal von Swissimmo eingebunden ist, etabliert, und auch im Ausland (Schweden und Grossbritannien) werden führende Online-Marktplätze von Immobilienunternehmen betrieben.[32] Insgesamt verfügen zumindest die grossen Immobilienunternehmen über ein nicht zu unterschätzendes Gegengewicht gegen die starke Marktstellung der etablierten Online-Plattformen. Selbst wenn sich Homegate oder eine andere Plattform als alleiniger Standard durchsetzen sollte, würde sie sich in der Marktgegenseite der Immobilienunternehmen einer disziplinierenden Kraft ausgesetzt sehen. Auch eine Plattform mit sehr hohen Marktanteilen und grosser Penetrationskraft wäre nicht in der Lage, sich von den Inseratenachfragern unabhängig zu verhalten, da sie auf deren Objektdaten zwingend angewiesen sind.

[30] Die Stellung der Marktgegenseite und deren disziplinierende Wirkung wird in der jüngeren Praxis der Wettbewerbskommission nicht mehr gesondert geprüft. Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles, insbesondere der Doppelseitigkeit des untersuchten Marktes, rechtfertigt sich jedoch, den Einfluss der Marktgegenseite ausnahmsweise einer vertieften Analyse zu unterziehen.

[31] Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Immobilienunternehmen derzeit noch eine relativ tiefe Preiselastizität aufweisen. Wichtiger als der Online-Insertionspreis, welcher im Vergleich zu den traditionellen Print-Inseraten ohnehin wesentlich tiefer ist, ist das technische Handling der Datenerfassung und insbesondere die Reichweite der Plattform. Die Preissensibilität der Immobilienunternehmen wird zudem dadurch gemindert, dass die Anzeigekosten im Verhältnis zu den Gesamt-Verwaltungskosten relativ gering sind und in aller Regel den Eigentümern weiterverrechnet werden können.

[32] Im Grossraum Zürich betreibt bspw. Immosky, ein auf die Vermittlung von Verkaufsobjekten spezialisiertes Immobilienunternehmen, eine eigene Plattform, die allerdings mit derzeit rund 400 Objekten noch eine relativ bescheidene Grösse aufweist. Diese Plattform wird durch Immosky mit einem gratis abgegeben Hochglanzmagazin mit "100 ausgewählten Objekten" aktiv vermarktet.

Zwischenergebnis

112. Zusammenfassend ergibt sich, dass der gemeldete Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung von Homegate im Raum Zürich begründet, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Zwar verfügt Homegate im Raum Zürich bereits heute über die höchsten Marktanteile, doch wird diese führende Stellung durch den Zusammenschluss nur unwesentlich verstärkt. Die aktuelle Konkurrenz, insbesondere durch andere potente etablierte Online-Marktplätze, wie auch die potenzielle Konkurrenz aufstrebender Neueintreter stellt sicher, dass der Wettbewerb im Markt für Online-Inserate auch künftig spielen wird. Zusätzlich diszipliniert werden die grossen Online-Marktplätze durch das Aufkommen von Metaportalen, welche die Verknüpfung auch mit kleineren Marktplätzen erlauben, sowie durch die starke Marktgegenseite in der Form der Immobilienunternehmen. Es wird Homegate aus diesen Gründen nicht möglich sein, sich im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern zu verhalten.

B.4.2.1.b Grossraum Genf/Waadt

Aktueller Wettbewerb/Marktstellung

Marktseite der Inserenten[33]

113. Gemäss den ursprünglichen, von den Parteien mit der Meldung vom 28. September 2004 eingereichten Zahlen wurden im Jahr 2003 insgesamt [...] Immobilienobjekte aus dem Grossraum Genf/Waadt auf Internet-Portalen inseriert. Swissimmo führte rund [...] Objekte, was einem Marktanteil von [25%-40%] entspricht. Auf dem Portal von Homegate wurden rund [...] Objekte ([5%-15%] Marktanteil), und auf Zannonces, dem Rubrikmarktplatz der Edipresse, [...] Immobilien ([5%-15%] Marktanteil) aus der Region Genf/Waadt inseriert. Keine Immobilienobjekte aus dem Raum Genf/Waadt fanden sich auf dem Immobilienmarktplatz der Tamedia. Das stärkste Portal im Grossraum Genf/Waadt war Immostreet, welches mit [...] Objekten im Jahr 2003 über einen Marktanteil von [30%-45%] verfügte. Immoscout24 hingegen war in dieser Region mit einem Marktanteil von [< 10%] kaum präsent. Die übrigen Portale kamen mit [...] Objekten auf einen Marktanteil von [< 10%].

114. Wie die Zahlen für den Grossraum Zürich wurden auch die Marktanteile für den Grossraum Genf/Waadt von den Parteien nachträglich mit einem anderen Berechnungsmodus, welcher insbesondere auch die stark regional ausgerichteten Online-Marktplätze berücksichtigt, revidiert. Dabei errechneten die Parteien für das Jahr 2003 für Swissimmo einen Marktanteil von [20%-35%], von Homegate von [< 10%] und für Zannonces von [< 10%]. Das stärkste Portal ist weiterhin Immostreet mit einem Marktanteil von [30%-45%], daneben finden sich diverse kleinere Portale mit Marktanteilen von bis zu [< 10%] (Geneveimmobilier.ch). Nachfolgend kann offen bleiben, welche Berechnungen den tatsächlichen Verhältnissen besser entsprechen, da auch unter Annahme der höheren Marktanteile der Plattformen der beteiligten Unternehmen aus dem Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung resultiert.

[33] Bezüglich der Marktseite der Wohnungssuchenden konnten für den Grossraum Genf/Waadt keine regionalen Daten zum Bekanntheitsgrad der Immobilienportale ermittelt werden. Gemäss der Gesamtschweizerischen Studie von WÜEST & PARTNER weist Swissimmo einen gesamtschweizerischen Bekanntheitsgrad von 4% auf (vgl. Rz. 77). Die dem Sekretariat eingereichten Studien von MMXI und WEMF erfassen die ausschliesslich in der Westschweiz tätigen Portale nicht.

Raum Genf/Waadt (Jahr 2003)			
Portal	***Anzahl Inserate pro Jahr***	***Marktanteil (ursprüngliche Berechnung)***	***Marktanteil (revidierte Berechnung)***
Swissimmo	[…]	[25%-40%]	[20%-35%]
Zannonces	[…]	[5%-15%]	[< 10%]
Total Portale Edipresse	***[…]***	***[30%-50%]***	***[22%-42%]***
Homegate	[…]	[5%-15%]	[< 10%]
Immostreet	[…]	[30%-45%]	[25%-40%]
Immoscout24	[…]	[< 10%]	[< 10%]
Übrige Plattformen	[…]	[< 10%]	
Alibaba.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Annonces.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Geneveimmobilier.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Immoclick.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Immologic.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
La cote.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Romandie.com	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Selection-immobiliere.ch	[…]	nicht berücksichtigt	[< 10%]
Total Grossraum Genf/Waadt	[…]		100%

115. Im Jahr 2004 sind zudem im Raum Genf/Waadt drei neue Online-Marktplätze in den Markt eingetreten, die über Marktanteile [< 10%] verfügen:

Neueintritte Raum Genf/Waadt (Jahr 2004)		
Portal	***Anzahl Inserate pro Jahr***	***Marktanteil***
Petits-annonces.ch	[...]	[< 10%]
Anibis.ch	[...]	[< 10%]
Logic-immo.ch	[...]	[< 10%]

116. Die von Edipresse kontrollierten Portale Swissimmo und Zannonces weisen zusammen einen Marktanteil von [30%-50%] (ursprüngliche Berechnung) beziehungsweise [22%-42%] (revidierte Berechnung) auf. Fraglich ist, in welchem Ausmass das geplante Zusammenschlussvorhaben zu einer Stärkung der Wettbewerbsstellung und einer Erhöhung der Marktanteile führt, da insbesondere zwischen Swissimmo und Homegate eine gewisse Anzahl von Dubletten besteht. Gemäss den von Swissimmo und Homegate durchgeführten Abklärungen waren an einem Stichtag im November 2004 rund [...] Objekte auf beiden Marktplätzen enthalten, was rund [...] Objekten pro Jahr entspricht. Somit handelt es sich bei rund [25%-45%] der auf Homegate für den Grossraum Genf/Waadt inserierten Objekte um Dubletten. Da diese Dubletten mit dem Vollzug des Zusammenschlusses wegfallen werden, begrenzt sich die aus dem Zusammenschluss resultierende Marktanteilsaddition auf ca. [< 10%]. Homegate/Swissimmo und das Portal von Edipresse Zannonces würden somit zusammen über einen Marktanteil von rund [32%-58%] (ursprüngliche Berechnung) beziehungsweise [24%-50%] (revidierte Berechnung) verfügen. Immostreet als wichtigster Wettbewerber verfügt demgegenüber über einen Marktanteil von [30%-45%] beziehungsweise [25%-40%] und somit über ein höheres Inseratevolumen als das Portal Homegate/Swissimmo ohne Berücksichtigung von Zannonces.[34] Mit Geneveimmobilier.ch findet sich zudem ein weiterer starker Marktplatz, dessen Aktivitäten sich allerdings auf den Raum Genf konzentrieren. Schliesslich geht eine gewisse disziplinierende Wirkung von den kleineren, neu in den Markt eingetretenen Portalen wie Logic-immo.ch und Selection-immobiliere.ch aus, welche sich mit kombinierten Print-Online-Angeboten speziell an professionelle Immobilienhändler richten.[35]

117. Auch im Raum Genf/Waadt inserieren die befragten Immobilienunternehmen ihre Objekte oftmals auf mehreren Plattformen gleichzeitig. Dieses Multihoming hat die wettbewerbsrechtlich positive Folge, dass auch kleinere Marktplätze die kritische Grösse erreichen und somit mehrere Wettbewerber im Markt bestehen können, führt aber andererseits dazu, dass die Marktplätze insbesondere von den Immobilienunternehmen nicht als reine Substitute, sondern als ergänzende Angebote wahrgenommen werden. Die daraus resultierende geringere Kreuzpreiselastizität dämmt auch den gegenseitig disziplinierenden Einfluss der unterschiedlichen Marktplätze ein.

118. Eine positive Wirkung auf den aktuellen Wettbewerb um die Inserenten kommt den Metaportalen zu (siehe dazu Rz. 89 ff.). Dabei ist allerdings zu beachten, dass die etablierten Metaportale wie <www.anzeiger.ch> und <www.alle-immobilien.ch> die kleineren Online-Marktplätze der Westschweiz zumindest derzeit noch nicht erfassen. Auch dürften die in deutscher Sprache verfassten Webpages der Metaportale dazu führen, dass diese in der Westschweiz weit weniger bekannt sind und weniger oft benutzt werden als im Grossraum Zürich. Insgesamt dürften die Metaportale im Raum Genf/Waadt deshalb einen wesentlich geringeren disziplinierenden Einfluss ausüben.

119. Die Online-Marktplätze sehen sich im Grossraum Genf/Waadt einem gewissen Wettbewerb durch weniger nahe Substitute, die nicht dem gleichen sachlichen Markt wie die Online-Inserate angehören, ausgesetzt. Zwar kontrolliert Edipresse weitgehend den Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt der Westschweiz, doch sind in jüngster Zeit einige auf Immobilienobjekte spezialisierte Gratiszeitschriften in den Markt eingetreten, welche ihr Produkt gezielt auf professionelle Immobilienunternehmen ausrichten. Im Wettbewerb um die Immobilienunternehmen als wichtigste Inserenten stellt das Angebot dieser Unternehmen zumindest zu einem gewissen Grad eine Ausweichmöglichkeit zu den reinen Online-Iinseraten dar: Die Zeitschriften ermöglichen mehrfarbige Inserate mit Fotos der Immobilienobjekte zu wesentlich günstigeren Preisen als die klassischen Tageszeitungen, sie werden an das Zielpublikum der Wohnungssuchenden gratis abgegeben, es finden sich darin eine Vielzahl von Objekten, und die Inserate erscheinen gleichzeitig auf den Online-Marktplätzen der Zeitschriften. Die disziplinierende Wirkung auf die grossen Online-Marktplätze wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass sich diese Zeitschriften derzeit noch über sehr geringe Marktanteile verfügen und sich überdies mehrheitlich an Verkäufer und weniger an Vermieter von Immobilienobjekte richten.[36] Bezüglich der Mietobjekte sehen sich die Online-Marktplätze allerdings durch die Möglichkeit der Vermieter, die Objekte "unter der Hand", also ohne Insertionskosten zu vermitteln, einem anderen disziplinierendem Faktor ausgesetzt (siehe dazu Rz. 95).

[34] [...].

[35] In der Westschweiz finden sich mit Tout l'immobilier, La sélection immobilière und Logic-immo mehrere auf Immobilieninserate spezialisierte Gratiszeitschriften, welche jeweils auch einen Online-Marktplatz mit den in der Gratiszeitschrift annoncierten Immobilienobjekten führen.

[36] Sowohl in Logic-immo wie auch in La sélection immobilière finden sich nur Verkaufsinserate. Einzig in Tout l'immobilier werden auch Inserate für Mietobjekte publiziert. Siehe dazu auch Rz. 134.

Verbundvorteile Print-Online

120. Edipresse verfügte bereits vor dem Zusammenschluss mit Swissimmo und dem Portal Zannonces über zwei der grössten Online-Immobilienmarktplätze der Westschweiz. Für die Inserate in Zannonces bietet Edipresse ein Inseratebündel Print-Online an. Die Inserenten haben die Wahl zwischen einem einfachen Online-Inserat oder aber einem Online-Inserat kombiniert mit einem Inserat in einer Zeitschrift von Edipresse oder in der Zeitschrift Zannonces express. Da Zannonces auch nach dem Zusammenschluss selbstständig weitergeführt werden soll, ist dieses Angebot vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen. Hingegen hat Edipresse bis heute darauf verzichtet, ein Inseratebündel Print-Online mit der wesentlich attraktiveren Plattform von Swissimmo anzubieten. Die Gründe, warum die Parteien ein solches Inseratebündel für wirtschaftlich nicht sinnvoll halten und auch künftig auf ein entsprechendes Angebot verzichten wollen, wurden bereits bei der Beurteilung des Grossraums Zürich dargelegt (Rz. 82).

121. Homegate profitiert vom Zusammenschluss insofern, als dass es künftig auch in der Westschweiz über einen starken Partner im Print-Bereich verfügen wird. Aus den für den Grossraum Zürich dargelegten Gründen (vgl. dazu Rz. 85 ff.) ist allerdings nicht zu erwarten, dass Homegate aus dem Zusammenschluss mit Edipresse in der Form günstigerer Vermarktungsmöglichkeiten ein Wettbewerbsvorteil entsteht, den die Wettbewerber nicht ebenfalls mit einem anderen Kooperationspartner realisieren oder auf andere Weise kompensieren könnten. So zeichnet sich der Markt für Immobilieninserate im Grossraum Genf/Waadt dadurch aus, dass mehrere Unternehmen, welche kleinere Marktplätze führen, Gratiszeitschriften mit Immobilienobjekten herausgeben und dadurch über einen beträchtlichen Bekanntheitsgrad verfügen.

122. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass auch im Raum Genf/Waadt durch das Zusammenschlussvorhaben keine Verbundvorteile anfallen werden, welche es den zusammenschliessenden Unternehmen erlauben würden, sich im Markt für Online-Immobilieninserate als alleinige Plattform zu etablieren.

Ergebnis zum aktuellen Wettbewerb

123. Die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs im Raum Genf/Waadt ergibt, dass die zusammenschliessenden Unternehmen bereits heute über eine starke Markstellung verfügen, die aber durch den Zusammenschluss nicht in wesentlichem Grad verstärkt würde. Die resultierenden Marktanteilsgewinne sind zwar bedeutend höher als im Raum Zürich, doch besteht mit Immostreet ein starker Wettbewerber, der über höhere Marktanteile verfügt als das zusammenschliessende Portal Swissimmo/Homegate. Da Swissimmo bereits heute zu Edipresse gehört, ist nicht zu erwarten, dass aus dem Zusammenschluss Verbundvorteile für Swissimmo/Homegate resultieren, welche zu einem wesentlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Wettbewerbern und mittelfristig zu einer Monopolisierung des Marktes führen könnte. Auch geht von weniger nahen Substituten, die sich gezielt nach den Bedürfnissen der professionellen Immobilienunternehmen ausrichten, ein gewisser Wettbewerbsdruck aus.

Potenzieller Wettbewerb

124. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs im Markt für Online-Inserate im Raum Genf/Waadt deckt sich weitgehend mit derjenigen für den Raum Zürich (dazu Rz. 96 ff.). Erfolgreiche Eintritte in den Markt für Online-Immobilieninserate scheinen nur beschränkt möglich und sind mit einem hohen finanziellen Aufwand verbunden. Obschon es sich um einen beweglichen Markt mit Wachstumspotenzial insbesondere im Bereich der Privatinserenten handelt, ist aufgrund der starken Netzwerkeffekte eine kritische Masse von Inseraten unabdingbar. Markteintritte sind deshalb allenfalls als Nischenanbieter oder in Kooperation mit einer etablierten Plattform realisierbar.

125. Durch den Zusammenschluss von Homegate mit Swissimmo geht Swissimmo ein Wettbewerber verloren, der zwar im Raum Genf/Waadt bis anhin nicht sehr hohe Marktanteile hielt, jedoch dank seines hohen Bekanntheitsgrades und der umfassenden Datenbank mit Deutschschweizer Objekten über das Potenzial zum Ausbau seiner Marktstellung auch in der Westschweiz verfügt. Durch den Zusammenschluss verschwindet mithin der wohl potenteste potenzielle Wettbewerber von Swissimmo und Immostreet im Raum Genf/Waadt. Allerdings besteht mit Immoscout24 ein weiterer nationaler Online-Marktplatz, dessen Wachstumspotenzial in der Westschweiz noch nicht ausgeschöpft sein dürfte.

126. Insgesamt zeichnet sich der Markt für Online-Inserate in der Westschweiz durch eine eher höhere Dynamik aus als derjenige im Raum Zürich. So sind allein im letzen Jahr mit Petits-annonces.ch, Anibis.ch und Logic-immo.ch drei neue Online-Plattformen in den Markt eingetreten, denen allerdings derzeit noch relativ kleine Marktanteile von [< 10%] zukommen.

Marktgegenseite

127. Schliesslich kann auch bezüglich der Stellung der Marktgegenseite auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Raum Zürich verwiesen werden.

128. Mit SwissRéseau besteht in der Westschweiz bereits ein Maklernetzwerk, das allerdings der Plattform von Swissimmo angegliedert ist. Nichtsdestotrotz üben solche Netzwerke und die Möglichkeit, eine eigene Plattform zu etablieren, einen disziplinierenden Einfluss auf das Geschäftsgebaren der Online-Marktplätze aus. Da der Marktplatz von Swissimmo/Homegate auf die Zusammenarbeit mit den Immobilienunternehmen und insbesondere deren Objektdaten zwingend angewiesen ist, wäre er selbst dann, wenn er sich als alleiniger Standard durchsetzen sollte, nicht in der Lage, sich von den grossen Immobilienunternehmen unabhängig zu verhalten.

Zwischenergebnis

129. Zusammenfassend ergibt sich, dass der gemeldete Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung von Swissimmo/Homegate im Raum Genf/Waadt begründet, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Es ist nicht zu befürchten, dass der derzeitige aktuelle Wettbewerb mittelfristig von den zusammenschliessenden Parteien erfolgreich unterdrückt werden kann. Diverse Neueintritte mit innovativen Produkten bestätigen zudem, dass der Markt trotz der Netzwerkeffekten und entsprechender Markteintrittsschranken nach wie vor angreifbar ist. Schliesslich stellt auch die starke Stellung der Markgegenseite in der Form der Immobilienunternehmen sicher, dass es den Online-Marktplätzen künftig kaum möglich sein wird, sich im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern zu verhalten.

B.4.2.2 Markt für Print-Immobilieninserate

Vorbemerkung

130. Die Annahme der meldenden Unternehmen, wonach die Print-Immobilieninserate in den nächsten fünf bis zehn Jahren vom Markt verschwinden werden, ist voraussichtlich unzutreffend. Gemäss Angaben der befragten Print-Unternehmen war das Marktvolumen in den letzten Jahren zwar rückläufig, doch konnte dieser Trend im laufenden Jahr gebrochen werden. Auch die befragten Immobilienunternehmen gehen davon aus, dass den Print-Anzeigen künftig in etwa dieselbe oder nur leicht geringere Bedeutung wie heute zukommen wird.

131. Gemäss der Studie Immo-Monitoring 2005 haben die Print-Medien seitens der Wohnungssuchenden trotz des rasanten Anstiegs der Internetnutzung bisher erst wenig an Terrain verloren. Rund 80% der Wohnungssuchenden informieren sich nach wie vor auch über die Zeitung, um sich über den Wohnungsmarkt zu informieren, und immerhin rund 25% der Wohnungssuchenden stützten sich ausschliesslich auf die Print-Medien. Die Studie hält allerdings zu Recht fest, dass je mehr sich die Inserenten aufgrund der steigenden Nutzerzahlen des Internets darauf verlassen können, über diesen preisgünstigeren Kanal eine maximale Anzahl von Interessenten zu erreichen, desto eher die Kosten eines Zeitungsinserates vermieden werden dürften. Da viele Inserenten künftig wohl auf Zeitungsinserate verzichten werden, werde den Print-Medien "in absehbarer Zeit [...] nur noch eine Nischenfunktion zukommen". Die Print-Medien werden sich insbesondere dort behaupten können, wo eine Zielgruppe mit der Leserschaft eines Print-Mediums identisch ist, oder wenn die Objekte aufgrund mangelnder Marktgängigkeit, eines kleinen Interessentenkreises oder eines Überangebotes schlecht vermittelbar sind.

132. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften und des unterschiedlichen Zielpublikums der Markt für Print-Immobilieninserate zumindest mittelfristig bestehen bleibt. Es rechtfertigt sich deshalb, die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Märkte für Print-Immobilienanzeigen zu untersuchen.

133. Tamedia ist im Grossraum Zürich mit den Print-Titeln 20 Minuten Zürich, Tagblatt der Stadt Zürich, Tagesanzeiger und Sonntagszeitung[37] vertreten, Edipresse im Raum Genf/Waadt mit den Titeln Genève Home Informations, La Presse Nord Vaudois, La Presse Riviera Chablais, Lausanne Cités, Léman Express, Le Matin, Le Matin dimanche, Le Temps und Tribune de Genève. Die Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Markt für Print-Immobilieninserate ist auf diese beiden räumlichen Märkte einzugrenzen.

B.4.2.2.a. Grossraum Zürich

134. Aus den von den meldenden Parteien eingereichten Angaben zu den regionalen Marktanteilen ergibt sich, dass Tamedia im Markt für Print-Immobilieninserate einen Marktanteil von rund [10%-25%] hält. Der Zeitungspool Nordostschweiz hält demgegenüber einen Marktanteil von über [20%-35%]. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen im Grossraum Zürich. Der Regionalmarkt Zürich ist somit kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

B.4.2.2.b. Grossraum Genf/Waadt

Stellung von Edipresse vor dem Zusammenschluss

Aktuelle Konkurrenz

135. Gemäss den Berechnungen der meldenden Unternehmen wurden im Grossraum Genf/Waadt im Jahr 2003 insgesamt [...] Immobilienobjekte in den Print-Medien publiziert. Davon entfielen [...] Immobilienobjekte auf die von Edipresse herausgegebenen Titel, was einem Marktanteil von [75%-90%] entspricht. Der nächste Wettbewerber im Print-Bereich, Tout l'immobilier, kam 2003 auf einen Marktanteil von [10%-20%]. Tamedia ist im Grossraum Genf/Waadt mit keinem Print-Titel vertreten. Aufgrund der im Verhältnis zu Edipresse schwachen Marktstellung ist Tout l'immobilier nicht in der Lage, eine wesentliche disziplinierende Wirkung auf Edipresse auszuüben. Auch die beiden neu in den

[37] Die Sonntagszeitung deckt einen nationalen Markt ab. Entsprechend wurde deren Anzeigevolumen für den Grossraum Zürich von den meldenden Unternehmen mit [< 1] gewichtet.

Markt eingetretenen Gratisanzeiger für Verkaufsobjekte (Sélection immobilière und Logic-Immo), für die noch keine Marktanteilszahlen zur Verfügung stehen, vermögen derzeit nicht zu einer relevanten Veränderung der Marktverhältnisse zu führen. Sollten sich die Gratisanzeiger auf dem Markt etablieren können, wird jedoch künftig möglicherweise mit einer gewissen disziplinierenden Wirkung auf Edipresse zu rechnen sein. Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Gratisanzeiger in wesentlichen Eigenschaften, insbesondere hinsichtlich der inserierten Objekte, des Leserpublikums und der Reichweite, von den klassischen Tageszeitungen der Edipresse unterscheiden und somit von den Inserenten nicht als gleichwertige Substitute wahrgenommen werden.

136. Eine disziplinierende Wirkung auf die starke Stellung der Edipresse im Markt für Print-Immobilieninserate kann vom benachbarten Markt für Online-Print-Inserate ausgehen. Das Aufkommen der Online-Marktplätze ist dafür verantwortlich, dass das Inseratevolumen in den Print-Medien in den letzten Jahren einen starken Rückgang erlitt und sich erst im laufenden Jahr wieder stabilisieren konnte. Einer der Hauptgründe für die Abwanderung der Immobilieninserate in den Online-Markt sind gemäss den Angaben der befragten Unternehmen die höheren Insertionspreise im Print-Markt. Auch wenn es sich bei den Online- und Print-Immobilieninseraten in erster Linie um ergänzende Kanäle handelt, bestehen gewisse Substitutionswirkungen: Durch die wesentlich günstigeren Online-Inserate sehen sich auch die Preise für Print-Immobilieninserate einem gewissen Druck ausgesetzt. Eine Erhöhung der Insertionspreise in Print-Medien würde zu einer zusätzlichen Konzentration auf den preisgünstigeren Online-Insertionskanal führen. Aufgrund der diversen Vorteile, die sich bei einer Online-Insertion ergeben, ist der disziplinierende Einfluss des Online-Immobilienanzeigemarktes auf den Print-Immobilieninseratemarkt stärker einzustufen als umgekehrt.

137. Im Markt für Online-Immobilieninserate nimmt derzeit Immostreet im Grossraum Genf/Waadt eine führende Stellung ein. Zweitgrösstes Portal ist Swissimmo, welches bereits heute von Edipresse beherrscht wird, an dritter Stelle folgt Homegate, an vierter Stelle das Portal von Edipresse, Zannonces (siehe Rz. 112 f.). Edipresse verfügt somit bereits vor dem Zusammenschluss im Markt für Online-Inserate über sehr hohe Marktanteile. Diese starke Stellung auf dem benachbarten Markt führt zu einer Einschränkung dessen disziplinierender Wirkung. Zumindest ein Teil der Inserenten, welche von Print zu Online wechseln, gehen Edipresse nicht verloren, sondern wird von deren Online-Plattformen absorbiert.

Potenzielle Konkurrenz

138. Die potenzielle Konkurrenz im Markt für Print-Immobilienanzeigen ist wesentlich schwächer als im Online-Markt. Im Unterschied zum Online-Markt besteht im Markt für Print-Anzeigen kein Wachstumspotenzial, sondern es sehen sich auch die etablierten Unternehmen mit einem in den letzten Jahren stetig rückläufigen Inseratevolumen konfrontiert. Zudem sind die Markteintrittskosten in den Print-Markt aufgrund der notwendigen Anfangsinvestitionen wesentlich höher als im Online-Markt. Insbesondere der Eintritt neuer Tageszeitungen im Grossraum Genf/Waadt, welche die Stellung der im Markt bereits tätigen Unternehmen gefährden und damit zu einer tatsächlichen Veränderung der Marktverhältnisse führen könnte, erscheint aus heutiger Sicht unwahrscheinlich (vgl. RPW 2003/4, S. 802 f., Rz. 59 ff., "Edipresse/Ringier - Le Temps").

139. Weniger hoch sind die Markteintrittsschranken für spezialisierte Nischenprodukte. So sind im Raum Genf mit La sélection immobilière und Logic-immo im letzten Jahr zwei auf Verkaufsobjekte spezialisierte Hochglanz-Gratisanzeiger in den Markt für Print-Immobilieninserate eingetreten. Aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften dienen diese aber nur beschränkt als Alternative zu den herkömmlichen Print-Inseraten in den Tageszeitungen. Auch ist nicht damit zu rechnen, dass mittelfristig weitere solche Nischenanbieter einen Markteintritt versuchen werden. Insgesamt geht deshalb von solchen spezialisierten Nischenanbietern als potenzielle Konkurrenten der Edipresse keine wesentliche disziplinierende Wirkung aus.

Fazit

140. Edipresse, welche im Markt für Tageszeitungen über eine marktbeherrschende Stellung im Raum Genf und im Raum Lausanne verfügt (erstmals von der Weko festgestellt in RPW 1998/1, S. 61, "Le Temps", seither mehrfach bestätigt), verfügt mangels aktueller und potenzieller Konkurrenz auch im Markt für Print-Immobilienanzeigen im Raum Genf/Waadt über eine marktbeherrschende Stellung, die es ihr erlaubt, sich in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Zu prüfen bleibt, ob das geplante Zusammenschlussvorhaben zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Edipresse im Raum Genf/Waadt führt.

Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens

Unmittelbare Auswirkungen auf den Markt für Print-Immobilienanzeigen

141. Tamedia ist im Grossraum Genf/Waadt mit keinem Print-Titel vertreten. Das Zusammenschlussvorhaben führt deshalb zu keinen Marktanteilsadditionen im relevanten Markt. Eine unmittelbare Stärkung der marktbeherrschenden Stellung von Edipresse im Markt für Print-Immobilienanzeigen im Raum Genf/Waadt resultiert aus dem Zusammenschlussvorhaben nicht.

Mittelbare Auswirkungen auf den Markt für Print-Immobilienanzeigen

142. Es fragt sich, ob die marktbeherrschende Stellung von Edipresse durch das Zusammenschlussvorhaben mittelbar, über eine Stärkung der Marktposition im benachbarten Markt für Online-Immobilieninserate, verstärkt wird.

143. Die disziplinierende Wirkung des Marktes für Online-Immobilienanzeigen auf die Stellung der Edipresse im Print-Markt ist umso höher, je stärker die Konkurrenz im Online-Markt und je tiefer die Marktanteile von Edipresse sind. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu einer gewissen Stärkung der Marktstellung von Edipresse im Online-Markt (siehe dazu Rz. 112 ff.). Aufgrund der relativ tiefen Marktanteile von Homegate im Raum Genf/Waadt und den bestehenden Dubletten mit der Plattform von Swissimmo wird diese Stärkung im benachbarten Markt allerdings nicht eine wesentliche sein. Entsprechend gering ist auch der mittelbare Effekt des Zusammenschlussvorhabens auf den Markt für Print-Anzeigen. Zwar verschwindet durch die Übernahme von Homegate ein potenzieller Konkurrent von Swissimmo im Raum Genf/Waadt, doch ist die derzeit von Homegate ausgehende disziplinierende Wirkung auf das Geschäftsgebaren der Edipresse im Markt für Print-Inserate äusserst klein. Die Unabhängigkeit der Edipresse gegenüber ihren Mitbewerbern wird durch das Zusammenschlussvorhaben jedenfalls nicht in rechtsrelevantem Ausmass verstärkt.

144. Zu prüfen ist schliesslich, inwieweit Edipresse durch das Zusammenschlussvorhaben von Verbundvorteilen wird profitieren können. Gemäss den Angaben der befragten Print-Unternehmen hängt die weitere Marktentwicklung für Print-Inserate nicht zuletzt davon ab, welche "Zusatzleistungen" mit einer Print-Anzeige verbunden werden können. Im Vordergrund steht dabei die gleichzeitige Publikation der Print-Anzeigen auf einem Online-Marktplatz. So führt insbesondere auch Tout l'immobilier einen eigenen Marktplatz, ebenso wie die neu in den Markt eingetretenen Logic-Immo und La sélection immobilière. Auch Edipresse bietet im Rahmen von Zannonces den Inserenten die Möglichkeit, ihre Anzeigen gleichzeitig Print und Online zu schalten. Die Plattform von Zannonces wird gemäss Aktionärsbindungsvertrag jedoch nicht in den Marktplatz von Homegate/Swissimmo integriert. Hingegen hat Edipresse bis heute darauf verzichtet, mit der attraktiveren Plattform von Swissimmo ein Inseratebündel Print-Online zu schnüren. Aus den bereits dargelegten Gründen (siehe Rz. 82) soll ein solches Bündel auch künftig nicht mit der Plattform Homegate/Swissimmo angeboten werden. Insoweit ist nicht davon auszugehen, dass die Marktstellung von Edipresse im Print-Bereich durch den Zusammenschluss tatsächlich verstärkt wird.

145. Überdies ist zu beachten, dass Edipresse bereits vor dem Zusammenschluss mit Swissimmo über einen potenten Partner im Online-Bereich verfügt. Aus der Übernahme von Homegate fallen deshalb keine wesentlichen zusätzlichen Möglichkeiten an, Verbundeffekte zu realisieren. Die marktbeherrschende Stellung von Edipresse im Markt für Print-Immobilienanzeigen erfährt durch den Zusammenschluss keine rechtsrelevante Verstärkung.

Zwischenergebnis

146. Edipresse verfügt im Markt für Print-Immobilienanzeigen im Raum Genf/Waadt aufgrund der sehr hohen derzeitigen Marktanteile und der geringen potenziellen Konkurrenz über eine marktbeherrschende Stellung. Diese marktbeherrschende Stellung erfährt durch das Zusammenschlussvorhaben indes keine nennenswerte zusätzliche Stärkung. Weder resultiert aus der Übernahme von Homegate im relevanten Markt eine Marktanteilsaddition, noch führt die leichte Verbesserung der Marktstellung von Edipresse im benachbarten Markt für Online-Inserate zu rechtsrelevanten zusätzlichen Verbundvorteilen.

C. Ergebnis

147. Die Übernahme von Homegate durch Tamedia und Edipresse führt in keinem der betroffenen Märkte zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Im Markt für Online-Immobilieninserate in den Räumen Zürich und Genf/Waadt wird auch nach dem Zusammenschluss ausreichend aktuelle und potenzielle Konkurrenz vorhanden sein, die es den zusammenschliessenden Parteien verunmöglicht, sich von den anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Im Markt für Print-Immobilienanzeigen im Raum Genf/Waadt verfügt Edipresse zwar über eine marktbeherrschende Stellung, doch erfährt diese durch die Übernahme von Homegate keine zusätzliche Stärkung.

148. Der Zusammenschluss Tamedia/Edipresse/Homegate gemäss der Meldung vom 28. September 2004 ist deshalb ohne Auflagen oder Bedingungen zuzulassen.

B 2.3	***2. Saint-Gobain/Sanitas Troesch***

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. Februar 2005

A. Sachverhalt

1. Am 24. Januar 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die Compagnie de Saint-Gobain (hienach: Saint-Gobain) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Sanitas Holding AG und die Troesch Holding AG.

2. Saint-Gobain ist ein international tätiges Unternehmen mit Sitz in Paris, das primär an der Pariser Börse kotiert ist. Es ist in der Herstellung von gewissen Baumaterialien und technischen Werkstoffen sowie dem Handel von Baumaterialien tätig. Seine drei Kernbereiche sind Glas, Hochleistungswerkstoffe und Bau. Im Sanitärgrosshandel, dem Bereich, welcher durch den Zusammenschluss betroffen ist, ist Saint-Gobain mit zwei Tochterfirmen vertreten: Lapeyre S.A. (hienach: Lapeyre), welche hauptsächlich den französischen Markt bedient, aber auch in der Schweiz tätig ist, und Dahl International AB (hienach: Dahl), welche primär in den skandinavischen Ländern und in Polen agiert.

3. Die Sanitas Troesch Holding AG (hienach: Sanitas Troesch) mit Sitz in Bern ist eine Tochtergesellschaft der Sanitas Holding AG und der Troesch Holding AG (beide halten je 50% des Aktienkapitals) und in den Bereichen Handel mit sichtbaren Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen national tätig. Sanitas Troesch ist der grösste Sanitärgrosshändler in der Schweiz.

4. Gemäss dem am 22. Dezember 2004 zwischen den Parteien abgeschlossenen Share Purchase Agreement erwirbt die Partidis S.A.S. (hienach: Partidis), hundertprozentige Tochtergesellschaft von Saint-Gobain, 100% des Aktienkapitals der Sanitas Troesch.

5. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bezweckt Sanitas Troesch das Nachfolgeproblem im Aktionariat zu lösen, Saint-Gobain demgegenüber beabsichtigt durch den Zusammenschluss, seine paneuropäischen Aktivitäten im Bereich des Handels von Baumaterialien zu erweitern.

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).***

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe 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.

9. Demnach erlangt ein Unternehmen 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 anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 Satz 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4]).

10. Als beteiligte Unternehmen bei der Erlangung der Kontrolle gelten das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen. Das kontrollierte Unternehmen ist im vorliegenden Fall Sanitas Troesch. Als kontrollierendes Unternehmen ist die Muttergesellschaft Saint-Gobain zu betrachten, welche die Partidis zu 100% besitzt (vgl. Geschäftsbericht 2003, Saint-Gobain, S. 142).

B.2 Meldepflicht

11. Gemäss Artikel 9 Absatz 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 CHF 2 Mia. 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.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen im Jahr 2003[1]

		Weltweiter Umsatz 2003	*Umsatz in der Schweiz 2003*
Saint-Gobain	CHF	45'005 Mio.	CHF > 100 Mio.
Sanitas Troesch	CHF	> 100 Mio.	CHF > 100 Mio.
Total	CHF	> 45'005 Mio.	CHF > 500 Mio.

12. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von CHF > 500 Mio. (vgl. Tabelle 1). Damit ist die Umsatzschwelle von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erreicht. Saint-Gobain erzielte im Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz einen Umsatz von CHF > 100 Mio., Sanitas Troesch einen solchen von CHF > 100 Mio., womit auch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten ist. Infolgedessen ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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.

C Beurteilung

C.1 Relevante Märkte

15. Sanitas Troesch ist im Handel von sichtbaren Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen in der Schweiz tätig. Saint-Gobain handelt ebenfalls mit sichtbaren Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen, insbesondere in Frankreich, Skandinavien und Polen, aber auch in der Schweiz, und ist zudem Händler von weiteren Produkten im Baubereich und Hersteller von verschiedenen Baumaterialien und technischen Werkstoffen. Durch den Zusammenschluss werden demnach die Bereiche des Handels mit sichtbaren Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen tangiert.

16. Unternehmenszusammenschlüsse können Auswirkungen auf die Absatz- und die Beschaffungsmärkte der beteiligten Unternehmen haben (RPW 1999/1, S. 101, Rz. 14). In den nachfolgenden Erwägungen zu den sachlich und den räumlich relevanten Märkten werden jeweils zuerst

a) die Absatzmärkte, auf denen Sanitas Troesch und Saint-Gobain als Anbieter zum Beispiel Sanitärinstallateuren gegenüberstehen und danach

b) die Beschaffungsmärkte, auf denen Sanitas Troesch und Saint-Gobain als Nachfrager den Herstellern gegenüberstehen,

analysiert.

C.1.1 Sachlich relevante Märkte

17. 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).

Absatzmärkte

18. Gestützt auf die Praxis der Wettbewerbskommission (Richner AG/Vicom Baubedarf AG, 2002/3, S. 492 ff., und Gétaz Romang/Miauton, RPW 2000/1, S. 56 ff.) können im vorliegenden Fall getrennte relevante Märkte für den Handel mit sichtbaren Sanitärprodukten und den Handel mit Kücheneinrichtungen auf dem Absatzmarkt angenommen werden. Nachfrager von Sanitärprodukten und von Kücheneinrichtungen bei Grosshändlern sind zur Hauptsache professionelle Installateure, welche die von den Endkonsumenten gewünschten Produkte beziehen. Für die Nachfrager von Sanitärprodukten ist es wichtig ist, dass sie die für ein Objekt benötigten Produkte überwiegend bei einem einzigen Anbieter beziehen können, um ihre Transaktionskosten tief zu halten (vgl. Gétaz Romang/Miauton, RPW 2000/1, Rz. 13).

Beschaffungsmärkte

19. Auf der Beschaffungsseite bilden die Absatzkanäle, welche die Sanitärgrossisten und weitere Händler für die Produzenten von Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen bereitstellen, den sachlich relevanten Markt. Die Leistung der Grosshändler besteht insbesondere darin, dass sie die Produkte der Produzenten, die stets nur ein Teilsortiment des Sanitärproduktemarktes und/oder des Marktes für Kücheneinrichtungen herstellen, im Rahmen eines umfassenden Sortiments den Installateuren und anderen Endkunden anbieten.

20. Der Markt für Sanitärprodukte wie auch der Markt für Kücheneinrichtungen bestehen aus mehreren Teilmärkten, beispielsweise dem Markt für Armaturen und dem Markt für Badewannen und Duschen.

[1] Umsätze gemäss Parteiangaben.

Die meisten Produkte werden überwiegend von Sanitärgrossisten und spezialisierten Händlern für Kücheneinrichtungen vertrieben. So werden Klosettanlagen praktisch ausschliesslich über Sanitärgrossisten vertrieben, während Bad-Garnituren beispielsweise auch von Do-it-yourself-Läden verkauft werden. Die einzelnen spezialisierten Händler von Sanitärprodukten bieten in weiten Teilen gleiche Sortimente an, so dass der einzelne Produzent sein Sanitärprodukt oft parallel über verschiedene Sanitärgrossisten vertreibt. Die einzelnen Produkte in den verschiedenen Teilmärkten werden in nahezu gleicher Weise vertrieben.

21. Generell kann deshalb in den einzelnen Teilmärkten von recht homogenen Wettbewerbsbedingungen ausgegangen werden, weshalb man sie für die Zwecke dieser Vorprüfung als einen Markt zusammenfassen kann.

C.1.2 Räumlich relevante Märkte

22. 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).

Absatzmärkte

23. Gemäss ihrer bisherigen Praxis geht die Wettbewerbskommission für die Beurteilung der relevanten Absatzmärkte beim Handel im Bereich Baubedarf von einer regionalen Marktabgrenzung aus. Dies wurde unter anderem mit dem zumeist regional beschränkten Transportradius von den Lagern zum Kunden (bis zu 50%-60km) begründet sowie den räumlich beschränkten Aktivitäten einiger Händler.[2]

Beschaffungsmärkte

24. Als räumlich relevante Märkte gelten die Absatzkanäle der Händler von Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen, welche es den Produzenten erlauben, ihre Produkte an Installateure respektive deren Auftraggeber und weitere Endabnehmer in der Schweiz zu verkaufen. Sie sind überwiegend national, haben teilweise aber auch eine europäische Dimension.

25. So wird der überwiegende Teil von Sanitärprodukten, die in der Schweiz abgesetzt werden, von Herstellern in der Schweiz produziert, die oft schwergewichtig national tätig sind. Diese nationale Ausrichtung vieler Hersteller hat verschiedene Ursachen. Gemäss Angaben der Parteien führen unterschiedliche Normen zwischen der Schweiz und anderen europäischen Ländern und die Notwendigkeit verschiedener Pre- und Aftersale-Dienstleistungen für gewisse Produkte dazu, dass Produkte mehrheitlich in der Schweiz bezogen werden.

26. Gemäss nachfolgenden Ausführungen begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung, sodass die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden kann.

C.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

27. 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.

[2] Der Beurteilung des Zusammenschlusses Gétaz Romang/Miauton (RPW 2000/1, S. 58 f.) hat die Wettbewerbskommission einen separaten, räumlich relevanten Markt für die Romandie zugrunde gelegt; die räumliche Abgrenzung bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Richner AG/Vicom Baubedarf AG (RPW 2002/3, S. 493 ff.) erfolgte mit ähnlicher Dimension wie für die Romandie. Für das Verrechnungsgeschäft im Baubedarf wurde eine schweizweite Abgrenzung vorgenommen, für das Lagergeschäft dagegen eine regionale Abgrenzung, wobei der Bezugsradius von verschiedenen Faktoren abhängt, z.B. vom Preis, vom Verkehrsnetz, von der Grösse der Baustelle. Im Bereich des Handels mit sichtbaren Sanitärprodukten und Kücheneinrichtungen werden fast nur Lagergeschäfte getätigt, weshalb eine diesbezügliche Unterscheidung nicht erforderlich ist.

Tabelle 2: Umsätze im Markt für den Handel mit sichtbaren Sanitärprodukten, im Jahr 2003

	Absatzmarkt: Umsatz Romandie		***Beschaffungsmarkt: Umsatz Schweiz***	
	[CHF 1'000]	[%]	[CHF 1'000]	[%]
Handel mit Sanitärprodukten				
Sanitas Troesch	[...]	20-30	[...]	30-40
Saint-Gobain (Lapeyre CH Filialen)	[...]	< 5	[...]	< 5
Total Sanitas Troesch/Saint-Gobain	[...]	***20-30***	[...]	***30-40***
Gétaz Romang	[...]	40-50	[...]	10-20
Richner	[...]	0-10	[...]	10-20
Sabag	[...]	0-10	[...]	0-10
Übrige	[...]	10-20	[...]	20-30
Total Markt	190'000	100	1'000'000	100
Handel mit Kücheneinrichtungen				
Sanitas Troesch	[...]	0-10	[...]	10-20
Saint-Gobain (Lapeyre CH Filialen)	[...]	0-10	[...]	0-10
Total Sanitas Troesch/Saint-Gobain	[...]	***0-10***	[...]	***10-20***
Übrige	[...]	80-90	[...]	80-90
Total Markt	190'000	100	1'000'000	100

Quelle: Umsätze Sanitas Troesch und Saint-Gobain sowie Schätzung des Gesamtmarktes gemäss Angaben der Parteien, Umsätze Gétaz Romang, Richner und Sabag gemäss Angaben des jeweiligen Unternehmens

28. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich ist, wird beim Handel mit Sanitärprodukten der gemeinsame Marktanteil von 20% sowohl auf dem Absatzmarkt als auch auf dem Beschaffungsmarkt überschritten. Mit einem gemeinsamen Marktanteil von weniger als 20% in der Romandie und weniger als 20% auf nationaler Ebene wird diese Marktanteilsschwelle dagegen beim Handel mit Kücheneinrichtungen weder auf dem Absatzmarkt noch auf dem Beschaffungsmarkt erreicht (Marktanteile gemäss Parteiangaben). Demnach kann der Markt des Grosshandels mit Kücheneinrichtungen nicht als betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU qualifiziert werden.

Allgemeine Marktentwicklung im Handel für Sanitärprodukte

29. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist vor dem Hintergrund eines schon seit vielen Jahren währenden Konzentrationsprozesses im Handel für Sanitärprodukte zu beurteilen. In der näheren Vergangenheit gab es mehrere Zusammenschlüsse im Bereich des Handels für Sanitärprodukte (s. RPW 2002/2, S. 491 ff., und RPW 2000/1, S. 54 ff.). Auch Sanitas Troesch selbst entstand 1991 aus einer Fusion zwischen der 1911 gegründeten Zürcher Sanitas und der im Jahre 1912 gegründeten Könizer Troesch Holding.

30. Bereits vor einigen Jahren wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf ein allfälliges Parallelverhalten seitens des Sanitärgrosshandels aufmerksam. Diesbezügliche Abklärungen erfolgen im Rahmen einer laufenden Vorabklärung der wettbewerbsrechtlichen Verhältnisse auf dem Markt für Sanitärprodukte, insbesondere im Hinblick auf allfällige Preisabsprachen. Wie die nachfolgenden Erläuterungen darlegen, hat der hier zu beurteilende Zusammenschluss seiner geringen Marktanteilsaddition wegen keinen erwähnenswerten Einfluss auf die hängige Vorabklärung.

Absatzmarkt

31. Auf dem relevanten Markt, dem Markt für den Handel mit Sanitärprodukten in der Romandie, erzielte Sanitas Toesch 2003 einen Umsatz von CHF [...] Mio. und erreichte damit einen Marktanteil von 20%-30%. Saint-Gobain erwirtschaftete durch ihre Tochtergesellschaft Lapeyre an drei Standorten in der Romandie 2003 einen Umsatz von CHF [...] Mio, was einem Marktanteil von ‹ 5% entspricht. Während Sanitas Troesch im Jahr 2003 seine Marktanteile im Vergleich zu den beiden Vorjahren in etwa konstant halten konnte, sank der Umsatz und damit auch der Marktanteil von Lapeyre markant. Sanitas Troesch ist hinter Gétaz Romang, welcher 2003 einen Umsatz von CHF [...] Mio. hatte und damit einen Marktanteil von 40%-50%, die Nummer zwei auf diesem Markt. Drittgrösster Wettbewerber ist Sabag mit einem Umsatz von CHF [...] Mio. und einem Marktanteil von 0%-10%.

32. Wie anhand dieser Zahlen ersichtlich ist, ist der vom Zusammenschluss betroffene Absatzmarkt stark konzentriert, weisen doch die beiden grössten Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 60%-80% auf. Dennoch kann das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich angesehen werden, da sie nur zu einer marginalen Marktanteilsaddition (< 5%) führt.

Beschaffungsmärkte

33. Der überwiegende Teil der Sanitärprodukte, die in der Schweiz vertrieben werden, wird im Inland bezogen. Laut Angaben der Parteien bezieht Sanitas Troesch lediglich 10%-20% ihrer Produkte bei Herstellern, die hauptsächlich international tätig sind. Der Grossteil ihrer Konkurrenten hat ein sehr ähnliches Sortiment wie Sanitas Troesch, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass auch diese ihre Produkte zur Hauptsache im Inland beziehen. Eine Ausnahme stellt Lapeyre Schweiz dar, welche laut Angaben der Parteien 80%-90% ihrer Produkte über die französische Lapeyre-Gruppe bezieht. Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass die Mehrheit der in der Schweiz verkauften Sanitärprodukte auf dem nationalen Markt bezogen werden. Die Beschaffungsmärkte für den Handel mit Sanitärprodukten sind also, wie bereits in Randziffer 24 dargelegt, überwiegend national abzugrenzen. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass gewisse Produktegruppen zur Hauptsache von internationalen Herstellern bezogen werden und der relevante Markt in gewissen Teilmärkten demnach eine europäische Dimension aufweist. Deshalb wird im Folgenden in einem ersten Schritt eine nationale (Rz. 34 ff.) und in einem zweiten Schritt eine europäische Marktabgrenzung (Rz. 38) vorgenommen.

34. Wie Tabelle 2 zu entnehmen ist, ist Sanitas Troesch mit einem Umsatz von CHF [...] Mio. und einem Marktanteil von 30%-40% im Jahr 2003 der führende Händler von sichtbaren Sanitärprodukten in der Schweiz. Im Vergleich zu 2001 und 2002 konnte er seinen Umsatz leicht erhöhen, sein Marktanteil blieb in etwa konstant.

35. Lapeyre ist nur in der Romandie tätig und erzielte dort im Jahr 2003, wie in Randziffer 31 erwähnt, einen Umsatz von CHF [...] Mio. Dies ergibt für Lapeyre einen nationalen Marktanteil von < 5%. Noch ein Jahr zuvor hatte Lapeyre zusätzlich zwei Standorte in der Deutschschweiz, schloss diese aber mangels Rentabilität.

36. Nebst Sanitas Troesch sind zwei weitere grosse Händler von Sanitärprodukten auf dem Schweizer Markt tätig, Gétaz Romang mit einem Marktanteil von 10%-20% und Richner mit einem Marktanteil von 10%-20%. Viertgrösster Händler ist Sabag mit einem Marktanteil von 0%-10%.

37. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann Sanitas Troesch, welches in den Besitz von Saint-Gobain übergeht, seine führende Marktstellung leicht ausbauen. Da die Marktanteilsaddition aber marginal ist (< 5%), ändert sich nichts an der grundlegenden Wettbewerbsstruktur von drei grossen und einigen kleineren Händlern, weshalb der geplante Zusammenschluss als unbedenklich angesehen werden kann.

38. Der gemeinsame Marktanteil von Sanitas Troesch und Saint Gobain ist - primär mit ihren im Sanitärhandel tätigen Töchtern Lapeyre und Dahl - auf europäischer Ebene deutlich geringer als auf nationaler Ebene. Zudem ist die Marktanteilsaddition, welche durch das Zusammenschlussvorhaben bewirkt wird, marginal. Demnach begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben auch unter diesem räumlichen Aspekt keine marktbeherrschende Stellung, weshalb der geplante Zusammenschluss als unbedenklich beurteilt werden kann.

D. Ergebnis

39. Die vorläufige Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss aufgrund der vorgenannten Gründe keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses gemäss Artikel 10 KG sind demnach nicht gegeben.

B 2.3	***3. transGourmet Holding AG***

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 4. Februar 2005

A Zusammenschlussvorhaben

1. Am 10. Januar 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigen die Bon appétit Group AG und Coop ein Gemeinschaftsunternehmen namens transGourmet Holding AG zu gründen.

2. Die Bon appétit Group AG (hienach BaG) ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Bon appétit Gruppe. Die Bon appétit Gruppe gehört zu 99,85% der europaweit tätigen Rewe-Handelsgruppe unter dem Dach der Rewe Zentralfinanz eG (hienach: Rewe).

3. Rewe ist in verschiedenen Geschäftsfeldern aktiv, vom Kerngeschäft Lebensmitteleinzel- und Gastronomiegrosshandel über Fachmärkte bis hin zur Touristik. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft lediglich den Grossverbrauchermarkt (z.B. Gastronomiebetriebe, Kantinen, Krankenhäuser). Rewe ist seit der Übernahme der Bon appétit Gruppe im schweizerischen Grossverbrauchermarkt sowohl im Abholgross- (Prodega/Growa CC) als auch im Belieferungsgrosshandel tätig (Howeg). Weitere Grosshandelsaktivitäten betreibt Rewe in Frankreich über Aldis Service Plus SAS.

4. Coop ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher zahlreiche Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Coop ist einer der führenden Detailhändler für Food-Produkte und ein mittelgrosser Anbieter von Non-Food-Produkten in der Schweiz. Das Kerngeschäft der Coop-Gruppe sind die Verbraucher- und Supermärkte. Im Grossverbrauchermarkt ist Coop demgegenüber lediglich indirekt über ihre Beteiligung an der Bell AG (hienach: Bell) im Fleischbereich mit dem Geschäftsbereich Bell Gastro aktiv.

5. Gemäss dem am 9. Dezember 2004 zwischen den Parteien abgeschlossenen Joint Venture Vertrag verpflichtet sich Rewe zur Gründung der transGourmet Holding AG durch Bargründung und Einlage von 100% der Aktien der Prodega AG (inkl. der Namensschutzgesellschaften growa.com AG, howeg.com AG und fresh&net.com AG) und der zuvor von einer anderen Rewe-Gruppengesellschaft erworbenen Bon appétit France Sàrl.

6. Im Gegenzug erwirbt Coop von der Rewe Schweiz Beteiligungs Holding AG 50% der Aldis Service Plus SAS und legt diese in die transGroumet Holding AG ein. Die anderen 50% gehören der Bon appétit France Sàrl, welche durch Rewe in die transGourmet Holding AG eingebracht wird. Weiter verkauft Coop der Prodega AG die Aktiven und Passiven des Geschäftsbereichs Bell Gastro Service. Abschliessend erwirbt Coop von der BaG so viele Aktien der transGourmet Holding AG, dass eine paritätische Beteiligung von Rewe und Coop an der transGourmet Holding AG gewährleistet ist.

7. Mit der Gründung der transGourmet Holding AG werden BaG (und damit indirekt Rewe) und Coop über je 50% der Aktien der transGourmet Holding AG verfügen. Die transGourmet Holding AG wird die Verantwortung für den Grossverbraucher-Bereich und die entsprechenden Abhol- und Belieferungsgrosshandelsaktivitäten von Rewe und Coop in der Schweiz und Frankreich übernehmen und durch die von ihr zukünftig gehaltenen Unternehmen im Vertrieb einer Vielzahl von Produkten (vorwiegend Food und Near-Food) auf der Stufe Grossverbraucher in der Schweiz und Frankreich tätig sein.

8. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Unternehmen gemäss eigenen Angaben, sich langfristig in der Schweizer Gastronomie-Versorgung als schlagkräftiger Anbieter zu positionieren und durch Aldis Service Plus in Frankreich einen grenzüberschreitenden Gastro-Verbund zu schaffen. Die Parteien erhoffen sich dabei Synergien unter anderem in den Bereichen der Marktbearbeitung, der Logistik und der Administration.

B Meldepflicht

9. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) 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.

10. Gemäss Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) stellt die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn (a) zwei oder mehr Unternehmen ein anderes Unternehmen gemeinsam kontrollieren werden, (b) das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktionsunternehmen) und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das GU einfliessen.

a) Gemeinsame Kontrolle

11. Wie bereits erwähnt, werden BaG und Coop je 50% der Anteile von den Aktien der transGourmet

Holding AG halten. Der Verwaltungsrat wird sich aus einer geraden Zahl von Mitgliedern zusammensetzen, die je zur Hälfte von BaG (Rewe) und Coop bestimmt werden, wobei die eine Partei den Verwaltungsrats- und die andere den Vizepräsidenten des Verwaltungsrates stellen kann (vgl. Ziff. 5.2 Partnerschaftsvertrag). Die Generalversammlung und der Verwaltungsrat der transGourmet Holding AG sind nur beschlussfähig, wenn die Mehrheit des Aktienkapitals vertreten beziehungsweise wenn die Mehrheit des Verwaltungsrates anwesend ist und beide Aktionäre vertreten sind. Der Vorsitzende hat keinen Stichentscheid (vgl. Ziff. 5.1 Partnerschaftsvertrag). Jede Partei kann das Zustandekommen von Beschlüssen in der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat verhindern. Die Voraussetzung der gemeinsamen Kontrolle ist somit erfüllt.

(b) Vollfunktionsunternehmen

12. Die transGourmet Holding AG wird als selbstständige Einheit auf dem Markt auftreten, weil ihr sämtliche Aktiven und Passiven der Grosshandelaktivitäten von Rewe und Coop übertragen werden. Somit ist die transGourmet Holding AG als Vollfunktionsunternehmen zu qualifizieren.

(c) Einbringen von Geschäftstätigkeiten

13. Diese Bedingung ist gemäss Randziffer 12 erfüllt.

14. Das Joint Venture "transGourmet Holding AG" stellt eine Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens dar und ist somit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG zu qualifizieren.

15. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 500 Mio. Damit sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erfüllt.

Umsätze im Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz

Rewe-Gruppe	CHF 3'090 Mio.
Coop-Gruppe	CHF 15'328 Mio.

16. In der Schweiz erzielten die beiden beteiligten Unternehmen je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Auch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ist somit überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

C Beurteilung

C.1 Relevante Märkte

17. Unternehmenszusammenschlüsse können Auswirkungen auf die Absatz- und die Beschaffungsmärkte der beteiligten Unternehmen haben (RPW 1999/1, S. 101, Rz. 14). Auch im Grossverbrauchermarkt ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

a) den Absatzmärkten, auf denen die Grossverteiler als Anbieter den Grossverbrauchern gegenüberstehen und

b) den Beschaffungsmärkten, auf denen die Grossverteiler als Nachfrager den Herstellern gegenüberstehen.

C.1.1 Sachliche Märkte

18. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Nachfolgend werden zunächst die Absatz- dann die Beschaffungsmärkte bestimmt.

Absatzmärkte

19. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft einzig den Grossverbrauchermarkt. Darunter versteht man den Markt zur regelmässigen Versorgung der Grossverbraucher in der Gastronomie, industriellen Betrieben (Heime, Spitäler und Kantinen) und der Zusatzgastronomie (z.B. Autobahnraststätten, Sportstätten, Catering-Betriebe) mit Food- und Near-Food-Produkten.

20. Der Detailhandelsmarkt ist vom geplanten Zusammenschluss nicht betroffen, da das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Marktanteilsaddition im Detailhandelsbereich führt.

21. Im Grossverbrauchermarkt kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen Anbietern, welche die Grossverbraucher mit Produkten beliefern und solchen, bei denen die Grossverbraucher die Waren selber abholen. Bei der Auswahl eines Grossverteilers ist die Frage, ob das nachgefragte Produkt geliefert wird oder abgeholt werden muss aber nicht das zentrale Entscheidkriterium der Nachfrager, da die Wahl zwischen Zustellgrosshändlern und Abholmärkten von weiteren Faktoren wie Lagermöglichkeiten, nachgefragte Menge, Transportmöglichkeiten u.s.w. beeinflusst wird. Demnach wird sich die Marktgegenseite (Restaurants, Hotels, Spitäler u.s.w.) je nach den gegebenen Umständen für oder gegen eine Belieferung entscheiden. Zustellgrosshändler und Abholmärkte sind deshalb demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Hingegen gehört der Detailhandel nicht demselben sachlich relevanten Markt an (Migros/ Scana, RPW 2002/4, S. 626, Rz. 10). Gemäss Angaben der Parteien nähern sich die Bereiche Detailhandel und Gastronomie aber tendenziell einander an.[1] Deshalb wird die hier vorgenommene Marktabgrenzung in Zukunft vielleicht anders festgelegt werden müssen.

[1] Pressekonferenz transGourmet Holding AG vom 10. Januar 2005, www.coop.ch (24.1.2005).

22. Die Frage, ob der Grossverbrauchermarkt in verschiedene Produktgruppen unterteilt werden soll, wird aus folgendem Grund verneint:[2] Im Abholmarkt fällen Grossabnehmer in der Regel nicht für jede einzelne Produktgruppe oder gar für jedes einzelne Produkt eine Entscheidung bezüglich des Anbieters. Stattdessen wählen sie einen Anbieter aufgrund der Attraktivität von dessen Gesamtangebot.

23. Diese Betrachtungsweise gilt im Belieferungsgrosshandel allerdings nur begrenzt. Angesichts der grossen bezogenen Mengen ist die direkte Belieferung durch einen spezialisierten Lieferanten oder den Fachhandel für Grossverbraucher eine valable Alternative zum Bezug bei einem Vollsortimentsanbieter. Deshalb liefern die meisten Hersteller von über den Grossverbraucherkanal vertriebener Artikel zusätzlich auch - über ein eigenes Vertriebssystem - direkt an Grossabnehmer. Dies übt eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Vollsortimentsanbieter aus. Folglich sollen der Fachhandel, die spezialisierten Gastro-Anbieter und die Produzenten, welche Grossabnehmer direkt beliefern, in den sachlich relevanten Absatzmarkt miteinbezogen werden.

24. Somit umfasst der sachlich relevante Absatzmarkt den gesamten Grossverbrauchermarkt, auf dem die Bedürfnisse von Grosskunden durch Zustellgrosshändler, Abholmärkte und Direktlieferungen befriedigt werden. Folglich gehören sowohl Vollsortiments- als auch Teilsortimentsanbieter zum sachlich relevanten Absatzmarkt.

Beschaffungsmärkte

25. Auf der Beschaffungsseite bilden die Lieferanten der Grossverteiler die Marktgegenseite. Diese Lieferanten verfügen über verschiedene Absatzkanäle.

26. Nebst dem Absatzkanal über die Grossverteiler stehen den Herstellern von Food- und Near-Food-Produkten weitere Absatzkanäle wie beispielsweise der Detailhandel, der E-Commerce sowie der Export zur Verfügung. Zudem haben die Lieferanten die Möglichkeit, die Grossverbraucher direkt zu beliefern. Deshalb sind die Produzenten im Grossverbrauchermarkt verglichen mit jenen im Detailhandel weniger auf den Absatzkanal der Grossverteiler angewiesen, um an die Kunden zu gelangen.

27. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft nur den Einkauf für die Grosshandelsaktivitäten, welche in der transGourmet Holding AG zusammengeführt werden. In Randziffer 44 wird dargelegt werden, dass eine präzisere Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte das Ergebnis der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nicht ändert. Deshalb wird im vorliegendem Fall darauf verzichtet.

C.1.2 Geografische Märkte

28. 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).

Absatzmärkte

29. Der Grosshandelsmarkt ist stark fragmentiert. Es existieren zahlreiche regionale Anbieter. Rund 70% des Marktes werden vom regionalen und spezialisierten Belieferungsgrosshandel, von den Produzenten selber sowie vom Fach- und Detailhandel versorgt. Dadurch entsteht eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt.

30. Weiter verfolgen im Grosshandel sowohl Rewe als auch Coop eine einheitliche Preispolitik für die gesamte Schweiz. Dadurch wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.

31. Ferner kaufen die Abnehmer jeweils grosse Mengen ein. Somit kann es für sie lohnenswert sein, trotz höherer Transaktionskosten einen längeren Weg in Kauf zu nehmen. Dasselbe gilt für die Zustellgrosshändler.

32. Mit dem fortwährenden Abbau von Handelshemmnissen (z.B. bilaterale Verträge mit der EU) steigt zudem die Substituierbarkeit von Schweizer Grosshändlern durch ausländische Mitbewerber. Somit können diese einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf den schweizerischen Grossverbrauchermarkt ausüben.

33. Aus all den genannten Gründen soll im schweizerischen Grossverbrauchermarkt mindestens von einem nationalen Markt ausgegangen werden.

Beschaffungsmärkte

34. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt mindestens nationale Dimensionen auf. Insbesondere bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, könnte der räumlich relevante Markt grösser sein als die Schweiz. Da unten dargelegt wird, dass das Zusammenschlussvorhaben bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, kann die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

C.2 Betroffene Märkte

35. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU 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 sich der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen auf 30% oder mehr beläuft. Wo diese Schwellen nicht erreicht

[2] Gemäss Migros/Scana (RPW 2002/4, S. 626, Rz. 11) umfassen die von den Grossverbrauchern bezogenen Produkte insbesondere die folgenden Bereiche: Kolonial (d.h. Trockensortiment wie Büchsen, Teigwaren, Reis, Cerealien, Dörrfrüchte, Kaffee u.s.w.), Milch- und Käseprodukte, Backwaren, Fleisch, Gemüse, Wein und Spirituosen, Bier, Wasch- und Reinigungsmittel, diverse Gebrauchsartikel.

werden, kann in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Diesfalls erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Prüfung.

36. Gemäss Schätzung der Parteien betrug der Gesamtumsatz im Jahr 2003 über CHF 7 Mia. Obwohl der Gesamtumsatz des Grossverbrauchermarkts von 2002 bis 2003 um 5% geschrumpft ist, zeigt das Gastrogeschäft seit Mitte 2003 wieder eine positive Tendenz.[3]

37. Charakteristisch für den Grossverbrauchermarkt ist nebst der starken Fragmentierung der Grosshändler auch, dass viele Gastronomiebetriebe mit Rentabilitätsproblemen kämpfen und dementsprechend preis- und leistungsbewusst sind. Dadurch entsteht ein beachtlicher Preisdruck.

Absatzmarkt

38. Zur Vielzahl der Anbieter auf dem Grossverbrauchermarkt gehören insbesondere die nationalen und regionalen Abholmärkte, die vielfach international tätigen Produzenten über Direktlieferungen, die nationalen und regionalen Belieferungsgrosshändler, eine Vielzahl von spezialisierten Gastro-Anbietern sowie der Fachhandel. Der regionale und spezialisierte Belieferungsgrosshandel, die Produzenten selber sowie der Fach- und Detailhandel decken ungefähr 70% des Marktes ab.

39. Während die Prodega/Growa CC mit einem Umsatz von CHF 857 Mio. im Jahr 2003 und 20 Standorten in der Schweiz Marktführer ist, erzielte Howeg als grösster Schweizer Belieferungsgrosshändler einen Umsatz von CHF 210 Mio. Bell Gastro Service ist lediglich im Fleischbereich tätig und generierte einen Umsatz von CHF 134 Mio.[4]

40. Daraus ergibt sich für das Jahr 2003 folgende Marktstellung der beteiligten Unternehmen im Vergleich zu anderen Unternehmen auf dem relevanten Markt (gesamter Grossverbrauchermarkt in der Schweiz):

	Markanteile vor der Transaktion	Marktanteile nach der Transaktion
Bon appétit	[10%-20%]	-
Bell Gastro Service	[0%-10%]	-
transGourmet Holding AG	-	[10%-20%]
CC Angehrn	> 4,2%	> 4,2%
Top CC	3,2%	3,2%
Scana (Migros)	2,7%	2,7%
Pistor	1,3%	1,3%
Ipergros	0,6%	0,6%
Aligro	≈ 0,5%	≈ 0,5%
Regionaler Belieferungs-grosshandel	≈ 21%	≈ 21%
Spezialisierter Belieferungs-grosshandel	≈ 14%	≈ 14%
Produzenten	≈ 21%	≈ 21%
Fach- und Detailhandel	≈ 14%	≈ 14%

Quelle: IHA Detailhandel Schweiz 2004, S. 236; Schätzung der beteiligten Unternehmen gestützt auf Gastrosuisse Branchensspiegel 2004, S. 18

41. Aus Tabelle 1 kann entnommen werden, dass der Absatzmarkt des Grosshandelsmarktes nicht als betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU zu qualifizieren ist. Die Parteien verfügen weder über einen kombinierten Marktanteil von mehr als 20% noch überschreitet der Marktanteil einer der Parteien für sich genommen die Schwelle von 30% gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

42. Durch das geplante Zusammenschlussvorhaben findet nur eine geringe Marktanteilsaddition statt. Dies liegt daran, dass Coop derzeit nur in geringem Umfang mit Bell Gastro Service im Grossverbrauchermarkt tätig ist.

43. Eine ausreichende aktuelle Konkurrenz durch die nationalen und regionalen Abholgrossmärkte (CC Angehrn, Top CC, Ipergros, Aligro etc.) einerseits und die nationalen und regionalen Belieferungsgrosshändler (Scana, Pistor etc.) andererseits verhindern, dass sich die transGourmet Holding AG im Grossverbrauchermarkt unabhängig von anderen Unternehmen verhalten könnte. Zudem steht die transGourmet Holding AG in direktem Wettbewerb mit den Produzenten, welche die Grosshandelsstufe umgehen, indem sie grosse Kunden über ein eigenes Vertriebssystem direkt beliefern. Sodann existiert eine Vielzahl von spezialisierten Gastro-Belieferern.

Beschaffungsmarkt

44. Auf der Einkaufsseite überschneiden sich die in das Joint Venture eingebrachten Aktivitäten der Parteien nur marginal. Als vertikal integriertes Produktionsunternehmen kommt Bell Gastro nur in untergeordnetem Ausmass als Abnehmer von Halbfertig- und Fertig-Produkten in Frage, welche über den Grossverbraucherkanal abgesetzt werden. Daher hat das Zusammenschlussvorhaben keinen erheblichen Einfluss auf die Situation auf dem Beschaffungsmarkt. Folglich wird das Zusammenschlussvorhaben auf dem

[3] Vgl. Pressekonferenz transGourmet Holding AG vom 10. Januar 2005, www.coop.ch (24.1.2005).
[4] Vgl. Fussnote 3.

Beschaffungsmarkt keine marktbeherrschende Stellung von transGourmet Holding AG begründen oder verstärken.

D Ergebnis

45. Im vorliegenden Fall sind keine Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Das Zusammenschlussvorhaben transGourmet Holding AG wird auf dem Absatz- und dem Beschaffungsmarkt keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Die Voraussetzungen für eine Prüfung der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens transGourmet Holding AG nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	***4. Swissgrid***

Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 33 KG

Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et 33 LCart

Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 33 LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Die nachfolgend aufgeführten Unternehmen, welche alle im Elektrizitätsbereich tätig sind, beabsichtigen, eine gemeinsame Übertragungsnetzgesellschaft, die "Swissgrid AG" (nachfolgend Swissgrid) zu gründen.

2. Folgende Unternehmen sind am Unternehmenszusammenschluss beteiligt:

- Aare-Tessin AG für Elektrizität (nachfolgend Atel): Europaweit tätiges Energieunternehmen (Produktion, Übertragung, Handel/Verkauf, Verteilung), dessen Aktienkapital von Motor Columbus AG (58,5%), Elektra Birseck (14,9%), Elektra Baselland (7,9%), AEM S.p.A. (5,8%), Kanton Solothurn (5,0%) und diversen kleineren Aktionären (7,9%) gehalten wird.
- BKW FMB Energie AG (nachfolgend BKW): International tätiges Energieunternehmen, dessen Aktienkapital vom Kanton Bern (52,91%), E.ON Energie AG (20%), Kanton Jura, Berner Kantonalbank, Gemeinden und Privaten gehalten wird.
- Centralschweizerische Kraftwerke (nachfolgend CKW), Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (nachfolgend EGL) und Nordostschweizerische Kraftwerke AG (nachfolgend NOK): Energieunternehmen, welche ganz (NOK zu 100%) oder mehrheitlich (EGL zu 87%, CKW zu 73%) im Besitz des Axpo Konzerns (nachfolgend Axpo) sind. Innerhalb des Konzerns haben sich die CKW auf die Versorgung, die EGL auf den Handel und das internationale Stromgeschäft und die NOK auf die Produktion spezialisiert.
- Energie Ouest Suisse (eos) SA (nachfolgend EOS): Westschweizer Elektrizitätsunternehmen, welches zu 99,486% von der EOS Holding gehalten wird, deren Aktienkapital wiederum von Romande Energie (RE) (28,72%), Services Industriels de Genève (SIG) (23,02%), Services Industriels de Lausanne (SIL) (20,06%), Freiburgische Elektrizitätswerke AG (15,97%), Electricité Neuchâteloise (6,36%) und Walliser Elektrizitätsgesellschaft AG (5,87%) gehalten wird.
- Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (nachfolgend ewz): Dienstabteilung des Departementes der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich, welche die Stromversorgung der Stadt Zürich zur Aufgabe hat und über eigene Produktionskapazitäten und Übertragungs- und Verteileinrichtungen verfügt.

3. Die oben genannten Unternehmen haben - mit Ausnahme des ewz - am 31. August 2004 die "Vereinbarung zum Aufbau der Schweizerischen Netzgesellschaft AG (Swissgrid)" (nachfolgend Vereinbarung), einer nationalen Übertragungsnetzgesellschaft, unterzeichnet. Die Unternehmen haben in einem Nachtrag zur Vereinbarung dem ewz das Recht eingeräumt, bis am 31. August 2005 der Vereinbarung als ein Gründer-Aktionär durch unveränderte Übernahme aller Rechten und Pflichten beizutreten. Am 24. November 2004 wurde zudem der Swissgrid Gesellschaftsvertrag (nachfolgend Gesellschaftsvertrag) verabschiedet.

4. Das schweizerische Strom-Übertragungsnetz (nachfolgend CH-Übertragungsnetz) umfasst jene Netzanlagen, die Elektrizität über grössere Distanzen transportieren, die dem Verbund mit ausländischen Netzen dienen und in der Regel auf der Spannungsebene 380/220 kV betrieben werden (Vereinbarung §1.1). Es ist etwa 6'000 km lang und steht zu [...]% im Eigentum der am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen.

5. Die Swissgrid ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Laufenburg. Sie bezweckt den Betrieb des CH-Übertragungsnetzes in der Schweiz im Rahmen des europäischen Verbundbetriebes UCTE[1] sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen (Gesellschaftsvertrag, Präambel).

6. Swissgrid soll folgende Aufgaben und Kompetenzen erhalten (Vereinbarung, § 2.6):

- Wahrnehmung der nationalen und internationalen Interessen
- Betrieb der zentralen, gesamtschweizerischen Netzführungsstelle
- Engpassmanagement
- Betrieb der Backoffice Netzführung
- Bereitstellung der Netzführungsanlagen und der Netzdatenverarbeitung
- Sicherstellung der Kommunikationsinfrastruktur
- Netzbenutzungsmanagement
- Systemdienstleistungsmanagement
- Bilanzmanagement

[1] Union for the Co-ordination of the Transmission of Electricity, beteiligt sind 23 europäische Länder.

7. Der Bundesrat hat am 3. Dezember 2004 die Botschaft zur Änderung des Elektrizitäts- (EleG) und Stromversorgungsgesetzes (StromVG) verabschiedet, welche unter anderem die Gründung eines schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers vorsehen (Art. 18 Entwurf-StromVG; Art. 18a ff. Entwurf Änderung EleG).

A.2 Verfahren

8. Am 29. November 2004 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid erhalten.

9. Mit Schreiben vom 30. November 2004 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) den Parteien mit, dass die Meldung vom 29. November 2004 vollständig sei.

10. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragte das Sekretariat Elektrizitätsunternehmen und holte bei den Parteien zusätzliche Informationen ein.

11. Am 20. Dezember 2004 entschied die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission, eine Prüfung gemäss Artikel 32 ff. KG durchzuführen. Der Entscheid wurde den Parteien mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 mitgeteilt. Mit selbigen Schreiben stellte das Sekretariat den Parteien den geschäftsgeheimnisbereinigten Antrag des Sekretariates an die Kammer Infrastruktur zu, auf dessen Grundlage diese ihren Entscheid, ein Prüfungsverfahren einzuleiten, gefällt hatte.

12. Im Rahmen des Prüfungsverfahren befragte das Sekretariat weitere Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, elektrizitätsverbrauchende Unternehmen und das Eidgenössische Starkstrominspektorat und holte bei den Parteien zusätzliche Auskünfte ein.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

13. 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

14. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

15. Gründen zwei oder mehrere Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfliessen (Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4]; RPW 1998/3, S. 471 ff., Rz. 5.1-5.3).

16. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen kontrolliert ***(infra a)***;
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Vollfunktionsunternehmen ***(infra b)***;
- Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen fliessen in das Gemeinschaftsunternehmen ein ***(infra c)***.

a) Gemeinsame Kontrolle

17. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe 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 (Art. 1 Abs. 1 VKU). Die gesetzliche Definition der Erlangung der Kontrolle erfasst alle möglichen Formen des Kontrollerwerbs.

18. Die Beteiligung der einzelnen Gründeraktionäre am Aktienkapital der Swissgrid orientiert sich zum Zeitpunkt der Gründung an deren jeweiligem Anteil am CH-Übertragungsnetz, gerechnet nach MWkm (Gesellschaftsvertrag, § 1.1).

19. Die Verteilung der Verwaltungsratssitze ist wie folgt geregelt: Aktionäre mit einem Mindestanteil von 8% am CH-Übertragungsnetz in MWkm (Eigentum und eigentumsähnliche Transportrechte) haben Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat, ein Eigentumsanspruch von über 15% MWkm berechtigt zu zwei, ein Anteil über 30% zu drei Verwaltungsratssitzen. Den Gründer-Aktionären steht mindestens ein Sitz zu, solange ihr Anteil am CH-Übertragungsnetz mindestens 1% in MWkm beträgt (Vereinbarung, § 2.3.2).

20. In der Zwischenzeit haben sich die beteiligten Unternehmen auf eine andere Zusammensetzung des Verwaltungsrates geeinigt. Die Beteiligungsverhältnisse am Aktienkapital sowie die Anzahl der Sitze im Verwaltungsrat der einzelnen Unternehmen stellen sich gemäss Angaben der Parteien wie folgt dar:

	Beteiligung am Aktienkapital (%)	Anzahl Sitze im Verwaltungsrat
Neutraler Verwaltungsratspräsident	-	1
Atel	[...]	2
BKW	[...]	1
CKW	[...]	1
EGL	[...]	1
EOS	[...]	2
NOK	[...]	2
ewz	[...]	(1)
Bund/Kantone	0	2
Total	100	12 (13)

Die in Klammern aufgeführten Anteile am Aktienkapital/ Anzahl Verwaltungsratssitze beziehen sich auf die Situation nach dem Beitritt des ewz.

21. Die Vereinbarung enthält nur eine Bestimmung über die ordentliche Beschlussfassung im Verwaltungsrat. Danach gilt bei Abstimmungen das einfache Mehr der anwesenden Mitglieder. Der Präsident hat den Stichentscheid (Vereinbarung § 2.3.2).

22. Das Organisationsreglement, welches vom Verwaltungsrat einstimmig verabschiedet werden muss (Gesellschaftsvertrag, § 3.2), enthält Bestimmungen über eine qualifizierte Beschlussfassung. Danach bedürfen folgende Beschlüsse der Zustimmung und der Anwesenheit sämtlicher Mitglieder des Verwaltungsrats (Entwurf[2] des Organisationsreglements, § 2.3.3):

- Erlass und Änderungen des Organisationsreglements;
- Entscheide über ausserplanmässige Investitionen oder Desinvestitionen;
- Verabschiedung des jährlichen Budgets;
- Erwerb oder Veräusserungen von Beteiligungen der Gesellschaft an anderen Unternehmen einschliesslich der Gründung, Auflösung oder Veräusserung von Tochtergesellschaften;
- Rechtliche Umstrukturierungen;
- Beschlüsse über die Ernennung und Entlassung von Mitgliedern der Geschäftsleitung und deren Arbeitsverträge.

23. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle oben genannten Rechte gleichzeitig bestehen muss (vgl. auch Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung [EWG] Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [nachfolgend: Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses], Abl. C 66 vom 02.03.1998, § 23, 24).

24. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass das Recht, die Zusammensetzung der Unternehmensleitung mitzubestimmen, einen bestimmten Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens sichert. Das gleiche gilt für Entscheidungen über die Finanzplanung und Investitionen, da diese den Rahmen für den Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens setzen (vgl. Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, § 25).

25. Im vorliegenden Fall werden die am Unternehmenszusammenschluss beteiligten Parteien durch die einstimmige Beschlussfassung, insbesondere bezüglich der Ernennung und Entlassung von Mitgliedern der Geschäftsleitung sowie der Verabschiedung des Budgets, die gemeinsame Kontrolle über Swissgrid ausüben.

b) Vollfunktionsunternehmen

26. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor (PATRIK DUCREY, "Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen" in ROLAND VON BÜREN, LUCAS DAVID, "Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 Kartellrecht", S. 242):

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbstständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, das heisst, es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen (vgl. Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung [EWG] Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [nachfolgend Mitteilung über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens], Abl. C 66 vom 02.03.1998, §12).

[2] Die Parteien bestätigten mit Schreiben vom 8. Dezember 2004, dass sich die zuständigen Vertreter anlässlich einer Projektausschusssitzung damit einverstanden erklärt haben, für die Verabschiedung des jährlichen Budgets und die Bestimmung der Geschäftsleitung Einstimmigkeit im Verwaltungsrat vorauszusetzen.

27. Swissgrid wird mit einem Personal von ca. 100 Mitarbeitenden ausgestattet werden. Sie nimmt zentral die Aussenvertretung der schweizerischen Übertragungsnetzinteressen auf nationaler und internationaler Ebene war. Typische Funktions- und Organisationseinheiten sind insbesondere Netzführung, -planung, -wirtschaft und -strategie, Kommunikationssysteme/IT, Finanz- und Rechnungswesen, Dienste, Stabseinheiten (Kommunikation, Rechtsdienst, Unternehmensplanung) (Vereinbarung, § 2.4). Hingegen wird jegliche Tätigkeit von Swissgrid im Bereich des Stromhandels - Tätigkeitsbereich der Muttergesellschaften - ausgeschlossen (Gesellschaftsvertrag, § 2.3). Die Gesellschaft finanziert sich aus den Einnahmen aus dem Betrieb des CH-Übertragungsnetzes und der Erbringung von weiteren Dienstleistungen (Gesellschaftsvertrag, § 2.2 b). Swissgrid tritt somit als selbstständige wirtschaftliche Einheit im Markt für Stromübertragung auf.

28. Ein Gemeinschaftsunternehmen muss zudem auf Dauer angelegt sein. Die Tatsache, dass die Muttergesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, kann in der Regel als Nachweis dafür gelten (Mitteilung über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, § 15).

29. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stellen Swissgrid die in ihrem Eigentum stehenden Anlagen des CH-Übertragungsnetzes zur Verfügung (Vereinbarung, § 2.7). Bis spätestens [...] soll ausserdem das Einbringen des Netzeigentums der beteiligten Unternehmen sowie von dritten Netzeigentümern in die Swissgrid geprüft und darüber entschieden werden (Vereinbarung, § 1.2.3 und 2.2.5). Zudem kann der Gesellschaftsvertrag erstmals - unter Einhaltung von einer Kündigungsfrist von sechs Monaten - auf den [...] gekündigt werden (Gesellschaftsvertrag, § 7). Swissgrid ist somit auf Dauer angelegt.

30. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass Swissgrid die Kriterien für ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt.

c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

31. Alle am Zusammenschluss beteiligten Parteien sind integrierte Unternehmen, die heute ebenfalls im Stromübertragungsbereich tätig sind. Sie stellen die in ihrem Eigentum stehenden Übertragungsnetze Swissgrid zur Verfügung, welche von diesem Zeitpunkt an die Funktion der Betreiberin des CH-Übertragungsnetzes übernehmen wird. In Swissgrid fliessen demnach Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen ein.

d) Ergebnis

32. Die Neugründung des Gemeinschaftsunternehmens Swissgrid stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

33. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

34. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass das StromVG und die Änderung des EleG die parlamentarischen Beratungen noch nicht durchlaufen haben. Die Frage, inwieweit darin enthaltene Bestimmungen vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG begründen würden, kann deshalb aufgrund der Unbestimmtheit des Inkrafttretens dieser Gesetze beziehungsweise Gesetzesänderungen offen bleiben.

B.3 Meldepflicht

35. Weltweit erzielten die Motor-Columbus-Gruppe (Atel), BKW, Axpo (CKW, EGL, NOK), EOS und ewz im Geschäftsjahr 2003 insgesamt einen Umsatz von CHF [...] Mio.

36. In der Schweiz erzielten die Motor-Columbus-Gruppe (Atel), BKW, Axpo (CKW, EGL, NOK), EOS und ewz im Geschäftsjahr 2003 insgesamt einen Umsatz von CHF [...] Mio.

37. Jedes der beteiligten Unternehmen erzielte in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 100 Mio. (Motor-Columbus-Gruppe: CHF [...] Mio.; BKW: CHF [...] Mio.; Axpo: CHF [...] Mio.; ewz: CHF [...] Mio.[3]).

38. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

39. Die Wettbewerbskommission kann gemäss Artikel 10 Absatz 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 wirksame 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.

B.4.1 Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

40. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen.

[3] Hinsichtlich des ewz wäre der gesamte Umsatz der Stadt Zürich massgebend. Da jedoch bereits das ewz die Schwelle von CHF 100 Mio. überschreitet, kann auf die Bestimmung des Umsatzes der Stadt Zürich insgesamt verzichtet werden.

B.4.1.1 Relevante/r Markt/Märkte

I. Sachlich relevanter Markt

41. 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).

42. Die Wettbewerbskommission unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxisgemäss folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung, -übertragung, -verteilung, -versorgung, -handel (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 33; RPW 2001/4, S. 708, Rz. 12; RPW 2002/2, S. 348, Rz.23).

43. Der Markt für Stromerzeugung umfasst dabei die Produktion von Strom in Kraftwerken, der Markt für Stromübertragung, die Fortleitung von Elektrizität über Leitungen hoher Spannung, der Markt für Stromverteilung, die regionale Fortleitung von Elektrizität über Leitungen mittlerer und/oder niedrigerer Spannung und der Markt für Stromversorgung, die Belieferung von Elektrizität von Stromverbrauchern und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) (RPW 2001/4, S. 709, Ziff. 14 ff.). Bezüglich des Marktes für Stromhandel hat die Wettbewerbskommission festgehalten, dass mit der Liberalisierung in Europa ein Handelsmarkt entsteht. Dieser Markt beinhaltet auch Termingeschäfte auf Strom (RPW 2001/4, S. 709, Ziff. 19).

44. Bezüglich der Stromverteilung sind möglicherweise weitere Unterscheidungen nach Spannungsstärken vorzunehmen (RPW 2001/2, S. 273, Ziff. 106), bezüglich Stromproduktion und Strombelieferung möglicherweise nach Art der Stromproduktion oder nach Kundengruppen (RPW 2002/2, S. 351, Ziff. 24).

45. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sieht die Gründung eines CH-Übertragungsnetzes vor und betrifft somit den Markt für Stromübertragung auf der Hoch- und Höchstspannungsebene (380/220kV). Vorliegend umfasst der sachlich relevante Markt somit den Markt für Stromübertragung.

46. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bewirkt weiter, dass die Unternehmen der Axpo-Gruppe (CKW, EGL, NOK), Atel, BKW, EOS und ewz gemeinsam im Verwaltungsrat der Swissgrid vereint sind und neue finanzielle Verflechtungen eingehen. Diese Unternehmen stehen in den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel zumindest der Möglichkeit nach im Wettbewerb. Die Treffen des Verwaltungsrates der Swissgrid beziehungsweise die finanziellen Verflechtungen könnten daher auf diesen Märkten unter Umständen eine kollusionsfördernde Wirkung zeigen oder natürliches Parallelverhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung begünstigen.

47. Bezüglich einer allfälligen kollusionsfördernden Wirkung im Sinne von Abreden ist zu bemerken, dass solche im konkreten Fall gestützt auf Artikel 5 KG zu beurteilen sind. Weiter ist anzuführen, dass bereits heute Verflechtungen zwischen den genannten Unternehmen betreffend grosse Produktionsanlagen sowie Kontakte im Rahmen von Swisselectric (ohne Mitgliedschaft des ewz)[4] bestehen, weshalb die neuen Kontakte im Rahmen des Verwaltungsrates von Swissgrid keine nennenswerte Begünstigung von Abreden bewirken dürften.

48. Bezüglich einer allfälligen kollektiven marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel hat die Wettbewerbskommission in der Stellungnahme NOK/Watt festgehalten, dass bei einem weiteren Konzentrationsprozess die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung genauer zu prüfen sei (RPW 2002/2, S. 356, Ziff. 59). Weiter stellen gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbskommission finanzielle Verflechtungen ein Kriterium dar, welches zur Beurteilung von marktbeherrschenden Stellungen heranzuziehen ist (RPW 2002/2, S. 354 f., Ziff. 50). Bezüglich der Stromübertragung bestehen jedoch heute bereits durch die Etrans funktionale Verflechtungen zwischen der beteiligten Unternehmen. Die durch Swissgrid entstehenden finanziellen Verflechtungen reichen deshalb nicht aus, um eine kollektive marktbeherrschende Stellung der beteiligten Unternehmen zu begründen.

49. Nachfolgend ist demnach einzig auf den Markt für Stromübertragung als sachlich relevanter Markt einzugehen.

II. Räumlich relevante Märkte

50. 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).

51. Die Marktgegenseite der Unternehmen, die im Bereich der Stromübertragung tätig sind, setzt sich aus Stromproduzenten, sowie aus -versorgern, -händlern und -konsumenten zusammen, welche Stromübertragungsleistung in Anspruch nehmen.

52. Die Marktgegenseite fragt Übertragungsleistungen von einem Punkt A nach einem Punkt B nach. Diese Punkte sind je nach Nachfrager unterschiedlich. Der Markt für Stromübertragung ist deshalb räumlich einzelfallspezifisch abzugrenzen (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 27).

[4] Swisselectric ist gemäss eigenen Angaben die Organisation der schweizerischen Stromverbundunternehmen und setzt sich aus den Mitgliedern ATEL, BKW, CKW, EGL, EOS und NOK zusammen. Sie wurde im April 2002 gegründet.

53. Fragt die Marktgegenseite eine Stromübertragungsleistung von einem Punkt A zu einem Punkt B nach, muss zuerst bestimmt werden, ob diese beiden Punkte innerhalb desselben Übertragungsnetzes liegen. Trifft dies zu, kann von einem relevanten Markt ausgegangen werden, der höchstens dieses Übertragungsnetz umfasst. Müssen hingegen verschiedene Übertragungsnetze in Anspruch genommen werden, um Strom vom Punkt A zum Punkt B zu übertragen, stellt sich die Frage, ob die einzelnen Übertragungsnetze einen einzigen oder aber verschiedene relevante Märkte darstellen.

54. Verschiedene Übertragungsnetze sind nicht miteinander substituierbar, wenn jeweils nur ein Netz - oder verschiedene aneinander anschliessende Netze - Strom von einem Punk A zu einem Punkt B übertragen kann. Die Marktgegenseite muss somit die Übertragungsleistung aller Stromübertragungsanbieter, durch deren Übertragungsnetz die betreffende Übertragungsstrecke führt, einzeln nachfragen. Es bestehen in diesem Fall mehrere räumlich relevante Märkte, welche jeweils höchstens eines der nachgefragten Übertragungsnetze umfasst.

55. Gibt es hingegen parallele Leitungen, die es ermöglichen, Strom von einem Punkt A zu einem Punkt B zu übertragen, und sind diese parallelen Übertragungsstrecken Teil verschiedener Übertragungsnetze, muss untersucht werden, ob diese parallelen Leitungen aus Sicht der Marktgegenseite miteinander substituierbar sind.

56. Gegenwärtig verfügen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen über eigene Leitungen - sowie über eigentumsähnliche Transportrechte auf fremden Leitungen -, welche zusammen [...]% des CH-Übertragungsnetz ausmachen. Die wichtigsten Kapazitäten der Unternehmen im Stromübertragungsbereich in der Schweiz lassen sich nach Regionen einteilen:

- Atel: Nordostschweiz, Tessin
- CKW: Zentralschweiz
- EOS: Westschweiz, Wallis
- NOK: Nordostschweiz bis ins Bündnerland
- BKW: Kanton Bern
- EGL: Nordwestschweiz, Bündnerland
- ewz: Nordostschweiz, Bündnerland

57. Zur Beurteilung, ob und inwieweit gegebenenfalls Substitutionsmöglichkeiten aufgrund parallel verlaufender oder nahe angrenzender Übertragungsstrecken existieren, wurden verschiedene Elektrizitäts- und Gemeindewerke in den Gebieten Nordwestschweiz, Zürich-Graubünden sowie Zentralschweiz befragt.

58. Mehrere der befragen Elektrizitätswerke gaben an, dass sie gegenwärtig Strom von mehr als einem der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beziehen oder beziehen könnten und demzufolge direkt oder indirekt verschiedene Übertragungsstrecken in Anspruch nehmen beziehungsweise nehmen könnten. Für den Raum Nordwestschweiz wurde beispielsweise angegeben, dass Strom sowohl von Atel als auch von BKW bezogen würde. Im Raum Zürich-Walensee-Chur/Ems wird Strom hauptsächlich von NOK bezogen, der Strombezug über das ewz wurde hingegen als Ausweichmöglichkeit aufgeführt. Im Gebiet Gotthard bezieht ein Elektrizitätsunternehmen Elektrizität indirekt über die Übertragungsleitungen der CKW, es wäre jedoch der direkte Bezug über die Übertragungsleitungen der Atel möglich.

59. Aus den Angaben der befragten Elektrizitätswerke ergibt sich, dass für gewisse Gebiete die Möglichkeit besteht - und zum Teil auch von den Elektrizitätswerken wahrgenommen wird -, Strom über Übertragungsleitungen von verschiedenen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu beziehen. Daraus folgt in bestimmten Fällen, dass Substitutionsmöglichkeiten für die Strom beziehenden Elektrizitätswerke vorhanden sind, und der Markt für die Stromübertragung von einem Punkt A zu diesen Elektrizitätswerken (Punkt B) grösser als das Übertragungsnetz einer einzelnen der am Zusammenschluss beteiligten Parteien ist.

60. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der geografische Markt für Stromübertragung im Hochspannungsbereich einzelfallspezifisch abzugrenzen ist (d.h. jede Übertragung von einem Punkt A zu einem Punkt B ist ein eigener Markt), wobei diese Märkte die Übertragungsleitungen mehrerer am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einschliessen können.

B.4.1.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

61. 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.

I. Aktueller Wettbewerb

62. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen führten aus, dass die Übertragungsnetze heute fast ausschliesslich von ihnen selber genutzt würden, da sie als integrierte Elektrizitätsunternehmen in den Bereichen Produktion bis Handel tätig sind. Es gäbe in diesem Sinne heute kein eigentliches Angebot von Übertragungskapazität gegen Entgelt. Die Kosten für die Stromübertragung sind im heutigen System in der Regel in den Strompreisen enthalten. Nach Angaben der Parteien findet demzufolge unter den verschiedenen Übertragungsunternehmen eine Abrechnung über bezogene Energie statt. In Einzelfällen bestehen Transportrechte, welche separat entschädigt werden. Diese dienen Elektrizitätsunternehmen mit Beteili-

gungen an Partnerkraftwerken dazu, die ihnen daraus zustehende Energie vom Kraftwerk in das eigene Verteilgebiet zu transportieren.

63. Dies allein schliesst jedoch nicht aus, dass Stromendverbraucher beziehungsweise Elektrizitätswerke auf Verteilerebene nicht von konkurrierenden Anbietern von Stromproduktion und -übertragung profitieren könnten, da sich der allenfalls unterschiedliche Preis für die Stromübertragung auf die Gesamtkosten für den bezogenen Strom auswirkt.

64. Wie bereits dargelegt, wurde der räumlich relevante Markt einzelfallspezifisch - das heisst für jede Übertragungsstrecke von einem Punkt A zu einem Punkt B - abgegrenzt. Nachfolgend wird nicht weiter auf diejenigen Situationen eingegangen, in welchen der relevante Markt nicht mehr als das Übertragungsnetz eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen umfasst, da für die Stromübertragung in einem solchen Markt bereits heute keine aktuelle Konkurrenz besteht und wie nachfolgend gezeigt werden kann, von den Zusammenschlussparteien keine ausreichende potenzielle Konkurrenz ausgeht.

65. Hingegen muss untersucht werden, wie sich der Zusammenschluss in denjenigen Märkten auswirken wird, wo heute Substitutionsmöglichkeiten für den Strombezug und die -übertragung bestehen. Substitutionsmöglichkeiten wurden namentlich in der Nordwestschweiz, im Raum Zürich-Walensee-Chur/Ems sowie im Gebiet Gotthard angegeben.

66. Betreffend die Nordwestschweiz hat das Elektrizitätswerk Elektra Birsek (EBM) angegeben, dass sie die Elektrizität zurzeit über die Übertragungsleitungen der Atel sowie der BKW beziehe. Die EBM führt dazu aus, dass es möglich wäre, die Netzbenutzung auf eines der beiden Unternehmen zu konzentrieren oder ein drittes Unternehmen einzubeziehen. Beim dritten Unternehmen würde es sich um die EdF (Electricité de France) handeln, wobei eine Einspeisung aus einem Nachbarland mit grösseren technischen, regulatorischen und rechtlichen Problemen verbunden wäre. Coop gab an, dass theoretisch für die Bell AG und die Verteilzentrale Lyssbüchel, Basel (jährlicher Stromverbrauch [...]) Strom über die Übertragungsleitungen der Atel und BKW bezogen werden könnte, wobei jedoch für einen Wechsel technische Anpassungen und Investitionen erforderlich wären.

67. Bezüglich des Gebiets Zürich-Walensee-Chur/Ems gab das Gemeindewerk Zollikon an, dass - obwohl es gegenwärtig den Strom über die Übertragungsleitungen von NOK beziehe - ein Anschluss an die Netze des ewz aufgrund seiner Grenzlage an Zürich eine Ausweichmöglichkeit zum jetzigen Bezug über die Übertragungsleitungen von NOK darstelle. Das Elektrizitätswerk Jona-Rapperswil (EWJR), das zurzeit die Übertragungsleitungen der NOK in Anspruch nimmt, erwähnte ein Interesse an einem Energietransit über die Übertragungsleitungen des ewz. Die EMS-Chemie AG führte aus, Elektrizität für das Werk in Domat/Ems (jährlicher Stromverbrauch [...]) über die Übertragungsleitungen des ewz und der Axpo beziehen zu können, wobei einem Wechsel keine Hindernisse entgegenstünden.

68. Betreffend das Gebiet Gotthard gab [...] an, Strom von den Übertragungsleitungen der CKW (indirekt über die Leitungen des Elektrizitätswerk [...]) zu beziehen. Durch den Bau einer Unterstation zusammen mit der Atel würde jedoch eine Ausweichmöglichkeit entstehen, wobei für den entsprechenden Bau, welcher sehr kostspielig sei, ein konkretes Konzept vorliege.

69. Nach dem Zusammenschluss wird die Stromübertragung auch in diesen Gebieten ausschliesslich von Swissgrid angeboten. Es besteht nach dem Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz in der Stromübertragung zwischen Atel und BKW, NOK und ewz beziehungsweise zwischen CKW und Atel mehr. In den oben erwähnten Gebieten bestehen neben den Zusammenschlussparteien keine Unternehmen, welche Übertragungsleitungen anbieten.

70. Eine Elektrizitätsübertragung, welche vertraglich über die Leitungen einer Zusammenschlusspartei abgewickelt wird, beansprucht aufgrund der physikalischen (Ohmsches Gesetz) und technischen Gegebenheiten (Vermaschung der verschiedenen Netze) in der Regel auch die Leitungen anderer Parteien (vgl. RPW 1997/4, S. 570, Ziff. 71). Im vorliegenden Fall lässt sich daraus allerdings nicht ableiten, dass die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen nicht als eigentliche Konkurrenten betrachtet werden können. Diese beschriebene Wirkung lässt sich grundsätzlich über vertragliche Ausgleichszahlungen zwischen den Netzbetreibern entschädigen, ohne dass deshalb die einzelnen Übertragungsleistungsanbieter nicht miteinander in Konkurrenz stehen würden. Des Weiteren hat etwa das Gemeindewerk Erstfeld angegeben, dass ein konkretes Projekt für den Wechsel des Übertragungsnetzanbieters besteht. Ein Projekt eines Nachfragers, den Anbieter zu wechseln, belegt jedoch, dass diese Anbieter grundsätzlich miteinander in Konkurrenz stehen. Es ist deshalb festzuhalten, dass die physikalischen und technischen Gegebenheiten den bestehenden Wettbewerb zwischen den Zusammenschlussparteien zwar einschränken, aber dennoch Restwettbewerb besteht, welcher durch den Zusammenschluss beseitigt wird.

71. Zusammenfassend ergibt sich aus den obigen Ausführungen, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in den Gebieten Zürich-Walensee-Chur/Ems, Nordwestschweiz sowie Gotthard die aktuelle Konkurrenz beseitigt wird.

II. Potenzieller Wettbewerb

72. Ein Unternehmen, das in den Markt für Stromübertragung in einem bestimmten Gebiet als Stromübertragungsanbieter einzutreten beabsichtigt, muss eigene Hochspannungsleitungen erstellen, welche parallel zu den bestehenden Leitungen verlaufen würden.

73. Gemäss Artikel 16 Absatz 1 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, RS 734.0) wird zur

Erstellung oder Änderung von Stark- oder Schwachstromanlagen eine Plangenehmigung benötigt. Die Genehmigungsbehörde ist in der Regel das Eidgenössische Starkstrominspektorat (nachfolgend ESTI) (Art. 16 Abs. 2 Bst. a EleG).

74. Gemäss Ausführungen des ESTI müssen Projekte für neue Übertragungsleitungen zuerst im Sachplan für Übertragungsleitungen aufgenommen werden, die Federführung für solche Projekte liege beim Bundesamt für Energie (BFE). Anschliessend habe der Betriebsinhaber einen Umweltverträglichkeitsbericht und ein Plandossier zu erstellen und dieses dem ESTI einzureichen. Es folge das ordentliche Verfahren nach EleG, das Projekt werde öffentlich aufgelegt und die entsprechenden Fachstellen des Bundes und der Kantone zur Stellungnahme eingeladen. Bei solchen Projekten sei üblicherweise mit Einsprachen zu rechnen, in diesem Fall erfolge die Genehmigung durch das BFE mit Rekursmöglichkeiten bei der REKO INUM (vgl. Antwort des ESTI vom 24.1.2005 auf Auskunftsbegehren vom 11.1.2005).

75. Das ESTI führt weiter aus, dass ein Kriterium für die Aufnahme in den Sachplan der Bedarfsnachweis sei. Es sei deshalb nicht anzunehmen, dass der Bundesrat ein Projekt verabschiede, wenn der Bedarf nicht vorhanden sei. Es bestehe jedoch auch die Möglichkeit, Projekte direkt beim ESTI einzureichen. Die Widerstände der Kantone, Fachstellen des Bundes, Umweltorganisationen und Bevölkerung wären jedoch so gross, dass die Chancen einer Parallelleitung sehr gering wären (vgl. Antwort des ESTI vom 24.1.2005 auf Auskunftsbegehren vom 11.1.2005).

76. Bei Fehlen von Kapazitätsengpässen stehen potenziellen Konkurrenten auf dem Markt für Stromübertragungen somit hohe regulatorische und politische Marktzutrittsschranken entgegen.

77. Bezüglich der Erstellung von Parallelleitungen bei Kapazitätsengpässen hält das ESTI fest, dass es auch für eine sichere Versorgung der Schweiz heute sehr schwierig sein würde, neue Übertragungsleitungen zu erstellen. Auch hiezu sei ein Umweltverträglichkeitsbericht zu erstellen. Weiter hält das ESTI fest, dass es sicher einfacher sei, eine bestehende Leitung zu verstärken als eine neue zu erstellen (vgl. Antwort des ESTI vom 24.1.2005 auf Auskunftsbegehren vom 11.1.2005).

78. Somit stehen potenziellen Konkurrenten auch bei Vorliegen von Kapazitätsengpässen hohe regulatorische und politische Marktzutrittsschranken entgegen. Zudem besitzt ein etablierter Anbieter gegenüber potenziellen Markteintretenden bezüglich der Beseitigung eines Kapazitätsengpasses Vorteile bei den regulatorischen Bedingungen.

79. Neben den regulatorischen Marktzutrittsschranken kann ein Marktzutritt durch die hohen Kosten, die für einen Zutretenden verloren sind, wenn der Marktzutritt nicht erfolgreich ist (sog. "Sunk costs"), behindert werden. Es ist davon auszugehen, dass die Sunk costs mindestens den Wert der für die Stromübertragung notwendigen Infrastruktur, das heisst der Übertragungsleitungen, aufweisen. In Bezug auf die Stromübertragung ist es jedoch unter Umständen möglich, das Problem der Sunk costs mittels entsprechender vertraglicher Vereinbarungen (insbesondere Verpflichtung zum langfristigen Bezug) zu beseitigen. Die Frage der Sunk costs ist allerdings nicht abschliessend zu beantworten, da die potenzielle Konkurrenz bereits durch die oben beschriebenen regulatorischen und politischen Marktzutrittsschranken stark beschränkt wird.

80. Im Weiteren ist festzuhalten, dass keine Drittunternehmen in den letzten fünf Jahren im Bereich der Stromübertragung tätig geworden sind.

81. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der potenzielle Wettbewerb auf den betroffenen Märkten als sehr gering einzuschätzen ist und das Verhalten der beteiligten Unternehmen nach Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens nicht ausreichend zu disziplinieren vermag. Dies wird von den Zusammenschlussparteien selbst nicht bestritten. Vielmehr legen die Zusammenschlussparteien dar, dass angesichts der regulatorischen Rahmenbedingungen ein Markteintritt eines Unternehmens mit eigener Netzinfrastruktur sehr unwahrscheinlich ist und der Markteintritt eines völlig neuen -teilnehmers (mit eigener Infrastruktur) kein realistisches Szenario darstellt (vgl. Meldung vom 29.11.2004, S. 27).

B.4.1.3 Ergebnis

82. Die Prüfung ergibt aus den oben dargelegten Gründen, dass der Zusammenschluss auf den genannten räumlich relevanten Märkte für Stromübertragung (Zürich-Walensee-Chur/Ems; Nordwestschweiz; Gotthard) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

B.4.2 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten

83. Als nächstes ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

84. In der Verfügung betreffend Watt/Migros - EEF (RPW 2001/2, S. 255 ff.), welche vom Bundesgericht bestätigt wurde (RPW 2003/4, S. 925 ff.), hat die Wettbewerbskommission festgehalten, dass die Verweigerung von Stromdurchleitung die Konkurrenten des Netzbetreibers in der Aufnahme beziehungsweise Ausübung des Wettbewerbs auf dem Markt für Stromversorgung behindert. Entsprechend dieser Auffassung behindert die Verweigerung der Stromdurchleitung den Wettbewerb auf dem Markt für Stromversorgung. Die Intensität des Wettbewerb auf dem Markt für Stromversorgung hängt demnach unter anderem von der Möglichkeit ab, Strom über fremde Netze leiten zu können.

85. Durch den vorliegenden Zusammenschluss werden die Stromübertragungsnetze der beteiligten Unternehmen von einer gemeinsamen Gesellschaft betrieben. Dies hat zur Folge, dass ein Drittunternehmen, welches Stromdurchleitungen über Übertragungsnet-

ze mehrerer der beteiligten Unternehmen nachfragt, sich nicht mehr an die einzelnen Unternehmen wenden und sich mit diesen über die Bedingungen verständigen muss, sondern ausschliesslich an ein Unternehmen. Weiter werden in diesem Fall voraussichtlich die technischen Abläufe und die Koordination sowie die Bereitstellung der Regelenergie für die Stromdurchleitung vereinfacht. Daraus ergibt sich, dass der Zusammenschluss die Möglichkeit von Stromdurchleitungen über die Übertragungsnetze mehrerer der beteiligten Unternehmen grundsätzlich vereinfachen wird. Hieraus ist wiederum zu folgern, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Stromversorgung durch die beschriebene Erleichterung beziehungsweise Vereinfachung der Stromdurchleitung für Dritte verbessert wird.

86. Wie dargelegt, verbessert diese Vereinfachung der Möglichkeit zur Stromdurchleitung den Wettbewerb auf den Märkten für Stromversorgung. Es ist als nächster Schritt zu prüfen, ob diese Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Stromversorgung die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung auf Märkten für Stromübertragung überwiegt.

87. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Verbesserung der Marktverhältnisse im Bereich der Stromversorgung das gesamte Gebiet der Schweiz umfasst, während die marktbeherrschende Stellung nur auf bestimmten, räumlich begrenzten Gebieten begründet beziehungsweise verstärkt wird. Die Befragungen im Rahmen des Prüfungsverfahrens ergaben, dass von der Begründung beziehungsweise Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung verhältnismässig wenige Stromverbraucher betroffen sind, während von einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Stromversorgungsmärkten die überwiegende Mehrheit der Befragten profitieren könnte. Dies würde dafür sprechen, dass die Verbesserung der Marktverhältnisse auf anderen Märkten die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Voraussetzung ist jedoch, dass diese Verbesserungen tatsächlich eintreten werden beziehungsweise ihr Eintreten hinreichend wahrscheinlich ist. Mit der vorliegenden Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens wird Swissgrid in der Praxis weiterhin die Möglichkeit besitzen, einen Durchleitungsanspruch zu bestreiten sowie die Durchleitung zu verzögern oder an unangemessene Bedingungen zu knüpfen. Eine Erreichung der Stromdurchleitung zu angemessenen Bedingungen würde möglicherweise in jedem Fall eine einzelne, unter Umständen langwierige kartellrechtliche Überprüfung erfordern. Weiter besteht aufgrund der finanziellen und möglichen personellen Verflechtung ein Anreiz, Stromdurchleitungen in oben erwähnter Weise zu erschweren. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Stromversorgung in ausreichendem Ausmass ist unter diesen Umständen nicht gegeben.

88. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Stromversorgung die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung auf Märkten für Stromübertragung nur überwiegen kann, wenn das Zusammenschlussvorhaben mit entsprechenden Auflagen und/oder Bedingungen verbunden wird. Diese Auflagen und/oder Bedingungen müssen die Möglichkeit, Stromdurchleitung zu behindern, sowie den Anreiz, selbiges zu tun, in genügendem Ausmass einschränken.

89. Bezüglich der Möglichkeit, Stromdurchleitungen zu behindern, sind folgende Auflagen erforderlich:

- Die Swissgrid AG ist verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den von ihr betriebenen und/oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren.
- Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen.
- Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.
- Die Swissgrid AG ist verpflichtet, ihre Netznutzungstarife und -bedingungen zu veröffentlichen.

Durch die erste Auflage wird sichergestellt, dass der mögliche Anspruch auf Stromdurchleitung gegen angemessenes Entgelt nicht in jedem Einzelfall zu überprüfen ist. Die zweite bis vierte Auflage stellen sicher, dass die Wettbewerbsbehörde beziehungsweise die Preisüberwachung die Angemessenheit der Durchleitungstarife effizient überprüfen können.

90. Bezüglich des möglichen Anreizes, Stromdurchleitungen zu behindern, sind folgende Auflagen erforderlich:

- Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteileinrichtungen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch dient, dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regelenergie betrifft.
- Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die soeben genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.
- Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die soeben genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.

91. Als nächstes ist zu prüfen, ob diese Bedingungen notwendig und ausreichend sind, um eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu erzielen, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen. Beides ist zu bejahen. Zum einen entsprechen die Auflagen weitgehend den Bestimmungen, welche der vom Bundesrat verabschiedete Entwurf eines Stromversorgungsgesetzes (E-StromVG) hinsichtlich einer nationalen Netzgesellschaft vorsieht

(Art. 11 Abs. 1 E-StromVG, Art. 12 Abs. 1 E-StromVG, Art. 13 E-StromVG, Art. 18 Abs. 3 und 4 E-StromVG). Das StromVG bezweckt unter anderem, Anreiz für mehr Wettbewerb zu schaffen (vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, S.7); es blieb unter Experten weitgehend unbestritten, dass in Bezug auf eine nationale Netzgesellschaft die zitierten Bestimmungen für die Förderung des Wettbewerbs notwendig und ausreichend sind (vgl. hiezu etwa den Bericht über das Ergebnis der Vernehmlassung zum StromVG vom November 2004, S. 22). Weiter ergaben die im Rahmen des vorliegenden Prüfungsverfahrens durchgeführten Befragungen von kommerziellen Stromverbrauchern, dass von einer nationalen Netzgesellschaft eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Markt für Stromversorgung erwartet wird, sofern Bestimmungen analog zu denjenigen des E-StromVG eingeführt werden.

92. Die EU sieht hinsichtlich der personellen Entflechtung nur eine solche bezüglich des operativen Geschäfts vor, nicht jedoch hinsichtlich des Verwaltungsrates (vgl. Richtlinie 2003/54/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 26.6.2003 über die gemeinsame Vorschrift für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/2/EG, Art. 10; Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt, Die Entflechtungsregel, Rechtlich nicht bindendes Kommissionspapier, Abs. 4. Funktionale Entflechtung). Die Wettbewerbskommission ist im Unterschied der Überzeugung, dass sich die personelle Entflechtung, um eine genügende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für Stromversorgung zu erreichen, auch auf die Ebene des Verwaltungsrates zu erstrecken hat, in concreto dergestalt, dass Mitglieder von Organen juristischer Personen, welche im Elektrizitätsbereich tätig sind, nicht Einsitz in den Verwaltungsrat der Swissgrid nehmen dürfen.

93. Weiter stellt sich die Frage, ob eine eigentumsrechtliche Trennung des Übertragungsnetzbetreibers von den übrigen Elektrizitätsunternehmen notwendig ist. Dies ist zu verneinen. Zwar dürfte eine solche Trennung den Wettbewerb auf den Stromversorgungsmärkten weiter beleben, allerdings wird auch ohne diese Trennung eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten erreicht, welche hinreichend ist, um die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung zu überwiegen.

94. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben mit Schreiben vom 16. Februar 2005 mitgeteilt, dass im Rahmenvertrag und Organisationsreglement diverse Bestimmungen aufgenommen werden sollen, welche den gesetzgeberischen Anliegen der EleG-Revison beziehungsweise des StromVG Rechnung tragen. Diese Bestimmungen entsprechend weitgehend den oben genannten Auflagen. Es stellt sich daher die Frage, ob vor diesem Hintergrund auf die genannten Auflagen verzichtet werden kann. Diese Frage ist zu verneinen. Zum einen handelt es sich bei den Aussagen im Schreiben vom 16. Januar 2005 lediglich um Absichtserklärungen. Zum anderen, und weit gewichtiger, ist sicherzustellen, dass diese Bestimmungen

a. tatsächlich umgesetzt beziehungsweise eingehalten werden und

b. nicht nachträglich wieder rückgängig gemacht werden können.

Beides ist bei einem Verzicht auf Auflagen nicht gewährleistet. Werden die genannten Bestimmungen nicht in Form von Auflagen erlassen, können die beteiligten Unternehmen ohne Folgen von deren Umsetzung beziehungsweise Einhaltung absehen. Ebenso steht den beteiligten Unternehmen in diesem Fall die Möglichkeit offen, die Bestimmungen zu einem späteren Zeitpunkt rückgängig zu machen. Es ist daher zwingend notwendig, dass die oben genannten Bestimmungen in Form von Auflagen verfügt werden.

B.4.3 Schlussfolgerungen

95. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swissgrid hat ergeben, dass der Zusammenschluss auf den genannten räumlich relevanten Märkten für Stromübertragung (Zürich-Walensee-Chur/Ems; Nordwestschweiz; Gotthard) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

96. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swissgrid hat weiter ergeben, dass der Zusammenschluss auf den Märkten für Stromversorgung eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt, sofern die unter B.4.2 aufgeführten Auflagen erlassen werden.

97. Der Bundesrat hat am 3. Dezember 2004 eine Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0) und zur Schaffung eines Stromversorgungsgesetzes (StromVG) zuhanden des Parlamentes verabschiedet. Bei Inkrafttreten des StromVG und/oder der Änderung des EleG und/oder eines anderen den Elektrizitätsmarkt betreffenden Bundesgesetzes ist die vorliegende Verfügung gegebenenfalls in Wiedererwägung zu ziehen.

C Kosten

98. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Atel, BKW, CKW, EGL, NOK, EOS und Stadt Zürich.

99. Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundensatz von CHF 100.- bis CHF 400.- gilt. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-Gebührenverordnung).

100. Für die vorläufige Prüfung gemäss Artikel 32 KG wird statt der Gebühr nach Zeitaufwand eine Pau-

schalgebühr von CHF 5'000.- erhoben (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

101. Vorliegend sind deshalb CHF 5'000.- für die vorläufige Prüfung sowie eine Gebühr nach Zeitaufwand für die Prüfung nach Artikel 33 KG zu erheben, wobei für die Gebühr nach Zeitaufwand Stundenansätze von CHF 200.- zur Anwendung kommen.

102. Im vorliegenden Fall wurden im Rahmen der Prüfung nach Artikel 33 KG [...] Stunden zu einem Ansatz von CHF 200.- aufgewendet. Die Gebühr beträgt deshalb CHF [...], bestehend aus CHF [...] nach Zeitaufwand im Rahmen der Prüfung nach Artikel 33 KG und CHF 5'000.- Pauschalgebühr für die vorläufige Prüfung nach Artikel 32 KG.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, auf dem Markt für Stromübertragung in der Nordwestschweiz, dem Markt für Stromübertragung im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems und auf dem Markt für Stromübertragung im Gebiet Gotthard begründet respektive verstärkt.

2. Das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

a. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den von ihr betriebenen und/oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren.

b. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen.

c. Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.

d. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, ihre Netznutzungstarife und -bedingungen zu veröffentlichen.

e. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteileinrichtungen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch dient, dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regelenergie betrifft.

f. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.

g. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können - ausser den in Artikel 37 KG vorgesehenen Massnahmen - mit Sanktionen gemäss Artikel 50, 51, 54 und 55 KG belegt werden.

4. [Kosten]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]

B 2.3	***5. Cashgate - Zürcher Kantonalbank, Graubündner Kantonalbank, Thurgauer Kantonalbank, Schwyzer Kantonalbank und Valiant Holding***

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 6. Juli 2004

A Sachverhalt

1. Am 10. Juni 2004 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Zürcher Kantonalbank, der Valiant Holding, der Graubündner Kantonalbank, der Thurgauer Kantonalbank und der Schwyzer Kantonalbank erhalten. Die Parteien beabsichtigen, im Bereich Konsumfinanzierung für Privatkunden zusammenzuarbeiten und sich zu diesem Zweck zu einem Joint-Venture zusammenzuschliessen.

2. Die Zusammenarbeit soll im Rahmen einer von den Parteien gemeinsam betriebenen Gesellschaft erfolgen. Die Parteien haben zunächst die "CBZ Projekt AG", eine Projekt AG mit einem Aktienkapital von CHF 2 Mio., gegründet. Deren Zweck besteht in der Planung und Umsetzung von Projekten im Finanzbereich, das heisst im Aufbau der Konsumkreditbank.

3. Nach Vorliegen der Bankbewilligung durch die Eidgenössische Bankenkommission wird die CBZ Projekt AG als Bank neu organisiert. Die Gesellschaftsfirma wird geändert und lautet neu "cashgate AG". Zudem erfolgt eine Änderung des Gesellschaftszwecks, welcher neu im Betrieb einer Konsumkreditbank besteht. Der Geschäftsbereich umfasst die Gewährung von Konsumkrediten, Automobil- und Konsumgüterleasinggeschäfte sowie alle Arten von damit zusammenhängenden Finanz- und Dienstleistungsgeschäften. Weiter wird nach Vorliegen einer Bankbewilligung eine Kapitalerhöhung durchgeführt, wobei sämtliche neuen Aktien durch die Parteien gezeichnet werden. Die Parteien werden nach der Neuorganisation der Gesellschaft als Bank folgendermassen an der Gesellschaft beteiligt sein:

Zürcher Kantonalbank (ZKB) zu	[> 50]%
Valiant Holding zu	[...]%
Graubündner Kantonalbank zu	[...]%
Thurgauer Kantonalbank zu	[...]%
Schwyzer Kantonalbank zu	[...]%

Nach dem Joint-Venture-Vertrag (JVV) stellt jede Partei - unabhängig von ihrer finanziellen Beteiligung - ein Mitglied des Verwaltungsrates.

4. Die cashgate AG tritt neu in den Markt für Konsumfinanzierung für Privatkunden, wobei ein Marktauftritt unter eigener Marke vorgesehen ist. Ein direktes Produktangebot erfolgt über das Telefon sowie über das Internet. Zudem werden die Filialen der Parteien als physische Verkaufskanäle eingesetzt. Die cashgate AG verfügt demzufolge nicht über ein eigenes Filialnetz.

5. Insbesondere folgende Gründe haben zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) sowie zum Entschluss zum Markteintritt geführt: Die Bearbeitung des Marktes für Konsumfinanzierung für Privatkunden erfordert eine Kostenstruktur, welche es für die Parteien unrentabel erscheinen lässt, einzeln auf diesem Markt aktiv zu sein. Die Gewährung von Konsumkrediten und Leasingmöglichkeiten entsprechen nichtsdestotrotz einem offenbaren Kundenbedürfnis. Tatsächlich kann festgestellt werden, dass die Marktvolumen in den Bereichen des Konsumkredit- sowie des Leasinggeschäfts tendenziell jedes Jahr zunehmen. Die Parteien haben sich deshalb entschlossen, vorab aus Kostengründen und Rentabilitätsüberlegungen, den Markt für Konsumfinanzierung für Privatkunden gemeinsam mittels der cashgate AG zu bearbeiten.

6. Der Markt verteilt sich im jetzigen Zeitpunkt auf wenige starke Anbieter (u.a. GE Capital, Credit Suisse und Migros). Bisher vermitteln die beteiligten Banken ihre Kunden teilweise an GE Capital. Mittelfristig streben die Parteien an, sich mit der cashgate AG als zusätzliche starke Anbieterin im Bereich Konsumfinanzierung für Privatkunden zu etablieren.

7. Die Zürcher Kantonalbank, die Graubündner Kantonalbank, die Thurgauer Kantonalbank sowie die Schwyzer Kantonalbank verfügen je über eine Bankbewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission und betreiben alle das Geschäft von Universalbanken. Zu nennende Dienstleistungen sind namentlich Spar- und Anlage- sowie weitere Basisdienstleistungen (z.B. Zahlungsverkehr), Finanzierungen (z.B. Immobilien- und Unternehmensfinanzierungen), Finanzberatung und Vermögensverwaltung sowie weitere Immobiliendienstleistungen (z.B. Beratung, Bewertungen, Kauf und Verkauf). Bisher waren die genannten Kantonalbanken im Bereich Konsumfinanzierung für Privatkunden nicht tätig.

8. Die Valiant Holding verfügt über keine Bankbewilligung. Sie hält jedoch vier der Eidgenössischen Bankenkommission unterstellte Institute als 100%ige Tochtergesellschaften: die Valiant Bank, die IRB Bank, die Luzerner Regiobank und die Valiant Privatbank AG. Weiter ist die Valiant Holding zu 100% an der Revi-Leasing & Finanz AG, der Wotreva AG und der Valiant Informatik AG sowie zu 89,6% an der Allgemeinen Bürgschaftsgenosssenschaft (nicht konsolidiert) beteiligt.

9. Keine der von der Valiant Holding gehaltenen Banken ist bisher im Bereich Konsumfinanzierung für Privatkunden tätig. Die Valiant Bank ist vorwiegend im Hypothekarkredit- und Spargeschäft tätig. Die Valiant Privatbank hingegen konzentriert sich eher auf die Vermögens- und Anlageberatung sowie auf das Effektenhandelsgeschäft. Die IRB Bank erbringt sämtliche Dienstleistungen einer Regionalbank, namentlich das Kredit- und Spargeschäft insbesondere für Privatkunden und kleinere Unternehmen. Daneben ist sie aber auch in der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung und dem Effektenhandel tätig. Die Luzerner Regionalbank ist zusätzlich im Bereich des Handels mit nichtkotierten Schweizer Aktien tätig. Einzig die Revi-Leasing & Finanz AG ist bereits im Bereich Fahrzeugleasing tätig. Diese soll gemäss JVV im Rahmen der neuen Gesellschaft aber keine Geschäftstätigkeit ausüben. Sie wird nicht in das GU eingebracht, sondern behält eine eigenständige Stellung.

10. Im JVV ist ein unbefristetes Konkurrenzverbot zulasten der Parteien bezüglich der Tätigkeit der Konsumkreditbank vorgesehen. Im Rahmen einer kostenpflichtigen Beratung im Sinne von Artikel 23 Absatz 2 KG stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 14. Mai 2004 fest, dass eine Befristung des fraglichen Konkurrenzverbots auf fünf Jahre angemessen sei.

11. Da aus Zeitgründen eine sofortige Anpassung des JVV nicht möglich war, bestätigte der Rechtsvertreter der Parteien mit Schreiben vom 22. Juni 2004 namens und im Auftrag seiner Mandantinnen, dass diese die Befristung des Konkurrenzverbots zu ihren Lasten bezüglich der Tätigkeit der Konsumkreditbank auf fünf Jahre akzeptieren. Das Sekretariat und die Parteien einigten sich darauf, dass der Beginn der Frist für die Dauer der Konkurrenzklausel mit dem Auftritt des GU am Markt ausgelöst wird.

12. Die Parteien haben zugesichert, dass das GU den JVV nach Abschluss des Bankenbewilligungsverfahrens anpassen und dabei das fragliche Konkurrenzverbot, wie im Schreiben vom 22. Juni 2004 beschrieben, regeln wird. Dem Sekretariat wird nach Unterzeichnung eine Kopie des angepassten JVV zugestellt (vgl. Schreiben der Parteien vom 22.6.2004).

13. Anlässlich des Telefongesprächs vom 28. Juni 2004 teilte die Eidgenössische Bankenkommission dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mit, dass sie keine kartellrechtliche Prüfungskompetenz im Sinne von Artikel 10 Absatz 3 KG beanspruche.

B Unterstellung unter das Kartellgesetz

B.1 Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG

14. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.2 Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 VKU

B.2.1 Gemeinsame Kontrolle der Muttergesellschaften

15. Voraussetzung für das Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses gemäss Artikel 2 Absatz 2 VKU ist die gemeinsame Kontrolle der Muttergesellschaften über das gegründete Unternehmen. Gemeinsame Kontrolle liegt grundsätzlich vor, wenn die beherrschenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen, die das beherrschte Unternehmen betreffen, eine Übereinstimmung erzielen müssen (Komm. KG - HOMBURGER, Zürich 1997, N 110 zu Art. 4 KG).

16. Gemäss JVV ist die ZKB mit [> 50]% an der Gesellschaft beteiligt. Alleinige Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit, das heisst eine Beteiligung von 50% plus eine Stimme, erwirbt (Komm. KG- HOMBURGER, a.a.O, N 108 zu Art. 4 KG). Vorliegend ist daher zu prüfen, ob den Minderheitsaktionären weitergehende Rechte gewährt werden, so dass trotz einem Stimmenanteil der ZKB von [> 50]% von einer gemeinsamen Kontrolle der Muttergesellschaften ausgegangen werden kann.

17. Die gesetzliche Bestimmung über die Beschlussfassung in der Generalversammlung (Art. 704 OR) wurde in den Bankstatuten fast vollständig übernommen. Die Minderheitsaktionäre verfügen daher nicht über ein Vetorecht, das ihnen ermöglichen würde, in der Generalversammlung die wirtschaftliche Strategie mitzubestimmen. Die Parteien haben sich im JVV jedoch verpflichtet, ihr Stimm- und Wahlrecht in der Generalversammlung der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den Bestimmungen und im Sinn und Geist des Vertrages, zum Beispiel im Zusammenhang mit der Aufnahme neuer Parteien, auszuüben.

18. Gemäss JVV werden auf den Zeitpunkt der Neuorganisation der Gesellschaft als Konsumkreditbank für die Zeit bis zur ordentlichen Generalversammlung 2007 fünf Personen als Verwaltungsratsmitglieder gewählt, wobei jede Partei - unabhängig von ihrer finanziellen Beteiligung - mit einer Person vertreten ist. Weiter ist grundsätzlich jede Partei berechtigt, ein Mitglied des Verwaltungsrates zu stellen. Zudem haben die Parteien eine Regelung getroffen für den Fall, dass sich die Zahl der Parteien auf mehr als fünf erhöht. Gemäss Bankstatuten verfasst der Verwaltungsrat seine Beschlüsse und vollzieht seine Wahlen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Bei Stimmengleichheit hat der Vorsitzende den Stichentscheid.

19. Die Oberleitung der Gesellschaft ist dem Verwaltungsrat übertragen. Die in den Bankstatuten aufgeführten unübertragbaren und unentziehbaren Oberleitungsaufgaben entsprechen weitgehend den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gemäss Artikel 716a OR. Weitere Oberleitungsaufgaben und Kompetenzen sind im Organisationsreglement geregelt.

20. Im JVV werden weitere Kompetenzen des Verwaltungsrates genannt. So bestimmt er die Strategie und Geschäftspolitik der Gesellschaft und regelt deren Finanzierung. Verschiedene wichtige Entscheide strategischer und organisatorischer Natur bedürfen eines einstimmigen Beschlusses des Verwaltungsrats. Kommt ein einstimmiger Beschluss im Verwaltungsrat nicht zustande, ist für bestimmte Fälle vorgesehen, dass dann die Parteien entscheiden, wobei deren entsprechender Beschluss der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit an Aktienstimmen bedarf. Allfällige weitere Regelungen befinden sich im Organisationsreglement.

21. Eine Gesamtbetrachtung der statutarischen und vertraglichen Ausgestaltung der wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und der allgemeinen -politik ergibt somit, dass die Muttergesellschaften in vielen dieser Bereiche Übereinstimmung erzielen müssen und damit auf diese Einfluss nehmen können. Die alleinige Kontrolle durch die ZKB ist trotz Stimmenmehrheit ausgeschlossen. Die Voraussetzung der gemeinsamen Kontrolle der Muttergesellschaften ist demzufolge erfüllt.

B.2.2 Einfliessen von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen

22. Eine weitere Voraussetzung für einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 2 Absatz 2 VKU ist, dass in das GU Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfliessen. Die Wettbewerbskommission legt dieses Tatbestandsmerkmal eher weit aus (vgl. RPW 1997/2, S. 200).

23. Bisher befasste sich die Revi-Leasing & Finanz AG mit dem Automobilleasinggeschäft. Wie bereits erwähnt, soll diese im Rahmen der neuen Gesellschaft aber keine Geschäftstätigkeit ausüben.

24. Das Einbringen von Kapital allein genügt zumindest nach bisheriger Lehre nicht für die Annahme eines Zusammenschlusses im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG (Komm. KG - HOMBURGER, a.a.O., N 135 zu Art. 4 KG; CR Concurrence - VENTURI, Genève, Bâle, Munich 2002, N 124 zu Art. 4 Abs. 3 LCart). Diese Aussagen sind jedoch zu relativieren. Sie berücksichtigen nicht, dass gerade im Finanzdienstleistungssektor der Faktor Kapital eine hauptsächliche Rolle spielt. Genügt beispielsweise bei Produktionsunternehmen bereits das Einbringen von Betriebsanlagen für die Erfüllung dieses Kriteriums (vgl. PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: SIWR V/2, Basel 2000 mit Verweis auf die Praxis), sollte das Einbringen von Kapital, sofern dieses als Mittel für die Geschäftstätigkeit (z.B. für Ausleihungen an Kunden) verwendet wird, bei Unternehmen in der Finanzdienstleistungsbranche ebenfalls den Anforderungen nach Artikel 2 Absatz 2 VKU genügen. Im vorliegenden Fall muss diese Frage jedoch nicht abschliessend beantwortet werden.

25. Von den Muttergesellschaften soll zwar hauptsächlich Kapital eingebracht werden. Die Bankfilialen sollen aber als Verkaufspunkte eingesetzt und die Informatiksysteme der Muttergesellschaften genutzt werden. Know-how im Bereich der Finanzdienstleistungen wird ebenfalls eingebracht. Weiter sollen auch gewisse Arbeitnehmer der Parteien für die neue Gesellschaft tätig sein. Das Erfordernis des Einfliessens von Geschäftstätigkeiten durch ein kontrollierendes Unternehmen ist daher erfüllt.

B.2.3 Vollfunktions-GU

26. Ein GU im Sinne von Artikel 2 VKU liegt vor, wenn es als Vollfunktionsunternehmen auftritt. Weiter muss das GU eine selbstständige wirtschaftliche Einheit bilden und auf Dauer angelegt sein.

27. Die Parteien haben bei der Eidgenössischen Bankenkommission ein Gesuch um Erteilung einer Bankbewilligung gestellt. In der Folge will die cashgate AG als Anbieterin von Konsumfinanzierungsleistungen für Privatkunden auf dem Markt auftreten und zur wichtigen Konkurrentin der bereits bestehenden Anbieter werden.

28. Der Marktauftritt erfolgt unter einer eigenen Marke. Die Muttergesellschaften sind mit Ausnahme der Revi-Leasing & Finanz AG in diesem Bereich nicht tätig. Weiter ist das GU mit den nötigen finanziellen Mitteln und dem erforderlichen Personal sowie Know-how ausgestattet. Zudem ist seine Tätigkeit nicht auf bestimmte Aspekte der genannten Geschäftsbereiche beschränkt, sondern umfasst sämtliche Aspekte von der Werbung bis zur Vertragsabwicklung. Das GU verpflichtet sich im Weiteren durch den Abschluss der Verträge mit den Kunden selber. Die Tatsache, dass das GU die physischen Verkaufskanäle der Muttergesellschaften benützt, beeinträchtigt deren Autonomie vorliegend nicht (vgl. CR Concurrence - VENTURI, a.a.O, N 111 zu Art. 4 al. 3 LCart). Diese Elemente lassen den Schluss zu, dass die cashgate AG ein Vollfunktionsunternehmen ist.

29. Die cashgate AG wird eine eigenständige Geschäftspolitik im Bereich Konsumfinanzierung für Privatkunden verfolgen. Sie wird von den Muttergesellschaften beziehungsweise deren Aktionären als selbstständige Marktteilnehmerin behandelt und auch auf dem Markt als solche auftreten. [...]. Die cashgate AG stellt demzufolge eine selbstständige wirtschaftliche Einheit dar.

30. Weiter ist die cashgate AG auf Dauer angelegt, was sich aus der Langfristigkeit des JVV ergibt, sowie aus dem Umstand, dass die Statuten eine unbeschränkte Dauer der Gesellschaft vorsehen.

31. Gestützt auf diese Tatsachen ist davon auszugehen, dass die cashgate AG auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und ein Vollfunktions-GU gemäss Artikel 2 Absatz 2 VKU darstellt.

B.3 Meldepflicht

32. In Anwendung von Artikel 9 Absatz 3 KG, wonach der Umsatzberechnung bei Banken die Bruttoerträge zugrunde gelegt werden, haben die Parteien im Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz Bruttoerträge von

insgesamt mehr als CHF 500 Mio. erzielt (CHF [...] Mio.). Weiter hat jede der Parteien im letzten Geschäftsjahr Bruttoerträge von mehr als CHF 100 Mio. erreicht (ZKB: CHF [...] Mio., Valient Holding: CHF [...] Mio., Graubündner Kantonalbank: CHF [...] Mio., Schwyzer Kantonalbank: CHF [...] Mio. und Thurgauer Kantonalbank: CHF [...] Mio.). Damit werden die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 3 KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erreicht. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist demzufolge meldepflichtig.

C Beurteilung des Zusammenschlusses

33. Mit der vorläufigen Prüfung gemäss Artikel 32 KG gilt es zu ermitteln, ob sich Anhaltspunkte ergeben, dass meldepflichtige Zusammenschlüsse eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG).

34. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU 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 mindestens 20% oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen mindestens 30% beträgt. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden, weshalb sich dann in der Regel eine nähere Prüfung erübrigt.

35. Vorab sind die sachlichen und räumlichen Märkte abzugrenzen.

C.1 Relevante Märkte

C.1.1 Sachlich relevanter Markt

36. 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).

37. Gemäss gängiger Praxis der Wettbewerbskommission werden im Bereich der Konsumfinanzierung für Privatkunden unter anderem folgende sachliche Märkte unterschieden (vgl. GE Capital/Aufina, RPW 1997/3, S. 360 f.; GE Capital/Bank Prokredit, RPW 1999/1, S. 147 ff.; GE Capital/Lisca, RPW 1999/4, S. 603):

- Markt für Konsumgüterleasing
- Markt für Automobilleasing
- Markt für Konsumkredite

38. Mit Verweis auf die dortige Begründung erscheint es in casu naheliegend, von der Geltung dieser drei Märkte auszugehen.

C.1.2 Räumlich relevanter Markt

39. 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).

40. In den in Randziffer 37 zitierten Entscheiden hat die Wettbewerbskommission die oben genannten Märkte schweizweit abgegrenzt (vgl. RPW 1997/3, S. 360 f.; RPW 1999/1, S. 147 ff.). Auch im vorliegenden Fall kann mit Verweis auf die dortige Begründung vom schweizerischen Markt als räumlich relevantem Markt ausgegangen werden.

C.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

41. Wie bereits erwähnt, übten die Parteien - mit Ausnahme der Revi-Leasing & Finanz AG, welche im Bereich Fahrzeugleasing tätig ist - bisher keine Geschäftstätigkeit in den Märkten Konsumgüter-, Automobilleasing und Konsumkredite aus. Im Jahr 2003 hatte die Revi-Leasing & Finanz AG gemäss Meldeformular einen Marktanteil von [0–10]%. Nach dem JVV soll die Revi-Leasing & Finanz AG im Rahmen des GU jedoch wie erwähnt ihre bisherige Geschäftstätigkeit unabhängig von der Geschäftstätigkeit des GU weiterführen.

42. Der Zusammenschluss führt auf den relevanten Märkten zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Schwellen von 30% für ein einzelnes Unternehmen beziehungsweise 20% für zwei oder mehr beteiligte Unternehmen gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden in keinem dieser Märkte überschritten. Vorliegend führt der Zusammenschluss lediglich dazu, dass die cashgate AG als neue Konkurrentin zu den bereits etablierten Anbietern in die relevanten Märkte tritt, wodurch der Wettbewerb verstärkt wird.

C.3 Befristetes Konkurrenzverbot

43. Die Parteien haben zugesichert, das Konkurrenzverbot zu ihren Lasten bezüglich der Tätigkeit der Konsumkreditbank auf fünf Jahre zu befristen und den JVV entsprechend anzupassen.

44. Im Zusammenhang mit der zulässigen Dauer des Konkurrenzverbots ist vorliegend davon auszugehen, dass ein Konkurrenzverbot während einer gewissen Zeit für den Aufbau der Geschäftstätigkeit notwendig ist. Ohne ein solches Wettbewerbsverbot müsste zum Beispiel mit höheren Kosten, einer längeren Aufbauphase und geringeren Erfolgsaussichten gerechnet werden. Für die Festlegung der genauen Dauer ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um einen Eintritt in neue Märkte handelt, welche bisher von den Parteien praktisch nicht bearbeitet worden sind.

45. Zu beachten ist jedoch, dass sämtliche am Joint-Venture beteiligte Unternehmen das Kreditgeschäft bestens kennen. Die abzuschliessenden Konsumkredit- und Leasinggeschäfte sind hoch standardisierte Produkte, weshalb weder komplexe Kreditmodelle noch komplizierte Entscheidungsstrukturen geschaffen werden müssen.

46. Aufgrund der gesamten Umstände erscheint vorliegend eine Dauer von fünf Jahren für das Konkurrenzverbot, auch im Vergleich mit der EU-Praxis (vgl. ABl. C 188, 04.07.2001, S. 6 m.w.H.), als angemessen.

47. Der Beginn der Frist für die Dauer der Konkurrenzklausel wird mit dem Auftritt der cashgate AG am Markt ausgelöst. Als Auftritt am Markt gilt dabei - je nach dem, was zuerst erfolgt - die Aufschaltung der Website im Internet, Werbung jeglicher Art für das GU oder dessen Produkte beziehungsweise das Anbieten der Produkte des GU direkt, durch die meldenden Unternehmen oder über andere Vermittler und Kanäle (vgl. Schreiben der Parteien vom 22.6.2004). Die Wahl dieses Zeitpunktes gewährt den Parteien die notwendige Flexibilität und erlaubt gleichzeitig die eindeutige Bestimmung des Beginns der Frist für die Konkurrenzklausel.

D. Ergebnis

48. 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 Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben. Artikel 38 KG bleibt vorbehalten.

B 2.3	***6. Swisscom - Cinetrade***

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005

A Sachverhalt

A.1 Parteien und Zusammenschlussverfahren

1. Am 25. Oktober 2004 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, gemäss welchem die Swisscom AG die Kontrolle über die Cinetrade AG erwerben soll.

2. ***Swisscom*** ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (BE). Sie betreibt heute ein fixes sowie ein mobiles Telefonnetzwerk und bietet Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Telefonie, Datenübertragung und Internet an.

3. Zum Swisscom Konzern gehört insbesondere die Swisscom Fixnet AG (Swisscom Fixnet), welche Dienstleistungen im Bereich der Sprach- und Datenübertragung auf dem Festnetz sowohl für Endkunden als auch für Weiterverkäufer von ähnlichen Dienstleistungen anbietet. Zu Swisscom Fixnet wiederum gehört Bluewin, welche Dienstleistungen im Bereich Internet und Breitband anbietet. Mit dem Produkt STREAM IT bietet Bluewin ihren ADSL-Kunden (vorläufig als Testbetrieb) Filme, Dokumentationen, Serien, TV-Kanäle und Live-Events zum Download gegen Gebühr an und ermöglicht so den Zugang zu interaktivem Breitband-Entertainment. Im Herbst dieses Jahres hat Bluewin ausserdem einen ersten TV-Versuch gestartet, bei welchem die Benützer über eine Set Top Box per DSL[1] Inhalte auf deren Fernsehgerät empfangen können.

4. Ebenfalls zum Swisscom Konzern gehört Swisscom Broadcast AG (Swisscom Broadcast). Diese verfolgt als Kerngeschäft die Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen. Seit Frühjahr 2004 hat sich Swisscom Broadcast ausserdem als Partnerin von Kabelnetzunternehmen positioniert, damit diese ihren Endkunden selbst Programminhalte anbieten können. Mit dem Programmpaket Premium Digital TV ist sie dementsprechend ins digitale Kabelfernsehgeschäft (DVB-C[2]) eingestiegen.

5. ***Cinetrade*** erwirbt und verwaltet Beteiligungen an Unternehmen aller Art, insbesondere aus den Bereichen Kultur, Information, Unterhaltung, Kino und Video. Ferner ist Cinetrade in Produktion, Kauf, Verkauf, Lizenzierung, Verwaltung und Verwertung von Rechten an Immaterialgütern, Filmen und Werkträgern aller Art tätig, einschliesslich jeglicher Form der Medientätigkeit. [...].

6. Zu Cinetrade gehört insbesondere der Pay-TV Veranstalter Teleclub AG (Teleclub). An diesem Unternehmen hält die Ringier AG eine Minderheitsbeteiligung von [...], die ihr jedoch keine Kontrollrechte einräumt. Die Ringier AG ist demzufolge nicht am Unternehmenszusammenschluss beteiligt.

7. Ebenfalls zu den Aktivitäten der Cinetrade gehören der Betrieb von Kinos über die KITAG-Gruppe, welche in den Städten Bern, Basel und Zürich mehrere Kinos betreibt. Schliesslich betätigt sich Cinetrade über die PlazaVista Entertainment SA (PlazaVista) in der Verwertung von Filmrechten über Videos und DVDs.

8. Die Übernahme von Cinetrade durch Swisscom soll in zwei Schritten erfolgen:

9. In einem ersten Schritt verkauft [...].

10. [...].

11. [...][so dass Swisscom Cinetrade nach den zweiten Schritt alleine kontrolliert.

[1] Digital Subscriber Line.
[2] Digital Video Broadcasting-Cable.

A.2 Verfahren

12. Mit Schreiben vom 24. September 2004 ersuchte Swisscom das Sekretariat um eine Beratung bezüglich der Meldepflicht einer geplanten Übernahme der Cinetrade durch Swisscom.

13. Am 29. September teilte das Sekretariat Swisscom mit, dass es sich bei erwähntem Vorhaben um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss handelt.

14. Am 22. Oktober 2004 ging beim Sekretariat ein Entwurf der Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, die Meldung schliesslich wurde von den Parteien am 25. Oktober 2004 eingereicht. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

15. Am 22. November 2004 entschied die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Artikel 33 KG zu unterziehen.

16. Auf Wunsch der Parteien fand am 15. Dezember 2004 eine Besprechung statt, anlässlich welcher sich die Parteien mündlich zu den wesentlichen Punkten äussern und zu offenen Fragen Stellung nehmen konnten.

17. Am 16. Dezember fand unter Teilnahme der Parteien sowie betroffenen Dritten (Cablecom, Verband Swisscable) eine weitere Besprechung statt, anlässlich welcher die betroffenen Dritten ihre Bedenken hinsichtlich des geplanten Zusammenschlusses äussern und die Parteien zu diesen Ausführungen Stellung nehmen konnten.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

18. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) 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

19. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

20. Als Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG 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. Im Sinne dieser Bestimmung erlangt ein Unternehmen die Kontrolle, wenn es über den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

21. Die Kontrollübernahme durch Swisscom erfolgt in zwei Schritten, wobei der zweite Schritt [...]. Gemäss Ziffer 38 der Mitteilung der Europäischen Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses[3] gilt ein Vorhaben, welches "dazu führt, dass zwar für eine Anlaufzeit eine gemeinsame Kontrolle entsteht, die aber aufgrund einer rechtsverbindlichen Vereinbarung so umgewandelt werden wird, dass nur ein Aktionär die Kontrolle übernimmt", in der Regel als Erwerb der alleinigen Kontrolle durch ein Unternehmen. Die Weko hat sich bereits in den Fällen RAG/Degussa[4] sowie NOK-E.On-Watt[5] an der Rechtsprechung der europäischen Wettbewerbsbehörden orientiert. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben erfüllt die Voraussetzungen dieser Praxis, weshalb es als ein einziger Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren ist. Zu beurteilen ist nachfolgend das Zusammenschlussvorhaben als Ganzes.

22. Im vorliegenden Fall handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 1 VKU in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

23. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere enthalten weder das Fernmeldegesetz (FMG) noch das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) entsprechende Vorbehalte. Solche Vorschriften wurden von den Parteien auch keine vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

24. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind gemäss den Ausführungen in Ziffer 6 ff. Swisscom als kontrollierendes Unternehmen und Cinetrade als kontrolliertes Unternehmen beteiligt (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

[3] Abl. C 66 vom März 1998.
[4] RPW 2003/2, S. 305, Rz. 11.
[5] RPW 2001/4, S. 714, Rz. 12.

25. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 sind Vorhaben über Unternehmenszusammenschlüsse meldepflichtig, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

26. Der von Cinetrade für das Geschäftsjahr 2003 erzielte Umsatz liegt bei rund CHF [...] Mio. weltweit. Davon entfallen rund CHF [...] Mio. auf die Schweiz. Gestützt auf die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 KG bestünde damit keine Meldepflicht.

27. Artikel 9 Absatz 4 KG sieht vor, dass die Meldepflicht ungeachtet der Umsatzzahlen besteht, 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.

28. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Rechtsprechung rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG gilt.[6] Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat.[7]

29. Artikel 9 Absatz 4 KG verlangt für das Vorliegen einer gestützt auf diese Bestimmung bestehende Meldepflicht, dass das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der demjenigen vor- oder nachgelagert oder benachbart ist, für welchen die marktbeherrschende Stellung eines beteiligten Unternehmens rechtskräftig festgestellt worden ist. Als mögliche Märkte kommen insbesondere der Bereich des Bezahlfernsehens (Pay TV) von Teleclub und der damit verbundene Zugang zu Verwertungsrechten in Frage.

30. Die Botschaft zum Kartellgesetz erwähnt bezüglich der erwähnten Bestimmung, dass vertikale oder konglomerale Zusammenschlüsse mit Beteiligung des marktbeherrschenden Unternehmens unter Berücksichtigung eines Nahverhältnisses der Märkte auch erfasst werden sollen.[8]

31. Im Telekommunikationsbereich hat die Wettbewerbskommission für Zusammenschlüsse, an denen Swisscom beteiligt war, unter anderem in folgenden Fällen eine Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht: In Sachen Swisscom - UTA wurde für ein in einem Nachbarstaat im Telekommunikationsbereich tätiges Unternehmen die Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG ohne weiteres bejaht.[9] Die Wettbewerbskommission ist im Zusammenschlussvorhaben Swisscom Fixnet/WLAN AG für die drahtlose Technologie Wireless Local Area Networks (WLAN) von einem der Festnetztelefonie nachgelagerten Markt ausgegangen und hat eine Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht.[10]

32. Cinetrade verfügt aufgrund seiner Aktivitäten in den Bereichen Pay-TV, Kinos und der Verwertung von Filmrechten über Zugang zu Inhalten (insbesondere Filme, bei denen Cinetrade über Verwertungsrechte verfügt). Swisscom ermöglicht als etablierte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen mit ihrem Datenübertragungsnetz (insbesondere dem Anschlussnetz) in der Schweiz nahezu flächendeckenden Zugang zu Endkunden. Mit dem geplanten Zusammenschluss entsteht damit eine vertikale Verflechtung von Inhalten und Zugang. Mindestens betreffend die Inhalte (insbesondere Filmverwertungsrechte) handelt es sich damit um einen dem Telefoniemarkt im Sinne des Entscheids Telecom PTT/Blue Window vorgelagerten Markt. Der Zusammenschluss ist dementsprechend gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Prüfung

33. 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).

34. 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 auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

35. 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 TV Märkte

A. Pay TV und Free TV als separate Märkte

36. Der Veranstalter von Pay TV wählt Programme aus, bündelt diese zu Fernsehkanälen und verkauft Abonnements an die Endverbraucher. Pay TV ist zu unterscheiden von Free TV, wobei sich die Frage stellt, ob Pay TV und Free TV eigene relevante Märkte darstellen oder ob es einen gesamten Fernseh-Markt

[6] Telecom PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174, Dispositiv Ziff. 1
[7] RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38.
[8] BBl 1995 I 468, S. 581.
[9] RPW 1998/3, S. 412 ff.
[10] RPW 2003/1, S. 204 ff.

gibt. Die Weko hat sich bisher mit dieser Frage noch nicht explizit auseinandergesetzt. Anlässlich der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses im Free TV Bereich ist sie jedoch dem Grundsatz nach von unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten ausgegangen.[11]

37. Aus Sicht des Konsumenten ist Pay TV kaum durch Free TV substituierbar. Der Abonnent eines Pay TV Kanals möchte primär ein Angebot, welches im Free TV eben gerade nicht oder nur sehr limitiert verfügbar ist. Pay TV dient zur Befriedigung unterschiedlicher Spezialinteressen, sei dies nun im Bereich Sport oder Dokumentationen oder er ist an einer bestimmten Art von Filmen, so etwa an Klassikern, Actionfilmen, Erstaustrahlungen von grossen Kinoerfolgen (sog. Blockbuster) interessiert. Daneben gibt es auch eine grosse Anzahl fremdsprachiger Abonnenten, denen mittels Pay TV ermöglicht wird, Programme in ihrer Muttersprache zu empfangen. Der Pay TV Abonnent ist bereit, für solche Programme zu bezahlen. Aus seiner Sicht sind die erhöhten Kosten gerechtfertigt, weil ihm dafür ein speziell auf seine Interessen ausgerichtetes Programm geboten wird.

38. Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Pay TV und Free TV sind die unterschiedlichen Austauschverhältnisse. Beim Pay TV besteht ein Austauschverhältnis zwischen Sender und Verbraucher. Der Verbraucher bezahlt dem Pay TV-Anbieter Abonnementsgebühren, um ein bestimmtes Programm empfangen zu können. Es geht also bei Pay TV primär darum, möglichst viele Abonnenten zu haben.

39. Bei Free TV gibt es diesen Austausch zwischen Zuschauer und Sender nicht. Der Free TV-Anbieter finanziert sein Programm mittels Werbeeinnahmen (Ausnahme von diesem Grundsatz: SRG ist gebührenfinanziert). Sein Ziel ist es, möglichst hohe Werbeeinnahmen zu erzielen und somit möglichst viele Werbetreibende anzusprechen. Der Austausch findet hier mit anderen Worten zwischen Sender und dem Unternehmen, das Werbung senden möchte, statt. Letztlich bestimmt jedoch auch in diesem Fall die Höhe der Einschaltquoten die Anzahl der Werbeverträge, welche ein Sender einzugehen vermag. In beiden Fällen sind somit die erzielten Zuschauerzahlen für die Finanzierung entscheidend.

40. Die Wettbewerbsbedingungen sind also für beide Arten des Fernsehens unterschiedlich. Bei gebühren- und werbefinanziertem Fernsehen sind die Einschaltquoten und die Werbegebühren die entscheidenden Aktionsparameter, während für Pay TV die an den Interessen der Zielgruppen ausgerichtete Programmgestaltung und die Gestaltung der Abonnementspreise entscheidend ist.[12]

41. Es ist nicht auszuschliessen, dass sich im Laufe der Zeit zunehmend eine gewisse Konvergenz zwischen Pay TV und Free TV ergeben könnte, dies nicht zuletzt angesichts der fortschreitenden Digitalisierung.[13] Ob sich jedoch bereits die Annahme eines gemeinsamen Marktes rechtfertigt, ist fraglich. Die Europäische Kommission geht demzufolge nach wie vor davon aus, dass Pay TV und Free TV aus Sicht des Konsumenten nicht vollständig austauschbar sind.[14]

42. Selbst wenn jedoch Pay TV und Free TV als separate sachlich relevante Märkte angesehen werden, muss der Einfluss des Free TV auf den Verhaltensspielraum des Pay TV Veranstalters im Rahmen der Prüfung der Marktstellung geprüft werden. Die Europäische Kommission spricht diesbezüglich von den so genannten Wechselwirkungen zwischen Free TV und Pay TV (vgl. Europäische Kommission i.S. Newscorp/Telepiù, Rz. 37). Der Free TV- konkurriert mit dem Pay TV-Veranstalter um die Aufmerksamkeit des Zuschauers. Je mehr Zuschauer Pay TV sehen, desto weniger Werbeeinnahmen lassen sich durch Werbung im Free TV verdienen. Der Free TV Veranstalter muss daher versuchen, sein Publikum mit möglichst attraktiven Inhalten zu erreichen. Andererseits ist nicht auszuschliessen, dass auch der Free TV-Veranstalter theoretisch Erstausstrahlungsrechte erwerben kann, sofern dieser einen höheren Preis zahlt.[15] Auf diese Weise könnte auch er Premium Content einsetzen, was dazu führen kann, dass ein Konsument bei einer Preiserhöhung des Pay TV zu Free TV wechselt.[16] Die Realität zeigt jedoch, dass Rechte an Content in aller Regel separat für Free TV und Pay TV sowie in unterschiedlichen Zeitfenstern und zu unterschiedlichen Konditionen vermarktet werden.

43. Die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des Pay TV in der Schweiz sind grundsätzlich mit dem europäischen Kontext vergleichbar. Hervorzuheben ist jedoch, dass die Qualität des Free TV-Angebotes in der Schweiz hoch ist und der Konsument insbesondere die Möglichkeit hat, auf Angebote der umliegenden Länder zurückzugreifen. Gerade SF DRS bietet Free TV Erstausstrahlungen und ältere Spielfilme oftmals im Zweikanalton (Originalversion und deutsch synchronisiert) an und zeigt diese Filme mit nur einer Werbeunterbrechung. Dementsprechend ist auch der Anteil von Pay TV am gesamten Fernsehmarkt vergleichsweise tief.[17] Dieses Bild präsentiert sich jedoch in gleicher Weise in den benachbarten Ländern, namentlich - was hier besonders interessiert - in Deutschland und Österreich.[18]

[11] Vgl. Gemeinschaftsunternehmen Sat.1 (Schweiz)/Ringier AG, RPW 2000/1, S. 49; Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 725, Rz. 24.
[12] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 27. Mai 1998; Nr. IV/M. 993 i.S. Bertelsmann/Kirch/Premiere; Rz. 18.
[13] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 21. März 2000: Nr. COMP/JV.37 i.S. B Sky B/Kirch Pay TV, Rz. 25.
[14] Entscheidung der Europäischen Kommission vom 2. April 2003; Nr. COMP/M.2876 i.S: Newscorp/Telepiù, Rz. 21.
[15] Vgl. Monopolkommission XIV. Hauptgutachten 2000/2001; Netzwettbewerb durch Regulierung, Baden-Baden 2002; Tz. 611.
[16] Vgl. hiezu SALLER: Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 69.
[17] Vgl. Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich - Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union, BAKOM, Biel, Juli 2004.
[18] Da hier die Programme von Teleclub im Zentrum stehen, beschränken sich die Ausführungen auf die deutschsprachigen Angebote. Vergleichbare Marktverhältnisse finden sich jedoch auch in Frankreich und Italien.

44. Es ist demnach von einem eigenen sachlich relevanten Markt für Pay TV auszugehen.

B. Filmverwertungskaskade

45. Spielfilme werden dem Konsumenten grundsätzlich einem bestimmten Schema folgend zugänglich gemacht. Diese so genannte Verwertungskaskade wird weltweit angewendet.

46. Nach der Ausstrahlung eines Films auf der Kinoleinwand - diese Periode kann bis zu acht Monaten dauern - gelangt dieser in einem ersten Schritt in den Video- beziehungsweise DVD-Verleih. Erst ungefähr sechs Monate später kann der Konsument denselben Film im Pay TV betrachten.

47. Innerhalb des Pay TV kann wiederum zwischen verschiedenen Pay TV Modellen (vgl. Rz. 50 ff.) unterschieden werden, zumindest was die Reihenfolge der Verwertung anbelangt. Der Film erreicht die Pay TV-Konsumenten vorerst als Pay per View-Angebot (üblicherweise 3 Monate). Danach kann der Film in einem so genannten First-Window als Pay per Channel-Angebot ausgestrahlt werden (in der Regel 6 Monate) und schliesslich im Second-Window (weitere 6 Monate). Schlussendlich gelangt der Film in die Filmbibliothek und wird zugänglich für die Verwertung im Free TV.

48. Im First-Window werden somit die Filme erstmals im Pay TV gezeigt, ohne dass der Kunde für den Konsum einzeln bezahlen muss. Ein Pay TV-Anbieter, welcher nicht über First-Window-Rechte verfügt, kann seinen Kunden nur Filme anbieten, welche vorgängig bereits im Pay TV ausgestrahlt worden sind. Diese Filme sind für den Pay TV-Veranstalter entschieden preiswerter, was allerdings wiederum zur Folge haben kann, dass der Veranstalter von seinen Kunden tiefere Abonnementsgebühren verlangen kann.[19] Die Europäische Kommission ist im erwähnten Entscheid davon ausgegangen, dass First-Window-Filme weder aus Sicht des Konsumenten noch aus Sicht des Anbieters durch Second-Window-Filme austauschbar sind. Die Kommission betrachtet First-Window-Filme sogar als "essential input from the demand side point of view and from the supply side".[20]

C. Analoger und Digitaler Pay TV Markt

49. Digitales Pay TV ist lediglich eine Weiterentwicklung des analogen Pay TV-Marktes und es ist sogar davon auszugehen, dass das analoge Pay TV vom digitalen Pay TV in wenigen Jahren ganz abgelöst werden wird.[21] Diese Entwicklung ist nicht zuletzt deshalb einleuchtend, weil die Ablösung von analog zu digital im gesamten TV-Bereich im Gange ist und namentlich die Umstellung auf digitales Fernsehen in der Schweiz vorgesehen ist.[22] Selbst wenn der digitale Pay TV-Markt zurzeit noch ein Teilsegment des Pay TV-Marktes sein mag, ist dies in nächster Zukunft nicht mehr der Fall.[23] Sowohl Cablecom als auch Teleclub bieten ihre Programme bereits zum grössten Teil digital an.

D. Keine weitere Unterteilung des Pay TV-Marktes

50. Denkbar wäre im Weiteren eine Unterteilung innerhalb des Pay TV in Pay per View (PPV) und Pay per Channel, Video-on-demand (VOD) und Near Video on demand (NVOD).

51. Das Angebot von PPV-Filmen dient einer Preisdifferenzierung zwischen Kunden mit hoher Zahlungsbereitschaft, die einen Film sofort sehen wollen und solchen mit einer weniger hohen Zahlungsbereitschaft, die bereit sind, noch einige Monate bis zum Pay TV First Window abzuwarten.[24] Zu PPV gehören unter anderem Ausstrahlungen in Hotels oder aber auch auf gewissen Mittel-/Langstreckenflügen, für die jeweils ein separates Nutzungsentgelt vom Konsumenten verlangt wird. Der Konsument bezahlt somit einen bestimmten Betrag speziell für den betreffenden Film. PPV-Programmangebote werden verschlüsselt verbreitet.

52. VOD ist ein interaktiver Multimedia-Dienst, der Videofilme individuell, zu jedem Zeitpunkt und in der Regel gegen Entgelt abrufbar macht. Echtes Video-on-Demand wird dabei verhältnismässig selten angeboten. Bei den heute erhältlichen VOD-Angeboten handelt es sich in der Regel um Near-Video-on-Demand - ein bestimmter TV-Film wird in einem bestimmten Zeitintervall (z.B. alle 60 Minuten) auf verschiedenen Kanälen gestartet. Der Konsument kann somit den Start des Filmes oder eventuelle Unterbrechungen nicht selber bestimmen.

53. Der Unterschied der beschriebenen Angebote zum klassischen Pay TV liegt somit zum einen in der grösseren Flexibilität für den Konsumenten, andererseits wird für NVOD beziehungsweise PPV regelmässig auch ein höheres Entgelt verlangt. Diese Angebote können nicht abonniert werden, sondern werden jeweils für einzelne Übertragungen in Rechnung gestellt.

54. Ein weiterer wichtiger Unterschied liegt darin, dass PPV und NVOD auf einer höheren Stufe der Verwertungskaskade von Filmen stehen (vgl. unten Rz. 47 ff.). Sie sind mit anderen Worten näher beim Videoverleih als beim Fernsehen anzusiedeln. Die Filme

[19] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 2.4.2003; COMP/M.2876 i.S. Newscorp/Telepiù, Rz. 59.
[20] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 13.10. 2000; COMP.M.2050 i.S. Vivendi/Canal+/Seagram, Rz. 19.
[21] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 15.9.1999, Nr. IV/36.539 i.S. British Interactive Broadcasting/Open; Rz. 25.
[22] Vgl. RPW 2002/4, Rz. 70.
[23] vgl. Teleclub AG vs. Cablecom GmbH, RPW 2002/4, Rz. 70.
[24] SALLER: Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 71.

werden früher nach der Kinoaufführung zugänglich gemacht, was sie aufgrund ihrer Neuheit zu einem wertvolleren Gut macht. Dementsprechend sind auch die Beschaffungskosten für den Veranstalter wesentlich höher als bei sonstigem Premium-Content.[25]

55. PPV- und NVOD-Angebote stellen im Allgemeinen einen Dienst dar, der mit der Bereitstellung von Pay TV verknüpft ist und diesen ergänzt.[26] Im soeben zitierten Entscheid gelangte die Kommission zum Schluss, dass sich die Bereitstellung von PPV/NVOD-Filmdiensten auf den nachgelagerten Märkten in der nordischen Region als eigener, vom Endkundenmarkt für Bezahlfernseh-Programmdienste getrennter Markt herauszubilden beginnt.[27]

56. Zum heutigen Zeitpunkt ist eher davon auszugehen, dass der Konsument auf die Ausstrahlung eines Filmes im Pay Per Channel warten wird, wenn ihm der Preis für den PPV-Film zu hoch erscheint. Immerhin ist der Zeitabstand zwischen PPV- und PPC-Ausstrahlung vergleichsweise gering (ca. 3 Monate). Für die Frage der Austauschbarkeit aus Sicht des Verbrauchers ist es unerheblich, wie und zu welchen Preisen der Pay TV-Veranstalter die Rechte erwirbt. PPV unterscheidet sich auch nicht in der Art der gezeigten Filme, sondern lediglich in der Neuheit.[28]

57. PPV und VOD stellen Teile des Pay TV-Marktes dar und es ist demnach der europäischen Praxis folgend von einem sachlich relevanten Markt für Pay TV unter Einschluss von PPC, PPV und VOD beziehungsweise NVOD auszugehen.

58. Für den vorliegenden Fall ist keine Unterscheidung notwendig bezüglich der unterschiedlichen Spartenkanäle im Bereich Pay TV. Auch wenn aus Sicht des Konsumenten ein Kinderkanal nicht mit einem Sportkanal substituierbar ist, stehen die verschiedenen Programmpakete aus Sicht des Vertriebs doch miteinander in Konkurrenz und es ist letztlich Sache des Veranstalters, die seiner Ansicht nach ideale Mischung der verschiedenen Sparten für sein Pay TV-Angebot zusammenzustellen. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, sind die verschiedenen Spartenkanäle für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses zudem nicht von massgeblicher Bedeutung (vgl. Rz. 64 ff.). Aus diesem Grund kann auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Spartenkanälen verzichtet werden.

B.4.1.1.2 Markt für die Beschaffung von Premium Content

59. Dem Pay TV-Markt vorgelagert ist ein Markt für die Beschaffung von Pay TV-Inhalten. Pay TV-Veranstalter erwerben als Käufer von den Lizenzinhabern Übertragungslizenzen an Filmen, Sportveranstaltungen und anderen Inhalten. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob dieser Beschaffungsmarkt hinsichtlich der unterschiedlichen Arten von Content zu unterteilen ist.

60. Zentral ist hiebei die Differenzierung zwischen so genanntem Premium Content und dem übrigen Content. Der Begriff Premium Content wird allerdings nicht immer im gleichen Sinne interpretiert. Nach dem Verständnis der Wettbewerbskommission, welches sich im Wesentlichen mit demjenigen der Europäischen Kommission deckt, fallen unter Premium Content einerseits die Erstausstrahlungsrechte an Filmen und andererseits die Erstübertragungen von Spitzensportveranstaltungen wie etwa Fussballmeisterschaften oder Formel 1.[29] Premium Content sagt demzufolge nichts über die inhaltliche Qualität der Sendungen aus, sondern bedeutet vielmehr, dass die Filme beziehungsweise Sportveranstaltungen erstmals im Pay TV ausgestrahlt werden. Jeder Premium Content Film wird damit nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne (vgl. oben Rz. 47 ff.) zu so genanntem Library Content und "verliert" gewissermassen seine Premium Qualität.

61. Im Zusammenhang mit der Vorabklärung im Bereich des Schweizerischen Filmverleih- und Kinomarktes[30] hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission festgestellt, dass aus Sicht der Kinobesitzer ein Spitzenfilm mit einem mittelmässigen beziehungsweise Verlust bringenden Kinofilm nicht austauschbar ist und demzufolge der Markt für Blockbuster-Filme von dem der übrigen Kinofilme abzugrenzen ist.[31]

62. Wie bereits oben (Rz. 60) erwähnt, deckt sich der Begriff Premium Content jedoch nicht mit dem Begriff Blockbuster. Ein Pay TV-Veranstalter, welcher Premium Content anbieten will, hat in der Regel nicht die Möglichkeit, sich aus dem gesamten Angebot an Premium Content nur die Rechte an Spitzenfilmen zu sichern, sondern er wird normalerweise die Premium Rechte als Paket erwerben, welches neben den publikumsträchtigen Filmen auch anderen Premium Content beinhaltet. Demnach wird der Pay TV-Veranstalter gezwungen, auch kleinere Produktionen und B-Movies in sein Programm aufzunehmen.

63. Was die Sportveranstaltungen anbelangt, hat die Wettbewerbskommission in einem anderen Zusammenhang einen eigenständigen Markt für den Handel mit Sportübertragungsrechten angenommen.[32] Die Europäische Kommission geht noch weiter und spricht von einem Markt für den Erwerb von Übertragungsrechten an Fussballspielen.[33]

[25] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 20.12.2000; Nr. COMP/M.2211 i.S. Universal Studio Networks/De Fakto 829/Studio Channel Limited, Rz. 17.
[26] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 29. Dezember 2004; Nr. COMP/C.2-38.287, I.S. Telenor/Canal+/Canal Digital), Rz. 53.
[27] EU-Kommission i.S. Telenor/Canal+/Canal Digital, a.a.O, Rz. 56.
[28] Vgl. hiezu SALLER: Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 72.
[29] Vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 29.12.2003; COMP/C. 2-38.287 i.S. Telenor/Canal+/Canal Digital, Rz. 26.
[30] RPW 2000/4; S. 571 ff.
[31] RPW 2000/4; Rz. 28.
[32] Vgl. Zusammenschlussvorhaben Groupe Canal+/RTL Group/ Groupe Jean-Claude Darmon, in: RPW 2001/4, Rz. 14
[33] Vgl. Mitteilung in der Sache Gemeinsame Vermarktung der Me dienrechte an der UEFA-Champions-League, COMP/C.2/37.398, Rz. 6.

64. Für einen Pay TV-Veranstalter ist von zentraler Bedeutung, seinen Konsumenten so viel Zusatznutzen zum Free TV anzubieten, dass sich für diesen der zusätzliche finanzielle Aufwand für das Pay TV lohnt. Nur bestimmte Inhalte sind indessen geeignet, den Verbraucher zu einem Abonnement (PPC) oder zum Einzelbezug bestimmter Programmveranstaltungen mittels PPV zu bewegen. Für die erfolgreiche Akquisition von Ausstrahlungsrechten wiederum ist der Zugang zu Zuschauern in Form eines etablierten Abonnentenstamms entscheidender Faktor, da Rechteinhaber regelmässig an einer weiten Verbreitung ihrer Inhalte interessiert sind.

65. Die Erfahrungen europäischer Nachbarländer zeigen, dass nur eine Kombination von Premium-Rechten für die Erstausstrahlung von Filmproduktionen der grossen Hollywood-Studios und für herausragende Sportereignisse einem Pay-TV-Bouquet die notwendige Zugkraft verleiht.[34] Daneben ist auch der Zugriff auf einen Bestand an Filmen, die bereits einmal ausgestrahlt worden sind, sowie auf Fernsehproduktionen, die sich zur wiederholten Ausstrahlung eignen, von Bedeutung (sog. "Library-Programme").

66. Film- und Sportkanäle der Premiumklasse können gewissermassen als Grundlage, auf der ein Pay TV-Veranstalter auch andere Kanäle anbieten kann, betrachtet werden.[35] Es ist demnach für potenzielle Pay TV-Veranstalter von essenzieller Bedeutung, Zugang zu Premium Content zu erhalten.

67. Ob die Bereitstellung von Film- und Sportkanälen jeweils eigene Märkte darstellen, ist für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht von Bedeutung und wird nicht näher untersucht. Es wird daher von einem Markt für den Erwerb und die Vermarktung von Premium Content ausgegangen, welcher beide Formen mit einschliesst. Dieser Markt ist abzugrenzen vom Markt für übrige Senderechte an TV-Stationen und Filmhändler ("nicht Premium Content").

B.4.1.1.3 Markt für die Weiterverbreitung von Pay TV Programmen

A. Verbreitungstechnologien

68. Fernsehen kann zurzeit über Kabelnetze oder Satelliten, drahtlos terrestrisch und für einen beschränkten Kreis von Konsumenten neu auch über Telefonnetze übertragen werden. Die flächendeckende Übertragung von Fernsehprogrammen über Telefonkabel wurde von der Swisscom auf nächstes Jahr in Aussicht gestellt.[36] Zur Beantwortung der Frage nach dem sachlich relevanten Markt muss deshalb bestimmt werden, ob diese verschiedenen Formen der Übertragung von Fernsehprogrammen aus Sicht der Marktgegenseite, das heisst den Konsumenten, austauschbar sind.

69. Die digital drahtlos terrestrische Übertragung ist in der Schweiz noch nicht verbreitet. Namentlich sind erst zwei DVB-T-Netze in Betrieb, an eine vollständige Abdeckung der Schweiz mit DVB-T-Signalen ist gemäss Ausführungen des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vorläufig nicht zu denken.[37] Gemäss Angaben von Swisscom soll DVB-T nach gegenwärtigem Fahrplan bis 2009 rundum auf Sendung sein.[38] Die digital drahtlos terrestrische Verbreitung kann daher zum heutigen Zeitpunkt kein Substitut zur Verbreitung über Kabelnetz darstellen.[39]

70. Die Verbreitung von Fernsehprogrammen über Satellit stellt gemäss konstanter Praxis der Weko ebenfalls kein Substitut zum Empfang über das Kabelnetz dar.[40] Auch das Bundesgericht geht in seinem Urteil vom 5. September 2003 in Sachen Cablecom gegen Teleclub[41] davon aus, dass eine Alternative zum Kabelempfang zurzeit nicht bestehe. Dass die Konsumenten auf Satellitenempfang umsteigen würden, sei wegen der damit verbundenen Umrüstungskosten- und -schwierigkeiten kaum zu erwarten. Die Möglichkeit der Übertragung von Fernsehsignalen über Satellit dürfte keine ernsthafte Alternative für die Verbreitung von digitalen Pay-TV-Programmen bilden.

71. Bluewin prüft gegenwärtig eine neue Generation von Fernsehen über ADSL (vgl. auch Rz. 3 und 99). In Zusammenarbeit mit Microsoft bringt Bluewin via Telefonleitung in einem ersten Schritt 25 TV-Kanäle in über 600 Haushalte. Mit der Ausstrahlung des TV-Programmes über alternative Netze werden unter anderem die Bedürfnisse des Schweizer Marktes und Unterscheidungsmerkmale zu bestehenden Fernsehangeboten evaluiert. Gemäss Mediengespräch Bluewin TV vom 24. August 2004 besteht die Strategie der Swisscom darin, ein kunden- beziehungsweise segmentsspezifisches Triple-Play-Angebot unter Einbindung von Mobile-Services zu unterbreiten, wobei für die Infrastruktur ein zeitlich gestaffelter Ausbau vorgesehen ist.[42]

72. Heute ist noch nicht absehbar, auf welchen Zeitpunkt das TV-Angebot von Swisscom tatsächlich flächendeckend eingeführt wird.[43] Noch Anfang dieses Jahres ging Swisscom vom Starttermin am 1. Juni 2005 aus.[44] Neuesten Pressemeldungen zufolge gilt dieser Termin allerdings bereits nicht mehr als realistisch, Swisscom spricht derzeit von einer Lancierung "noch in diesem Jahr".[45] Zudem wird erst der Abschluss des

[34] Europäische Kommission i.S. Bertelsmann/Kirch/Premiere; Rz. 48.
[35] Vgl. EU-Kommission i.S. British Interactive Broadcasting/Open; Rz. 72.
[36] Vgl. www.bluewinag.com/cont/pm/040824_d.
[37] Vgl. www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dvb_t.
[38] Vgl. www.swisscom.com/sbc/content/geschfe/dvbt/index_DE.html.
[39] Entscheid des Bundesgerichts vom 14.6.2004 i.S. ACTV SA; 2A.306/2003; Erw. 5.6.
[40] Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25.10.2004, in RPW 2004/4; Rz. ***22***, vgl. auch RPW 2002/4, S. 574; 2003/2, S. 426; RPW 1999/2, S. 210; 1999/4, S. 640.
[41] 2A.142/2003; bestätigt im Entscheid des Bundesgericht vom 14.6.2004 i.S. ACTV SA.
[42] Vgl. www.bluewinag.com/cont/pm/pdf/Triple_Play_Mediengespraech_dt.pdf.
[43] Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25.10.2004, a.a.O., Rz. 30.
[44] Vgl. Sonntagszeitung vom 9.1.2005: Bluewin TV startet am 1.6.2005.
[45] Vgl. Tagesanzeiger vom 24.1.005: Fernsehen aus dem Telefonkabel.

laufenden Markttestes zeigen, wie das Angebot konkret ausgestaltet sein wird, was wiederum für die Beurteilung der Nähe der Substitutionsbeziehung ausschlaggebend sein wird. Es ist insbesondere noch unklar, ob nur ein Breitbandanschluss via ADSL Voraussetzung zum Empfang sein wird oder ob ein ADSL-Abonnement gelöst werden muss.

73. Zurzeit steht ebenfalls noch nicht fest, ob das geplante Angebot von Swisscom den Anforderungen der Konsumenten hinsichtlich der Ton- und Bildqualität gerecht werden kann.[46] Damit sich der Konsument zum Wechsel vom bewährten Kabelfernsehen auf TV über DSL bewegen lassen wird, muss die von Swisscom präsentierte Lösung nicht nur aus Kostenüberlegungen sondern gerade auch in qualitativer Hinsicht überzeugen. Pressemeldungen zufolge kommt es vor allem bei Sportübertragungen mit raschen Bildwechseln und Kameraschwenks noch zu Störungen (einfrierende Bilder, sichtbare Farbfehler). Die Übertragung von TV-Sendungen und Videos bringe die Telefonleitungen an den Rand ihrer Leistungsfähigkeit, da sie langsamer seien als die Netze der Kabelanbieter.[47]

74. Ein weiteres Problem ist, dass Swisscom mit ADSL bis jetzt maximal zwei Fernseher pro Telefonanschluss mit verschiedenen TV-Kanälen beliefern kann. Anders als bei jeder herkömmlichen TV-Ausrüstung ist es beim Angebot von Bluewin auch noch nicht möglich, gleichzeitig ein Programm zu sehen und ein anderes aufzunehmen. Erst durch den Ausbau der schnelleren Nachfolgetechnik VDSL,[48] welcher für die nächsten Jahre vorgesehen ist, soll auch dieses Handicap behoben werden können.

75. Aus dem Gesagten folgt, dass derzeit im Bereich der Übertragungsmöglichkeiten von Pay TV keine Substitute zum Kabelnetz bestehen. Zu welchem Zeitpunkt die Übertragung von Fernsehsignalen über DSL als echtes Substitut in Frage kommen wird, ist heute noch nicht messbar.

76. Diese Einschätzung ist indessen insofern zu relativieren, als die zukünftigen Entwicklungen der Übertragungstechnologien dennoch in gewissem Masse mitberücksichtigt werden müssen. Namentlich bei der Analyse der Marktstellung darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass mit dem wahrscheinlichen Einstieg von Swisscom in den Fernsehmarkt bei langfristiger Betrachtung eine Alternative zum Kabelnetz entsteht, was grundsätzlich als wettbewerbsfördernd zu betrachten ist.

B. Breitbandzugang geeignet zur Übertragung von TV-Signalen

77. Aufgrund der erforderlichen Eigenschaften der zu übertragenden Inhalte kommen nur breitbandfähige Zugangstechnologien in Frage. Die Umsetzung im Telekommunikationsbereich wird vordergründig über ADSL[49] erfolgen; bereits wird die Infrastruktur auf die Nachfolgetechnik VDSL ausgebaut (vgl. Rz. 74).

B.4.1.1.4 Vom Zusammenschluss nicht weiter berührte Tätigkeiten der Unternehmen

78. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des Kino- beziehungsweise Videomarktes durch den Zusammenschluss massgeblich verändern. Es ist zwar anzunehmen, dass die Verbindung unterschiedlicher Verwertungsstufen (insbesondere Kino, Video und Pay TV) dem Veranstalter einen grösseren Verhandlungsspielraum gegenüber den Rechteinhabern ermöglichen. Die Rechte an Fernsehproduktionen und Video- oder Kinofilmen werden jedoch regelmässig von unterschiedlichen Quellen vergeben, mit anderen Worten hat der Verleiher der Fernsehrechte an einem Film nicht zwangsläufig auch die Rechte am Kinofilmverleih.

79. Es darf im Übrigen nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Verbindung der verschiedenen Verwertungsstufen bei Cinetrade bereits vor dem Zusammenschluss bestanden hat. Swisscom ist in diesen beiden Bereichen bisher nicht tätig. Ihr heutiges Know-how beschränkt sich auf den Pay TV-Bereich.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

80. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

A. Markt für Pay TV

81. Pay TV-Angebote werden aus rechtlichen, kulturellen und sprachlichen Gründen regelmässig nur national verbreitet. Bezogen auf den deutschen Sprachraum (Deutschschweiz, Deutschland und Österreich) beruhen diese Schranken weniger auf sprachlichen oder kulturellen Differenzen, jedoch verhindern rechtliche Normierungen eine über die Landesgrenzen hinausgehende Verbreitung der Inhalte.

82. Bedingt durch die für die Schweiz charakteristischen Sprachregionen liegt die Vermutung nahe, dass der räumlich relevante Markt für Pay TV regional abzugrenzen ist. Nicht auszuschliessen ist, dass Pay TV-Veranstalter in Zukunft ihr Angebot über die Sprachgrenzen hinaus ausdehnen werden, nicht zuletzt deshalb, weil es aufgrund der Digitalisierung möglich ist, die Filme in verschiedenen Sprachen parallel auszustrahlen (Mehrkanalton). Andererseits interessieren sich die Konsumenten der verschiedenen Landesteile nicht unbedingt für die gleichen Filme und Sparten

[46] Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25.10.2004, a.a.O., Rz. 30.
[47] Vgl. Sonntagszeitung vom 9.1.2005: Bluewin TV startet am 1. Juni, vgl. auch Sperlich: Fernsehen aus dem Telefonkabel, in: c't 2/2005, S. 28.
[48] Very High Bit Rate Digital Subscriber Line.
[49] Asymmetric Digital Subscriber Line.

(vgl. unten Rz. 84), was es wiederum schwierig macht, ein nationales Pay TV-Programm zusammenzustellen. Der grösste Schweizer Pay TV-Anbieter Teleclub jedenfalls beschränkt sich heute (noch) auf das Gebiet der Deutschschweiz.

83. Im vorliegenden Zusammenhang wird daher von einem räumlich relevanten Markt für Pay TV in der Deutschschweiz ausgegangen.

B. Markt für Premium Content

84. Filmrechte werden grundsätzlich auf nationaler Basis erworben. Für die Schweiz ist wiederum die Besonderheit der Sprachenvielfalt zu beachten. Gerade Spielfilme werden hier regelmässig in synchronisierter Fassung im Fernsehen ausgestrahlt. Auch sind die Interessen der Konsumenten in den verschiedenen Regionen unterschiedlich: Während die Konsumenten in der Romandie stärker an der französischen Filmindustrie interessiert sind, werden in der Deutschschweiz tendenziell mehr Filme aus Deutschland nachgefragt. Ebenso wird im Tessin der Bezug zum italienischen Film stärker sein. Diese teilweise recht unterschiedliche Nachfrage der Konsumenten widerspiegelt sich recht deutlich in den Programmzusammenstellungen der verschiedenen Fernsehkanäle und wurde sowohl von den Veranstaltern wie auch von den Rechteinhabern einhellig bestätigt. Selbst wenn also die sprachlichen Schranken durch die Digitalisierung überwunden werden können, sprechen die kulturellen Unterschiede der verschiedenen Landesteile und die divergierenden Interessen der Konsumenten gegen eine nationale Marktabgrenzung.

85. Es ist demnach auch im Bereich der Beschaffung von Premium Content grundsätzlich von einer regionalen Marktabgrenzung, in casu beschränkt auf das Gebiet der Deutschschweiz, auszugehen.

C. Markt für Breitbandzugang geeignet zur Übertragung von TV-Signalen

86. Der Zugang zu Breitbanddiensten wird in der ganzen Schweiz angeboten und nachgefragt. Es ist diesbezüglich von einem nationalen räumlich relevanten Markt auszugehen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

87. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlich und räumlich relevanten 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 (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 diesfalls eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Markt für Pay TV

A. Vorbemerkung

Verhältnis zwischen Teleclub und Cablecom

88. Der Wettbewerb im Bereich Pay TV findet derzeit beinahe ausschliesslich zwischen Cinetrade (Teleclub) und Cablecom statt. Das Bundesgericht ging in einer vorläufigen Beurteilung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen diesbezüglich davon aus, dass Cablecom möglicherweise als marktbeherrschende Kabelnetzanbieterin, Teleclub demgegenüber allenfalls als marktbeherrschend im Bereich des Pay TV betrachtet werden dürfte.[50]

89. Interessant in diesem Zusammenhang, dass beide Marktteilnehmer in den letzten Jahren bereits mit Eingaben an die Weko gelangt sind:

90. In der laufenden Untersuchung gegen Cablecom und den Verband Swisscable macht Teleclub geltend, dass Cablecom als Betreiberin des grössten Kabelnetzes in der Schweiz eine wesentliche Einrichtung (essential facility) besitze und versuche, ihre marktbeherrschende Stellung auszunützen, um Teleclub auf dem Pay TV-Markt zu verdrängen. Hintergrund dieser Untersuchung war der Umstand, dass Teleclub bei Cablecom im April 2001 eine Offerte für die Verbreitung der Teleclub-Signale in digitaler Form über das Netz von Cablecom nachgefragt hatte. Die Verhandlungen scheiterten unter anderem deshalb, weil die beiden Parteien unterschiedliche Vorstellungen über die Rahmenbedingungen für die Übertragung der Signale von Teleclub in digitaler Form hatten. Im Oktober 2004 beantragte Teleclub, die hängige Untersuchung im Hinblick auf Pay per View-Dienste auszudehnen.

91. Im September 2004 hat Cablecom beim Sekretariat der Weko ihrerseits eine Anzeige gegen Teleclub betreffend Verträge über die Lieferung von Pay TV-Inhalten eingereicht. Cablecom kritisierte das Verhalten von Teleclub im Hinblick auf die mit verschiedenen Lieferanten von Pay TV-Inhalten eingegangenen Exklusivverträge. In dieser Angelegenheit wurde bisher noch kein Verfahren eröffnet, da die aufgeworfenen Fragen zum Teil Gegenstand der vorliegenden Zusammenschlussprüfung sind.

92. Diese Konflikte machen deutlich, dass die massgeblichen Probleme im Bereich des Pay TV bereits vor Ankündigung des hier interessierenden Zusammenschlussvorhabens bestanden haben. Es muss daher bei der nachfolgenden Analyse der Marktstellung klar differenziert werden, ob die von den betroffenen Dritten angemeldeten Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben nicht auf einen Zustand zurückzuführen sind, welcher auch ohne den Zusammenschluss von Swisscom und Cinetrade in vergleichbarer

[50] Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, 2A.142/2003; E. 5.2.2.

Weise bestehen würde oder ob diese Probleme tatsächlich erst durch dessen Vollzug begründet beziehungsweise erheblich verstärkt werden.

B. Marktstellung

93. ***Teleclub*** bietet seit 20 Jahren Pay TV in der Schweiz an und verfügt in diesem Bereich über eine führende Marktstellung und insbesondere einen im Vergleich zu seinen Konkurrenten grossen und relativ stabilen Kundenstamm. Laut vorläufiger Beurteilung des Bundesgerichts ist Teleclub möglicherweise sogar als marktbeherrschende Anbieterin von Pay TV-Diensten zu betrachten (vgl. oben Rz. 88).

94. Das Angebot von Teleclub beinhaltet verschiedene Kanäle, die grob nach den Sparten TELECLUB MOVIE, TELECLUB FAMILY und TELECLUB SPORTS unterteilt werden können:[51]

95. TELECLUB MOVIE steht für Filmunterhaltung verschiedenster Art und umfasst die Kanäle TELECLUB CINEMA (Erstausstrahlungen; sog. Premium Content), TELECLUB STAR (Filmhighlights der letzten drei Jahrzehnte), MGM (Klassiker im Zweikanalton), Premiere Serie (Klassiker und internationale Serienhits in deutscher Erstausstrahlung) und PREMIERE KRIMI.

96. TELECLUB FAMILY bietet Informatives, Abenteuerliches und Unterhaltsames für die ganze Familie und umfasst den DISNEY CHANNEL (Angebote aus dem Hause Disney), den DISCOVERY CHANNEL (DOKUMENTATIONEN UND ERLEBNISPROGRAMM), ANIMAL PLANET (Reportagen über Tier und Natur) sowie PLANET (Dokumentationen und Serien zum "blauen Planeten").

97. TELECLUB SPORTS umfasst die Programme PREMIERE SPORT 1 (Bundesliga, Champions League und internationaler Fussball), PREMIERE SPORT 2 (American Sports, Golf, Tennis, Formel 1) und Teleclub Sport + (Bundesliga und Champions League jeweils erste Direktbegegnung live, Formel 1).

98. Die Teleclub-Angebote können in verschiedenen Programmpaketen abonniert werden. TELECLUB CINEMA, TELECLUB STAR und der DISNEY CHANNEL gehören zum Basispaket, daneben bestehen die Optionen BASISPAKET + SPECIALS, BASISPAKET + SPORT und schliesslich das SUPERPAKET, welches sämtliche Kanäle von Teleclub umfasst. Die verschiedenen Pakete werden grundsätzlich digital angeboten. Einzig für den Kanal TELECLUB CINEMA besteht noch ein analoges Angebot, hiebei handelt es sich jedoch gewissermassen um ein Auslaufmodell. Neue Abonnenten erhalten sämtliche Programme von Teleclub digital.

99. Teleclub verzeichnete in den Jahren 2001, 2002, 2003 sowie 2004 nach eigenen Angaben monatlich durchschnittlich folgende Abonnentenzahlen:

	2002	***2003***	***2004***
Kunden analog	[...]	[...]	[...]
Kunden digital	[...]	[...]	[...]
Kunden Satellit	[...]	[...]	[...]
Kunden total	[...]	[...]	[...]

100. ***SWISSCOM*** hat wie bereits oben (Rz. 3) erwähnt kürzlich ihrerseits über ihre Tochter Bluewin den Einstieg ins TV Geschäft in Angriff genommen (vgl. auch die Ausführungen zum sog. Triple Play, Rz. 147 ff.). Vorerst im Rahmen eines Testprojekts bietet sie mit der Breitbandübertragungstechnik DSL gewisse TV-Programme an, die von den Konsumenten direkt auf dem Fernsehgerät empfangen werden können. Der TV-Versuch endet voraussichtlich im Frühjahr 2005. Die Lancierung eines entsprechenden kommerziellen Angebotes wurde für Mitte 2005 angekündigt. Offenbar ergeben sich bereits heute Verzögerungen (vgl. oben Rz. 72).

101. Mit TV über DSL können sowohl Free TV- als auch Pay TV-Programme angeboten werden. Das Angebot wird nach Angaben der Swisscom schweizweit sein, ist jedoch abhängig von gewissen technischen Voraussetzungen beim Konsumenten (ADSL-Verfügbarkeit, gewisse Mindest-Bandbreite und Signalqualität). Die Produkte für TV über DSL werden nach Angaben von Swisscom voraussichtlich als Pakete von verschiedenen TV-Kanälen aufgebaut. Zusätzlich werden mit grosser Wahrscheinlichkeit Pay TV-Pakete, Video on Demand sowie gewisse interaktive TV-Formate angeboten werden.

102. Auch das Angebot STREAM IT von Bluewin weist einen gewissen Bezug zum Pay TV auf, auch wenn es sich hier nicht um ein eigentliches Pay TV-Angebot handelt. Bei STREAM IT können gewisse Filme und TV-Angebote mit Hilfe der Streaming Technologie auf dem PC angesehen werden. Wie schon bei TV über DSL befindet sich das Produkt STREAM IT nach wie vor in einer Testphase, die jedoch grundsätzlich jedermann zugänglich ist.[52] Das Angebot STREAM IT beinhaltet unter anderem einen Pay Per View-Dienst, mit welchem also bestimmte Programme gegen Bezahlung vom Konsumenten empfangen werden können, allerdings wie bereits erwähnt, nicht zum Konsum über das Fernsehgerät, sondern über den Computer. Es ist nun grundsätzlich davon auszugehen, dass die meisten Kunden die von ihnen bezogenen Filme bevorzugt auf dem Fernseher betrachten möchten. Dies

[51] Quelle Teleclub Homepage (www.teleclub.ch).
[52] Informationen zum Testbetrieb unter www.stream-it.bluewin.ch.

nicht nur weil die Ton- und Bildqualität in der Regel besser sein werden, sondern auch, weil es bequemer ist, einen Film im Wohnzimmer auf dem Sofa zu betrachten und nicht vor dem Computer-Bildschirm. Andererseits ist es technisch mit verhältnismässig geringem Aufwand möglich, einen Computer an den Fernseher oder einen Video-Beamer anzuschliessen und so den Film in gewohntem Rahmen zu geniessen. Zum heutigen Zeitpunkt ist jedoch zu vermuten, dass nur einige wenige Interessierte über die notwendigen Kapazitäten verfügen und den zusätzlichen Aufwand auf sich nehmen würden, dies nicht zuletzt, weil die Angebote für STREAM IT derzeit noch relativ teuer sind (z.B. CHF 7.- pro Film/pro Tag). Dem Gesagten zufolge kann daher STREAM IT (noch) nicht als Pay TV-Angebot betrachtet werden.

103. Abgesehen von den oben erwähnten Projekten ist Swisscom zurzeit im Bereich des Pay TV als Veranstalterin selber nicht tätig. Bei dem Angebot von Swisscom Broadcast handelt es sich wie erwähnt um ein Wholesale- und nicht um ein Pay TV-Angebot für Endkunden.

104. ***CABLECOM*** ist demgegenüber erst 1999 selber in den Pay TV-Bereich eingestiegen. Zuvor haben sich ihre Tätigkeiten in diesem Bereich auf die Verbreitung von entsprechenden Programmen beschränkt. Beim Angebot CABLECOM DIGITAL TV handelt es sich um ein Pay Per Channel-Angebot, welches sich in verschiedene Pakete gliedert. Hiezu gehört namentlich das Eintrittspaket DIGITAL BASIC, ein Paket DIGITAL BONUS, das im Grundpreis enthalten ist, DIGITAL PLUS sowie Zusatzpakete, für deren Bezug ein gesondertes Abonnement erforderlich ist. Inhaltlich unterscheiden sich die Angebote in den drei Sprachregionen, wobei in der Folge nur auf das Angebot in der Deutschschweiz eingegangen wird.

105. Im Paket DIGITAL BASIC sind primär fremdsprachige Programme enthalten, welche in den jeweiligen Herkunftsländern im Free TV angeboten werden. Die deutschsprachigen Sender sind mehrheitlich öffentlich-rechtliche Voll- oder Spartenprogramme sowie Nachrichtensender.

106. Bis Ende März 2004 bestand das weitere Angebot von Cablecom im Wesentlichen aus den zwei Paketen FAMILY PACKAGE (Filme, Kinderprogramm, Musik und Sport) und EXPEDITION PACKAGE (Natur und Wissenschaft sowie Erlebnisprogramme) sowie einer Kombination der beiden Angebote (FAMILY & EXPEDITION). Diese Programmpakete wurden im April 2004 mit der Lancierung eines veränderten Produkteangebots abgelöst.

107. Im Paket DIGITAL PLUS enthalten sind zehn Spartenprogramme in deutscher und englischer Sprache aus den Bereichen Unterhaltung (E! ENTERTAINMENT TELEVISION, SILVERLINE MOVIE CHANNEL, KINOWELT), ein Kinderprogramm (JUNIOR), Dokumentationen (PLANET, NATIONAL GEOGRAPHIC, ADVENTURE ONE), Sport (EXTREME SPORTS CHANNEL) und Musik (MTV HITS) sowie ein Radioprogramm (MUSIC CHOICE).

108. Das Paket DIGITAL BONUS beinhaltet weitere fünf digitale deutschsprachige Fernsehprogramme, namentlich die Spartenprogramme von ARD und ZDF sowie das Programm Tele 5.

109. Zusätzlich können insgesamt sechs Spezialpakete abonniert werden. Hiezu gehört das Paket MEN'S WORLD OPTION (zwei Erotikprogramme, ein Sport- und ein Dokumentationskanal) sowie fünf fremdsprachige Programme (italienisch, türkisch, serbisch, albanisch und portugiesisch).

110. Unter der Marke CABLECOM DIGITAL CINEMA bietet Cablecom seit September 2002 einen Pay per View Service an, bei dem individuell Filme bestellt und angesehen werden. Die Verfügbarkeit des Pay Per View ist Bestandteil des CABLECOM DIGITAL TV-Angebots, nicht aber der Bezug von einzelnen Filmen, für die eine individuelle Bestellung erforderlich ist.

111. Cablecom verzeichnete in den Jahren 2002, 2003 und 2004 nach eigenen Angaben monatlich durchschnittlich folgende Abonnentenzahlen:

	2002	***2003***	***2004***
Kunden Deutschschweiz*	[...]	[...]	[...]

**** Die oben stehenden Zahlen beinhalten die folgenden Produkte Family Package, Expedition Package, Family&Expedition bzw. die Produkte Digital Plus und Mens World (Lancierung im April 2004).***

112. Es ist jedoch anzumerken, dass ein Grossteil der Abonnenten von Cablecom aus sprachlichen Minderheiten in der Schweiz besteht, welche Bouquets mit Free TV-Programmen beziehungsweise fremdsprachige Programmbouquets abonniert haben. Hohe Abonnentenzahlen verzeichnet insbesondere der serbische Unterhaltungssender PINK (PINK PLUS, PINK EXTRA) sowie das TURKIYE PACKAGE und das ITALIA PACKAGE. Auch wenn diese Angebote nicht als Pay TV im eigentlichen Sinne bezeichnet werden können (da diese in den Herkunftsländern zum Free TV gehören), geht von den Programmen doch ein nicht zu unterschätzender Wettbewerbsdruck aus. Es ist davon auszugehen, dass die Abonnenten solcher fremdsprachigen Kanäle bei der Wahl eines Pay TV-Angebotes eher auf das Angebot von Cablecom zurückgreifen, da nur Cablecom ihnen ermöglicht, alle gewünschten Produkte zu beziehen.

113. Neben Teleclub und Cablecom bieten noch weitere Kabelnetzbetreiber Pay TV im deutschsprachigen Raum an, namentlich Digital Cable Group und die Interessengemeinschaft Rii-Seez-Net.[53]

[53] Angaben gemäss Verband Swisscable.

114. Das Angebot von Digital Cable Group beinhaltet ca. 100 Einzelprogramme, die beliebig kombiniert oder einzeln abonniert werden können. Angeboten werden mehrere deutschsprachige Sender, themenspezifische Spartensender (Motorsport, Religion u.a.) sowie zwei Erotiksender. Ein Grossteil des Angebots besteht aus fremdsprachigen Programmen (Spanien, Türkei, Serbien). Zum Angebot von Digital Cable Group gehören insbesondere auch drei Filmprogramme, namentlich CARTOON NETWORK, TELE 5 und TURNER CLASSIC MOVIES. Diese Sender beinhalten Trickfilme, Serien und ältere Spielfilme und Klassiker in englischer und französischer Sprache, jedoch keine Blockbuster.

115. Die Digital Cable Group konnte am 1. Januar 2004 [...] Abonnenten verzeichnen. Davon waren rund 60% Abonnenten eines sprachlichen Minderheitenprogramms, 21% interessierten sich für die themenspezifischen Spartenprogramme. Nur gerade gut 3% der gesamten Abonnentenzahl entfallen auf die Filmangebote.

116. Das Angebot der Interessengemeinschaft Rii-Seez-Net umfasst zwei Erotiksender sowie 17 deutsche und 29 fremdsprachige Sender, welche einzeln abonniert werden können. Auch dieses Angebot ist regional beschränkt und das Versorgungsnetz erstreckt sich entlang des Rheins und um das Einzugsgebiet des Flusses Seez.[54]

117. Kurz vor der Lancierung steht im Weiteren ein Pay TV-Angebot der Technischen Betriebe Wil. Es ist indessen davon auszugehen, dass sich die Verbreitung dieses Programmes ebenfalls auf den entsprechenden regionalen Raum beschränken wird.

118. Es lässt sich somit feststellen, dass zurzeit einzig Teleclub und Cablecom als echte Konkurrenten im Pay TV-Markt betrachtet werden können, wobei Teleclub als gefestigter Anbieter nach wie vor über einen erheblichen Kundenvorsprung zumindest hinsichtlich der Spartenprogramme und Premium Content verfügt.

119. Weitere potenzielle Anbieter digitaler Pay TV-Programme sind in absehbarer Zeit nicht auszumachen. Angesichts der gefestigten Stellung von Teleclub im Pay TV-Markt, der beschränkten Programmressourcen für Premium Content (vgl. nachfolgend B.4.2.2) sowie der hohen Qualität des Free TV-Angebotes in der Schweiz erscheint es jedoch für einen potenziellen Pay TV Anbieter verhältnismässig schwierig, den Markteintritt erfolgreich zu bewerkstelligen.

Disziplinierender Einfluss des Free TV-Marktes

120. Bei der Prüfung der Marktverhältnisse im Bereich des Pay TV ist insbesondere die Wechselwirkung zwischen Free TV und Pay TV zu berücksichtigen. Denn bei einem attraktiven Programmangebot im Free TV werden sich weniger Zuschauer für das Zusatzangebot im Pay TV entscheiden.[55] Wie bereits unter Randziffer 39 ausgeführt, konkurriert der Free TV- mit dem Pay TV-Veranstalter um die Aufmerksamkeit des Zuschauers: Je mehr Zuschauer Pay TV sehen, desto weniger Werbeeinnahmen lassen sich durch Werbung im Free TV verdienen.

121. Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass die Attraktivität eines Pay TV-Angebotes auch von der Qualität der verfügbaren Free TV-Sender abhängig ist. Die Erfahrungen zeigen, dass die Pay TV-Angebote in Ländern mit weniger Free TV-Sendern deutlich mehr Konsumenten anziehen können. Besonders deutlich kann dies am Beispiel von Grossbritannien dargelegt werden, wo immerhin ein Viertel aller Haushalte einen Pay TV-Dienst abonniert hat, jedoch nur gerade fünf Free TV-Sender angeboten werden.[56]

122. In der Schweiz ist demgegenüber das Angebot an Free TV sehr gross und auch die Qualität der Free TV-Sender sehr gut. Sowohl die werbefinanzierten Sender als auch die öffentlich-rechtlichen Sender mit ihrem Gebühreneinkommen verfügen zudem meist über beachtliche Einkaufsbudgets und können dadurch starken Wettbewerbsdruck ausüben.

123. Die beiden öffentlich-rechtlichen Sender SF1 und SF2 bieten einen ausgewogenen Programm-Mix, welcher sowohl Filme und Serien als auch Informationssendungen, Dokumentationen und Sport beinhaltet. Ein weiterer Grund für die hohen Free TV-Zuschauerzahlen ist darin zu sehen, dass die Konsumenten in der Schweiz auch von den Free TV-Angeboten in den umliegenden Ländern profitieren können. Hiezu gehören namentlich die Angebote aus Deutschland und Österreich. Gerade die deutschen Privatsender RTL, Sat1, Pro7, Kabel und Vox erfreuen sich hier grosser Beliebtheit. Aber auch die öffentlich-rechtlichen Programme wie ARD, ZDF und ORF 1 und ORF 2 werden vom Deutschschweizer Publikum gerne konsumiert.

124. Im Hinblick auf den Erwerb von Sportrechten profitiert Free TV von einer zusätzlichen Attraktivität, weil der Anbieter den Sportvereinigungen eine weitere Verbreitung garantieren kann als ein Pay TV-Anbieter, was wiederum für den Veranstalter aus Werbungs- und Merchandisinggesichtspunkten interessant sein kann.[57] In der Schweiz garantieren zudem die Free TV-Liste und idée suisse, dass Sportveranstaltungen von nationalem Interesse nicht nur im Pay TV ausgestrahlt werden. Idée suisse verlangt zudem, dass alle wichtigen Sportereignisse in allen Sprachregionen der Schweiz zu sehen und entsprechend in den jeweiligen Landessprachen zu kommentieren sind.

[54] Detaillierte Angaben unter www.rii-seez-net.ch.
[55] SALLER: Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 113.
[56] VELJANOVSKI: Competitive Regulation of Digital Pay TV, European Economics & Law, Brüssel 1999, S. 66 ff.
[57] SALLER: Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 158.

125. Die oben beschriebenen Wechselwirkungen haben zur Folge, dass auch ohne wirkliche Substituierbarkeit zwischen Pay TV und Free TV starker Druck von ausserhalb des Marktes kommen kann und diese Produkte zumindest bei der Beurteilung der Marktstellung in den Pay TV-Markt mit einzubeziehen sind.

B.4.2.2 Markt für Premium Content

A. Vorbemerkung

126. Zugriffsmöglichkeiten auf Premium Content sind elementar für einen erfolgreichen Pay TV-Anbieter. Eine alternative Pay TV-Plattform kann somit nur derjenige entwickeln, dem es gelingt, Premium Content zu beziehen.[58]

127. Programmressourcen sind jedoch knapp, da die Ausstrahlungsrechte für derartige Inhalte in aller Regel auf der Basis längerfristiger und exklusiver Verträge vergeben werden (sog. "Output Deals"). Für die Laufzeit eines derartigen Vertrages wird somit kein anderer Pay TV-Anbieter Zugriff auf diese Programmressourcen haben.

128. Es stellt sich somit im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Frage, ob der geplante Zusammenschluss zu einer Marktabschottung führen könnte. Dies wäre einerseits dann der Fall, wenn der Zusammenschluss zu einer entscheidenden Verstärkung der Verhandlungsposition gegenüber den Rechteinhabern führen würde. Zum anderen könnte es sein, dass es für den Rechteinhaber grundsätzlich vorteilhaft ist, nur einen Verhandlungspartner zu haben, mit dem er Verträge für alle Verwertungsstufen abschliessen könnte.[59]

129. Was die Beschaffung von Content anbelangt, sind grundsätzlich zwei Arten zu unterscheiden:

130. Es gibt verschiedene ausländische Pay-TV-Veranstalter, welche eigenständige Programmkanäle herstellen und diese in der Schweiz den verschiedenen Marktteilnehmern im Rahmen von Vertriebsvereinbarungen zur Vermarktung im Lizenzgebiet der Schweiz zur Verfügung stellen.

131. Daneben hat ein Pay TV-Anbieter auch die Möglichkeit, Pay TV-Spielfilmkanäle selbstständig herzustellen. Die hiefür notwendigen Rechte an den einzelnen Programmbestandteilen müssen vom Pay TV-Veranstalter diesfalls direkt von den jeweiligen Rechteinhabern erworben werden. Lizenzen dieser Art werden exklusiv und auf eine bestimmte Laufzeit beschränkt vergeben. Die Vergabe von Exklusivlizenzen ist gerade bezüglich Erstausstrahlungsrechten an Premium Content die Regel.

B. Marktstellung

132. ***TELECLUB*** verfügt über eine sehr starke Position im Marktsegment der Beschaffung von Premium-Spielfilmen. [...].

133. [...].

134. [...].

135. Diese Exklusivrechte beschränken sich nach Angaben der Verleiher regelmässig auf eine bestimmte Region, bestimmte Sprachen (z.B. Deutsch und Originalton) und ein definiertes Programm und beziehen sich auf die Verwertung via Pay Per Channel. Die Vertragsdauer beträgt typischerweise ein Jahr.

136. Von der Exklusivität nicht umfasst ist die Verwertung der Programme mittels anderer Übertragungsarten, namentlich Pay Per View und Video on demand. Es bleibt mit anderen Worten trotz der Exklusivität möglich, Rechte am in Frage stehenden Premium Content für Pay Per View zu erwerben. Einzig die Verwertung über einen anderen Pay Per Channel-Sender bleibt für die Vertragsdauer ausgeschlossen.

137. [...].

138. ***SWISSCOM*** verfügt über ihre Tochter Swisscom Broadcast seit Anfang 2004 über die exklusiven Ausstrahlungsrechte der Sparten-Programme SCIFI und 13th STREET. Bei beiden Programmen handelt es sich nicht um Premium Content - weder SCIFI oder 13th STREET beinhalten Erstausstrahlungen. Es handelt sich somit primär um so genannte Second Window Pay TV-Angebote. Diese beiden Kanäle sind Teil des Angebotes PREMIUM DIGITAL TV.[60] Die restlichen in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Verträge für die Beschaffung von Content wurden demgegenüber als nicht exklusive Rechte zur Verbreitung abgeschlossen. Premium Digital TV wird von Swisscom Broadcast als B2B-Angebot interessierten Kabelnetzbetreibern angeboten. Das Angebot wird zurzeit nur [...] nachgefragt.

139. Die im Zusammenhang mit STREAM IT abgeschlossenen Verträge zwischen Swisscom beziehungsweise Bluewin und den jeweiligen Rechteinhabern wurden nach Angaben von Swisscom nicht als Exklusivrechte ausgestaltet.

[58] EU-Kommission i.S. Bertelsmann/Kirch/Premiere; Rz. 48.

[59] SALLER: Europäische und Deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 159.

[60] Informationen unter www.premium-digital-tv.ch.

140. [...].

141. Cablecom hat geltend gemacht, [...].

142. In Verhandlung steht Cablecom [...].

143. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass Cablecom nach eigenen Aussagen ***nicht*** selber Pay TV-Programme konfektionieren will, sondern vielmehr das Ziel habe, vorkonfektionierte Pay TV-Programme zu kaufen und in ihr Pay TV-Angebot aufzunehmen.[61] Fertig konfektionierte Premium Content-Kanäle werden jedoch nur von verhältnismässig wenigen Unternehmen angeboten. In Frage kommen namentlich Premiere Deutschland und Teleclub. Die Verhandlungen mit Premiere Deutschland seien jedoch aufgrund der vertraglichen Beziehungen zwischen Premiere und Teleclub regelmässig gescheitert.

144. Nach Angaben des Verbandes Swisscable [...].

145. Es fällt auf, dass Teleclub das einzige Unternehmen im Schweizer Markt ist, das sich derzeit um den Erwerb von Content für die Konfektionierung von Pay Per Channel-Angeboten bemüht. Cablecom strebt demgegenüber eine Wholesale-Retail-Beziehung an und scheint insofern nicht um spezifische Rechte an Premium Content nachzufragen.

146. Swisscom verfügt zurzeit nur für zwei nicht Premium-Kanäle über Exklusivrechte. Alle anderen Kanäle können auch von anderen Interessenten erworben werden. Es kommt somit im Bereich des Premium Contents zu keinen Marktanteilsadditionen.

B.4.2.3 Markt für Breitbandzugänge geeignet zur Übertragung von TV-Signalen

A. Vorbemerkung

147. Nach traditionellem Verständnis sind die Telefonleitungen primär für die Sprachübermittlung, die TV-Kabel-Netze hingegen für die Verbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen konzipiert.

148. Mit dem bereits vollzogenen Vorstoss von Cablecom in die Telefonie werden nun vermehrt Haushalte ganz auf das Telefonkabel der Swisscom verzichten können. Es ist aus dieser Perspektive verständlich, dass Swisscom ihrerseits auf die veränderten Marktverhältnisse reagiert. So wie Cablecom bei der Telefonie das ehemalige Kerngeschäft der Swisscom angreift, will die Swisscom die Kabelnetzbetreiber in ihrem angestammten Gebiet bedrängen.[62] Im Vordergrund steht das Angebot eines umfassenden Triple Play, also des gleichzeitigen Angebots von Telefon-, Fernseh- und Internetdienstleistungen. Medienberichten zufolge sei nachhaltiges Wachstum im Breitband-Markt ohne ein umfassendes Entertainment-Angebot kaum realistisch, was Triple Play für Telekommunikationsunternehmen zu einer strategischen Notwendigkeit mache.[63] Nach Aussage der Cablecom werden die Konsumenten schon in ein paar Jahren wahrscheinlich einen einzigen Anbieter wählen, der alle Dienste zur Verfügung stellt.[64] Dem Trend zu Triple Play folgen nicht nur die Schweizer Anbieter, sondern Kabelnetzbetreiber und Telekommunikationsunternehmen weltweit.[65]

149. So werden künftig Haushalte für den Empfang von Fernsehprogrammen nicht mehr auf die Infrastruktur der Cablecom oder anderer Kabel-TV-Betreiber angewiesen sein werden, sondern alle benötigten Dienste über das Telefonkabel der Swisscom beziehen können. Umgekehrt kann der Konsument aber auch vollständig auf die Dienste der Telekommunikationsanbieter verzichten und sämtliche Dienste von den Kabelnetzbetreibern beziehen.

150. Diese Situation führt zu einer Verlagerung des Infrastrukturwettbewerbs auf eine neue Ebene, da sich sowohl die Kabelnetzbetreiber wie auch die Telekommunikationsanbieter nicht mehr auf ihr ursprüngliches Kerngeschäft konzentrieren können, sondern in drei unterschiedlichen Bereichen investieren müssen, um der Konkurrenz standhalten zu können.

B. Marktstellung

151. In der Schweiz werden Breitbandzugänge grösstenteils über die ADSL- und die Kabelmodem-Technologie angeboten werden. Der Anteil der anderen möglichen Zugangstechnologien (Satellit, Glasfaser, Powerline Communications, Wireless Local Loop, Mietleitungen, 3G) kann als vernachlässigbarer Teil eines gesamten Breitbandmarktes betrachtet werden.[66]

152. Vereinfacht ausgedrückt und unter Ausblendung von weiteren drahtgebundenen Anschlüssen ergeben sich bezüglich der benutzten Breitbandzugänge rund folgende Marktanteile:

[61] Vgl. Protokoll der Besprechung vom 16. Dezember 2004 zwischen Swisscom, Cinetrade, Cablecom und dem Verband Swisscable mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission; S. 4.

[62] Vgl. NZZ vom 9.6.2004: Telefon und Fernsehkabel in Konkurrenz beim Triple Play.

[63] Vgl. NZZ vom 9.6.2004: Fernsehen aus dem Telefonkabel; Ein möglicher Weg aus der Festnetzwachstums-Falle.

[64] Interview mit RUDOLF FISCHER in: persönlich, Dezember 2004, Seite 30.

[65] Vgl. NZZ vom 12.1.2005: Ernsthafte Konkurrenz für die US-Telefonie.

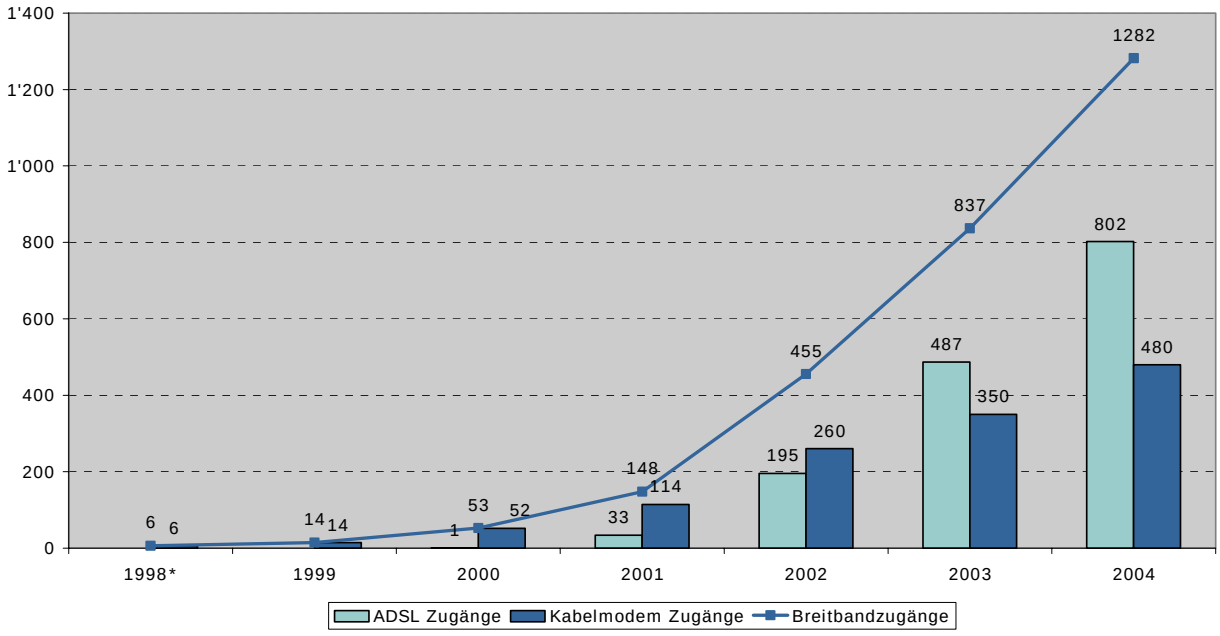
[66] Vgl. Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich - Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union, BAKOM, Biel, Juli 2004, S. 6.

	Kunden Breitbandzugänge ADSL und CATV		
	ADSL	CATV	Total
Betreiber	Fernmelde-dienstanbieter	Kabelnetz-betreiber	
Anzahl	717'000 [431'000 Bluewin]	440'000 [>200'000 Cablecom]	1'157'000
Prozent	62	38	100

Quellen: Medienmitteilung Swisscom vom 10. November 2004, erhältlich unter: www.swisscom.ch; Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt I, erhältlich unter: www.swisscable.ch; http://www.cablecom.ch/wirueberuns/ourmarkets-ir.htm[67]

153. In einer dynamischen Betrachtungsweise können die Entwicklungen der Breitbandzugänge folgendermassen veranschaulicht werden:

Breitbandzugänge (ADSL und Kabelmodem)
Quelle: Swisscom, Swisscable, BAKOM
(*) BAKOM Schätzung



Quelle: Entwicklung bis Ende 2004 für bestimmte Indikatoren, Bundesamt für Kommunikation, Mai 2004, S. 9. erhältlich unter:

www.bakom.ch

[67] Vgl. auch Vernehmlassung der Wettbewerbskommission an RE-KO/WEF vom 31.1.2005; FB/2004-2.

154. Cinetrade verfügt über keine eigene Verbreitungsinfrastruktur. Es kommt im Bereich der Verbreitungsinfrastruktur somit zu keinen Marktanteilsadditionen.

155. Die Erbringung von ADSL-Dienstleistungen bedingt den Aufbau einer besonderen Infrastruktur. Der Konsument benötigt ein spezielles Modem, um sich anschliessen zu können. ADSL-Dienstleistungen können von mehreren Internet Service Providern bezogen werden. Diese Anbieter von ADSL-Dienstleistungen benutzen jedoch alle das Netzwerk der Swisscom, um ihre Kunden erreichen zu können. Zur Erbringung dieser Dienstleistungen offeriert die Swisscom den verschiedenen Anbietern das Produkt BBCS.[68/69]

156. Im Zusammenhang mit vorliegendem Zusammenschluss ist hervorzuheben, dass Swisscom sowohl als Anbieterin von Zugängen zu Breitbanddiensten mit dem ADSL-Vorleistungsangebot (BBCS) als auch als Plattformbetreiberin und Internet Service Provider mit ihrer Tochtergesellschaft Bluewin ein starker Akteur ist.

157. Die Wettbewerbskommission hat in Sachen Swisscom ADSL (a.a.O) festgestellt, dass aufgrund des nicht genügend disziplinierenden Wettbewerbsdruck Swisscom im Markt für Breitbanddienste auf der Wholesale-Ebene als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren ist. Im Gutachten der Wettbewerbskommission vom 27. September 2004 betreffend schneller Bitstrom-Zugang[70] hat die Wettbewerbskommission festgestellt, dass Swisscom in der Lage ist, sich auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG).

158. Das flächendeckende Telekommunikationsnetz von Swisscom - Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über drahtgebundene Verbindungen zu praktisch allen privaten Haushalten in der Schweiz verfügt - und ihre massgeblichen Einflussmöglichkeiten auf neue Technologien (insb. TV über ADSL) versetzen Swisscom in die optimale Startposition für alle relevanten Verbreitungsformen.

159. Was das Anbieten von Triple Play anbelangt, muss jedoch beachtet werden, dass Swisscom trotz ihrer starken Marktstellung im Breitbandbereich zurzeit noch kein Triple Play anbieten kann. Die gegenwärtigen Testerfahrungen für TV über DSL haben gezeigt, dass die ADSL Technologie den qualitativen Anforderungen nicht vollumfänglich gerecht werden kann (vgl. oben Rz. 73). Swisscom ist namentlich im Bereich des Fernsehens als Newcomerin zu betrachten, dies im Gegensatz zu Cablecom, welche den Einstieg ins Triple Play Geschäft bereits vollzogen hat. So ist Cablecom derzeit der einzige grosse Anbieter, der das volle Triple Play aus einer Hand anbieten kann.[71] Swisscom liegt somit im Rennen um Triple Play zurück und Cablecom wird diesen Vorsprung so gut wie möglich zu nutzen versuchen.

160. Es gilt im Weiteren zu beachten, dass ein Markteintritt von Swisscom mit TV über DSL für sich alleine noch kein Garant dafür ist, dass sich das Produkt auf dem Markt durchsetzen wird. Die TV-Konsumenten sind sich das Fernsehen über Kabel gewöhnt und damit vermutungsweise im Grossen und Ganzen auch zufrieden. Es braucht von Seiten von Swisscom daher einen erheblichen Marketingaufwand, um die Konsumenten zum Umstieg von einem bewährten System auf ein neues, unbekanntes Produkt zu bewegen. Hinzu kommt, dass in vielen Haushalten die Gebühr für Kabelfernsehen nicht separat abgerechnet wird, sondern bereits in den Mietkosten enthalten ist und durch den Hauseigentümer abgegolten wird. Bei einem Wechsel auf TV über DSL müsste in diesen Fällen somit der Hauseigentümer die Verträge mit den Kabelnetzanbietern kündigen, was die Angelegenheit zusätzlich erschwert. Diese teilweise Koppelung der Kabelnetzgebühren mit den Mietverträgen stellt für Swisscom nach eigenen Angaben ein erhebliches Problem dar. Die Situation ist zwar insofern zu entschärfen, als es jedem Mieter freigestellt ist, seinen Kabelanschluss plombieren zu lassen. Andererseits muss er dennoch selber darum bemüht sein, die Gebühr für den Kabelanschluss aus den Nebenkosten seiner Wohnung auszuscheiden.

161. Cablecom kann für ihr Telefonieangebot wohl vor allem jene Kabelfernsehkunden gewinnen, welche bereits den Internetzugang übers TV-Kabel beziehen. Swisscom wird im Gegenzug primär diejenigen Kunden, die heute ihr ADSL Angebot nutzen, von ihrem Fernsehangebot überzeugen müssen. Es ist bei dieser Ausgangslage davon auszugehen, dass die Einführung von Triple Play durch Swisscom den Wettbewerb intensivieren wird, was sich letztlich auch für den Konsumenten positiv auswirken sollte.[72]

C. Verbundeffekte

162. Es stellt sich im Weiteren die Frage, welche sonstigen kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsvorteile aus dem Zusammenschluss für die Parteien resultieren, insbesondere ob und in welchem Rahmen so genannte Verbundeffekte die Marktstellung von Swisscom zusätzlich verstärken und wie diese ökonomisch zu würdigen sind. Verbundvorteile können sich bei vorliegend zu beurteilendem Zusammenschlussvorhaben vor allem auf zwei Arten einstellen: Zum einen wird Swisscom künftig in der Lage sein, ein umfassendes Triple Play anzubieten (vgl. oben Rz. 158 f.), zum anderen verstärkt sich durch die vertikale Verbindung der Pay TV-Plattform von Teleclub mit der Infrastruktur von Swisscom die Verhandlungsposition der Parteien gegenüber den Vertragspartner und

[68] Broadband Connectivity Service.
[69] Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 409 f., Beschwerde hängig.
[70] Gutachten der Wettbewerbskommission vom 27.9.2004 betreffend schneller Bitstrom-Zugang, in RPW 2004/4, S. 1263.
[71] Interview mit RUDOLF FISCHER, in: persönlich, Dezember 2004, S. 30
[72] Vgl. NZZ vom 9.6.2004: Telefon- und Fernsehkabel in Konkurrenz beim Triple Play.

auch im Verhältnis zu den Konkurrenten. In einem jungen doppelseitigen Markt können derartige Wettbewerbsvorteile, insbesondere wenn die Wettbewerber nicht in der Lage sind sie zu replizieren, zu einem überproportionalen Marktanteilswachstum führen und von entscheidender Bedeutung für die künftige Marktstruktur sein.

163. Der Wettbewerbsvorteil, der sich durch den Zusammenschluss ergeben kann, ist allerdings in zweifacher Hinsicht zu relativieren.

164. Wie bereits erwähnt (oben Rz. 159) ist mit Cablecom der stärkste Konkurrent von Swisscom schon heute in der Lage, Triple Play anzubieten. Cablecom verfügt infolgedessen bereits über einen gewissen Wettbewerbsvorsprung. Der geplante Markteintritt von Swisscom lässt den Wettbewerb im Bereich des Triple Play erst entstehen. Die durch den Zusammenschluss entstehende Verbindung ermöglicht es Swisscom somit, ein konkurrenzfähiges Produkt zum Angebot von Cablecom zu lancieren. Ob und inwiefern die Plattform von Swisscom für Fernsehangebote überhaupt zum Substitut zu den bewährten Kabelnetzen werden kann, steht im Übrigen zum heutigen Zeitpunkt noch nicht fest.

165. Die künftige starke Verhandlungsposition von Swisscom gegenüber Rechteinhabern ist ebenfalls zu relativieren. Ein starker Pay TV-Veranstalter ist zwar möglicherweise in der Lage, bessere Konditionen beim Erwerb der Rechte an Content auszuhandeln. Ganz grundsätzlich muss jedoch betont werden, dass sich aus dem Zusammenschluss keine wesentlichen Veränderungen im Pay TV-Markt ergeben. Bereits heute ist Teleclub der grösste Pay TV-Veranstalter der Schweiz, wogegen Swisscom in diesem Bereich bisher erst versuchsweise tätig ist. Was die Verhandlungsposition von Swisscom gegenüber Rechteinhabern anbelangt, ist zu bemerken, dass es sich bei diesen mehrheitlich um international tätige Unternehmen handelt. Die Anbieter von Premium-Inhalten befinden sich grundsätzlich in einer sehr starken Anbieterposition und verfügen über ausreichend Gegenmacht ("bargaining power").[73] Es ist nicht davon auszugehen, dass der Verbund zwischen Swisscom und Cinetrade dazu führen wird, dass Exklusivverträge über Premium Inhalte künftig nur noch mit Swisscom abgeschlossen werden.

166. Die Verhandlungsmacht von Swisscom könnte indessen nicht nur im Verhältnis zu den Rechteinhabern, sondern auch gegenüber anderen Pay TV-Veranstaltern eine Rolle spielen. Es ist davon auszugehen, dass eine hohe Abonnentenzahl eines Pay TV-Veranstalters dessen Stellung beim Rechteerwerb im Verhältnis zu anderen Pay TV-Veranstaltern verstärkt, da Rechteinhaber vermutungsweise an einer möglichst weiten Verbreitung ihrer Inhalte interessiert sind. Hier muss jedoch berücksichtigt werden, dass ein grosser Pay TV-Veranstalter für dasselbe Recht üblicherweise auch einen höheren Preis bezahlen muss als ein kleiner Veranstalter, da die Abonnentenzahl bei der Preisfestsetzung miteinbezogen wird.

167. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Erfassung und Würdigung von Verbundvorteilen auch aus einer ökonomischen Sicht nicht restlos geklärt ist.[74] Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Verbundvorteilen, welche aus konglomeralen Zusammenschlüssen resultieren, sowohl pro- wie auch antikompetitive Wirkung zukommen kann. Die Gefahr antikompetitiver Effekte ist dabei umso höher, je stärker die Stellung der zusammenschliessenden Unternehmen in den einzelnen betroffenen Märkten ist. Fehlt es an einer marktbeherrschenden Stellung, die sich aufgrund des Zusammenschlusses in einen benachbarten Markt übertragen liesse, sind die aus dem Zusammenschluss resultierenden Verbundvorteile aus wettbewerbsrechtlicher Sicht in der Regel unbedenklich. Auf der anderen Seite generieren konglomerale Zusammenschlüsse oftmals Effizienzgewinne, von welchen letztendlich auch die Konsumenten in der Form besserer Produkte, erhöhter Produktewahlmöglichkeiten oder geringerer Preise profitieren, und können somit im Einzelfall aus gesamtökonomischer Sicht positiv zu würdigen sein.[75]

168. Falls Teleclub im Bereich des Pay TV über eine marktbeherrschende Stellung verfügen sollte, untersteht ihr Verhalten in jedem Falle Artikel 7 KG. Durch den Zusammenschluss wird die Marktstellung von Teleclub indessen nicht übermässig verstärkt.

B.4.3 Schlussfolgerung

Pay TV-Markt

169. In der Deutschschweiz verfügt Cinetrade mit Teleclub nach wie vor über eine führende Marktstellung im Bereich Pay TV. Swisscom ist demgegenüber zurzeit noch nicht im Pay TV-Bereich aktiv, verfügt jedoch über die entsprechenden Kapazitäten und Mittel für einen Markteintritt.

170. Die Verbindung mit Teleclub verschafft Swisscom den Zugang zu den für ein erfolgreiches Pay TV-Angebot unerlässlichen Premium-Inhalten. Teleclub wiederum wird dank Swisscom einen wesentlich erleichterten Einstieg in neue Verbreitungstechnologien (insbesondere Fernsehen über DSL) haben und erhält dadurch einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber ihren Konkurrenten, welche für vergleichbare Angebote auf Zugang zum Netz von Swisscom angewiesen sein werden.

Triple Play

171. Sofern Swisscom den Einstieg in TV über DSL schafft, könnte der Zusammenschluss mittel- oder längerfristig bewirken, dass Kabelfernsehen an Attraktivität verliert. Sie wird durch den Zusammenschluss in der Lage sein, ein umfassendes Triple Play (vgl. Rz. 159) anbieten zu können.

[73] Vgl. hiezu SALLER: Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay TV, Bern 2004, S. 156.

172. Wie bereits oben (Rz. 73) ausgeführt, steht indessen noch nicht fest, auf welchen Zeitpunkt die flächendeckende Einführung von TV über DSL zu erwarten ist. Zum heutigen Zeitpunkt kann die DSL-Technologie noch nicht als Substitut zum Kabelfernsehen betrachtet werden.

173. Die Einführung von TV über DSL ist primär als wettbewerbsfördernd anzusehen. Mit Swisscom tritt ein neuer Player in den Fernsehmarkt und es entsteht für die Konsumenten eine valable Alternative zum bisherigen Marktleader Cablecom. Es ist davon auszugehen, dass diese neue Situation zu gesteigertem Wettbewerbsdruck auf Cablecom führen wird. Bereits mit der Ankündigung des Markteintritts von Swisscom hat sich die Wettbewerbssituation im Infrastrukturbereich intensiviert.

174. Cablecom ist heute bereits in der Lage, umfassendes Triple Play (Fernsehen - Internet - Telefonie) anzubieten. Durch die Lancierung von Telefonie übers Kabelnetz hat Cablecom den Einstieg ins Triple Play vollzogen, während Swisscom erst in der Vorbereitungsphase für ihren Einstieg ins TV-Geschäft ist. Swisscom fehlt somit nach wie vor ein entscheidendes Element für ihr Triple Play-Angebot.

Premium Content

175. [...]. Weiter verfügt Teleclub als derzeit einziges Schweizer Unternehmen über einen selbstständig konfektionierten Premium Content-Spielfilmkanal (TELECLUB CINEMA) und bietet mit diesem Kanal als Einzige Premium Content im Pay Per Channel-Modus an. Swisscom verfügt zurzeit über keine Exklusivrechte an Premium Content.

176. [...]. Der Zusammenschluss wird einerseits die Verhandlungsposition und Einkaufsmacht von Teleclub wie auch Swisscom stärken. Andererseits führt er dazu, dass noch mehr Content als zuvor in einer Hand liegen wird.

177. Bis zum heutigen Zeitpunkt scheint sich kein anderer Pay TV-Anbieter um Zugang zu einzelnen Premium Content-Rechten zu bemühen. Gerade die stärkste Konkurrentin Cablecom ist primär an vorkonfektionierten Spielfilmkanälen interessiert, wie sie in der Deutschschweiz bisher nur von Teleclub und Premiere Deutschland angeboten werden. An dieser Situation wird sich auch durch den Vollzug des Zusammenschlusses nichts ändern.

C. Ergebnis

178. Im geprüften Markt wird durch den geplanten Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Der Zusammenschluss wird deshalb im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 VKU für unbedenklich erklärt und kann vollzogen werden.

[74] Für eine eingehende rechtliche und ökonomische Diskussion vgl. OECD-Roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers, 24.1.2002, m.w.Hw.

[75] Vgl. auch Zusammenschlussvorhaben Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG, Rz. 88; in RPW 2005/2, S. 312.

B 2.3	***7. Swiss Life/Vaudoise Vie***

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 4. April 2005

A Sachverhalt

A.1 Zusammenschlussvorhaben

1. Am 3. März 2005 hat die Wettbewerbskommission (im Folgenden Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, wonach die Vaudoise Vie, compagnie d'assurances (im Folgenden Vaudoise Vie), den Verkauf des Geschäftsbereichs Kollektivlebensversicherungen an die Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt (im Folgenden Swiss Life) beabsichtigt.

2. Basierend auf dem Rahmenvertrag vom 31. Januar 2005 verpflichten sich die Parteien zum Verkauf des Versicherungsbestandes des Geschäftsbereichs Kollektivlebensversicherungen der Vaudoise Vie an Swiss Life sowie zur Übertragung von genügend Vermögenswerten, um 100% der im Zusammenhang mit dem Versicherungsbestand übernommenen versicherungstechnischen Rückstellungen zu decken. Weiter übernimmt Swiss Life gemäss Artikel 333 OR ungefähr 41 Arbeitnehmer, welche im Geschäftsbereich Kollektivleben von Vaudoise Vie tätig sind. Dadurch werden die an Swiss Life übertragenen Portfolios des Geschäftsbereichs Kollektivleben weiterhin durch die heutigen Ansprechpartner betreut. Zudem wird die Vaudoise Gruppe zukünftig als Vertriebspartner von Swiss Life exklusiv deren Versicherungsprodukte im Bereich BVG[1] offerieren. Diese Kooperation ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Fusionskontrollverfahrens (vgl. Rz. 7 ff.)

3. Ausschlaggebend für das Zusammenschlussvorhaben ist die Absicht der Swiss Life Gruppe, sich auf die Bereiche Leben und Vorsorge zu konzentrieren. Dazu integriert Swiss Life das bisher eigenständig geführte Leben-Geschäft ihrer Tochtergesellschaft "La Suisse" und trennt sich gleichzeitig von allen übrigen Geschäftsfeldern der "La Suisse". Die Bereiche Motor-, Sach-, und Haftpflichtversicherung werden von der Vaudoise Générale übernommen. Im Gegenzug übernimmt die Swiss Life zur zusätzlichen Stärkung ihres Kerngeschäfts Kollektikleben-Portefeuille der Vaudoise Vie (Portefeuille-Tausch, vgl. Abbildung 1). Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung bildet lediglich die Übernahme des Kollektivleben-Portefeuilles der Vaudoise Vie durch Swiss Life.

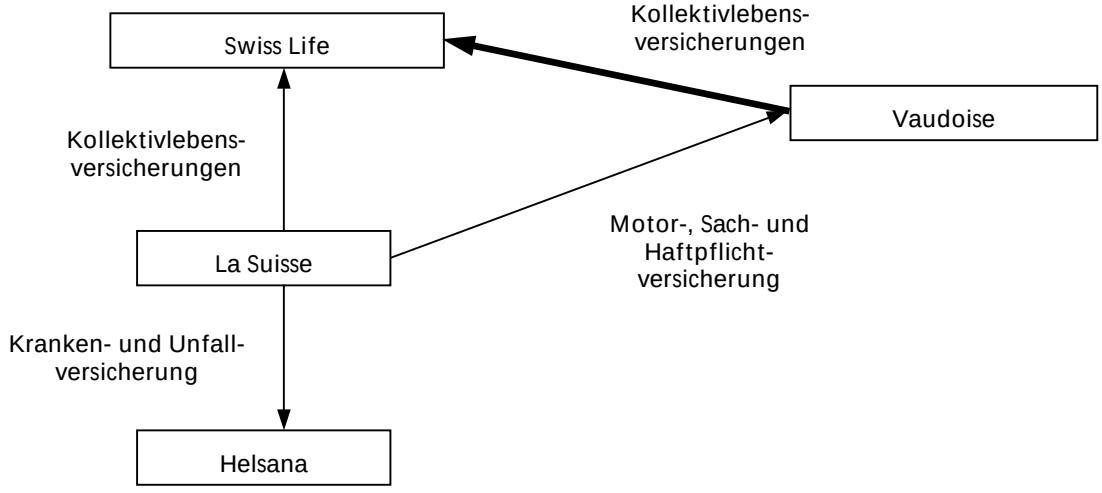


Abbildung 1

[1] Bundesgesetz vom 25.6.1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; SR 831.40.

A.2 Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen

4. Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen sind die Swiss Life als meldendes Unternehmen sowie die Vaudoise Vie als veräusserndes Unternehmen.

5. Swiss Life gehört zur Swiss Life Gruppe, welche im Versicherungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft, vor allem in den Bereichen Vorsorgelösungen und Lebensversicherungen tätig ist. Alle Gesellschaften und Aktivitäten der Swiss Life-Gruppe werden unter dem Dach der an der SWX Swiss Exchange kotierten Swiss Life Holding zusammengehalten, welche 1857 als Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt gegründet wurde. Die Swiss Life Gruppe ist ein multinationaler Konzern, welcher direkt oder durch Partner in mehr als 40 Länder präsent ist.

6. Vaudoise Vie ist eine Gruppengesellschaft der Vaudoise Gruppe, welche unter dem Dach der an der SWX Swiss Exchange kotierten Vaudoise Assurances Holding zusammengehalten wird. Die Vaudoise-Gruppe ist sowohl im Lebensversicherungsbereich als auch im Nicht-Lebensversicherungsbereich aktiv und hauptsächlich auf nationaler Ebene tätig.

A.3 Kooperation zwischen Vaudoise und Swiss Life

7. Im Rahmen der Fusionsmeldung wurde der Kammer mitgeteilt, dass gleichzeitig mit dem vorliegenden Zusammenschluss auch eine Zusammenarbeit zwischen der Vaudoise und Swiss Life vereinbart wurde. Um die Kundenbeziehungen nicht zu beeinträchtigen, werden die an Swiss Life übertragenen Portfolios des Geschäftsbereichs Kollektivleben weiterhin durch die Aussendienstmitarbeiter der Vaudoise Gruppe betreut. Die Aussendienstmitarbeiter der Vaudoise Gruppe sollen darüber hinaus zusätzlich Versicherungsprodukte von Swiss Life vertreiben und nach Vertragsabschluss für Swiss Life gewonnene Neukunden betreuen. Während der Dauer der Kooperation verpflichtet sich Vaudoise Vie, keine eigenen Versicherungsprodukte im Geschäftsbereich Kollektivleben mehr zu führen. Der individuelle Vertrag, welcher die Zusammenarbeit detailliert regeln soll, ist noch nicht abgeschlossen. Gemäss Rahmenvertrag soll der individuelle Vertrag für eine Mindestvertragszeit bis zum [...] geschlossen werden. [...].

8. Fraglich ist, ob die Kooperation im Rahmen des fusionskontrollrechtlichen Entscheides beurteilt werden kann. Gemäss Praxis der Weko sind so genannte Nebenabreden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu prüfen.[2] Eine Nebenabrede liegt vor, wenn eine Abrede mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für sein Funktionieren notwendig ist. Abreden hingegen, welche die genannten Voraussetzungen nicht erfüllen, sind nicht Gegenstand der Fusionskontrolle und bedürfen einer separaten Prüfung gemäss Artikel 5 oder 7 KG, unter Umständen im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren.

9. Die Weiterbetreuung der von der Swiss Life übernommenen Portfolios des Geschäftsbereichs Kollektivleben durch die Aussendienstmitarbeiter der Vaudoise Gruppe ist in jenem Umfang vom Fusionsentscheid gedeckt, als diese erfolgt, um die Übertragung ohne signifikante Kundenverluste zu unterstützen. Die darüber hinausgehende Weiterbetreuung (Pflege und Ausbau des Versicherungsbestandes) sowie die Betreuung für vermittelte Neugeschäfte hingegen erscheint nicht notwendig im obgenannten Sinne und sind deshalb nicht Gegenstand des vorliegenden Fusionskontrollverfahrens. Gleiches gilt für die Kooperation im Bereich des Vertriebs von Versicherungsprodukten der Swiss Life durch die Vaudoise Gruppe.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

10. 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 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

11. 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

12. Im Rahmenvertrag vom 31. Januar 2005 haben die Parteien vereinbart, dass die Vaudoise Vie der Swiss Life ihren Geschäftsbereich "Kollektivlebenversicherungen" in Anwendung von Artikel 39 VAG ("Freiwillige Übertragung des schweizerischen Versicherungsbestandes") überträgt. Es handelt sich bei dieser Transaktion um einen Tatbestand der Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b VKU.

13. Die Transaktion steht unter den Vorbehalten, dass (1) das BPV gemäss Artikel 39 VAG[3] und (2) die Wettbewerbsbehörden die Übertragung bewilligen und (3) das Gegengeschäft, das heisst die Übernahme des Geschäftsbereichs Motor-, Sach- und Haftpflichtversicherung der La Suisse durch die Vaudoise Generale zeitgleich vorgenommen werden kann. Sofern diese Bedingungen erfüllt sind, erfolgt die Übertragung mit Rückwirkung auf den 1. Januar 2005.

[2] RPW 2004/2, S. 522 (NZZ-Espace-Bund), RPW 2000/2, S. 247 (Rätia Energie AG) m.w.H.

[3] Art. 39 VAG regelt die freiwillige Übertragung des schweizerischen Versicherungsbestandes und ermöglicht eine rasche und effiziente Übertragung von Versicherungsverträgen, indem diese ohne Zustimmung der Versicherten übergehen, da die Zustimmung der Aufsichtsbehörde diejenige der Versicherten ersetzt. Die Zustimmung wird gemäss Art. 39 Abs. 3 VAG nur erteilt, wenn die Interessen der Gesamtheit der Versicherten gewahrt sind.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

14. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft insbesondere die berufliche Vorsorge. Diese wird durch zahlreiche Gesetze und Verordnungen geregelt. Am wichtigsten sind dabei das BVG für den obligatorischen Bereich (Aufsichtsbehörde: BSV) und das VAG für den überobligatorischen Bereich (Aufsichtsbehörde: BPV). Diese Gesetze enthalten diverse Vorschriften, welche bezüglich bestimmter Wettbewerbsparameter als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in Frage kommen könnten (RPW 2004/2,S. 388 ff., Rz. 2.2 ff.). Keine dieser Vorschriften schliesst jedoch die Zusammenschlusskontrolle durch die Wettbewerbsbehörden aus. Es liegen deshalb im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vor.

B.3 Meldepflicht

15. Sofern die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absätze 1-3 KG und Artikel 3-8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass sich die Schwellenwerte bei einem Zusammenschluss von Versicherungsgesellschaften auf die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen beziehen und nicht auf den Umsatz.

16. Gegenstand des Zusammenschlusses ist nicht die gesamte Vaudoise Vie sondern nur deren Geschäftsbereich "Kollektivlebensversicherungen". Dieser Geschäftsbereich gilt gemäss Artikel 3 Absatz 2 VKU als beteiligtes Unternehmen, so dass nur dessen Bruttoprämieneinnahmen relevant sind.

17. Zweites beteiligtes Unternehmen im Sinne von Artikel 3 VKU ist die Swiss Life. Da die Swiss Life ein Tochterunternehmen der Swiss Life Gruppe ist, werden gemäss Artikel 5 VKU die Bruttoprämieneinnahmen der gesamten Swiss Life Gruppe berücksichtigt.

18. Im Jahr 2003 erreichte die Swiss Life Gruppe weltweit kumulierte Bruttoprämieneinnahmen von CHF 18'760 Mio. und der Geschäftsbereich Kollektivleben der Vaudoise Vie solche von CHF 542 Mio. In der Schweiz erreichten die Bruttoprämieneinnahmen im Jahr 2003 bei der Swiss Life Gruppe CHF 7'748 Mio. und im Geschäftsbereich Kollektivleben CHF 542 Mio.

19. Somit sind die Umsatzschwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben muss deshalb den schweizerischen Wettbewerbsbehörden gemeldet werden.

B.4 Vorläufige Prüfung

20. 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 Relevanter Markt

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

21. 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).

22. Kollektivlebensversicherungen beinhalten im Wesentlichen Versicherungsverträge im Rahmen der obligatorischen und überobligatorischen beruflichen Vorsorge. Bei den Vorsorgeeinrichtungen lassen sich vier verschiedene Verwaltungsformen unterscheiden (vgl. RPW 2004/2, S. 380 f.):

- autonome und teilautonome Pensionskassen
- Gemeinschaftsstiftungen
- Sammelstiftungen
- öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen

23. Autonome und teilautonome Pensionskassen werden individuell von den Arbeitgebern zu Gunsten ihrer Arbeitnehmer und deren Angehörigen errichtet. Gemeinschaftsstiftungen sind demgegenüber gemeinsame Einrichtungen mehrerer Arbeitgeber, die in der Regel miteinander verbunden sind (z.B. in einem Konzern oder Verband).

24. Sammelstiftungen erbringen angeschlossenen Arbeitgebern sämtliche Dienstleistungen der beruflichen Vorsorge. Die grössten Sammelstiftungen werden von Lebensversicherern geführt. Daneben gibt es jedoch auch von Banken und Treuhandgesellschaften geführte sowie autonome Sammelstiftungen. Mit mehr als 184'000 angeschlossenen Arbeitgebern beziehungsweise rund 1,1 Mio. Versicherten bilden die Sammelstiftungen das grösste Segment im Bereich der beruflichen Vorsorge.

25. Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen schliesslich sind Arbeitnehmern von Bund, Kantonen und Gemeinden sowie anderen öffentlich-rechtlichen Institutionen vorbehalten.

26. Vor allem Kleinst- und Kleinunternehmen kommen nicht ohne einen Anschluss an eine Sammelstiftung aus, falls sie nicht im Rahmen eines Verbandes über die Möglichkeit des Anschlusses an eine Gemeinschaftseinrichtung verfügen. Erst für mittlere Unternehmen ab zirka 100 Mitarbeitern ist eine teilautonome Versicherungslösung eine Option. Deshalb wurde in der Vorabklärung zum Umwandlungssatz im Bereich der beruflichen Vorsorge von einem Markt für von Sammelstiftungen angebotenen Vorsorgelösungen ausgegangen (vgl. RPW 2004/2, Rz. 72 ff., S. 398 f.).

27. Zudem stellt sich die Frage, ob ein Markt für BVG-Leistungen sowie ein Markt für überobligatorische Leistungen abgegrenzt werden muss. Diese Frage wurde in der oben erwähnten Vorabklärung offen gelassen. Sie kann auch für den Zweck der vorliegenden Vorprüfung offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte

für die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

28. 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).

29. Da die gesetzlich verankerte berufliche Vorsorge nationalen Charakter hat und der Anschluss an eine Sammelstiftung für einen Schweizer Betrieb grundsätzlich unabhängig von seinem geografischen Sitz ist, wurde bereits in der Vorabklärung zum Umwandlungssatz in der beruflichen Vorsorge ein schweizweiter Markt für die von den Sammelstiftungen angebotenen Vorsorgeleistungen abgegrenzt. Dies ist auch dadurch gerechtfertigt, da die Lebensversicherer die Vorsorgeleistungen in der Regel in der ganzen Schweiz vertreiben und sich die Wettbewerbsverhältnisse daher regional nicht bedeutend unterscheiden dürften.

30. Im Folgenden wird daher von einem Schweizer Markt für die von den Sammelstiftungen angebotenen Vorsorgeleistungen ausgegangen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

31. Im Jahr 2000 verzeichnete das Bundesamt für Statistik insgesamt 127 Sammelstiftungen.[4] Die grössten davon werden von Lebensversicherungsgesellschaften betrieben. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die Marktanteile der zehn grössten Anbieter im Jahr 2003.

Tabelle 1: Marktanteile der 10 grössten Lebensversicherer im Bereich Kollektivleben, 2003

Winterthur Leben	31%
Swiss Life (inkl. La Suisse)	***24%***
Zürich Leben (inkl. Genevoise)	15%
Basler Leben	8%
Patria	8%
Allianz Suisse Leben	5%
Vaudoise Vie	***2%***
Pax	2%
Providentia	2%
Schweiz. National Leben	1%

32. Wie in Tabelle 1 ersichtlich, erhöht die Swiss Life ihren Marktanteil durch die Übernahme des Kollektivleben-Portefeuilles der Vaudoise Vie von 24% auf 26%.

33. Neben Swiss Life gibt es mehrere starke und international tätige Anbieter. Zudem betreiben neben den Lebensversicherungsgesellschaften auch Banken und Treuhandgesellschaften Sammelstiftungen. Daneben gibt es auch eine grössere Anzahl so genannter autonomer Sammelstiftungen. Der Marktanteil der nicht von den Lebensversicherern geführten Sammelstiftungen beläuft sich auf ca. 5% (vgl. RPW 2004/2, Rz. 85, S. 401 f.).

34. In den letzten Jahren kam es zu mehreren Marktaustritten, Wieder- und Neueintritten im Bereich des Kollektivlebens-Geschäfts. So sind beispielsweise Fortuna Leben, Generali und Providentia (2001) sowie AIG Life (2002) aus dem Bereich der beruflichen Vorsorge ausgetreten. AIG Life hat das Geschäft 2003 wieder aufgenommen und mit der Schweizerischen National Leben (2002), PKRück und verschiedenen autonome Sammelstiftungen sind mehrere Neueintritte zu verzeichnen.

35. Die Häufung von Marktaustritten ist sicher auf den Einbruch der Aktienmärkte im Frühjahr 2001 zurückzuführen und die damit verbundene Schwierigkeit, die nötigen Reserven für die Gewährleistung der Mindestverzinsung zu erwirtschaften. Die vermehrten Wieder- und Neueintritte lassen jedoch auch auf eine gewisse Wettbewerbsdynamik im Bereich Kollektivleben schliessen. Bereits in der Vorabklärung zum Umwandlungssatz im Bereich der beruflichen Vorsorge kam die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass keine erheblichen Markteintrittsschranken bestehen (vgl. RPW 2004/2, S. 405 f.).

B.4.3 Ergebnis

36. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

[4] Bundesamt für Statistik: Die berufliche Vorsorge in der Schweiz, Ausgabe 2003, S. 43.

B 2.3	***8. Vaudoise Générale/La Suisse***

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

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

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

Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 23 mai 2005

A En fait

A.1 L'opération de concentration

1. En date du 12 mai 2005, la Commission de la concurrence (ci-après, Comco) a reçu une notification annonçant une opération de concentration. En effet, La Suisse, Société d'Assurances contre les accidents SA (ci-après, La Suisse; entreprise participante - venderesse) envisage de transférer à la Vaudoise Générale, Compagnie d'Assurances SA (ci-après, Vaudoise Générale; entreprise notifiante) son portefeuille d'assurances choses, automobiles (y compris accidents occupants) et responsabilité civile. Ce portefeuille est décrit par l'entreprise notifiante comme étant les "Affaires Patrimoine" de La Suisse.

2. Le contrat cadre conclu entre les parties le 31 janvier 2005 prévoit le transfert par La Suisse à la Vaudoise Générale de l'ensemble de son portefeuille d'"Affaires Patrimoine", respectivement de tous les contrats d'assurance du portefeuille cédé, y compris tous les droits et obligations y afférant, ainsi que des actifs à la valeur comptable en quantité suffisante pour couvrir le 100% des passifs repris en relation avec les contrats transférés.

3. La Vaudoise Générale reprend environ 170 collaborateurs de La Suisse affectés à la gestion des contrats et de la clientèle correspondant au portefeuille cédé. Le transfert des rapports de travail est effectué conformément à l'article 333 CO.[1]

4. Le portefeuille précité est transféré conformément à l'article 39 LSA[2] et requiert l'approbation de l'Office fédéral des assurances privées.[3]

5. L'opération de concentration d'entreprises notifiée s'inscrit dans un vaste réaménagement de portefeuilles entre les sociétés Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt (ci-après, Swiss Life), Vaudoise Générale, ainsi que Helsana Zusatzversicherungen AG et Helsana Unfall AG (ci-après, Helsana) et qui se traduit par l'absorption de La Suisse par Swiss Life (cf. ci-après, schéma no. 1). Le portefeuille assurance vie de la société précitée est intégré dans la société-mère, Swiss Life, alors que le portefeuille assurance "non-vie" de La Suisse est partagé entre Helsana (affaires maladies et accidents), et la Vaudoise Générale (assurance véhicules à moteur, dommages aux biens ou "choses" [ci-après, "dommages"], et responsabilité civile). En l'espèce, l'examen préalable porte essentiellement sur le transfert du portefeuille assurance véhicules à moteur, dommages, et responsabilité civile de La Suisse à la Vaudoise Générale.

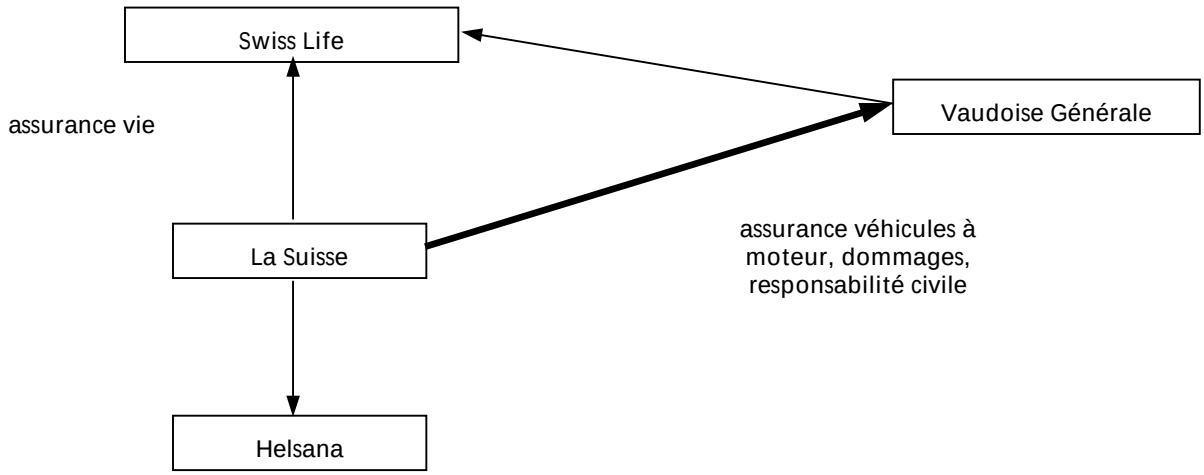


Schéma no. 1

[1] Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations); RS 220.
[2] Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (Loi sur la surveillance des assurances, LSA); RS 961.01.
[3] Cette autorisation n'a pas encore été délivrée par l'Office fédéral des assurances privées.

A.2 Entreprises participant à la concentration

6. En vertu de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart,[4] on entend (entre autres) par concentration d'entreprises, toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci.

7. En l'espèce, les parties sont convenues du transfert du portefeuille "Affaires Patrimoine" conformément à l'article 39 LSA. Dès lors, sur le marché concerné, la Vaudoise Générale acquiert, par conclusion d'un contrat, le contrôle direct d'une partie de La Suisse (entreprise cible). Conformément à l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart, cette opération doit donc être qualifiée de prise de contrôle.

8. La structure et l'activité des entreprises participantes peuvent être décrites comme suit:

9. La Vaudoise Générale est une société anonyme selon le droit suisse dont le siège se trouve à Lausanne. Il s'agit d'une société du Groupe Vaudoise Assurances (ci-après, Groupe Vaudoise), établie à Lausanne. La Vaudoise Assurances Holding, qui est cotée à la bourse SWX, est détenue en majorité par la société coopérative La Mutuelle Vaudoise (dont le siège est à Lausanne). La Vaudoise Assurances Holding contrôle plusieurs entités distinctes tant dans le domaine de l'assurance vie que dans le domaine de l'assurance "non vie". Ce dernier secteur est géré exclusivement par la Vaudoise générale. L'essentiel de son activité est réalisé en Suisse.

10. La Suisse est une société anonyme selon le droit suisse dont le siège se trouve à Lausanne également. Il s'agit d'une filiale indirecte (au travers de La Suisse, Société d'Assurances sur la vie, avec siège à Lausanne, qui détient le 100% de son capital-actions) de Swiss Life, dont le siège se trouve à Zurich. La Suisse est active tant dans le domaine de l'assurance vie que dans le domaine de l'assurance "non vie". L'essentiel de son activité est également réalisé en Suisse.

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

11. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé et de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

B.1.1 Entreprise

12. Toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique, est soumise à la LCart (art. 2 al. 1bis LCart). Les entreprises participantes tombent ainsi dans le champ d'application de la loi précitée.

B.1.2 Concentration d'entreprises

13. En l'espèce, la Vaudoise Générale acquiert, par conclusion d'un contrat, le contrôle direct d'une partie de La Suisse (entreprise cible). Cette opération doit dès lors être qualifiée de concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart (cf. ci-dessus, ch. 6 et 7).

B.2 Prescriptions réservées

14. L'assurance véhicules à moteur est notamment régie par la LCR,[5] alors que les assurances dommages et responsabilité civile sont soumises à la LCA.[6] Ces législations ne contiennent aucune prescription qui exclut la concurrence sur les marchés qui doivent être examinés en l'espèce. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéa 1 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

B.3 Obligation de notifier

15. Le contrat cadre relatif à l'opération de concentration d'entreprises a été conclu le 31 janvier 2005. Dès lors, le montant total des primes brutes annuelles de l'exercice de 2004 est déterminant (art. 9 al. 3 LCart).

16. Pour l'entreprise cible, l'opération de concentration ne porte pas sur la totalité de La Suisse, mais essentiellement sur le portefeuille "Affaires Patrimoine" (assurance véhicules à moteur, dommages, et responsabilité civile). Cette partie d'entreprise étant réputée entreprise participante conformément à l'article 3 alinéa 2 OCCE,[7] il est essentiellement tenu compte en l'espèce du montant des primes brutes annuelles relatif au portefeuille "Affaires Patrimoine" pour déterminer si l'opération de concentration d'entreprises doit être notifiée au sens de l'article 9 LCart.

17. Sur le marché concerné, la Vaudoise Générale est l'entreprise qui acquiert le contrôle au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b LCart par le biais du transfert du portefeuille "Affaires Patrimoine" de La Suisse. La Vaudoise Générale, qui doit être qualifiée d'entreprise participante au sens de l'article 3 OCCE, est une filiale du Groupe Vaudoise. Dès lors, conformément à l'article 5 OCCE, le montant total des primes brutes annuelles de l'ensemble du Groupe Vaudoise doit être pris en considération en l'espèce pour déterminer si l'opération de concentration d'entreprises doit être notifiée au sens de l'article 9 LCart.

18. En vertu de l'article 9 alinéa 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration: a) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de CHF 2 mia. ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins CHF 500 mio., et b) au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de CHF 100 mio.

[4] Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart); RS 251.
[5] Loi fédérale sur la circulation routière (LCR); RS 741.01.
[6] Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA); 221.229.1.
[7] Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après, OCCE); RS 251.4.

19. En l'espèce, le montant total des primes brutes annuelles émises en Suisse par les entreprises participantes se présente comme suit (en milliers de francs):[8]

Groupe Vaudoise[9]	CHF 1'782'100
"Affaires Patrimoine" de La Suisse	CHF 137'973
Total	CHF 1'920'073

20. Les valeurs-seuils fixées par l'article 9 alinéa 1 LCart, en relation avec l'article 9 alinéa 3 LCart, sont atteintes. Par conséquent, la présente concentration d'entreprises doit être notifiée.

B.4 Examen préalable

B.4.1 Procédure

21. Selon l'article 10 alinéa 1 LCart, les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la Commission de la concurrence lorsqu'un examen préalable (art. 32 al. 1 LCart) fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante.

22. Afin d'examiner s'il existe des indices que la concentration d'entreprises crée ou renforce une position dominante, il faut d'abord déterminer les marchés pertinents, et ensuite examiner si la position des entreprises participantes est modifiée sur les marchés concernés.

B.4.2 Marchés pertinents

B.4.2.1 Marché des produits

23. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE, le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

24. La Comco distingue tout d'abord, de manière analogue à la Commission européenne,[10] les domaines vie et non-vie. Au sein de chaque domaine, il est reconnu qu'il peut y avoir en principe autant de marchés de produits que de risques à couvrir, puisque les couvertures d'assurance sont très peu substituables.[11] Selon la pratique de la Comco et en s'inspirant des statistiques de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), il convient de distinguer les marchés suivants: assurance vie individuelle, assurance vie collective, assurance vie liée à des fonds, assurance accidents, assurance maladie, assurance responsabilité civile, assurance véhicules à moteur, assurance transport, assurance incendie/dégâts naturels et autres assurances choses, assurance crédit et caution, protection juridique, assurance voyage.[12]

25. Au vu des éléments pré-exposés, trois marchés pertinents peuvent être retenus dans le cadre du transfert entre les entreprises participantes du portefeuille "Affaires Patrimoine":

- le marché de l'assurance véhicules à moteur;
- le marché de l'assurance incendie/dégâts naturels et autres assurances choses (ci-après, assurance "dommages");
- et le marché de l'assurance responsabilité civile.

26. Relevons que le portefeuille "Affaires patrimoines" transféré comprend en outre des assurances crédit, caution et autres branches qui seront classées ci-dessous dans la catégorie "Autres".

27. Le portefeuille "Affaires Patrimoine" détenu par chaque entreprise participante avant le transfert se décompose de la manière suivante (en milliers de francs):

"Affaires Patrimoine"	La Suisse[13]	Vaudoise Générale
- Véhicules à moteur	CHF 74'092	CHF 207'681
- "Dommages"	CHF 40'002	CHF 64'623
- Responsabilité civile	CHF 22'886	CHF 42'168
- Autres	CHF 993	CHF 5'691
Total	***CHF 137'973***	***CHF 320'163***

B.4.2.2 Marché géographique

28. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

29. La Comco a estimé jusqu'à présent que le marché des assurances était en principe un marché national.[14] Deux motifs étaient invoqués: d'une part, le demandeur attribuait peu d'importance à une présence locale et permanente de l'offrant; d'autre part, les produits d'assurance étaient proposés d'une manière uniforme dans toute la Suisse. Par ailleurs, la Comco estime qu'il n'y a pas de restrictions imposées du côté de l'offrant qui prévoyaient que l'activité de l'entreprise devait se limiter à un territoire spécifique et cela même si divers offrants étaient mieux représentés dans certaines régions de Suisse pour des raisons historiques.[15]

[8] Les entreprises participantes réalisent l'essentiel de leur activité en Suisse.
[9] Chiffre extrait du rapport annuel 2003 du Groupe Vaudoise. Pour l'exercice 2004, selon l'extrait du rapport annuel 2004 (non encore publié), le montant des primes brutes émises est de CHF 1'681'969 (en milliers de francs).
[10] Affaires no. IV/M.985 - Crédit Suisse/Winterthur; IV/M.862 - Axa/UAP; également IV/M.1098 - GENERALI/AMP/ATHENA et les réf. citées.
[11] DPC 2001/3, p. 529; DPC 2003/2, p. 371.
[12] DPC 1997/4, p. 527; DPC 1998/4, p. 584; DPC 2001 /3, p. 528 s.; DPC 2003/2, p. 371.
[13] Ces chiffres pour l'année 2003 et relatifs à la Suisse correspondent au portefeuille "Affaires Patrimoine" faisant l'objet du transfert notifié.
[14] DPC 1997/4, p. 528; DPC 2001/3, p. 530; DPC 2003/2, p. 373.
[15] DPC 1997/4, p. 528.

30. Il semble toutefois que certains assureurs privés prennent désormais en considération des critères régionaux pour la fixation des primes dans le cadre de l'assurance véhicules à moteur. On peut dès lors se demander si le marché géographique n'est pas régional (voire même cantonal) dans ce domaine.

31. Ainsi, dans le cadre de l'examen préalable de la concentration d'entreprises Helsana Zusatzversicherungen AG respectivement Helsana Unfall AG - La Suisse,[16] la Comco a estimé que le marché de l'assurance maladie obligatoire était cantonal car, d'une part, les primes étaient fixées selon les cantons et, d'autre part, le preneur d'assurance ne pouvait pas en principe bénéficier de primes proposées dans un autre canton. Par ailleurs, dans le domaine de l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal, la Comco a relevé qu'il n'était pas exclu que le marché géographique soit régional: en effet, l'article 76 alinéa 3 LAMal prévoit expressément que l'assureur peut notamment échelonner les primes selon les régions.

32. On relèvera toutefois que le marché de l'assurance véhicules à moteur ne semble pas tout à fait comparable à celui de l'assurance maladie obligatoire si on examine les caractéristiques de l'offre et de la demande pour délimiter le marché géographique (cf. art. 11 al. 3 let. b OCCE).[17] En effet, du côté de l'offre, les entreprises actives dans le domaine de l'assurance véhicules à moteur développent leur activité sur l'ensemble du territoire suisse. Par ailleurs, du côté de la demande, les entreprises situées dans des aires géographiques distinctes (par exemple, Genève, Lausanne, Zurich ou Berne) constituent des sources d'approvisionnement alternatives pour les preneurs suisses d'assurance.

33. On relèvera cependant que la question de savoir si le marché géographique doit être qualifié de national, régional, voire cantonal pour le domaine de l'assurance véhicules à moteur peut être laissée ouverte en l'espèce. En effet, selon les informations transmises par l'entreprise notifiante, l'implantation de la Vaudoise Générale et de La Suisse sont en grande partie identiques en Suisse romande et au Tessin, ainsi qu'en Suisse alémanique. Autrement dit, les parts de marché des entreprises participantes sont similaires tant sur le plan national que régional ou cantonal.

B.4.3 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

34. Selon l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE, sont à considérer comme affectés par la concentration les marchés de produits et géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus. Seuls sont soumis à une analyse plus détaillée les marchés sur lesquels les seuils susmentionnés sont atteints. Pour les autres marchés, on peut en principe partir de l'idée qu'ils ne sont pas influencés de manière importante par la concentration.[18]

.

B.4.3.1 Parts de marché 2003 - "Affaires Patrimoine"

35. Selon les statistiques de l'OFAP pour l'année 2003, les parts de marché des onze principaux concurrents dans le domaine "Affaires Patrimoine" (AP) sont les suivantes:

[16] Communication du 4 avril 2005 de la Chambre Services.
[17] Cf. également la pratique de la Commission européenne pour délimiter le marché géographique, publiée dans la "Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence" (JO 1997 C 372, p. 5, n. 8).
[18] DPC 2003/2, p. 374

Position sur le marché	Entreprise	Parts de marché %	Primes brutes (en milliers de francs) pour AP ***in globo***
1	Winterthur	20,69	CHF 2'021'428
2	Zurich	20,09	CHF 1'963'259
3	Mobilière	15,22	CHF 1'487'518
4	Allianz Suisse	11,28	CHF 1'102'405
5	Bâloise	9,48	CHF 926'452
6	Helvetia	5,66	CHF 552'752
7	Generali	4,94	CHF 483'09
8	Nationale	4,76	CHF 464'895
9	Vaudoise	3,28	CHF 320'163
10	Alpina	3,19	CHF 312'072
11	La Suisse	1,41	CHF 137'973
Total		***100***	***CHF 9'772'013***

B.4.3.2 Parts de marché 2003 sur chaque marché pertinent

36. Selon les informations transmises par l'entreprise notifiante, les parts de marché des principaux concurrents dans les domaines des assurances véhicules à moteur (VM), dommages, et responsabilité civile (RC) sont les suivantes:

Assurance véhicules à moteur

Position sur le marché	Entreprise	Parts de marché %	Primes brutes pour les VM (en milliers de francs)
1	Winterthur	23,12	CHF 1'053'092
2	Zurich	19,24	CHF 876'309
3	Allianz Suisse	12,86	CHF 585'910
4	Mobilière	12,79	CHF 582'798
5	Bâloise	8,68	CHF 395'338
6	Generali	6,82	CHF 310'684
7	Vaudoise	4,56	CHF 207'681
8	Nationale	4,.21	CHF 191'798
9	Alpina	3,24	CHF 147'574
10	Helvetia	2,85	CHF 129'975
11	La Suisse	1,63	CHF 74'092
Total		***100***	***CHF 4'555'431***

Assurance dommages

Position sur le marché	Entreprise	Parts de marché %	Primes brutes pour les "dommages" (en milliers de francs)
1	Mobilière	22,24	CHF 705'716
2	Zurich	17,05	CHF 540'934
3	Winterthur	14,71	CHF 466'626
4	Allianz Suisse	10,31	CHF 327'037
5	Bâloise	10,12	CHF 321'005
6	Helvetia	9,44	CHF 299'441
7	Nationale	5,73	CHF 181'762
8	Generali	3,59	CHF 113'969
9	Vaudoise	2,04	CHF 64'623
10	Alpina	1,86	CHF 59'121
11	Hagel Suisse	1,66	CHF 52'656
12	La Suisse	1,26	CHF 40'002
Total		***100***	***CHF 3'172'892***

Assurance responsabilité civile

Position sur le marché	Entreprise	Parts de marché %	Primes brutes pour la RC (en milliers de francs)
1	Zurich	25,19	CHF 430'943
2	Winterthur	17,91	CHF 306'423
3	Mobilière	9	CHF 154'032
4	Allianz Suisse	8,71	CHF 148'933
5	Bâloise	7,93	CHF 135'584
6	Gerling Allgemeine	6,49	CHF 110'966
7	Helvetia	4,58	CHF 78'435
8	XL	3,35	CHF 57'385
9	Nationale	3,05	CHF 52'111
10	AIG Europe	2,95	CHF 50'393
11	Generali	2,74	CHF 46'816
12	Vaudoise	2,46	CHF 42'16
13	Lloyd's	2,31	CHF 39'574
14	HDI	2	CHF 34'166
15	La Suisse	1,34	CHF 22'886
Total		***100.00***	***CHF 1'710'815***

37. Selon les informations transmises par l'entreprise notifiante, le transfert volontaire du portefeuille des "Affaires Patrimoine" de La Suisse à la Vaudoise Générale entraînera une augmentation de la part de marché de cette dernière à 4,69% au niveau global; respectivement à 6,19% au niveau de l'assurance véhicules à moteur, à 3,30% au niveau de l'assurance "dommages" et à 3,80% au niveau de l'assurance responsabilité civile générale. Dans la catégorie "Autres", la part de marché de la Vaudoise Générale est de 0,75%. Il semble que le transfert du portefeuille entraînera une augmentation de la part de marché de la société précitée à 0,88%.

38. Les parts de marché mentionnées à l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE ne sont pas atteintes. Dès lors, les marchés concernés par le cas d'espèce ne sont pas influencés de manière importante par la concentration d'entreprises notifiée.

B.5 Conclusion

39. Pour les raisons énoncées ci-dessus, l'examen préalable ne fait apparaître aucun indice que la concentration d'entreprises envisagée créera ou renforcera une position dominante. Les conditions pour un examen approfondi de la concentration d'entreprises ne sont donc pas remplies au regard de l'article 10 LCart.

B 2.3	***9. Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse***

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 5. April 2005

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben

1. Am 21. Februar 2005 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die La Suisse, Société d'assurances contre les accidents S.A. (La Suisse), der Helsana Zusatzversicherungen AG sowie der Helsana Unfall AG (nachfolgend zusammen Helsana) im Zuge ihrer Aufteilung auf mehrere Versicherer das Portfolio Krankenversicherung beziehungsweise das Portfolio Unfallversicherung zu verkaufen und zu übertragen.

2. Im Einzelnen ist der Zusammenschluss folgendermassen ausgestaltet:

3. Die La Suisse verkauft und überträgt das Portfolio Krankenversicherung an die Helsana Zusatzversicherungen AG und das Portfolio Unfallversicherung an die Helsana Unfall AG. Zusammen mit den Portfolios [geht das gebundene Vermögen anteilig auf die][1] Käuferinnen [...][2] über. Die Übertragung [...][3] erfolgt gestützt auf Artikel 39 VAG[4] und bedarf der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde.

4. Im Zusammenhang mit der Übertragung der beiden Portfolios werden von den Käuferinnen die in den übernommenen Geschäftsbereichen tätigen Arbeitnehmer übernommen. Die Übertragung der Arbeitsverhältnisse erfolgt nach Artikel 333 und 333a OR.

5. Weiter wurde dem Sekretariat im Rahmen der Fusionsmeldung mitgeteilt, dass gleichzeitig mit dem Zusammenschluss zwischen der Helsana und der La Suisse auch eine Zusammenarbeit zwischen der Helsana und der Swiss Life im Bereich des Vertriebs von Lebens-, Unfall- und Krankenversicherungen vereinbart wurde. Diese Kooperation ist jedoch nicht in vollem Umfang Gegenstand des vorliegenden Fusionskontrollverfahrens (vgl. Rz. 16 ff.).

6. Ausschlaggebend für die Vereinbarung des Zusammenschlusses sind einerseits die Überlegungen der Helsana, wonach diese ihre Stellung als Anbieterin von Taggeld- und Unfallversicherungen stärken und durch die Vergrösserung der Versicherungsbestände Skalenerträge und damit Kosteneinsparungen erreichen will. Die Swiss Life andererseits will sich künftig auf das Kerngeschäft mit Lebensversicherungen und Vorsorgelösungen konzentrieren.

A.2 Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen

7. Der Begriff der Fusion gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG umfasst die Fusionsvarianten von Artikel 3 FusG[5], das heisst, die Absorptions- und Kombinationsfusion. Alle anderen Strukturveränderungen zwischen Unternehmen werden im KG unter dem Begriff der Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zusammengefasst. Darunter fallen die Spaltung und die Vermögensübertragung gemäss FusG sowie jeder Vorgang, bei dem ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.[6]

8. Die Parteien haben in ihrem Vertrag die Übertragung der Vermögenswerte gemäss Artikel 39 VAG vereinbart. Soweit dies nicht möglich ist, soll die Übertragung der Vermögenswerte nach den einschlägigen Regeln des ZGB und des OR über die Singularsukzession erfolgen, wobei die Anwendung von Artikel 69 ff. FusG betreffend die Vermögensübertragung ausdrücklich ausgeschlossen wurde.

9. Artikel 39 VAG regelt die freiwillige Übertragung des schweizerischen Versicherungsbestandes und ermöglicht insbesondere eine rasche und effiziente Übertragung von Versicherungsverträgen, indem diese ohne Zustimmung der Versicherten übergehen, da die Zustimmung der Aufsichtsbehörde diejenige der Versicherten ersetzt.[7] Artikel 39 VAG ist lex specialis zu den spaltungsrechtlichen Bestimmungen im FusG (Art. 36 ff.).[8]

[1] Die Vorgehensweise bei der Übertragung und die Zusammensetzung des gebundenen Vermögens ist Geschäftsgeheimnis.
[2] Die Vorgehensweise bei der Übertragung und die Zusammensetzung des gebundenen Vermögens ist Geschäftsgeheimnis.
[3] Die Vorgehensweise bei der Übertragung und die Zusammensetzung des gebundenen Vermögens ist Geschäftsgeheimnis.
[4] Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen vom 23. Juni 1978 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR 961.01.
[5] Bundesgesetz über Fusionen, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG), SR 221.301.
[6] PATRIK DUCREY, Beziehungen zwischen Fusionsgesetz und Kartellrecht, SZW/RSDA/2004 S. 283.
[7] BSK FusG-HANSJÜRG APPENZELLER, Basel 2005, Art. 9a VAG N 103 f.
[8] BSK FusG-HANSJÜRG APPENZELLER, a.a.O., Art. 9a VAG N 97.

10. Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unter den Tatbestand der Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu subsumieren ist. Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen sind demzufolge die Helsana Zusatzversicherungen AG und die Helsana Unfall AG als kontrollierende Unternehmen sowie der übernommene Teil der La Suisse als kontrolliertes Unternehmen (vgl. Rz. 30).

11. Im Folgenden sollen die Beteiligungsverhältnisse und Tätigkeitsbereiche der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen kurz dargelegt werden:

12. Die Helsana Zusatzversicherungen AG sowie die Helsana Unfall AG sind unter schweizerischem Recht konstituierte Aktiengesellschaften mit Sitz in Zürich. Sie sind 100%ige Tochtergesellschaften der Helsana, einer Holdinggesellschaft mit Sitz in Zürich, welche durch die Stiftung Helvetia Sana (79% der Aktien) und den Verein Artisana (21% der Aktien) kontrolliert wird.

13. Die Helsana Zusatzversicherungen AG ist ein Krankenversicherer, der im Bereich der Zusatzversicherungen nach VVG[9] Krankenversicherungen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall, Mutterschaft, Invalidität und Tod betreibt und vermittelt. Der Vertrieb ihrer Krankenversicherungsprodukte erfolgt über die einzelnen KVG-Versicherer der Helsana-Gruppe sowie über Partnerorganisationen.

14. Die Helsana Unfall AG ist eine Versicherung, welche den Betrieb aller Zweige des Versicherungsgewerbes mit Ausnahme der Lebensversicherung bezweckt. Der Vertrieb der Versicherungsprodukte erfolgt über die Helsana Versicherungen AG sowie über Partnerorganisationen.

15. Die La Suisse (Société d'assurances contre les accidents S.A.) ist eine unter schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Lausanne. Sie ist eine indirekt über die La Suisse, Société d'assurances sur la vie S.A., mit Sitz in Lausanne gehaltene Tochtergesellschaft der Schweizerischen Lebensversicherungs- und Rentenanstalt mit Sitz in Zürich (Swiss Life). Die La Suisse bietet im Rahmen des Portfolios Krankenversicherung Versicherungsprodukte im Bereich der Einzel- und Kollektiv-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG sowie Einzel- und Kollektiv-Taggeldversicherungen nach VVG an. Im Rahmen des Portfolios Unfallversicherungen bietet die La Suisse Versicherungsprodukte in den Bereichen Einzel- und Kollektiv-Unfallversicherung auch Motorfahrzeug-, Sach- und Haftpflichtversicherungen an, wobei letztere nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bilden.

A.3 Kooperation zwischen der Helsana und der Swiss Life

16. Im Rahmen der Fusionsmeldung wurde dem Sekretariat mitgeteilt, dass gleichzeitig mit dem vorliegenden Zusammenschluss auch eine Zusammenarbeit zwischen der Helsana und der Swiss Life im Bereich des Vertriebs von Lebens-, Unfall- und Krankenversicherungen vereinbart wurde. Der Kooperationsvertrag enthält eine Verpflichtung der Swiss Life zur Weiterbetreuung der übertragenen Firmenkundenportfolios, um deren Übertragung von der Swiss Life auf die Helsana ohne signifikante Kundenverluste zu unterstützen. Weiter ist eine darüber hinausgehende Weiterbetreuung (Pflege und Ausbau des Versicherungsbestandes) sowie die Betreuung für vermittelte Neugeschäfte vorgesehen. Sodann umfasst die Kooperationsvereinbarung eine gegenseitige Verpflichtung der Swiss Life einerseits und der Käuferinnen sowie jeder weiteren in einem separaten Beitrittsvertrag identifizierten Partei andererseits zur Vermittlung von Versicherungsprodukten der jeweils anderen Partei. Ferner übernimmt die Swiss Life den Vertrieb von Versicherungsprodukten der Helsana.

17. Hinsichtlich der übernommenen Firmenkundenportfolios sowie der vermittelten Versicherungsverträge haben die Kooperationspartner gegenseitigen Kundenschutz vereinbart [und weitere Vereinbarungen getroffen][10] [...].[11]

18. Fraglich ist, ob die vorliegende Kooperationsvereinbarung im Rahmen des fusionskontrollrechtlichen Kammerentscheides beurteilt werden kann. Gemäss Praxis der Weko sind so genannte Nebenabreden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zu prüfen.[12] Eine Nebenabrede liegt vor, wenn eine Abrede mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für sein Funktionieren notwendig ist. Abreden hingegen, welche die genannten Voraussetzungen nicht erfüllen, werden vom fusionskontrollrechtlichen Kammerentscheid nicht erfasst und bedürfen einer separaten Prüfung gemäss Artikel 5 oder 7 KG, unter Umständen im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren.

19. Die Weiterbetreuung der von der Helsana übernommenen Firmenkundenportfolios durch die Swiss Life ist in jenem Umfang vom Fusionsentscheid gedeckt, als diese erfolgt, um die Übertragung der Firmenkundenportfolios von der Swiss Life auf die Helsana ohne signifikante Kundenverluste zu unterstützen. Die darüber hinausgehende Weiterbetreuung (Pflege und Ausbau des Versicherungsbestandes) sowie die Betreuung für vermittelte Neugeschäfte hingegen erscheint nicht notwendig im obgenannten Sinne und kann deshalb nicht im Rahmen der vorliegenden Fusionskontrolle geprüft werden.

[9] Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG), SR 221.229.1.
[10] Die Ausgestaltung der Kooperation im Einzelnen ist Geschäftsgeheimnis.
[11] Die Ausgestaltung der Kooperation im Einzelnen ist Geschäftsgeheimnis.
[12] RPW 2004/2, S. 522 (NZZ-Espace-Bund), RPW 2000/2, S. 247 (Rätia Energie AG) m.w.H.

20. Hinsichtlich der Kooperation für den Vertrieb von Versicherungsprodukten und der [weiteren Vereinbarungen zwischen der Helsana und der Swiss Life][13] [...][14] ist nicht ersichtlich, inwiefern diese mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für dessen Funktionieren notwendig sein sollen. Tatsächlich könnte der Zusammenschluss auch ohne Kooperation in diesen beiden Bereichen vorgenommen werden, weshalb sich der vorliegende Fusionsentscheid nicht auf diese Bereiche erstreckt.

A.4 Verfahren

21. Am 21. Februar 2005 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über das vorliegende Zusammenschlussvorhaben. Da die Meldung nicht vollständig war, wurden die Parteien mit Schreiben vom 2. März 2005 aufgefordert, zusätzliche Angaben zu machen und Unterlagen einzureichen.

22. Mit Schreiben vom 3. und 16. März 2005 wurde die Meldung vom 21. Februar 2005 ergänzt. In der Folge bestätigte das Sekretariat mit Schreiben vom 21. März 2005 die Vollständigkeit der Meldung.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

23. 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

24. 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

25. 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).

26. Der Zusammenschluss erfolgt vorliegend gestützt auf Artikel 39 VAG. Diese Bestimmung ist lex specialis zu den spaltungsrechtlichen Bestimmungen im FusG (Art. 36 ff. FusG; vgl. Rz. 9). Wie bereits ausgeführt, sind derartige zu Strukturveränderungen führende Sachverhalte unter den Tatbestand der Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu subsumieren (vgl. Rz. 10).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

27. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die den Wettbewerb nicht zulassen.[15] Insbesondere enthalten das KVG,[16] das VVG und das UVG[17] keine Regeln, welche die Anwendung der Zusammenschlussbestimmungen des KG auf dem Gebiet der obligatorischen Kranken- und Unfallversicherung ausschliessen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

28. Zu erwähnen ist, dass in den Bereichen des KVG, des VVG und des UVG das Inlandbeschaffungsprinzip gilt. Dieses führt zur Beschränkung des freien Wettbewerbs, indem einerseits ausländische Unternehmen ihre Dienstleistungen in der Schweiz nicht frei anbieten können, und andererseits Schweizer Kunden keine Dienstleistungen von ausländischen Unternehmen in Anspruch nehmen können. Die Wettbewerbskommission hat in diesem Zusammenhang eine Empfehlung erlassen.[18]

B.3 Meldepflicht

29. Der Vertrag für das Zusammenschlussvorhaben datiert vom 31. Januar 2005. Demnach sind die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen des Geschäftsjahres 2004 massgebend (Art. 9 Abs. 3 KG). Da die Zahlen für das Geschäftsjahr 2004 noch nicht konsolidiert vorliegen, muss für die Ermittlung der Schwellenwerte auf die Zahlen im Jahr 2003 zurückgegriffen werden. Das Fehlen der massgeblichen Zahlen für das Jahr 2004 verliert jedoch insofern an Bedeutung, als die Aufgreifschwellen im Jahr 2003, wie nachfolgend dargelegt wird, ohne Zweifel überschritten werden und sich die massgeblichen Zahlen im Jahr 2004 nach Aussage der Parteien nur unerheblich verändert haben.

30. Gegenstand des Zusammenschlusses ist nicht die gesamte La Suisse, sondern nur deren Portfolios Krankenversicherung sowie Unfallversicherung. Diese Geschäftsbereiche gelten gemäss Artikel 3 Absatz 2 VKU als beteiligtes Unternehmen, so dass nur deren Bruttoprämieneinnahmen relevant sind.

31. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen für das Jahr 2003 präsentieren sich wie folgt:

- Die Bruttoprämieneinnahmen der Helsana in der Schweiz betrugen für das Jahr 2003 rund CHF 4,09 Mia.
- Die Bruttoprämieneinnahmen der von der La Suisse übernommenen Portfolios in der Schweiz betrugen für das Jahr 2003 rund CHF 0,26 Mia.

[13] Die Ausgestaltung der Kooperation im Einzelnen ist Geschäftsgeheimnis.
[14] Die Ausgestaltung der Kooperation im Einzelnen ist Geschäftsgeheimnis.
[15] RPW 1997/4, S. 525, Rz. 6 (Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen).
[16] Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG), SR 832.10.
[17] Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG), SR 832.20.
[18] RPW 2000/4, S. 678 ff.

32. Die Aufgreifschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG sind somit überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Vorläufige Prüfung

B.4.1 Vorgehen

33. 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).

34. 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.4.2 Relevante Märkte

B.4.2.1. Sachlich relevante Märkte

B.4.2.1.1 Allgemeines

35. 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).

36. Die von den Parteien angebotenen Dienstleistungen betreffen sowohl die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung als auch die (freiwillige) Privatversicherung. Es handelt sich dabei insbesondere um die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG, die Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG (einzel und kollektiv), die Krankentaggeldversicherung (nach KVG, VVG, einzel und kollektiv) sowie die Unfallversicherung (einzel und kollektiv).

37. Im Zusammenhang mit der Krankenpflegeversicherung nach KVG und VVG sowie der Unfallversicherung, nicht jedoch der Krankentaggeldversicherung, sind Marktgegenseite der Versicherer nicht nur die Versicherungsnehmer, sondern auch Leistungserbringer. Mit diesen verhandeln die Versicherer Konditionen für Gesundheitsdienstleistungen aus, welche sie den Versicherten als Versicherungsangebote anbieten. Damit treten die Versicherer gegenüber den Leistungserbringern als Einkäufer auf und bieten diesen zugleich Vertriebskanäle für medizinische Leistungen an.[19]

38. Eine spezielle Betrachtung der Marktstellung auf Seite der Leistungserbringer drängt sich in casu aus folgenden Gründen nicht auf: Die Marktanteile der einzelnen Versicherer auf den verschiedenen Märkten für Vertriebskanäle für die in Randziffer 36 genannten Gesundheitsdienstleistungen dürften sich nicht wesentlich von den entsprechenden Marktanteilen auf Seite der Versicherungsnehmer unterscheiden, zumindest auf der Basis der Anzahl Versicherten. Zudem besitzen die Leistungserbringer im Gegensatz zu den Versicherten gewisse Marktvorteile.[20] Da die Versicherer auf Seite der Leistungserbringer einer stärkeren Marktgegenseite gegenüberstehen als auf Seite der Versicherten, kann im vorliegenden Fall eine Marktbeherrschung im Bereich der Vertriebskanäle von Gesundheitsdienstleistungen ausgeschlossen werden, falls gegenüber den Versicherten keine marktbeherrschende Stellung besteht.

39. Im Folgenden wird deshalb auf eine explizite Definition von Märkten für Vertriebskanäle verzichtet und stattdessen eine Marktabgrenzung unter Berücksichtigung der von den beteiligten Unternehmen angebotenen Dienstleistungen vorgenommen. Von vornherein klar ist, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung, die Krankentaggeldversicherungen, die Krankenpflegezusatzversicherungen sowie die Unfallversicherungen aufgrund ihrer völlig verschiedenen Funktionen nicht untereinander substituierbar sind und deshalb verschiedenen Märkten angehören. Zu prüfen bleibt demzufolge, ob die verschiedenen Ausgestaltungen dieser Versicherungen (insbesondere Einzel- und Kollektiv-Versicherungen, Versicherungen nach KVG und VVG) zur Abgrenzung unterschiedlicher Märkte führen.

40. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird aufgrund des Gesagten nachfolgend von neun sachlich relevanten Märkten ausgegangen:

- Markt für die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG
- Markt für Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG
  - Einzel
  - Kollektiv
- Markt für Krankentaggeldversicherung
  - Einzel nach KVG
  - Einzel nach VVG
  - Kollektiv nach KVG
  - Kollektiv nach VVG
- Markt für Unfallversicherung
  - Einzel
  - Kollektiv

[19] RPW 2001/4, Rz. 53, S. 659 (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau).
[20] RPW 2001/4, Rz. 132, S. 682 (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau).

B.4.2.1.2 Zu den Dienstleistungen der beteiligten Unternehmen im Einzelnen

41. Im Zusammenhang mit den Krankenpflegezusatzversicherungen und den Taggeldversicherungen ist der jeweilige Zweck der Einzel- und Kollektivversicherungen grundsätzlich identisch. Zu beachten ist jedoch, dass sich Einzelversicherungen an Individualkunden richten, die nicht einem kollektiven Vertrag über ihren Arbeitgeber angeschlossen sind. Ein Individualkunde kann sich einer Kollektivversicherung nicht anschliessen, wenn sein Arbeitgeber keine Versicherung abgeschlossen hat. Sodann werden Arbeitgeber aus tariflichen Gründen trotz theoretisch bestehender Möglichkeit davon absehen, separate Einzelversicherungen für Arbeitnehmer abzuschliessen. Sowohl aus Sicht der Endkonsumenten als auch der Arbeitgeber sind Einzel- und Kollektivversicherungen demzufolge nur bedingt substituierbar, was für getrennte sachliche Märkte spricht.

42. In bisherigen Entscheiden hat die Weko jeweils verschiedene Märkte im Bereich der Zusatzversicherung abgegrenzt.[21] Im Folgenden wird deshalb zwischen obligatorischer Grundversicherung und Zusatzversicherung unterschieden. Es stellt sich zudem die Frage, ob im vorliegenden Fall im Bereich der Krankenpflegezusatzversicherung zwischen privater und halbprivater Zusatzversicherung und allenfalls noch weiteren sachlich relevanten Märkten unterschieden werden muss (z.B. Zusatzversicherung im Bereich der Komplementärmedizin). Die genaue Marktabgrenzung kann an dieser Stelle jedoch offen gelassen werden, da die La Suisse im Bereich der Krankenpflegezusatzversicherung nur marginal tätig ist und es nicht zu wesentlichen Marktanteilsadditionen kommt (vgl. Rz. 60).

43. Im Bereich des Krankentaggelds ist zudem zwischen Versicherungslösungen nach KVG und nach VVG zu unterscheiden. Beide Versicherungslösungen sind freiwillig und verfolgen denselben Zweck, nämlich die Versicherung gegen Lohnausfall durch Krankheit etc. Während bei der Taggeldversicherung nach KVG aber gewisse gesetzliche Vorgaben bezüglich der Aufnahme von Versicherten bestehen, sind die Versicherer im Bereich des VVG grundsätzlich frei, einen Antrag abzulehnen. Demzufolge ist es denkbar, dass sich eine Person unter Umständen nur mit einer Taggeldversicherung nach KVG, nicht aber mit einer solchen nach VVG versichern kann. Wegen der flexibleren Gesetzesgrundlage können nach VVG zudem anders strukturierte Produkte angeboten werden. Ob es sich aufgrund dessen bei der Krankentaggeldversicherung nach KVG und nach VVG um getrennte Märkte handelt, kann jedoch letztlich offen gelassen werden, da - wie nachfolgend dargelegt wird - selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

44. Die UVG-Zusatzversicherung richtet sich einerseits an Einzelpersonen als Ergänzungsprodukt zur obligatorischen Unfallversicherung nach UVG sowie als Ergänzungsprodukt für die der freiwilligen Unfallversicherung unterstellten Personen wie zum Beispiel Selbstständigerwerbende. Andererseits wird die Unfallversicherung als Kollektivprodukt der obligatorischen Unfallversicherung an nicht der Suva unterstellte Betriebe sowie als Zusatzversicherung zum UVG an sämtliche Betriebe angeboten. Ob es sich bei den genannten Bereichen um getrennte Märkte handelt, kann vorliegend jedoch offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine Bedenken bestehen.

B.4.2.2 Räumlich relevante Märkte

45. 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).

46. Im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung werden die Prämien nach Kantonen abgestuft. Einem Versicherungsnehmer ist es grundsätzlich nicht möglich, auf einen anderen Kanton auszuweichen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass es sich bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung um einen kantonalen Markt handelt. Die räumliche Marktabgrenzung kann jedoch offen gelassen werden, da selbst bei Annahme von kantonalen Märkten keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

47. Im Bereich der Zusatzversicherung hat die Weko in bisherigen Entscheiden in der Regel kantonale Märkte abgegrenzt.[22] Im Fall ErfahrungsMedizinisches Register wurde im Bereich der Komplementärmedizin von einem nationalen Markt ausgegangen. Die räumliche Marktabgrenzung kann im vorliegenden Fall letztlich offen gelassen werden, da selbst bei der Annahme von kantonalen Märkten durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

48. Bei der Krankentaggeldversicherung nach KVG können die Prämien nach Regionen abgestuft werden (vgl. Art. 76 Abs. 3 KVG). Es ist daher nicht auszuschliessen, dass es sich in diesem Bereich um einen regionalen Markt handelt. Auch im Bereich der Krankentaggeldversicherung kann die räumliche Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

[21] RPW 1999/2, S. 229 f. (Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit), RPW 2001/4, S. 659 ff. (Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung), RPW 2004/2, S. 459 ff. (ErfahrungsMedizinisches Register).

[22] RPW 1999/2, S. 230 f. (Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit), RPW 2001/4, S. 664 f. (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau).

49. Die Prämien der Unfallversicherung werden im Gegensatz zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht kantonal oder regional abgestuft und richten sich lediglich nach Risikoklassen. Bei der Unfallversicherung kann daher grundsätzlich von einem nationalen Markt ausgegangen werden.

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.3.1 Allgemeines

50. Im Folgenden werden unter Berücksichtigung insbesondere der jeweils engsten Marktabgrenzung (vgl. Rz. 35 ff.) 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.

51. Die obgenannten Schwellen werden lediglich im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach KVG, dem Markt für Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG und dem Markt für Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach KVG erreicht.

52. Es ergibt sich folgendes Bild:

Sachlich relevanter Markt	Räumlich relevanter Markt	Relevante Marktanteile gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU	Marktanteilsaddition
Obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG	Kantonale Märkte	TI: [zwischen 25% und 35%]	Keine Marktanteilsaddition (Rz. 55)
Krankenpflegezusatzversicherung, einzel nach VVG	Kantonale Märkte	In einzelnen Kantonen: [zwischen 15% und 25%]	Marktanteilsaddition vernachlässigbar (Rz. 60)
Krankentaggeldversicherung, kollektiv nach KVG	Regionale Märkte	Kantonale Marktanteile nicht verfügbar; nationaler Marktanteil: [zwischen 30% und 40%]	Keine Marktanteilsaddition (Rz. 63)

53. Statistisches Datenmaterial auf kantonaler Ebene gibt es lediglich für die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Im Bereich der Zusatz- und Taggeldversicherungen werden weder vom Bundesamt für Gesundheit noch vom Bundesamt für Privatversicherungen Statistiken über kantonale Prämienvolumen geführt. Die kantonalen Marktanteile in der Einzel-Zusatzversicherung müssen daher geschätzt werden. Im Bereich der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach KVG wird auf eine Schätzung verzichtet, da die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund fehlender Marktanteilsadditionen ausgeschlossen werden kann.

B.4.3.2 Markt für obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG

54. Der Markt für die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG ist nur mässig konzentriert. Helsana ist mit einem schweizweiten Marktanteil von knapp [10%-20%] Marktführer. Neben Helsana gibt es mehrere starke Konkurrenten (CSS [10%-20%], Groupe Mutuel [0%-10%], Concordia [0%-10%], Swica [0%-10%], Intras [0%-10%] etc.), weshalb auf nationaler Ebene von ausreichender aktueller Konkurrenz auszugehen ist.

55. Auf kantonaler Ebene liegt der Marktanteil der Helsana je nach Kanton zwischen [0%-10%] und [20%-30%]. Lediglich im Kanton Tessin verfügt die Helsana über einen Marktanteil von knapp über [30%-40%]. Da die La Suisse im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung jedoch nicht tätig ist, führt der vorliegende Zusammenschluss nicht zu Marktanteilsadditionen und demzufolge weder zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

56. Zu erwähnen ist, dass dem Sekretariat Informationen vorliegen, wonach die La Suisse in unbekannter Höhe an der Intras beteiligt ist. Sodann besteht eine personelle Verflechtung zwischen der La Suisse und der Intras, indem der bisherige Generaldirektor der La Suisse gleichzeitig Vizepräsident des Stiftungsrats der Intras ist.

57. Aber selbst unter Annahme der doch unwahrscheinlichen Situation, dass die La Suisse beziehungsweise Swiss Life die Intras kontrolliert, würde der Zusammenschluss aufgrund der bestehenden aktuellen Konkurrenz nicht zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

B.4.3.3 Markt für Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG

58. Bei der Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG erreicht die Helsana schweizweit einen Marktanteil von rund [20%-30%] und ist damit marktführend. Ähnlich wie im Grundversicherungsbereich bestehen neben der Helsana jedoch mehrere starke Wettbewerber (z.B. CSS [10%-20%], Visana [10%-20%], Swica [0%-10%], Intras [0%-10%]).

59. Wie bereits erwähnt, sind für die Krankenpflegezusatzversicherung keine kantonalen Marktanteile verfügbar. Unter der Annahme, daß sich das Verhältnis der kantonalen Prämieneinnahmen in der Zusatzversicherung ähnlich verhält wie das Verhältnis der kantonalen Prämieneinnahmen in der obligatorischen Grundversicherung, lässt sich eine grobe Schätzung der Marktanteile in den Kantonen durchführen. Diese

ergibt, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Kantonen nur unwesentlich unterscheiden, wobei der gemeinsame Marktanteil der Helsana und der La Suisse in einigen Kantonen 20% knapp übersteigt.

60. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass die La Suisse im Bereich Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG nur marginal tätig ist und lediglich 266 Versicherungsverträge mit einem Prämienvolumen von knapp CHF 600'000.- - verteilt auf die ganze Schweiz - abgeschlossen hat. Insbesondere ist auch die Anzahl der in der Westschweiz abgeschlossenen Versicherungsverträge sehr gering, obwohl die La Suisse ihren Sitz in Lausanne hat. Unter diesen Umständen ist der Marktanteil der La Suisse vorliegend vernachlässigbar.

61. Aufgrund des Gesagten ergibt sich somit, dass die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Helsana infolge der Existenz mehrerer starker Wettbewerber sowie der marginalen Stellung der La Suisse im Bereich der Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG ausgeschlossen werden kann.

B.4.3.4 Markt für Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach KVG

62. Auch im Bereich der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach KVG ist die Helsana mit einem schweizweiten Marktanteil von [30%-40%] marktführend. Neben Helsana gibt es jedoch eine Reihe weiterer Wettbewerber (Swica, CSS, Visana etc.). Weiter ist die La Suisse im Bereich Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach KVG nicht tätig, so dass der Zusammenschluss nicht zu Marktanteilsadditionen führt.

63. Wie gesagt sind die Daten über die kantonalen Marktanteile nicht verfügbar. Da in casu ohnehin keine Marktanteilsaddition vorliegt, wird auf eine Schätzung verzichtet (Rz. 53).

64. Hinsichtlich der Stellung der Helsana als Marktführerin ist zudem zu bemerken, dass das Bruttoprämienvolumen in diesem Bereich seit 1995 stark gesunken ist. Das Bundesamt für Statistik hat dabei eine Verschiebung von Taggeldversicherungen nach KVG zu solchen nach VVG festgestellt, was dieses auf die Revision des KVG zurückführt.[23] Der schrumpfende Markt hat zur Folge, dass gleichbleibende oder sogar sinkende Prämienvolumen zu einem steigenden Marktanteil führen. Gemäss Angaben der Parteien treffe dies auch auf die Helsana zu, da diese Krankentaggelder nach KVG weniger aktiv zu solchen nach VVG verlagert als die Konkurrenz.[24]

65. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann aufgrund des Gesagten ausgeschlossen werden.

B.5 Ergebnis

66. Die vorläufige Prüfung ergibt, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

[23] Bundesamt für Statistik (2000), Analyse der Auswirkungen des KVG auf die Finanzierung des Gesundheitswesens und anderer Systeme der sozialen Sicherheit, Bericht zuhanden des Bundesamts für Sozialversicherungen.

[24] Die Verlagerung von Krankentaggeldern nach KVG zu solchen nach VVG ist zudem ein Indiz dafür, daß es sich bei den beiden Segmenten um einen einzigen sachlich relevanten Markt handeln könnte.

B 2.3	***10. EQT/The Goldman Sachs Group/ISS A/S***

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 26. April 2005

A Sachverhalt

1. Gemäss der am 8. April 2005 bei der Wettbewerbskommission eingegangenen Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben haben die Private Equity Funds EQT III und EQT IV sowie die von The Goldman Sachs Group, Inc., kontrollierte GS Capital Partners 2000 L.P. zusammen mit gewissen weiteren verbundenen und von The Goldman Sachs Group, Inc., kontrollierten Funds beziehungsweise das von diesen Parteien zu diesem Zweck gegründete Übernahmevehikel PurusCo A/S ein öffentliches Übernahmeangebot zum Erwerb der Aktien der ISS A/S lanciert.

2. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind als meldende Unternehmen die Private Equity Funds EQT III und EQT IV (nachfolgend zusammen als "EQT" bezeichnet) und die von The Goldman Sachs Group, Inc., kontrollierte GS Capital Partners 2000 L.P. zusammen mit gewissen weiteren verbundenen und von The Goldman Sachs Group, Inc., kontrollierten Funds (nachfolgend zusammen als "GSG" bezeichnet) beziehungsweise das von diesen Parteien zu diesem Zweck gegründete Akquisitionsvehikel PurusCo A/S[1] beteiligt. Durch das Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien, die gemeinsame Kontrolle über die dänische ISS A/S zu übernehmen.[2]

3. ***EQT*** ist eine führende Private Equity Group in Nordeuropa mit Equity under Management in sechs verschiedenen Funds in Höhe von mehr als € 5 Mia. Die ersten vier Funds sind auf die Akquisition von Gesellschaften in Skandinavien fokussiert, während der fünfte und sechste Fund eine breitere nordeuropäische Perspektive haben. Die vorliegende Übernahme soll durch den dritten und vierten Fund vorgenommen werden. EQT wird von der schwedischen Gesellschaft ***Investor AB*** kontrolliert.

4. Die weltweiten Tätigkeiten von ***The Goldman Sachs Group, Inc.*** (Investmentbank und Effektenhaus), sind in zwei Bereiche aufgeteilt: einerseits die weltweiten Kapitalmärkte einschliesslich des Investmentbanking und des Handelsgeschäfts sowie des Principal Investment-Geschäfts und andererseits das Asset Management sowie der Effektenhandel. Die Investition in ISS A/S nimmt The Goldman Sachs Group, Inc., über eine limited partnership, die GS Capital Partners 2000 L.P., sowie über gewisse weitere verbundene und von ihr kontrollierte Funds vor.

5. Bei der ***PurusCo A/S*** handelt es sich um ein blosses Akquisitionsvehikel, das von der EQT und der GSG allein zum Zwecke des Kontrollerwerbs über die ISS A/S gegründet wurde. EQT hält 55% der Aktien an der PurusCo A/S, GSG 45%. Gemäss Artikel 10 des Aktionärbindungsvertrages bedürfen wichtige Entscheide der gemeinsamen Zustimmung von EQT und GSG.[3] EQT und GSG üben die gemeinsame Kontrolle über PurusCo A/S und damit bei Vollzug des geplanten Zusammenschlussvorhabens auch über die ISS A/S aus. Da der Erwerb der ISS A/S wirtschaftlich durch EQT und GSG erfolgt, werden in der Folge EQT und GSG als übernehmende Unternehmen bezeichnet.

6. Zielgesellschaft ist die ***ISS A/S***, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dänischem Recht, die an der Börse von Kopenhagen kotiert ist. Sie ist eine der weltweit grössten Facility Services-Gruppen mit Tochtergesellschaften in verschiedenen europäischen Ländern, darunter auch die Schweiz, sowie in Asien, Australien und Südamerika. Die ISS A/S beschäftigt mehr als 270'000 Mitarbeiter in 40 Ländern.

7. In der Schweiz ist die ISS A/S über ihre Tochtergesellschaft ***ISS Holding AG*** mit Sitz in Dietikon tätig. Die ISS Holding AG und die von ihr beherrschten Unternehmen beschäftigen insgesamt ca. 8'000 Mitarbeitende, die sich auf die Erbringung von Dienstleistungen zur Erhaltung von Gebäuden, Anlagen und Infrastruktur konzentrieren. Das integrale Angebot für Facility Services-Lösungen umfasst Dienstleistungen wie Reinigung, Schädlingsbekämpfung, Hauswartung, Rezeptionsdienste, interne Postdienste, Gartenunterhalt, technischen Unterhalt, Umzugs-Management, Umwelt-Management, Abfallentsorgung sowie Kanal- und auch Tunnelreinigung. Die ISS A/S kontrolliert in der Schweiz direkt oder indirekt 14 Unternehmen.[4]

[1] Vgl. dazu unten Rz.5.
[2] Zur Zielgesellschaft vgl. unten Rz. 6.
[3] Geschäftsgeheimnis.
[4] Dabei handelt es sich um folgende Gesellschaften: ISS Holding AG, Deratex S.A., ISS Aviation AG, ISS Aviation S.A., ISS Bernasconi S.A., ISS COMMultiservice AG, ISS Facility Services AG, ISS Facility Services AG (Liechtenstein), ISS Gartenbau AG, Ketol AG, Sevis AG, Jakober AG, Alois Haltner Gebäudereinigungs AG und Netteco (so gem. Listen auf S. 134 und 139 des Jahresberichtes 2004 und gem. Medienmitteilung der ISS Holding SA). Zusätzlich hält die ISS A/S direkt oder indirekt eine Minderheitsbeteiligung an der AMH Airport Multiservice Holding AG und der Swissport Baggage Sorting AG.

8. Sowohl EQT als auch GSG streben eine Beteiligung an Unternehmen mit nachhaltigem Ertragspotenzial an und gehen davon aus, dass die ISS A/S durch ihre Positionierung im werthaltigen Immobiliensektor diese Voraussetzungen bestens erfüllt. Erklärtes Ziel des vorliegenden Kontrollerwerbs ist die Diversifikation des Portfolios der EQT sowie der GSG durch Erwerb einer Beteiligung im Markt der Facility Services und die Verbesserung des Betriebs sowie der strategischen Stellung der ISS A/S.

9. Am 29. März 2005 hat PurusCo A/S die Übernahmeofferte zum Erwerb sämtlicher Aktien an der ISS A/S angekündigt. Bei der Europäischen Kommission wurde am 29. März 2005 eine erleichterte Meldung eingereicht.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

10. Das Kartellgesetz[5] gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

11. Als ***Unternehmen*** gelten gemäss Artikel 2 Absatz 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

12. Aufgrund der Darstellung des Sachverhalts handelt es sich vorliegend um einen Vorgang, durch den zwei Unternehmen (EQT und GSG) gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen (ISS A/S) erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten. Wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt der Vorgang einen ***Unternehmenszusammenschluss*** im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 VKU[6] dar. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen für die beiden die Kontrolle erwerbenden Unternehmen EQT und GSG sowie für die Zielgesellschaft ISS A/S beziehungsweise ISS Holding AG erfüllt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

14. Sofern die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absätze 1 bis 3 KG und Artikel 3 bis 8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

15. Sowohl die EQT III Limited als auch die EQT IV Limited sind Tochtergesellschaften der EQT, die ihrerseits wiederum seitens Investor AB kontrolliert wird. Der EQT III Private Equity Fund ist durch die EQT III Limited, Bailiwick, Guernsey, Channel Islands, kontrolliert. EQT III Limited ihrerseits ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der EQT III AG, Zürich, die ihrerseits zu 49,5% (Aktien und Stimmen) von der Investor AB,[7] zu 2,5% (Aktien und Stimmen) von Herrn C.D., zu 47,5% (Aktien und Stimmen) von der CBTJ Financial Services B.V.[8] und zu je 0,125% von vier Privatpersonen kontrolliert wird. Obwohl Investor AB nicht die Mehrheit der Aktien an EQT III AG hält, gibt ihr die Beherrschung von 49,5% der Aktien und Stimmen in der Praxis die faktische Kontrolle. Da davon auszugehen ist, dass Investor AB die EQT III AG kontrolliert, dürfte vorliegend nicht bloss der Umsatz der EQT Gruppe, sondern auch der konsolidierten Umsatz der Investor AB relevant sein. Die relevanten Schwellenwerte wären aber selbst unter Ausschluss des Umsatzes der Investor AB erreicht.

16. Laut Angaben in der Meldung erzielte die Investor AB im Jahr 2004 einen ***weltweiten Gesamtumsatz*** von CHF [...], The Goldman Sachs Group, Inc., Nettoeinnahmen von CHF 25,5 Mia. und die ISS A/S einen Gesamtumsatz von CHF 8,4 Mia. Die kumulierten Umsätze im Jahr 2004 in der ***Schweiz*** beliefen sich bei der Investor AB auf CHF [...], bei der The Goldman Sachs Group, Inc., auf CHF [...] und bei der ISS A/S auf CHF 239,3 Mio.

17. Somit sind die Umsatzschwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben muss deshalb den schweizerischen Wettbewerbsbehörden gemeldet werden.

B.4 Zuständigkeit der Bankenkommission

18. Obwohl am vorliegenden Zusammenschluss Beteiligungsgesellschaften beziehungsweise Banken beteiligt sind, ist die Eidgenössische Bankenkommission aufgrund der vom Vorhaben betroffenen Märkte nicht zuständig (Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 10 VKU).

B.5 Beurteilung

19. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU haben die Unternehmen Angaben über alle sachlichen und räumlichen Märkte zu machen, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind. Verfügt ein Unternehmen in einem dieser Märkte in der Schweiz

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

[6] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

[7] Die Investor AB in Stockholm ist eine an der Stockholmer Börse kotierte Investmentgesellschaft.

[8] CBTJ Financial Services B.V. Amsterdam wird von natürlichen Personen kontrolliert, die Partner, Directors oder Associates der EQT Partners AB sind. Die EQT Partners AB ist der exklusive Investment Advisor der EQT III und berät den Fund hinsichtlich von Investitionen und Devestitionen. EQT Partners AB gehört zu 66,67% (Aktien und Stimmen) der Investor AB und zu 33,33% (Aktien und Stimmen) dem Management der EQT Partners AB.

über einen Marktanteil von 30% oder mehr beziehungsweise verfügen zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen über einen gemeinsamen Marktanteil von 20% oder mehr, ist eine eingehende Beschreibung dieser Märkte hinsichtlich der Vertriebs- und Nachfragestruktur sowie der Bedeutung der Forschung und Entwicklung notwendig. Werden diese Marktanteilsschwellen nicht erreicht, ist in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

B.5.1 Sachlich relevanter Markt

20. 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).

21. Ein umfassendes "***Facility Services***"-Angebot[9] beinhaltet alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind. Gemäss einer Definition der German Facility Management Association (GEFMA) ist Facility Management (bzw. Facility Services) "die ganzheitliche strategische Betrachtung, Analyse und Optimierung aller Abläufe um ein Gebäude und alle gebäudespezifischen Dienstleistungen des Unternehmens, die nicht zum Kerngeschäft gehören." Dabei sind Facility Services auch in zeitlicher Hinsicht umfassend und beschlagen den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie (vom Bau über den Betrieb bis zum Abriss).

22. Die schweizerischen Tätigkeiten der dänischen ISS A/S werden durch deren schweizerische Tochtergesellschaft ***ISS Holding AG*** sowie durch die von dieser gehaltenen ca. 15 Tochtergesellschaften[10] vorgenommen. Die ISS Holding AG beziehungsweise ihre Tochtergesellschaften bieten Liegenschaftseigentümern umfassende Lösungen für die Bewirtschaftung von Immobilien in der Schweiz an (sog. "Integrated Facility Management"). Dieses integrale Angebot für Facility Services-Lösungen umfasst Dienstleistungen wie Reinigung, Schädlingsbekämpfung, Hauswartung, Rezeptionsdienste, interne Postdienste, Gartenunterhalt, technischer Unterhalt, Umzugs-Management, Umwelt-Management, Abfallentsorgung sowie Kanal- und Tunnelreinigung.

23. Die ***Marktgegenseite*** der ISS bilden Liegenschaftseigentümer (primär Unternehmen und öffentliche Institutionen), welche eine vollumfängliche Liegenschaftsbetreuung (sog. "Full Service Providing") oder mehrere kompakte Teile einer solchen (sog. "Service Packages") nachfragen.[11]

24. Die Wettbewerbskommission hat im Entscheid 3i Group plc/MIB AG[12] die Frage offen gelassen, ob von einem einheitlichen Markt für Facility Management beziehungsweise Services auszugehen sei. Auch aus dem Entscheid CapVis/ABB Gebäudetechnik[13] geht nicht hervor, dass im Bereich von Facility Services und Total Technical Solutions von verschiedenen Märkten auszugehen wäre. Die meldenden Unternehmen argumentieren, dass die Kunden ganzheitliche Lösungen bei einem einzigen Dienstleister einkaufen wollen und dass die Gesamtanbieter mit ihrem umfassenden Leistungspaket die Anzahl Schnittstellen reduzieren, was für den Kunden die Transaktionskosten erheblich reduziere und auch sicherstelle, dass die verschiedenen Dienstleistungen optimal aufeinander abgestimmt werden. Es könne damit von einem einzigen, einheitlichen Markt für Facility Services ausgegangen werden.

25. Ob der sachlich relevante Markt demnach den Dienstleistungsmarkt entweder für eine vollumfängliche Liegenschaftsbetreuung beziehungsweise mehrere Teile einer solchen umfasst - die Marktgegenseite ist für beide Bereiche dieselbe - oder ob jeweils für die einzelnen "Service Packages" einzelne Märkte auszuscheiden oder ob gar Märkte für einzelne Leistungen zu unterscheiden sind, kann auch hier offen gelassen werden. Denn weder die EQT beziehungsweise die Investor AB noch die GSG noch ihre jeweiligen Tochter-, Portfolio- oder sonst kontrollierten Gesellschaften sind in der Schweiz im Bereich der Facility Services tätig.[16]

26. Aufgrund der Tatsache, dass sich das zu erwerbende Unternehmen ISS in ganz anderen sachlichen Märkten bewegt als die erwerbenden Unternehmen und die von ihnen bisher kontrollierten Gesellschaften, bewirkt das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz weder eine Veränderung der Marktstruktur noch der -position der ISS oder der EQT/Investor AB beziehungsweise der GSG inklusive ihrer Gesellschaften.[17]

B.5.2 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).

[9] In den vorliegenden Erwägungen wird der Begriff ***"Facility Services"*** stellvertretend verwendet für die Begriffe ***"Integrated Facility Services"*** und ***"Facility Management". "Facility Services"*** ist hier gleich zu verstehen wie ***"Facility Management"*** im Entscheid "3i Group plc/MIB AG" (RPW 2004/1, S. 141 ff.).

[10] Vgl. oben Fn. 4.

[11] Ob Kunden bei ISS auch einzelne Dienstleistungen nachfragen, entzieht sich der Kenntnis der meldenden Parteien. Sie gehen aber davon aus, dass die Leistungen primär im Rahmen der vollumfänglichen Liegenschaftsbetreuung erbracht werden.

[12] Vgl. RPW 2004/1, S. 141 ff., insb. Rz. 13.

[13] RPW 2004/2, S. 528.

[14] Die meldenden Unternehmen gehen von diesem Ansatz und somit von einem einheitlichen Markt des Property- und Facility Managements/Facility Services aus (vgl. Meldung, S. 13).

[15] Etwa nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Sortimentstheorie im Detailhandel, vgl. "Coop/Waro", RPW 2003/3, S. 565.

[16] So die Meldung, S. 2 und 16.

[17] Vgl. die ähnlich gelagerten Fälle "CIE/Hirslanden" (RPW 2003/1, S. 170 ff.) und "MIB" (RPW 2004/1, S. 141 ff.).

28. Im Bereich der "klassischen" Immobilienbewirtschaftung geht die Wettbewerbskommission von einem nationalen Markt aus.[18] Wie bereits im Entscheid "MIB" festgehalten wurde,[19] könnte diese Praxis vermutlich per analogiam auf den gesamten Bereich der Facility Services ausgedehnt werden: Die Marktgegenseite besteht hauptsächlich aus national und international tätigen grösseren Unternehmen, welche die ISS beziehungsweise ihre Konkurrentinnen zur Betreuung mehrerer, in der ganzen Schweiz verstreuten Liegenschaften verpflichten. Um der optimalen und effizienten Umsetzungen der angebotenen Dienstleistungen vor Ort im Interesse der jeweiligen Kunden dienen zu können, ist die ISS in der Schweiz in allen Sprachregionen an über 20 Standorten vertreten.

29. Wenn diese Tatsachen auch auf einen gesamtschweizerischen Markt hindeuten, so kann auf eine genaue Analyse des räumlich relevanten Marktes dennoch verzichtet werden, da das Zusammenschlussvorhaben - wie erwähnt - keine Auswirkungen auf die Marktstellung der ISS oder der EQT/Investor AB beziehungsweise der GSG inklusive ihrer Gesellschaften hat.

B.5.3 Marktanteile und betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU

30. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU 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. Werden diese Werte nicht erreicht, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich diesfalls eine nähere Prüfung.

31. Zurzeit bestehen keinerlei öffentlich zugängliche, allgemein anerkannte und breit abgestützte Marktstudien im Bereich der Facility Services in der Schweiz. Die meldenden Unternehmen zitieren eine Studie der pom+Consulting AG, welche den schweizerischen Facility Services-Markt wohl am besten kenne und bereits im Jahre 2002 von einem geschätzten potenziellen Marktvolumen von CHF 30 Mia. bis CHF 45 Mia. ausging,[20] wobei in diesen Zahlen auch die seitens der Eigentümer selbst erbrachten Facility Services-Leistungen enthalten sind. Da gemäss dieser Studie etwa 13% der Eigentümer die operativen Facility Services-Leistungen vollständig ausgelagert haben, bestehe für extern erbrachte Facility Services-Leistungen ein aktuelles Marktvolumen von CHF 3,9 Mia. bis CHF 5,85 Mia.[21] Ein Vergleich mit Deutschland bestätigt diese Schätzung: Laut der deutschen "Helbling-Studie" hat das gesamte Facility Services-Leistungsvolumen in Deutschland im Jahr 1999 ca. DM 100 Mia. betragen, wovon ca. DM 47 Mia. intern erbrachte Leistungen waren und das outgesourcte Volumen ca. DM 53 Mia. umfasste.[22] Davon ausgehend, dass der deutsche Markt ungefähr zehn Mal grösser ist als der schweizerische, folgt aus diesen Zahlen für die Schweiz ein ***aktuelles Marktvolumen*** von ca. CHF 4 Mia. bis CHF 5 Mia.

32. Festzuhalten ist auch, dass die Tendenz, die Facility Services auszugliedern, in den vergangenen Jahren zugenommen hat und weiter zunehmen wird[23] und daher mit einem tendenziell wachsenden Markt zu rechnen ist.[24] Die Meldung geht von einem geschätzten ***potenziellen Marktvolumen von deutlich über CHF 8 Mia.*** aus.[25]

33. Wenn man auf das geschätzte aktuelle Marktvolumen abstützt, erreicht die ISS mit ihren Umsatzerlösen im Geschäftsjahr 2004 von CHF 239,3 Mio. einen ***Marktanteil von*** 4%-6%; nimmt man das geschätzte potenzielle Marktvolumen als Basis, beträgt ihr Marktanteil sogar ***weniger als 3%.***

34. Zur Überprüfung dieser Schätzungen auf ihre Plausibilität lässt sich die Summe der Jahresumsätze von zehn wichtigen Anbietern für umfassende Facility Services beiziehen, deren Jahresumsätze publiziert sind oder von den meldenden Unternehmen abgeschätzt werden können:[26]

[18] "Zschokke/Göhner Merkur", RPW 2001/3, S. 565 ff.
[19] RPW 2004/1, S. 144, Rz 17.
[20] Vgl. pom+Consulting AG, Facility Management Solutions 1/03, S. 17.
[21] Dass diese geschätzten Zahlen zumindest von der Grössenordnung her zutreffend und auch heute aktuell sind, wird von Prof. THOMAS WEHRMÜLLER, Leiter Fachabteilung Facility Management der Hochschule Wädenswil, und Dr. PETER STAUB, pom+Consulting AG, bestätigt (Telefon vom 15.4.2005).
[22] Helbling Management Consulting, Studie "Facility Management in der Immobilienwirtschaft", Zürich 2000 (vgl. die Zusammenfassung in "Der Facility Manager", April 2000, S. 18 f.).
[23] So wird z.B. die UBS per 1.1.2006 einen Teil ihres Facility Managements ausgliedern (ca. 700 Mitarbeiter): Die neue "Edelweiss Facility Management AG" werde wohl die zukünftige Nummer 3 auf dem Schweizer Markt sein mit einem geschätzten Jahresumsatz 2006 von über CHF 100 Mio. (Einschätzung von Prof. TH. WEHRMÜLLER und Dr. P. STAUB).
[24] Die pom+Consulting AG spricht in dieser Hinsicht gar von einem "boomenden Wachstumsmarkt mit hohem Entwicklungspotenzial" (a.a.O., S. 17).
[25] Fachleute erachten diese Schätzungen als zumindest nicht unplausibel (Prof. TH. WEHRMÜLLER und Dr. P. STAUB gem. telefonischer Auskunft).
[26] Vgl. auch schon die Tabelle in RPW 2004/1, S. 145, Rz 19.

Unternehmen	Jahresumsatz 2002 in CHF Mio.
ISS Holding AG	239[27]
Johnson Controls	220
Edelweiss FM AG (ab 1.1.2006)	> 100[28]
MIB AG	128
Hfm Hälg FM AG	106
Vebego	80[29]
Avireal AG	60
Dosim	42[30]
Axima AG	37[31]
M&W Zander (Schweiz) AG	36[32]
Total	1'048

35. Selbst wenn nur diese genannten zehn Anbieter von umfassenden Facility Services und deren Jahresumsätze mitberücksichtigt würden, hätte die ISS einen Marktanteil von weniger als 25%. Die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU statuierten Schwellenwerte würden folglich auch so nicht erreicht. Dies gilt umso mehr, als der tatsächliche Marktanteil der ISS unter Berücksichtigung sämtlicher in der Schweiz tätiger Anbieter deutlich geringer einzustufen ist: Denn die Beschränkung auf diese zehn Marktteilnehmer deckt nur einen Teil des Marktvolumens ab, da zahlreiche weitere Komplettanbieter ebenfalls auf dem Markt tätig sind.[33] Allein der Facility Services Branchenführer CH 2004, der längst nicht alle Marktteilnehmer aufführt, listet nicht weniger als 208 auf dem Facility Services-Markt tätige Unternehmen auf.[34]

36. Bezüglich Entwicklung der Marktstellung der ISS gilt es sodann zu beachten, dass die ISS trotz eines insgesamt wachsenden Marktes und erfolgten Akquisitionen ihren Umsatz nur gerade halten konnte und daher in den vergangenen zwei Jahren Marktanteile verloren hat.

37. Abschliessend ist noch einmal festzuhalten, dass der Kontrollerwerb seitens EQT und GSS an der ISS A/S keine Marktanteilsadditionen bewirkt: Weder EQT, noch Investor AB noch The Goldman Sachs Group, Inc., noch die von diesen Gesellschaften kontrollierten Unternehmen, die in der Schweiz Umsätze generieren, betreiben irgendwelche Immobilien- oder damit verwandte Geschäfte. Keines dieser Unternehmen ist mithin auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt oder einem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätig. Für die übernehmenden Unternehmen wird aus der Transaktion auch kein Portfolioeffekt folgen.

38. Zusammenfassend verfügt die ISS im sachlich und räumlich relevanten Markt nicht über einen Marktanteil von 30% oder mehr. Da es zwischen ISS und den erwerbenden Unternehmen zu keinerlei Überschneidungen der Geschäftstätigkeiten kommt, werden die bestehenden Stellungen im Markt durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verändert, auch in Nachbar- oder abgeleiteten Märkten ergänzen sich die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen nicht und es gibt keinen Portfolioeffekt. Weil die Marktanteilsschwellen auf den betroffenen Märkten im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nicht erreicht werden, kann auf eine eingehendere Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite verzichtet werden. Es ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

C Ergebnis

39. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Vollzug des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

[27] Umsatz 2004.
[28] Vgl. oben Fn. 23.
[29] Umsatz 2004 gemäss Schätzungen der Parteien.
[30] Umsatz 2004 gemäss Schätzungen der Parteien.
[31] Umsatz 2004 (vgl. NZZ vom 22.3.2005, Nr. 68, S. 25).
[32] Umsatz 2003 (vgl. Datenblatt m+w Zander, www.mw-zander.com/local/switzerland/files/company-dates-facts.de.pdf).
[33] Die meldenden Unternehmen können die Umsätze z.B. folgender Konkurrenten nicht einmal annäherungsweise schätzen: Alphaplan, Amstein+Walthert, AXimmo GmbH Beratung und Management, ASG Facility Management, Karl Steiner AG, Serimo Immobilien Dienste, Wetrok, Wincasa Immobilien-Dienstleistungen etc. Zudem trat im Herbst 2004 Sodexho, die einen weltweiten Umsatz von € 11,7 Mia. erzielt, in den Schweizer Facility Services-Markt ein. Auch der Zschokke-Konzern ist im Bereich der Facility Services tätig und erachtet diesen Bereich als Expansionsmöglichkeit.
[34] Darunter befinden sich jedoch auch Unternehmen, welche nur einen bestimmten Teilbereich von Facility Services anbieten.

B 2.3	***11. CIE Management II Limited/Cinven Limited und Amadeus Global Distributions SA***

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005

A Sachverhalt

1. Am 20. April 2005 ist bei der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben CIE Management II Limited, Guernsey ("CIEM")/Cinven Limited, London ("Cinven"), und Amadeus Global Travel Distributions SA, Madrid ("Amadeus"), eingegangen. CIEM und Cinven beabsichtigen, gemeinsam die Kontrolle an der Amadeus zu übernehmen.

2. Die ***CIEM*** ist im Bereich des Private equity tätig. Sie ist "general partner" und Geschäftsführerin der BC Funds, welche als reine Investitionsvehikel dienen und selber keinen Einfluss auf die von ihnen gehaltenen Gesellschaften nehmen. Über die BC Funds kontrolliert CIEM [...] Handelsgesellschaften in verschiedenen Bereichen. CIEM wird bei ihren Aktivitäten durch BC Partners Limited beraten. Alle diese Unternehmen sind unter der BC Partners Holdings Limited zusammengefasst.

3. ***Cinven*** ist Teil der Cinven Group Limited, welche auf dem Gebiet des Private Equity aktiv ist und Beratungsleistungen im Bereich des Investitionsmanagements und damit zusammenhängenden Dienstleistungen für eine Reihe von Investitionsfonds erbringt. Die Cinven-Gruppe kontrolliert insgesamt [...] Handelsgesellschaften aus verschiedenen Bereichen.

4. ***Amadeus*** ist die Muttergesellschaft der Amadeus-Gruppe. Sie bietet Lösungen im Bereich der Informationstechnologie auf dem Gebiet der Reiseindustrie und des weltweiten Tourismus an. Als Haupttätigkeit betreibt Amadeus ein "Global Distribution System/Computerized Reservation System (GDS)."

5. Der vorliegende Zusammenschluss wurde von den zuständigen Wettbewerbsbehörden der europäischen Union (im vereinfachten Verfahren) und der Vereinigten Staaten bereits autorisiert.

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).

B.1.1 Unternehmen

7. 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.2 Vorbehaltene Vorschriften

8. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Solche Vorschriften wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Unternehmenszusammenschluss

9. 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 Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4).

10. Im vorliegenden Fall wird die WAM Acquisitions S.A. ("WAM") ein öffentliches Kaufangebot nach spanischem Recht für die Gesamtheit des Kapitals der Amadeus unterbreiten. Die bisherigen Hauptaktionäre der Amadeus sind Air France, Iberia und Lufthansa, welche zusammen 46,69% Aktien des Typs A halten und 86,35% der Stimmrechte innehaben. An der WAM beteiligt sind die Amadelux Investments S.A. ("Amadelux") zu 53%, Air France zu 23%, Iberia und Lufthansa zu je 11,6% sowie das Management der Amadeus. Ein Aktionärsbindungsvertrag sichert Amadelux die alleinige Kontrolle über WAM. Die Amadelux wiederum wird je zur Hälfte von den BC Funds (kontrolliert durch CIEM) und Cinven gehalten. CIEM und Cinven beabsichtigen mit der Übernahme, den Wert der Amadeus auf Dauer zu steigern.

11. Über die Firma Amadelux erlangen CIEM und Cinven die gemeinsame Kontrolle über Amadeus, welche auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Das Vorhaben ist somit als Vorgang nach Artikel 2 Absatz 1 VKU und als Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

B.4 Meldepflicht

12. Die beteiligten Unternehmen erreichten im letzten Geschäftsjahr folgende Umsätze:[1]

	Weltweiter Umsatz	*Umsatz in der Schweiz*
CIEM	CHF [...]	CHF [...]
Cinven	CHF [...]	CHF [...]
Amadeus	CHF 2'932'080'000	CHF [...]
Total	***CHF [...]***	***CHF [...]***

Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG werden somit überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in vorläufiger Prüfung

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.5.1 Relevanter Markt

B.5.1.a Sachlich relevanter Markt

15. 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).

16. Amadeus ist weltweit in den folgenden Bereichen tätig:

- Global Distribution System/Computerized Reservation System (GDS): Amadeus ver- und betreibt ein solches Vertriebssystem, welches den Anbietern von Reisedienstleistungen (wie etwa Fluggesellschaften, Hotels oder Autovermietungs-Gesellschaften) erlaubt, Informationen über ihre Leistungen (Flugpläne, Verfügbarkeit von Angeboten und Preise) zu verbreiten und Tickets auszustellen. Das GDS verbindet Anbieter mit Nutzern wie Reisebüros. Es lässt sich mit weiteren Anwendungen wie der elektronischen Verarbeitung und Verwaltung von Daten sowie der Telekommunikation vernetzen, welche den Verkauf von Reiseprodukten und damit zusammenhängenden Leistungen ermöglichen.
- Informatik-Dienstleistungen für Fluggesellschaften wie etwa Informatik-Plattformen zur Bestandesaufnahme und der Kontrolle von Verkäufen und Starts sowie Reservationssysteme.
- "E-travel-Produkte", wie etwa für elektronische Reisebüros.

17. In der Schweiz ist Amadeus praktisch nur im Bereich des GDS tätig. Eine genaue Marktabgrenzung erübrigt sich, da sich der vorliegende Zusammenschluss auch bei einer engen Marktabgrenzung als unproblematisch erweist.

B.5.1.b Räumlich relevanter Markt

18. 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).

19. Amadeus bietet ihre Dienstleistungen weltweit an. Eine definitive Marktabgrenzung kann jedoch unterbleiben, da sich der vorliegende Zusammenschluss selbst bei einer engen (nationalen) räumlichen Marktabgrenzung als unproblematisch erweist.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

20. 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).

21. Der Marktanteil von Amadeus im Bereich GDS beträgt in der Schweiz ungefähr [15%-25%]. Es liegt daher kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor. Ausserdem sind weder CIEM und Cinven noch die von ihnen kontrollierten Gesellschaften in Märkten tätig, welche sich mit denjenigen von Amadeus überschneiden oder diesen vor- beziehungsweise nachgelagert sind.

B.5.3 Ergebnis

22. 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 Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

[1] Mit Ausnahme des Umsatzes der Amadeus für die Schweiz, welcher das Jahr 2004 betrifft und mit einem durchschnittlichen Jahres-Euro-Kurs von 1.54 berechnet wurde, stammen alle Umsätze aus dem Jahr 2003 und wurden mit einem durchschnittlichen Jahres-Eurokurs von 1.52 berechnet.

B 2.3	***12. Swisscom/Belgacom***

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

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

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

Kurzbericht vom 23. Mai 2005

A Sachverhalt

1. Am 20. April 2005 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhaben zwischen Swisscom Fixnet AG (Swisscom Fixnet) und Belgacom SA, Brüssel (Belgacom), erhalten. Belgacom und Swisscom Fixnet beabsichtigen, ihr internationales Carrier-Geschäft in ein Joint Venture einzubringen. Das Zusammenschlussvorhaben beinhaltet die Übernahme einer gemeinsamen Kontrolle über Belgacom International Carrier Services SA (BICS) durch Belgacom und Swisscom Fixnet.

2. Swisscom Fixnet ist als Tochtergesellschaft der Swisscom AG insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie und Internet tätig. Über ihre Gruppengesellschaften bietet Swisscom AG mit Dienstleistungen und Produkten für die mobile, die netzgebundene und die Internet Protokoll basierte Sprach- und Datenkommunikation an.

3. Belgacom ist die etablierte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen in Belgien. Belgacom verfügt insbesondere über Aktivitäten im Bereich Festnetz-, Mobiltelefonie sowie Breitbanddaten- und Internetdiensten.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (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 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

5. 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). Belgacom ist als Unternehmen in dem Sinne zu qualifizieren.

6. Swisscom Fixnet betreffend ist festzuhalten, dass diese als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom AG mit jener personell verflochten ist und dass strategische Geschäftentscheide im Einklang mit der Swisscom AG getroffen werden. Augrund der fehlenden wirtschaftlichen Selbstständigkeit ist die Swisscom AG als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG anzusehen (Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 407, Rz. 55 ff.; Beschwerde hängig vor Rekurskommission für Wettbewerbsfragen). Nachfolgend werden die beiden Gesellschaften undifferenziert als Swisscom bezeichnet.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

7. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Solche Vorschriften wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Unternehmenszusammenschluss

8. 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 Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4).

9. BICS, im jetzigen Zeitpunkt zu 100% eine Tochtergesellschaft von Belgacom, wurde zur Auslagerung des internationalen Carrier-Geschäfts gegründet. Mit dem Zusammenschlussvorhaben ist vorgesehen, dass Swisscom unter Einbringung ihrer internationalen Wholesale-Aktivitäten [...]% des Aktienkapitals von BICS übernimmt. Die restlichen [...]% des Aktienkapitals sollen von Belgacom gehalten werden. Im Rahmen einer Joint Venture Vereinbarung zwischen Belgacom und Swisscom müssen gewisse strategische geschäftspolitische Entscheide von den beiden Vertragsparteien gemeinsam gefällt werden. Gemäss Joint Venture Vereinbarung haben Vertreter von beiden Vertragsparteien Einsitz in den Verwaltungsrat, wobei für gewisse Geschäftsentscheide qualifizierte Mehrheiten notwendig sind. BICS ist im Übrigen darauf angelegt, auf Dauer die Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit zu erfüllen.

10. Das Vorhaben ist aufgrund der beschriebenen Eigenschaften als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

B.4 Meldepflicht

11. Eine Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens kann sich durch Erreichen der Umsatzschwellen in Artikel 9 Absatz 1 KG ergeben. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 müssen unter anderem mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen. Die

beteiligten Unternehmen bestimmen sich vorliegend nach Massgabe von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b VKU. In diesem Fall erreicht nur Swisscom in der Schweiz einen Umsatz von CHF 100 Mio., nicht jedoch BICS (kein Umsatz, da 2004 gegründet) und Belgacom (rund CHF [...] Mio.), womit die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG nicht erreicht sind.

12. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet der Artikel 9 Absätze 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).

13. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG gilt (RPW 1997/2, S. 174). Gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG wurde in der Folge in verschiedenen Fällen das Bestehen einer Meldepflicht bejaht (u.a. RPW 1998/3, S. 412, RPW 2003/1, S. 204; letztmals Zusammenschluss Swisscom/Cinetrade, RPW 2005/2, S. 363). Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betrifft das internationale Carrier-Geschäft, mithin Märkte, welche dem schweizerischen Telefoniemarkt vorgelagert respektive benachbart sind.

14. Der Zusammenschluss ist deshalb gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG meldepflichtig. Von einer sich aus Artikel 9 Absatz 4 KG ergebenden Meldepflicht gehen im Übrigen auch die meldenden Unternehmen aus.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in vorläufiger Prüfung

15. 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).

16. 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.5.1 Relevanter Markt

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

17. 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).

18. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft das internationale Carrier-Geschäft. Beim internationalen Carrier-Geschäft handelt es sich vereinfacht ausgedrückt um Datenübertragungsdienste (Transitdienste), welche die Zusammenschaltung von (Anschluss-)Netzen verschiedener Ländern ermöglichen. Nachfrager respektive Marktgegenseite sind hauptsächlich Fernmeldedienstanbieter (FDA), welche unter anderem mittels der nachgefragten Transitdienste ihrerseits den Endkunden Dienste anbieten (z.B. Sprachtelefonie). Beim internationalen Carrier-Geschäft handelt es sich mithin um internationale Wholesale-Dienste.

19. In Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission (BT/AT&T, Entscheidung EU-Kommission vom 30.3.1999; BT/AT&T/Japan Telecom, Entscheidung EU-Kommission vom 19.3.1999) und der von den meldenden Unternehmen vorgenommenen Marktabgrenzung folgend kann von den nachfolgenden sachlich relevanten Märkten ausgegangen werden. Abhängig von den Eigenschaften der Dienstleistungen werden im internationalen Carrier-Geschäft verschiedene Geschäftssegmente unterschieden. Auf diese Unterscheidungen kann auch bei der Abgrenzung des relevanten Marktes zurückgegriffen werden:

- International Wholesale Voice Services, worunter die Vermittlung von internationalen Telefongesprächen zwischen verschiedenen FDA verstanden werden kann.
- International Wholesale Transmission Capacity beinhaltet Übermittlungskapazitäten mit skalierten Bandbreiten (auch: internationale Mietleitungen).
- International Wholesale Internet Connectivity, worunter Übermittlungskapazitäten mit skalierten Bandbreiten für den Transport mittels Internet Protocol (IP)-Technologie verstanden werden kann.
- International Wholesale Switched Data Communication Services, kann einerseits als Vermittlung gewisser Signale zwischen Mobilfunkanbietern oder andererseits als die packetweise Übermittlung von Daten basierend auf verschiedenen Protokollen verstanden werden.

20. Die Tendenz zur Konvergenz in Diensten und Netzwerken sowie die sich verstärkende Tendenz, alle Daten via IP zu übertragen, könnten eher für eine weitere Marktabgrenzung sprechen. Demgegenüber könnte gefragt werden, ob beispielsweise gewisse spezielle Dienstleistungen oder die Datenübertragung zwischen zwei Ländern oder gewisse Strecken einen eigenen relevanten Markt darstellen (vgl. GUAL, Market Definition in the Telecoms Industry, erstellt für die Europäische Kommission, September 2002, S. 27).

21. Im Ergebnis kann jedoch eine definitive Abgrenzung der relevanten Märkte offen gelassen werden und von den vier vorstehend erwähnten Bereichen als relevante Märkte ausgegangen werden. Unabhängig von der vorgenommenen Marktabgrenzung lässt sich feststellen, dass genügend Konkurrenz respektive Indikatoren für das Vorliegen von Wettbewerb bestehen.

B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

22. 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). Die sachlich rele-

vanten Märkte, von denen vorliegend ausgegangen wird, sind per definitionem international. Die in Frage stehenden International Carrier Services werden international angeboten und nachgefragt.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den Märkten

23. Als betroffene, einer eingehenden Analyse zu unterziehenden Märkte werden diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte bezeichnet, 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.

24. Die nachfolgenden Angaben zu den Marktanteilen zeigen, dass keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen. Die von den meldenden Unternehmen gemachten Angaben zu den Marktanteilen in Prozent aus dem Jahr 2004 beruhen auf verschiedenen Quellen (u.a. Markforschungsinstitute, interne Angaben der beteiligten Unternehmen, Schätzungen).

	Swisscom	Belgacom	***Kumuliert***
International Wholesale Voice Services	[0-10]%	[0-10]%	***[0-20]%***
International Wholesale Transmission Capacity	[0-10]%	[0-10]%	[0-20]%
International Wholesale Internet Connectivity	[0-10]%	[0-10]%	***[0-20]%***
International Wholesale Switched Data Communication Services	[0-10]%	[0-10]%	***[0-20]%***

25. In allen Märkten bestehen mehrere starke Wettbewerber. Bei den Konkurrenten handelt es sich vor allem um gewichtige Akteure wie MCI Worldcom, AT&T, Cable & Wireless, Level 3, Deutsche Telekom (u.a. mit T-Systems), British Telecom und France Telecom.

26. Nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte und einem stark ansteigenden Aufkommen der Datenflüsse (u.a. Internet, Mobiltelefonie) bauten verschiedene Anbieter und Konsortien in erheblichem Masse pan-europäische und interkontinentale Netzwerke (u.a. atlantische Unterseekabel). Bei diesen Netzwerken handelt es sich in der Regel um leistungsfähige Glasfasernetzwerke mit hohen möglichen Übertragungsraten. Die verschiedenen Infrastrukturen führten zu Wettbewerbsdruck und Preiswettbewerb, sowie in gewissen Fällen zu Überkapazitäten und Preiszerfall.

27. Das Zusammenschlussvorhaben von Swisscom und Belgacom steht denn auch vor dem Hintergrund, im internationalen Carrier-Geschäft eine notwendige Grösse respektive entsprechende Geschäftsvolumen zu erreichen.

B.5.3 Ergebnis

28. Aus den genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	***13. Bericht zur Nachprüfung der Auflagen betreffend Zusammenschluss UBS/SBV***

Bericht zur Nachprüfung der Auflagen in Sachen Entscheid der Wettbewerbskommission vom 4. Mai 1998 betreffend Zusammenschlussvorhaben UBS/SBV

A. Sachverhalt

A.1. Gegenstand des Zusammenschlussverfahrens

1. Mit Verfügung vom 4. Mai 1998 hat die Wettbewerbskommission (Weko) das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) und dem Schweizerischen Bankverein (SBV) zur neuen UBS AG (UBS) unter Auflagen bewilligt.[1] Der Zusammenschluss machte die UBS mit Abstand zur grössten Bank in der Schweiz und zur weltweit grössten Vermögensverwalterin mit einem verwalteten Vermögen von CHF 1'320 Mia.[2] Er erlaubte ihr zudem ein Vorrücken auf die vorderen Plätze der weltweit wichtigsten Investmentbanken.

2. Neben der schweizerischen Wettbewerbsbehörde prüften auch die Europäische Kommission sowie die amerikanische Wettbewerbsbehörde den Zusammenschluss.[3] Während die letzteren beiden Behörden jeweils für ihre relevanten Märkte keine Bedenken gegen den Zusammenschluss einzuwenden hatten, prüfte die Weko das gemeldete Vorhaben im Rahmen einer vertieften Prüfung, da Hinweise auf die Begründung respektive Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der UBS insbesondere in den Märkten "Hypothekar-" und "Firmenkredite" vorlagen.[4]

3. Die detaillierten Abklärungen bestätigten selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung des Marktes für Hypothekarkredite die Anhaltspunkte nicht, dass sich die UBS unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten könnte und mithin der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. Auch eine Verhaltenskoordination insbesondere mit Kantonalbanken konnte ausgeschlossen werden, da die weiteren national tätigen Konkurrenten (CS, Coop Bank und Migrosbank) sowie die potenzielle Konkurrenz durch Versicherungen und Pensionskassen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung entgegenstanden.

4. Die Weko kam daher betreffend den Markt für Hypothekarkredite zum Schluss, dass aufgrund des herrschenden Wettbewerbsumfeldes und der bestehenden potenziellen Konkurrenz trotz der gebietsweise starken Marktposition der UBS weder die Möglichkeit der Begründung noch der Verstärkung einer alleinigen oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung gegeben war.[5]

5. Zu den Firmenkrediten zählte die Weko die für eine bestimmte Dauer gewährten Vorschüsse oder Darlehen (Investitionskredite) sowie Kontokorrentkredite (Betriebskredite), welche von den Banken an im Handelsregister eingetragene Unternehmen vergeben wurden. Auf eine genauere Abgrenzung gegenüber Finanzierungs-, Immobilienleasing, Factoring oder Risikokapital brauchte die Weko nicht weiter einzugehen, da die UBS sich zur Einhaltung von Auflagen verpflichtete.

6. Für den räumlich relevanten Markt war primär festzustellen, dass das Nachfrageverhalten von Unternehmen, welche Firmenkredite von Banken in Anspruch nahmen, stark von den spezifischen Bedürfnissen der einzelnen Nachfrager abhängig war. Eine enge räumliche Abgrenzung des Marktes für Firmenkredite entsprach nicht nur dem überwiegenden Bedürfnis der Nachfrager, welche in der Nähe ihres Tätigkeitsfeldes eine Bankbeziehung in ihrer Sprache unterhalten wollten, sondern auch jenem der Banken, die im Firmenkundengeschäft ihre Angebote auf spezielle Wirtschaftszonen beschränkten. Als Gründe dafür wurden die Bedeutung des Kundenkontaktes, die Prüfung der Bonität des Kunden und der Wirtschaftslage in dessen Branche und Region genannt.

7. Abklärungen ergaben zudem, dass Regionalbanken Firmenkredite lediglich bis maximal CHF 2 Mio. vergaben. Überstiegen die Kreditvolumina diesen Grenzwert, mussten die Unternehmen grössere Bankinstitute anfragen. Gleichzeitig zeigte sich auch, dass ausländische Bankinstitute mit Sitz in der Schweiz praktisch keine Firmenkredite unterhalb dieser Schwelle gewährten und auch eine der am Zusammenschluss beteiligten Parteien die Verwaltung von Krediten über dieser Limite zentral vornahm. Die Weko unterschied für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes aus diesen Gründen zwischen Firmenkrediten unterhalb von CHF 2 Mio. Gesamtlimite und Firmenkrediten mit Gesamtlimiten über dieser Grenze. Räumlich grenzte sie Ersteren als regionalen respektiv kantonalen Markt ab.

8. Da aufgrund der Abklärungen ausgeschlossen werden konnte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für Firmenkredite über CHF 2 Mio. zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der neuen UBS führt, beschränkte die Weko die Prüfung auf den Markt für Firmenkredite unterhalb dieses Grenzwertes.[6]

[1] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 278 ff.
[2] Dossier "Fusionen", Neue Zürcher Zeitung, abrufbar auf: http://www.nzz.ch/dossiers/dossiers1999/fusionen/index.html#editorial.
[3] Entscheid der EU-Kommission vom 4.3.1998 i.S. SBG/SBV, IV/M.1108.
[4] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 281 Rz. 19 ff.
[5] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 295 Rz. 78 f.
[6] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 292 Rz. 59 ff.

9. Es wurden diejenigen Gebiete einer vertieften Prüfung unterzogen, in welchen der kumulierte Marktanteil der neuen UBS über 25% betrug. Insgesamt konnten acht Problemregionen lokalisiert werden.[7] Innerhalb dieser acht Märkte unterschied die Weko zudem Märkte, in welchen die neue UBS einen Marktanteil von wesentlich mehr als 30% erreichte und damit stärkste Marktteilnehmerin wurde (SO-Seeland-Oberaargau, Oberwallis) und in solche, in welchen die UBS gemeinsam mit einer Konkurrentin (Kantonalbank oder CS) in etwa gleich hohe Marktanteile aufwies (BS-BL, AI-AR-SG, GE, NE, TI, Unterwallis).

10. In ihrem Entscheid hielt die Weko fest, dass Anreize zu gleichgerichtetem Verhalten, welches eine kollektive Marktbeherrschung begründen könnte, gerade in denjenigen Märkten bestünden, in welchen sich ungefähr gleich starke Unternehmen konkurrenzieren. Wo die UBS eine führende Marktstellung einnahm (SO-Seeland-Oberaargau, Oberwallis), sei zwar eine alleinige marktbeherrschende Stellung aufgrund der Kraft und Bedeutung der Konkurrenz (CS, Kantonalbank) ausgeschlossen, jedoch könne auch auf diesen Märkten aufgrund von gleichgerichteten Interessenlagen Anreize zu einer Verhaltensabstimmung bestehen.[8]

11. Es bestand somit die Gefahr, dass durch das geplante Zusammenschlussvorhaben in diesen acht Wirtschaftsräumen auf dem Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt und damit wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.[9]

12. Die Frage, ob tatsächlich eine kollektiv marktbeherrschende Stellung bestand, konnte letztlich aber offen bleiben, da die drei Auflagen,[10] deren Umsetzung die Parteien zugesichert hatten, als geeignet erschienen, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Weko am Zusammenschluss auszuräumen.

B. Nachprüfung

B.1.1. Umsetzung von Auflage I

a) Der Verkauf von BSI und Bosslab

13. Der Verkauf der Tochtergesellschaften BSI sowie Bosslab erfolgte im Sommer 1998 an die schweizerische Tochtergesellschaft der italienischen Assicurazione Generali SpA. Die Wettbewerbskommission prüfte den Erwerb im Rahmen eines gesonderten Fusionskontrollverfahrens und bewilligte die Kontrollübernahme innerhalb der Frist der vorläufigen Prüfung, womit die Auflage in diesem Punkt bereits kurz nach dem erfolgten Zusammenschluss erfüllt worden war.

b) Der Verkauf von Geschäftsstellen

14. Da mit dem Verkauf der Geschäftsstellen beabsichtigt war, den Verlust eines Wettbewerbers durch den Marktzutritt eines neuen Wettbewerbers beziehungsweise durch die Stärkung eines bisherigen kleinen Wettbewerbers auf nationaler Ebene zumindest teilweise zu kompensieren, führte die UBS zusammen mit der von ihr eingesetzten und durch die Weko anerkannten Treuhandgesellschaft Gespräche mit diversen Interessenten. Seitens der Schweizer Institute interessierten sich unter anderem die Migrosbank, die Bank Coop sowie vier Regionalbanken für den Kauf bestimmter Geschäftsstellen.

15. Nach einer ersten Kontaktrunde verzichteten mit Ausnahme der vorgenannten Institute alle anderen Interessenten auf die Fortsetzung der Verkaufsverhandlungen. Deren Argumente waren dahingehend:

- dass das eigene Produktangebot die neuen UBS-Kunden kaum befriedigen könne;
- dass bereits etliche Kunden die Geschäftsbeziehung mit der UBS freiwillig aufgelöst und zu einem anderen Institut gewechselt hätten und
- die 35 gewählten Standorte zuwenig ansprechend seien, um diese als Paket im Sinne der Auflage zu kaufen.

16. In diesem Zusammenhang wurde von den zurücktretenden Finanzinstituten auch die Befürchtung geäussert, die UBS würde im Rahmen der bereits begonnenen Umstrukturierung ihres schweizerischen Filialnetzes versuchen, den Verkauf der Geschäftsstellen zu behindern. Die Weko verpflichtete aus diesem Grunde die UBS mit Verfügung vom 16. November respektive 7. Dezember 1998, die 35 von der Auflage betroffenen Geschäftsstellen hinsichtlich

- des Kundenstammes des KMU- und Retailgeschäfts,
- des in diesen Bankstellen tätigen Mitarbeiterstabes sowie
- der benutzten Lokalitäten

als von den neu entstehenden UBS-Filialen getrennte, funktionsfähige und nach aussen sichtbare Einheiten weiterzuführen.

17. Am 29. März 1999 bestätigte die Weko in einer weiteren Verfügung die Erfüllung von Ziffer 1 der Auflage I und genehmigte den Verkauf von 26 Filialen an die Bank Coop, die Migrosbank, die (ehemalige) Spar- und Leihkasse in Bern (heute Valiant Bank), die (ehemalige) Luzerner Regiobank (heute ebenfalls Valiant Bank) sowie an die Regiobank Solothurn. Von den 26 verkauften Standorten entfielen deren 18 auf die als wettbewerbsrechtlich problematisch betrachteten Wirtschaftsregionen.

18. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang noch, dass bereits kurz nach dem Verkauf der Geschäftsstellen im Winter 1999/2000 die Bank Coop mehrheitlich von der Basler Kantonalbank übernommen wurde. Die ehemalige Spar- und Leihkasse in

[7] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 295, Rz. 80 ff., insbes. Rz. 87.
[8] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 309, Rz. 142 f.
[9] UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 312, Rz. 157, und S. 313, Rz. 161.
[10] Zu Wortlaut und Begründung der Auflagen siehe UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 314 ff.

Bern, welche heute unter Valiant Bank firmiert, schloss sich in den Folgejahren ebenfalls mit anderen Regionalbanken zusammen und fusionierte namentlich per 1. Januar 2005 mit der Luzerner Regiobank und der IRB Interregio Bank.

19. Für den Verkauf der Geschäftsstellen an die Konkurrenten sah die Weko ein spezielles Kundenübertragungsverfahren vor, welches sie unter vorgängiger Kontaktnahme mit der Eidgenössischen Bankenkommission ausgearbeitet hatte.

20. Die UBS informierte die Weko laufend über die Umsetzung des Verkaufes, letztmals nach Veräußerung sämtlicher 26 Standorte im Herbst 2000. Dabei wurden von der UBS folgende Angaben gemacht (die absoluten Zahlen stellen Geschäftsgeheimnisse der UBS dar):

	Total betroffen	***will ausdrücklich bleiben***	***will ausdrücklich wechseln***	***Effektiv gewechselt***
Kundenstämme	[...]	[...] 58,6%	[...] 7,9%	[...] 7,4%
Soll Saldo/ Kredite (inkl. Hypotheken)	[...]	[...] 68,8%	[...] 7,6%	[...] 1,7%
Haben Saldo	[...]	[...] 71%	[...] 6,7%	[...] 5,8%
Depotwert	[...]	[...] 74,8%	[...] 5,6%	[...] 3,9%

c) Der Verkauf der SoBa

21. Im Sommer 2000 orientierte die UBS die Weko über laufende Verkaufsverhandlungen mit der Bâloise. Kurze Zeit später unterzeichneten UBS sowie Bâloise einen Kaufvertrag. Das Vorhaben wurde der Weko notifiziert. Mit Entscheid vom 9. Oktober 2000 erteilte die Weko ihre Zustimmung zum geplanten Vorhaben und stellte gleichzeitig fest, dass nun auch die Ziffer 3 der Auflage I erfüllt und die UBS daher endgültig von der Auflage I zu befreien war.

22. Die SoBa ist noch heute im Besitze der Bâloise Holding. Anfänglich baute das Institut seine Geschäftstätigkeit und sein Filialnetz noch weiter aus, indem es in bestimmten Schweizer Städten Filialen für das Private Banking eröffnete. Schwierigkeiten im Jahr 2003 führten aber wieder zu Schliessungen von Filialen.[11]

B.1.2. Umsetzung von Auflage II

a) Entwicklung allgemein

23. Im Rahmen der Überwachung der Auflage II verfolgte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) teilweise aktiv diverse Veränderungen innerhalb der Gemeinschaftswerke:

24. Am 20. Mai 1999 schlossen sich SEGA Schweizerische Effekten und Giro AG und Intersettle Swiss Corporation For International Securities Settlement unter dem gemeinsamen Holdingdach der SIS Swiss Financial Services Group AG (SIS-Gruppe) zur SIS SegaInterSettle AG zusammen.

25. Im Jahr 2000 wurde das Kreditkarten-Herausgabegeschäft (Issuing) für die Marke Eurocard/ MasterCard von der damaligen Europay (Switzerland) SA (Europay; heute Telekurs Multipay AG), Tochtergesellschaft der Telekurs Holding, auf die UBS, die CS und die Viseca Card Services AG übertragen.

26. Im Bereich der Verarbeitung von Kreditkartentransaktionen führte zunächst das zur Telekurs Holding gehörende Unternehmen Payserv AG (heute Telekurs Card Solutions AG) das so genannte Issuing-Processing im Auftrag der drei Kreditkartenherausgeber durch. Nachdem Verhandlungen mit anderen Kooperationspartnern gescheitert waren, kündigte die CS ihren Vertrag mit der Payserv AG mit der Folge, dass Letztere ihrerseits per Ende 2002 die Verträge mit der UBS und der Viseca Card Services AG aufkündigte.

27. Während der Dauer der Auflage II wurden die im Entscheid vom 4. Mai 1998 erwähnten Projekte der Telekurs Holding, "Paynet" und "Swisskey", eingestellt.

28. Ebenfalls mangels Erreichen der notwendigen Volumen wurde das 1999 von der SIS SegaInterSettle und insbesondere der Credit Suisse First Boston CSFB initiierte Projekt einer schweizerischen Transaktionsbank zwei Jahre später wieder stillgelegt. Andere Kooperationen und Gemeinschaftswerke haben seither versucht, wiederum ein umsetzbares Konzept aufzustellen, bisher ohne offensichtlichen Erfolg.

b) Entwicklung im Zusammenhang mit der Auflage II

29. Aufgrund einer Kapitalerhöhung im Jahre 1998 sank die Beteiligungsquote der UBS an der SECB Swiss Euro Clearing Bank (SECB) von bisher einem Drittel auf einen Viertel des Aktienkapitals. Die bisherigen Aktionäre (UBS, Credit Suisse Group und Telekurs Holding) verzichteten zu Gunsten der Postfinance auf ihre Bezugsrechte. Heute besitzen diese vier Unternehmen je einen Viertel am Aktienkapital der SECB.

30. Im Frühjahr 1999 informierte die UBS die Weko über den Umstand, dass mit Ausnahme der Telekurs Holding der konsolidierte Aktienanteil bei allen übrigen Gemeinschaftswerken weniger als die von der Auflage II vorgesehene Limite von 1/3 des Aktienkapitals betrage. Im selben Jahr noch reduzierte die UBS schliesslich ihren Aktienanteil an der Telekurs Holding auf weniger als einen Drittel.

[11] NZZ vom 11. September 2003.

31. Die UBS sicherte der Weko im Verlaufe des Jahres 1999 ebenso zu, das bisherige Eurocard-Kreditkartenprogramm der ehemaligen SBG zumindest solange weiterzuführen, als sie an die Auflage II gebunden war. Im Gegenzug bewilligte die Weko das Vorhaben der UBS zur Lancierung eines neuen Kreditkartenproduktes, welches - im Gegensatz zum vorgenannten Eurocard-Kreditkartenprogramm - nicht mehr durch das Gemeinschaftswerk Payserv AG, sondern durch das unternehmenseigene UBS Card Center (vormals Bank Finalba AG, Tochtergesellschaft des SBV) verarbeitet werden sollte. Zudem musste das Eurocard-Kreditkartenprogramm im Sinne der Auflage mindestens im gleichen Leistungsumfang wie das neue Kartenprodukt angeboten werden.

32. Im Sommer 2000 erhielt die Weko sodann Kenntnis vom Umstand, dass das von der (ehemaligen) Europay (Switzerland) SA (heute Telekurs Multipay AG) im Auftrag der Schweizer Bankinstitute entwickelte und auf dem Markt lancierte Produkt PayNet[12] aus der Europay herausgelöst werden und in eine eigenständige Tochtergesellschaft eingebracht werden soll. Die Gründung der Tochtergesellschaft PayNet (Schweiz) AG erfolgte wenige Monate später. Bereits im Dezember 2001 verkaufte PayNet (Schweiz) AG die von ihr entwickelte Software an SAP Deutschland und konzentrierte sich anschliessend als so genannter Consolidater auf den Aufbau eines schweizerischen EBPP-Netzwerkes. Dessen Aufgabe besteht insbesondere in der Gewährung von Netzwerkzugängen für sämtliche Service Provider sowie in der Lizenzierung der SAP-Software an die Mitglieder.

33. Des Weiteren orientierte die UBS die Weko im gleichen Zeitraum über die erfolgte Gründung der neuen in London ansässigen Börse virt-x und die Verschiebung des Handels von SMI-Titeln auf diese neue Handelsplattform. Die UBS liess namentlich verlauten, dass trotz Übernahme des SMI-Handels durch die virt-x die Teilnahme der UBS an dem Gemeinschaftswerk Schweizer Börse SWX selbst dann nicht in Frage gestellt werde, wenn die UBS eigene Tochtergesellschaft Warburg am Gründungskonsortium mitbeteiligt sei und die virt-x den grenzüberschreitenden Aktienhandel durch das London Clearing House verarbeiten lasse.

34. Das Sekretariat führte im Zeitraum zwischen 2001 und 2002 Umfragen bei der UBS, den Gemeinschaftswerken sowie den Teilnehmern an den Gemeinschaftswerken durch. Gegenstand der Sondierungen waren Fragen zur Zielerreichung der Auflage II, zur möglichen Strategie der UBS im Zusammenhang mit den Gemeinschaftswerken und zu den möglichen Folgen eines Austrittes der UBS.

35. Die Auswertung der Umfrage ergab, dass der Grossteil der befragten Unternehmen das Ziel der Auflage II als erreicht betrachtete und die Meinung vertrat, die UBS habe als partielle Eigentümerin und Benützerin der Gemeinschaftswerke zu deren Fortbestand beigetragen. Dabei wurde aber auch darauf hingewiesen, dass die beiden Grossbanken UBS und CS über ein erhebliches Gewicht in den Gemeinschaftswerken verfügten, da sie in erheblichem Masse an den Gemeinschaftswerken als Eigentümer partizipierten und als Benutzer grosse Volumen verarbeiten liessen. Die Gemeinschaftswerke konnten dabei zwar vom vorhandenen Fachwissen der beiden Institute profitieren, müssten sich aber im Wesentlichen nach deren Interessen ausrichten. Die Auflage II habe deshalb eine Einflussnahme der UBS auf die strategische Ausrichtung der Gemeinschaftswerke nicht verhindern können.

36. Die Mehrheit der befragten Unternehmen erachtete einen vollständigen Austritt der UBS aus den Gemeinschaftswerken für unwahrscheinlich. Zwar habe die UBS bereits nach dem Zusammenschluss über einzelne Abteilungen verfügt, welche gleiche oder ähnliche Dienstleistungen erbracht hätten wie Teile der Gemeinschaftswerke. Diese Dienstleistungen seien dabei noch ausgebaut und auch gegenüber Dritten in Konkurrenz zu den Gemeinschaftswerken angeboten worden (Bank for Banks). Dies führe aber auch zu einem gewissen Wettbewerbsdruck, welchem von den Gemeinschaftswerken wirksam entgegen zu treten sei, wollten sie die bisherige Marktposition verteidigen. In diesem Sinne wurde denn auch von den Befragten ausgeführt, eine Verlängerung der Auflage II könne insbesondere bei denjenigen Dienstleistungen der Gemeinschaftswerke zu einer unerwünschten Strukturerhaltung führen, bei denen es nicht um die Wahrnehmung wettbewerbsneutraler Infrastrukturaufgaben gehe.

37. Gestützt auf die Auswertungen des Sekretariates hatte die Weko mit Verfügung vom 31. März 2003 entschieden, dass die Auflage II nicht mehr verlängert und die UBS von der Verpflichtung betreffend die Gemeinschaftswerke der Bankwirtschaft entbunden wird.

B.1.3. Umsetzung von Auflage III

38. Aufgrund bestehender Unklarheiten bezüglich des Wortlauts der Auflage III präzisierten die Weko und die UBS in einem nachträglichen Memorandum of Understanding (MoU) den Zweck von Auflage III. Danach war unter anderem vorgesehen, dass hinsichtlich der Konditionen die Unterstellung der Geschäftskunden unter die Auflage sich an der Kreditbenützung gemäss Stichtag, 31. März 1998, zu orientieren habe. Die kumulierten Kreditlimiten dürften dabei maximal CHF 4 Mio. betragen.

39. Die UBS erstellte sodann aufgrund dieses MoU eine erste Datenbank und dokumentierte der Weko die Umsetzung der Auflage III. Die eingereichte Dokumentation enthielt Informationen zu den organisatorischen und technischen Massnahmen, welche die

[12] PayNet war das erste in Europa in Betrieb genommene Electronic Bill Presentment and Payment System (EBBP), welches den Beteiligten (Finanzinstitute und Kontoinhaber) ermöglichte, Rechnungen in elektronischer Form zu versenden und die Zahlung "per Knopfdruck" automatisch auszulösen.

UBS getroffen hatte. So wurde eigens für die Umsetzung eine interne Weko-Koordinationsstelle geschaffen, welche direkt den Leitungsgremien für schweizerische Firmenkunden unterstand. Aufgabe dieser Koordinationsstelle war die Initiierung, Koordinierung und Überwachung aller Massnahmen zur Umsetzung der Auflage III. Diese führte regelmässig Koordinationssitzungen durch und war auch zuständig für die Ausbildung an den Regionalsitzen.[13] Die jeweilige Einstufung des Kreditratings sowie der Kreditentscheid lagen im Einzelfall bei speziell für die Weko-Auflage ausgebildeten Kreditentscheidern.

40. Die UBS definierte sodann einen Prozessablauf, welcher für alle Kunden, die unter die Auflage III fielen, zur Anwendung kam. Der Prozessablauf sah vor, dass bei einer teilweisen oder gänzlichen Veränderung des Kreditverhältnisses der Kunde zunächst vom Kreditentscheider auf seinen Schutz durch die Auflage III aufmerksam gemacht werden musste. Dabei hatte der Kunde auch die Möglichkeit, durch Unterzeichnung einer entsprechenden Erklärung freiwillig auf diesen Schutz zu verzichten. Zusätzlich kennzeichnete die UBS nach Bereinigung der ersten Datenbank ihre Kunden im operativen IT-System.

41. In der Folge reichte die UBS gegenüber dem Sekretariat ab Mitte 2000 quartalsweise ein Reporting ein, welches Daten zur Umsetzung der Auflage hinsichtlich der Anzahl Kundenstämme, Kreditlimiten und -benützungen sowie der Anzahl Ausnahmefälle und freiwilligen Verzichte enthielt. Zudem erteilte sie mehrmals auf Aufforderung des Sekretariats hin Auskunft zu den gelieferten Daten. Gemäss letztem Reporting per 31. Dezember 2004 haben in insgesamt 399 Fällen UBS-Kunden bei Änderungen in ihren Kreditbeziehungen freiwillig auf den Schutz verzichtet, währenddem in 134 Fällen von der UBS die Ausnahmebestimmungen gemäss Auflage angewandt worden waren. Davon waren rund drei Viertel der Fälle von einer Verschlechterung des Kreditratings betroffen. Von der Auflage betroffen waren ca. 3'000 Kundenstämme, wobei einzelne Kunden über mehrere Kundenstämme verfügten.

42. Im Rahmen der Nachprüfung hatte das Sekretariat lediglich in fünf Fällen Anzeigen von Unternehmen erhalten, welche einen Verstoss der UBS gegen die Auflage III geltend gemacht hatten. In sämtlichen Fällen erhielt die UBS Gelegenheit, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Nach jeweiliger Prüfung der beiden Standpunkte konnte das Sekretariat in keinem der Fälle einen Verstoss gegen die Auflage feststellen. Die Weko konnte deshalb nach Ablauf der Auflagefrist per 31. Dezember 2004 in einer Verfügung feststellen, dass sie über keine Hinweise verfüge, wonach die UBS die Auflage III nicht korrekt umgesetzt habe.

B.2. Marktentwicklung im Bereich der Firmenkredite unter CHF 2 Mio.

43. Die fünf Jahre nach dem Zusammenschluss sind durch einen allgemeinen Rückgang der Kreditlimiten und -benützung gekennzeichnet. Insbesondere die Grossbanken haben das Kreditvolumen stark reduziert.

44. Eine Reduktion des Wettbewerbs infolge des Zusammenschlusses UBS/SBV wird von Seiten der Banken jedoch nicht wahrgenommen. Nur 3% der im Rahmen einer Umfrage der Wettbewerbskommission im Sommer/Herbst 2004 befragten Banken waren der Ansicht, dass sich der Wettbewerb verringert habe. Knapp ein Drittel (30%) der befragten Banken gaben an, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse seit dem Zusammenschluss nicht oder nicht spürbar verändert hätten. Dies trifft insbesondere für lokal tätige Banken zu, in deren Tätigkeitsgebiet der Zusammenschluss offenbar keine Auswirkungen gehabt hat. Am zweithäufigsten wurde eine Intensivierung des Wettbewerbs genannt (21%). Häufig wurde auch die Verschärfung der Konkurrenz um gute Schuldner und/oder die Abschiebung von schlechten Schuldnern aufgrund der Einführung von neuen Rating-Systemen durch die Grossbanken genannt (18%). Einzelne Banken meldeten eine Zunahme der Kreditanfragen infolge des Zusammenschlusses (8%).

45. In einzelnen Regionen kam es zu Markteintritten von Schweizer oder ausländischen Banken. Als Beispiel für einen gesamtschweizerischen Markteintritt ist vor allem die Postfinance zu nennen, welche ins Geschäft mit KMU-Krediten eingetreten ist. Von den Banken scheint sie zurzeit jedoch noch nicht als starke Konkurrentin wahrgenommen zu werden. Nur gerade zwei Banken in der Region Appenzell - St. Gallen nennen die Postfinance als eine der fünf wichtigsten Konkurrenten. Langfristig dürfte die Postfinance jedoch aufgrund ihres nationalen Vertriebsnetzes durchaus zu einem ernst zu nehmenden Konkurrenten werden, sollte sie in Zukunft eine Banklizenz erhalten.

46. Einzelne Kantonalbanken sind heute teilweise kantonsübergreifend oder überregional tätig, wie zum Beispiel die Zürcher Kantonalbank im Raum Olten und St. Gallen oder die Berner Kantonalbank im Raum Solothurn. Zudem ist Raiffeisen vermehrt auch in städtische Gebiete vorgedrungen.

47. Die Marktentwicklung verlief in den acht durch die Wettbewerbskommission beim Zusammenschluss UBS/SBV definierten Problemregionen unterschiedlich. Besonders in der Region Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden und St. Gallen sowie in der Region Solothurn, Seeland und Oberaargau konnte in den letzten Jahren eine Belebung des Wettbewerbs beobachtet werden. Neben den Grossbanken sind in diesen Regionen mehrere Kantonalbanken und eine grössere Zahl Regionalbanken vertreten. In den letzten Jahren kam es zudem zu Markteintritten ausländischer (z.B. aus dem Vorarlberg in den Regionen Appenzell Innerhoden, Appenzell Ausserrhoden und

[13] Die Grossbanken teilen die Schweiz in verschiedene Regionen auf, welche je über einen Regionalsitz verfügen. Der Regionalsitz unterstützt die einzelnen Filialen in den entsprechenden Regionen und ist ein Entscheidungs- und Verarbeitungscenter für das Individual- und Firmenkundengeschäft, soweit dieses nicht von den jeweiligen Hauptsitzen beansprucht wird.

St. Gallen) und inländischer Banken (z.B. die Berner Kantonalbank und Coop Bank in der Stadt Solothurn, Raiffeisenbanken im Seeland, Langenthal und Huttwil, Bâloise SoBa im Oberaargau). In diesen beiden Regionen scheint ein lebhafter Wettbewerb eingesetzt zu haben.

48. Auch in der Region Basel-Land und Basel-Stadt ist eine Intensivierung des Wettbewerbs zu verzeichnen, wenn auch in geringerem Ausmass. In den letzten Jahren konnte in dieser Region eine Erhöhung der Kreditlimiten verzeichnet werden, was insbesondere darauf zurückzuführen ist, dass die Balser Kantonalbank den Rückgang bei den Grossbanken überkompensiert hat. Neu in den Markt eingetreten ist zusätzlich die Raiffeisenbank.

49. Die übrigen fünf Regionen Genf, Neuenburg, Tessin, Ober- und Unterwallis sind durch eine ausserordentlich starke Konzentration gekennzeichnet. Mit Ausnahme des Oberwallis vereinigen die Grossbanken und die Kantonalbank in diesen Regionen einen Marktanteil von 85%-95% auf sich. Die Wettbewerbsverhältnisse haben sich in den letzten Jahren nicht spürbar verändert. Nur vereinzelt kam es zu Markteintritten, wie zum Beispiel der Banca Popolare di Sondrio im Tessin. In den Regionen Genf, Neuenburg, Tessin, Ober- und Unterwallis geben die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der KMU-Kredite weiterhin Anlass zur Beunruhigung.

C. Würdigung

C.1. Auflage I und III

50. Die Würdigung in diesem Abschnitt umfasst sowohl Auflage I wie auch Auflage III, da die beiden Auflagen letztlich den gleichen Ansatz verfolgten, nämlich die Verbesserung der Wettbewerbssituation insbesondere auf dem Schweizer Firmenkreditmarkt für kleinere und mittlere Unternehmen in den von der Weko bestimmten Problemregionen. Während es sich bei der Auflage I um eine strukturelle Massnahme handelt, ist Auflage III in die Kategorie der Verhaltensmassnahmen einzuordnen.

51. Mit der Auflage I verfolgte die Weko, wie bereits erwähnt, das Ziel, den Verlust eines Wettbewerbers durch den Marktzutritt eines neuen Wettbewerbers beziehungsweise durch die Stärkung eines bisherigen kleinen Wettbewerbers auf nationaler Ebene zumindest teilweise zu kompensieren. Dabei waren anfänglich auch ausländische Institute, welche in der Schweiz das Privatkundengeschäft betreiben und in ihrem Herkunftsstaat gewichtige Marktteilnehmer im Retail- und Firmenkundengeschäft sind, am Kauf der Filialen interessiert. Diese zogen jedoch ihre Angebote schon frühzeitig aus verschiedenen Gründen wieder zurück.

52. Unter anderem beklagten die ausländischen Banken, dass der schweizerische Retailbankenmarkt nach wie vor von einer starken Kundenloyalität profitiere. Es sei deshalb bei der Übertragung der Geschäftsstellen an die Käuferschaft nicht mit einem grossen Wechsel in den Kundenbeziehungen zu rechnen. Der Eintritt in den Schweizer Retailbankenmarkt in dem von der Weko geplanten Umfang erfordere aber ein genügend grosses Geschäftsvolumen, welches mit dem zu erwartenden Wechsel an Kundenbeziehungen kaum zu erreichen sei, zumal auch die Standorte eher ungünstig ausgewählt seien. Weiter erwarteten die ausländischen Institute in ihren Heimmärkten selber grosse Konzentrationsbewegungen im Retail- und Firmenkundengeschäft, weshalb sie sich auf den entsprechenden Markt konzentrieren wollten.

53. Diese Argumentation scheint rückblickend nicht abwegig gewesen zu sein. Tatsächlich zeigten die Resultate aus dem Reporting der UBS, dass die anvisierte Kundenübertragung an die Käuferbanken nur mässig Erfolg hatte, und dies, obwohl es sich bei der Käuferschaft letztlich um etablierte Schweizer Banken handelte. So beendigten nach Meldung der UBS wesentlich mehr Kunden unabhängig von der Auflage die Bankbeziehung, als Kunden der betroffenen Geschäftsstellen zu den Käuferbanken transferiert werden konnten.

54. Unter diesen Umständen erachtete die Weko die Übernahme der Filialen durch schweizerische Banken als valable Alternative zum Markteintritt ausländischer Finanzinstitute. In Frage kamen dabei in erster Linie die Institute Bank Coop, Migrosbank und der Schweizer Verband der Raiffeisenbanken, da sie neben den Grossbanken als einzige den gesamten Schweizer Retailbankenmarkt abdecken. Zwar bekundeten auch diverse Kantonalbanken Interesse an bestimmten Standorten. Mit den Zukäufen sollte aber lediglich das bereits bestehende Filialnetz abgerundet werden. Eine Tätigkeit im Retailbanking ausserhalb des eigenen Kantonsgebietes war zu dieser Zeit sowieso politisch undenkbar.

55. Nach anfänglichem Interesse zog sich der Schweizer Verband der Raiffeisenbanken jedoch unter Verweis auf die unterschiedliche Kundschaft der beiden Institute und die unzureichende eigene Produktpalette aus den Verkaufsverhandlungen zurück. Somit verblieben lediglich noch die Bank Coop, Migrosbank sowie drei Regionalbanken in den Verhandlungen mit der UBS und der Weko.

56. Die oben gemachten Ausführungen zur Entwicklung des Marktes für Firmenkredite (vgl. Rz. 43 ff.) zeigen, dass der Verkauf der Geschäftstellen zu einer Stärkung des Wettbewerbs im Individualkundengeschäft geführt hat. Die Problematik einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung der UBS auf dem Markt für Firmenkredite bleibt jedoch in einem gewissen Umfang weiterhin bestehen. Nur gerade in drei der acht Problemregionen konnte in den letzten sechs Jahren seit dem Zusammenschluss eine Intensivierung des Wettbewerbs und damit eine Erodierung der starken Marktpositionen der Grossbanken festgestellt werden (Region St. Gallen-Appenzell Innerrhoden-Appenzell Ausserrhoden, Solothurn-Seeland-Oberaargau sowie die Region Basel-Land/Basel-Stadt). Interessanterweise handelt es sich bei den beiden ersten Regionen gerade um solche, in denen der kumulierte Marktanteil der UBS nach der Fusion äusserst hoch war. Hiezu ist aber noch anzufügen, dass nicht allein der Verkauf der Standorte in diesen Gebieten zu einem verstärkten Wettbewerb geführt hatte, sondern

ebenso der Marktzugang neuer Bankinstitute. Darunter ist etwa der Marktzutritt der Berner Kantonalbank BEKB sowie der Basellandschaftlichen Kantonalbank BLKB zu erwähnen. Auch die an die Bâloise verkaufte SoBa erhielt durch den Eigentümerwechsel wiederum einen starken Partner, was ihr erlaubte, das Bankgeschäft nach Jahren von Verlusten wieder ertragsreicher zu machen. Sie hat ihr Filialnetz auch ausserhalb des Wirtschaftsraumes Solothurn-Seeland-Oberaargau noch ausbauen können und ist heute eine nicht unbedeutende Konkurrentin.

57. Demgegenüber war in den ebenfalls als sehr problematisch eingestuften Regionen Tessin und Unterwallis jeweils nur der Verkauf einer einzigen Geschäftsstelle zu verzeichnen. Im Oberwallis wurde sogar auf den Kauf einer Geschäftsstelle verzichtet. Diese drei Regionen gehören deshalb auch heute noch zusammen mit Genf und Neuenburg zu denjenigen mit den konzentriertesten Marktanteilen im Bereich der Firmenkredite.

58. Das geringe Mass an transferiertem Kundenvolumen kann darauf zurückgeführt werden, dass die Grosszahl der von der Geschäftsstellen-Übertragung betroffenen Kunden unter Verweis auf das bisherige Vertrauen in die Grossbank freiwillig auf einen Wechsel verzichteten (58,6%). Zahlreiche Kunden äusserten sich sodann im Rahmen des gewählten Übertragungsverfahrens überhaupt nicht (27,5%). Offensichtlich wechselten weitaus mehr UBS-Kunden unabhängig von der Auflage von der neuen Grossbank zu Konkurrenzinstituten, als Kunden zu den Käuferbanken transferiert worden sind.

59. Schliesslich ist die Tatsache, dass die Kreditlimiten von KMU in den letzten Jahren von den beiden Grossbanken gesenkt wurden und viele Kleinunternehmen zur Rückführung der Kreditbenützungen gedrängt wurden, auf verschiedene Ursachen zurückzuführen. Von den Finanzinstituten wird dabei als wichtigster Grund die Einführung neuer Risikomanagement- und Rating-Systeme erwähnt, welche insbesondere den Grossbanken eine bessere Risikoaufteilung und ein entsprechendes Pricing erlaubten. Für die Kreditnehmer führte dies aber je nach Kreditrisiko zu höheren Preisen. Daneben war auch ein natürlicher Rückgang der Ausleihvolumen zu verzeichnen, der auf das makroökonomische Umfeld - insbesondere die Zinssituation - der vergangenen Jahre zurückgeführt werden kann.

60. Auflage III berücksichtigte die Differenzierung in der Kreditvergabepolitik der Grossbanken, indem der UBS in den von der Verfügung vorgesehenen Ausnahmefällen gestattet wurde, eine Kreditbeziehung ganz oder teilweise zu kündigen, sofern sich die Risikosituation eines Schuldners verschlechtern sollte. Die Mehrheit der von der UBS gemeldeten Fälle von gekündigten Krediten kann denn auch auf die Ausnahmebestimmung hinsichtlich des Schuldnerrisikos zurückgeführt werden, weil sich die entsprechenden Kreditpositionen nach dem Zusammenschluss verschlechtert hatten.

61. Das Individual- und Firmenkundengeschäft in der Schweiz gehört zu einem der wichtigsten Geschäftsfelder der Grossbanken. Die Studie des Staatssekretariates für Wirtschaft (seco), welche in Zusammenarbeit mit Schweizer Wirtschaftsverbänden (unter anderem der Stiftung KMU Schweiz) kürzlich publiziert worden ist, lässt auf ein gutes Einvernehmen zwischen den Grossbanken und KMU schliessen.[14] So halten die Autoren darin fest, dass die Mehrheit der befragten Unternehmen mit der Zusammenarbeit mit den Banken zufrieden und deren Entwicklung in den vergangenen drei Jahren als positiv eingestuft worden ist. Dabei werden auch die angewandten Rating-Methoden der Banken, gemessen unter anderem am Kriterium der "Fairness", von den Beteiligten als positiv bewertet. Zwar schneiden die Grossbanken bezüglich der Individualität des Ratings leicht schwächer ab als ihre Konkurrenten, dies scheinen sie aber zumindest mit einem qualitativ höher bewerteten Feedback an die Unternehmen wieder wettzumachen.

62. Abschliessend kann festgestellt werden, dass die UBS sich an die Verpflichtung zur Beibehaltung von KMU-Krediten im Rahmen der Auflage III gehalten hat.

C.2. Auflage II

63. Die von der Auflage II betroffenen Gemeinschaftswerke sind in den Bereichen Zahlungstransaktionen (Zahlungsverkehrssysteme und Zahlungsmittel) und Wertschriftendienstleistungen tätig. Diese beiden Märkte befinden sich in einem strukturellen Umbruch. Einerseits kann festgestellt werden, dass eine Aufbrechung der Wertschöpfungskette im Finanzdienstleistungssektor stattfindet und andererseits treten die Grossbanken vermehrt in diejenigen Geschäftsfelder der Gemeinschaftswerke ein, bezüglich welcher sie sich Wettbewerbsvorteile versprechen.

64. Die Aufbrechung der Wertschöpfungskette führt dazu, dass die Banken nicht mehr die ganze Entwicklung eines Bankproduktes übernehmen. Vielmehr konzentrieren sich kleinere und mittlere Banken auf ihre Kernkompetenzen, welche im Vertrieb, im Verkauf und in der Beratung von Finanzdienstleistungsprodukten liegen. Dies begünstigt den Markteintritt spezialisierter Finanzdienstleister. Als jüngste Beispiele können die Kooperation zwischen dem Verband Schweizer Raiffeisenbanken und der Bank Vontobel oder die Auslagerung von Teilprozessen im papiergebundenen Zahlungsverkehr an die Postfinance durch UBS angeführt werden.

[14] Die Studie ist abrufbar unter: http://www.seco.admin.ch/imperia/md/content/publikationenundformulare/studienundberichte/studie_kmu_d.pdf.

65. Es wird selbst in den Märkten, in denen die Gemeinschaftswerke tätig sind, zu Markteintritten kommen. Dies beweist das von der UBS selber angebotene Konzept "Bank for Banks" ausdrücklich. Es handelt sich dabei um Leistungsbereiche, in denen eine Differenzierung möglich und von den Kunden wahrnehmbar ist. Dies wird insbesondere dort der Fall sein, wo direkte Schnittstellen zu den Kunden bestehen.

66. Die Finanzmärkte unterliegen zudem einem fortlaufenden Globalisierungsprozess. Im Wertschriftenhandel und im Zahlungsverkehr sind vermehrt grenzüberschreitende Lösungen gefordert.[15] Gerade die Grossbanken orientieren sich aufgrund dieser Tendenzen immer mehr an den globalen Märkten. Als Beispiel sei an dieser Stelle auf das erst vor zwei Jahren in Betrieb genommene Continous Linked Settlement-System (CLS) verwiesen, ein internationales Zahlungsausgleichsystem, an welchem die weltweit wichtigsten Währungen teilnehmen und welches Währungsrisiken durch ein Echtzeit-Bruttoabwicklungssystem ausglätten soll. Ein solches System verlangt Partner mit einer hohen Liquidität und Sicherheiten. Deshalb wurden von den Schweizer Banken nur die vier Grossbanken CS, UBS, ZKB und Julius Bär als mögliche Partner in Erwägung gezogen. Von den vier genannten Banken haben sich nun nur die ersten drei an das CLS angeschlossen. Diese drei können das CLS den kleineren und mittleren Banken als "third parties" anbieten.

67. Gemeinschaftswerke werden in Zukunft keine nationale Domäne bleiben. Die globalen Infrastrukturen, wie zum Beispiel das "Continous Linked Settlement" (CLS), das "Worldwide Automated Transaction Clearing House" (Watch) oder die "Global Straight Through Processing Association" (GSTPA) werden das grenzüberschreitende Geschäft zunehmend prägen. Kleinere und mittlere Banken werden dabei meist nicht direkt Mitglieder solcher internationaler Konsortien sein, sondern diese Dienstleistungen oder Teile davon als "third parties" über Grossbanken in Anspruch nehmen.

68. Die Auflage hat insgesamt die Wettbewerbsstellung der kleineren und mittleren Banken während den letzten Jahren aufrecht erhalten, konnten diese nach wie vor von den Skaleneffekten einer Volumenbündelung und damit von tieferen Transaktionspreisen profitieren. Die Auflage verschaffte diesen Banken insbesondere auch Zeit, um sich bezüglich dieser notwendigen Infrastrukturdienstleistungen neu auszurichten. Der mit der Auflage verfolgte Zweck kann somit als erfüllt betrachtet werden.

69. Das Resultat darf aber nicht darüber hinweg täuschen, dass die kleineren Finanzinstitute trotz ihrer Beteiligung an den Gemeinschaftswerken nicht nur profitieren, sondern auch einer gewissen Abhängigkeit von den Grossbanken ausgesetzt sind. So verfügen UBS und CS in den Gemeinschaftswerken zusammen jeweils über die Aktienmehrheit und können somit über die Stimm- und Kontrollrechte die Geschäftsstrategie bestimmen. Beide Gesellschaften sind zudem in den Verwaltungsräten vertreten.

70. Aber auch aufgrund der Verarbeitungsvolumen und des intern vorhandenen Fachwissens sind die beiden Grossbanken in der Lage, die Geschäftspolitik und damit die Prozesse innerhalb der Gemeinschaftswerke weitgehend in ihrem Sinne zu steuern. Das zeigte sich beispielsweise anhand des 1999 von der SIS SegaInterSettle AG geplanten Projekts einer Wertschriften-Transaktionsbank. In den vom Sekretariat im Zeitraum zwischen 2001 und 2002 durchgeführten Umfragen äusserten sich mehrere Bankinstitute dahingehend, dass die Grossbanken bei diesem Projekt eine zu starke Konkurrenzierung durch die SIS-Gruppe im Wettbewerb um die Kundenschnittstellen befürchteten, weshalb das Projekt von diesen fallen gelassen worden sei.

71. Zum gleichen Schluss kam eine im Herbst 2004 vom Eidgenössischen Finanzdepartement durchgeführte Studie zum Thema "Die Schweizerische Finanzmarktinfrastruktur und die Rolle des Staates".[16] Darin halten die Verfasser fest, dass die Grossbanken innerhalb der Gemeinschaftswerke über einen erheblichen Einfluss verfügen und Konflikte zwischen den Grossbanken und kleineren Banken sich nur schon aufgrund der divergierenden Interessen ergeben. Bemängelt wird dabei die fehlende Autonomie der Gemeinschaftswerke. Gerade die starke Position der UBS im schweizerischen Bankenmarkt und deren Absicht, ertragsreiche Dienstleistungen selber anzubieten, habe in den vergangenen Jahren der Erweiterung der Geschäftsfelder der Gemeinschaftswerke enge Grenzen gesetzt.[17]

72. Zusätzlich wirke sich auch der Umstand, dass die Struktur der Eigentümerschaft der Gemeinschaftswerke nur die Banken beinhalte, nicht aber andere gewichtige Finanzmarktteilnehmer wie beispielsweise Pensionskassen oder Versicherer, erschwerend auf die Weiterentwicklung der Gemeinschaftswerke aus. So dürfe beispielsweise die Frage des Preises für Infrastrukturleistungen für die beteiligten Banken weniger von Bedeutung sein als für institutionelle Investoren, da letztlich nur diese für die Kosten aufkommen müssten.[18]

73. Die Auflage II äusserte sich sodann nicht zu den Verarbeitungsvolumen, welche aber gerade bei solchen Gemeinschaftswerken wie SIS oder SIC von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind. Die Auflage nennt lediglich die Pflicht, dass die UBS als Benützerin der Gemeinschaftswerke die hiefür gültigen Bestimmungen zu erfüllen hat, nicht aber, in welchem Umfang sie dies tun muss.

[15] Vgl. hiezu auch das Gutachten Kilgus "IT-Entwicklung im Bankensektor", in: RPW 2004/1, S. 273, Frage 27.
[16] Die Studie (Working Paper No. 3) vom Herbst 2004 ist im Internet abrufbar unter: http://www.efv.admin.ch/d/wirtsch/studien/pdf/oet_publ03_inter.pdf.
[17] Working Paper No. 3, S. 87 f.
[18] Working Paper No. 3, S. 89.

74. Vor diesem Hintergrund erachtete die Weko im Frühjahr 2003 eine Verlängerung der Auflage II als nicht notwendig, da sie insbesondere eine unerwünschte Strukturerhaltung vermeiden wollte. Das Beispiel der 1999 neu gegründeten Viseca (Unternehmen der Kantonalbanken, Raiffeisenbanken, Bank Coop, Migrosbank, Regionalbanken und anderer Bankinstitute) machte zudem deutlich, dass es auch kleineren Instituten möglich ist, Gemeinschaftsunternehmen zu gründen und damit den Wettbewerb mit den beiden Grossbanken aufzunehmen.

75. Zusammenfassend war die Auflage II ein geeignetes Mittel zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsstellung kleinerer Bankinstitute während der ersten Phase, die auf den Zusammenschluss folgte.

B 3	***Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*** Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	***1. X. AG, Y. AG, Z. AG/Weko***

Es sind vier weitere analoge Entscheide ergangen.

Beschwerdeentscheid vom 18. März 2005 in Sachen X. AG (Beschwerdeführerin 1), Y. AG (Beschwerdeführerin 2) und Z. AG (Beschwerdeführerin 3) (Verwaltungsbeschwerde vom 22.11.2004) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 8.11.2004) betreffend Feststellungsverfügung

Es hat sich ergeben:

A. Am 16. Februar 2004 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung gegen die X. AG und die V. AG (nach Absorption durch die W. AG und deren Umfirmierung, ab [...]: Y. AG), um das [...]verhalten der Y. AG im Bereich [...] näher abzuklären, nachdem festgestellt worden war, dass [...].

Am 25. März 2004 teilte das Sekretariat der X. AG mit, der Gegenstand der laufenden Untersuchung sei mit Inkrafttreten der jüngst erfolgten Kartellgesetzrevision am 1. April 2004 "neu direkt mit Sanktionen bedroht". Um solchen zu entgehen, könnten allfällige Wettbewerbsbeschränkungen während der laufenden Übergangsfrist bis am 1. April 2005 aufgelöst oder, sofern diese nicht bereits bekannt seien, der Wettbewerbsbehörde gemeldet werden.

Am 7. April 2004 reichte die X. AG im eigenen sowie im Namen der Y. AG und der Z. AG ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmungen" betiteltes Schreiben ein. Darin wurde festgehalten, diese Meldung beziehe sich auf [...], wobei nach Auffassung des Sekretariats [...] "angeblich eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens" seien. Der relevante Sachverhalt sei dem Sekretariat aus dem Verfahren [...] bekannt. Die vorliegende Meldung erfolge gestützt auf die Übergangsbestimmung, da das untersuchte Verhalten bereits vor Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes praktiziert worden sei. Somit seien nach der Übergangsbestimmung auch alle gestützt auf [...] bis heute abgeschlossenen (oder inskünftig abzuschliessenden) Einzelverträge gemeldet, wobei weder die angebliche Marktbeherrschung noch die kartellrechtliche Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise anerkannt werde. Abschliessend ersuchte die X. AG das Sekretariat, diese Meldung entgegenzunehmen und zu bestätigen, dass "im Zusammenhang mit dem gemeldeten Sachverhalt" für die betroffenen drei Unternehmen eine Belastung nach Artikel 49a Absatz 1 des Kartellgesetzes entfalle.

Am 13. April 2004 teilte das Sekretariat der X. AG mit, das Schreiben vom 7. April 2004 sei im Lichte der Übergangsbestimmung keine "Meldung", da eine solche den Wettbewerbsbehörden bereits bekannte Sachverhalte nicht beinhalten könne.

Mit Gesuch vom 12. Mai 2004 stellten die X. AG, die Y. AG und die Z. AG, alle vertreten durch Fürsprecherin A., bei der Wettbewerbskommission folgende Anträge, um eine Feststellungsverfügung zu erwirken:

> "1. Über das vorliegende Gesuch sei möglichst schnell - spätestens bis am 1. Juli 2004 - zu entscheiden.
>
> 2. Eventualiter für den Fall, dass die Anträge 4 und/oder 5 abgewiesen werden oder dass auf die Anträge 4 und/oder 5 nicht eingetreten wird und der entsprechende rechtskräftige Entscheid den Gesuchstellerinnen erst nach dem 1. Oktober 2004 zugestellt wird, sei den Gesuchstellerinnen eine Frist von sechs Monaten ab Zustellung des rechtskräftigen Entscheides anzusetzen, um die mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsbefreiender Wirkung aufzulösen.
>
> 3. Eventualiter für den Fall, dass über das vorliegende Gesuch nicht mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung entschieden wird, sei über das vorliegende Gesuch in der Form einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung zu entscheiden.
>
> 4. Es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 7. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht haben.
>
> 5. Es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Feststellungsverfügung festzustellen, dass den Gesuchstellerinnen für den mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auferlegt werden kann.
>
> Alles unter Kostenfolge"

Nach mehreren Schriftenwechseln mit dem Sekretariat reichten die X. AG, die Y. AG und die Z. AG am 15. Oktober 2004 eine Rechtsverzögerungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein.

Mit Verfügung vom 8. November 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Erlass einer

Feststellungsverfügung nicht ein, was das Beschwerdeverfahren betreffend Rechtsverzögerung gegenstandslos werden liess (vgl. Abschreibungsverfügung der REKO/WEF vom 19.11.2004, FB/2004-6).

Die Wettbewerbskommission führt im Nichteintretensentscheid aus, im Wesentlichen beantrage [...] die verfügungsmässige Feststellung, ihr Schreiben vom 7. April 2004 sei als Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung zu qualifizieren, weshalb ihr für den gemeldeten Sachverhalt keine direkten Sanktionen auferlegt werden könnten. Angesichts der Entstehungsgeschichte der "Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003" soll die Meldung unter anderem die Abklärung ermöglichen, ob ein Sachverhalt wettbewerbsrechtlich problematisch und möglicherweise mit direkten Sanktionen bedroht sei. Eine Feststellungsverfügung sei indessen nur zu treffen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweise, das nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden könne. Feststellungsverfügungen seien subsidiär, weshalb für diese kein Raum bleibe, wenn im Untersuchungsverfahren eine gestaltende Verfügung ergehe. Gegenwärtig sei gegen die Beschwerdeführerinnen eine Untersuchung betreffend "[...]" hängig, die beim Vorliegen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen durch ein "Leistungs-/Gestaltungsurteil" abgeschlossen werden könnte. Diesfalls wäre keine Feststellungsverfügung zu treffen, da auch eine allfällige Sanktionierung des unzulässigen Verhaltens mit Blick auf die aufgeworfene übergangsrechtliche Frage beurteilt werden müsste. Würde die Untersuchung hingegen eingestellt, fiele die hier interessierende Frage (betr. Meldung) mangels unzulässiger Verhaltensweise (und damit entfallender Sanktionierbarkeit) dahin. Des Weiteren anerkenne die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen neben der Vorabklärung und der Untersuchung kein "streitiges Verfahren sui generis", weshalb die beantragte Feststellungsverfügung auch deshalb nicht erlassen werden könne. Überdies sehe die Schlussbestimmung des revidierten Kartellgesetzes kein "spezielles Verfahren" vor, in dem Rechtsfragen betreffend Meldung ausserhalb eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens mittels Verfügung beantwortet werden könnten. Ferner müssten nach Lehre und Rechtsprechung bei der Feststellung von erst inskünftig entstehenden Rechten und Pflichten diese bereits im Feststellungszeitpunkt genügend konkret sein. Angesichts der Ungewissheit des Ausgangs der Untersuchung seien die allfälligen Rechte und Pflichten jetzt nicht ausreichend bestimmt, um eine Beurteilung der gestellten materiellen Begehren zu ermöglichen.

Schliesslich verwarf die Wettbewerbskommission die von den Gesuchstellerinnen vertretene Auslegung der fraglichen Schlussbestimmung. Dieser Norm zufolge könne der Gegenstand einer hängigen Untersuchung nicht mit sanktionsbefreiender Wirkung "gemeldet" werden. Die Möglichkeit gemäss der Übergangsbestimmung, bereits bestehende Abreden und sonstige Verhaltensweisen zu melden, erlaube es Unternehmen, ausserhalb eines hängigen Verfahrens Zweifel zur Rechtslage zu beseitigen und abklären zu lassen, ob ein Sachverhalt wettbewerbsrechtlich problematisch und gegebenenfalls direkt sanktionierbar sei. Kenne hingegen ein Unternehmen sein möglicherweise unzulässiges Verhalten, verdiene der Versuch, dies zu melden, keinen besonderen Schutz. Mit der kürzlich in Kraft getretenen Kartellgesetzrevision sei einzig eine neue Rechtsfolge (direkte Sanktionen) für bereits unter bisherigem Recht unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt worden, ohne dass sich etwas an deren materiellrechtlichen Beurteilung geändert hätte.

B. Gegen diese Nichteintretensverfügung erhoben am 22. November 2004 die X. AG, die Y. AG sowie die Z. AG (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch Fürsprecherin A., Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. In formeller Hinsicht beantragen sie:

> "1. Über die vorliegende Beschwerde sei möglichst schnell - spätestens bis am 31. Januar 2005 - zu entscheiden.
>
> 2. Den Beschwerdeführerinnen sei - für den Fall, dass die materiellen Anträge abgewiesen werden sollten - eine Frist von mindestens sechs Monaten ab Zustellung des rechtskräftigen Entscheides anzusetzen, um die mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten möglichen Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsbefreiender Wirkung aufzulösen."

In materieller Hinsicht stellen die Beschwerdeführerinnen folgende Begehren:

> "3. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 sei aufzuheben.
>
> 4. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 7. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht haben.
>
> 5. Es sei festzustellen, dass den Beschwerdeführerinnen für den mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auferlegt werden kann.
>
> Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Weko."

In formeller Hinsicht führen die Beschwerdeführerinnen aus, auch wenn die angefochtene Verfügung nur die X. AG und die Y. AG erwähne, richte sie sich auch an die Z. AG, da diese ebenfalls das abschlägig beantwortete Gesuch eingereicht hatte. Ferner habe die Wettbewerbskommission mit dem Nichteintreten auf das Gesuch und der Ablehnung, einen Anspruch auf Feststellung der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung anzuerkennen, ausserhalb des Untersuchungsverfahrens in der Sache entschieden und damit einen anfechtbaren Endentscheid getroffen. Denn mit der Meldemöglichkeit sei eine neue Verfahrensart eingeführt worden, die hinsichtlich des Sanktionsrisi-

kos Rechtssicherheit schaffen soll, indem - im Unterschied zur Untersuchung, wo die kartellrechtliche Zulässigkeit des untersuchten Verhaltens zur Diskussion stehe - einzig zu prüfen sei, ob ihrer form- und fristgerecht erstatteten Meldung sanktionsbefreiende Wirkung zukomme. Dürfte dies nur im Rahmen einer Vorabklärung oder Untersuchung beurteilt werden, so wären meldende Unternehmen einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Denn es stehe im Ermessen der Wettbewerbskommission, solche Verfahren zu eröffnen, ohne dass Dritte darauf einen Anspruch hätten. Nur eine unabhängig davon zu erlassende Feststellungsverfügung vermöge Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit zu verschaffen. Auch die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schliesse ein solches Vorgehen nicht aus, da lediglich im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen andere Verfahrenstypen neben der Vorabklärung und der Untersuchung ausgeschlossen seien. Selbst wenn die angefochtene Verfügung als Zwischenverfügung aufzufassen wäre, würde diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, da bei einer Ablehnung der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung mit einer ausserordentlich hohen Busse zu rechnen wäre. Vermeidbar sei das Bussenrisiko nur bei vollständiger Änderung oder Einstellung des untersuchten Verhaltens vor dem 31. März 2005.

Angesichts des "enorm hohen Bussenrahmens" und der Berücksichtigung der Dauer von Wettbewerbsbeschränkungen bei der Bussenbemessung fordern die Beschwerdeführerinnen einen unverzüglichen Beschwerdeentscheid vor Ablauf der Übergangsfrist, da sie ansonsten bereits entscheiden müssten, ob sie ihr Verhalten angesichts drohender Sanktionen anpassen sollten, bevor über deren Legitimität rechtskräftig entschieden wäre. Angesichts des feststehenden Standpunktes der Wettbewerbskommission habe die Beschwerdeinstanz bei einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung von einer Rückweisung abzusehen und in der Sache selbst zu entscheiden.

Des Weiteren beklagen die Beschwerdeführerinnen, sie benötigten sechs Monate zur Verhaltensänderung, da Verträge aufgelöst und neu verhandelt werden müssten. Indessen verunmögliche die Rechtsverzögerung der Wettbewerbskommission einen rechtskräftigen Entscheid sechs Monate vor Ablauf der Übergangsfrist. Deswegen seien sie im Falle der Abweisung der materiellen Anträge im Lichte von Treu und Glauben und dem Verhältnismässigkeitsprinzip darauf angewiesen, dass ihnen eine Anpassungsfrist von mindestens sechs Monaten ab rechtskräftigem Entscheid eingeräumt werde, um ihr möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten aufgeben zu können.

Zur Sache machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die verweigernde Haltung der Wettbewerbskommission verletze Bundesrecht, da sie nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz Anspruch auf Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung hätten. Das dafür erforderliche schutzwürdige Interesse sei gegeben. Ohne Feststellungsverfügung würden sie Gefahr laufen, nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen. Die Wettbewerbskommission habe mit ihrer - dem klaren Wortlaut der Übergangsbestimmung widersprechenden - Auslegung eine grosse Rechtsunsicherheit geschaffen. Diese Auffassung zwinge sie, ihr Verhalten bis spätestens 31. März 2005 anzupassen, da sie sonst Gefahr liefen, eine hohe Busse bezahlen zu müssen. Angesichts der Rechtsunsicherheit wären sie gezwungen, einen zentralen Bereich ihrer Geschäftstätigkeit per 31. März 2005 grundlegend umzugestalten, obwohl sich im Rechtsmittelverfahren die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung vom 7. April 2004 zeigen könnte. Somit würden sie Gefahr laufen, grundlos eine nachteilige Umgestaltung ihrer Geschäftstätigkeit vorzunehmen. Gemäss Bundesgericht bestehe ein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung, wenn bei einer Fortsetzung des Verhaltens Strafen drohten. Ein analoger Sachverhalt sei auch hier gegeben, da die kartellgesetzlichen Sanktionen Strafcharakter hätten. Die Meldemöglichkeit sei das Instrument der Unternehmen, um betreffend Sanktionen Rechtssicherheit zu erhalten und solche zu vermeiden. Darauf ziele auch die eingereichte Meldung ab. Angesichts des hohen Bussenrahmens wäre es unzumutbar, eine entsprechende Verfügung abzuwarten und erst dann die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung gerichtlich überprüfen zu lassen, zumal eine allfällige Sanktion bei langer Dauer der Untersuchung erhöht würde. Ferner anerkenne die Wettbewerbskommission bei unklaren kartellrechtlichen Bestimmungen einen Anspruch auf eine Feststellungsverfügung. Ein solcher werde auch von der Lehre bejaht, wenn eine Meldung nicht entgegengenommen werde oder ihr die sanktionsbefreiende Wirkung abgesprochen werde. Ferner erachten die Beschwerdeführerinnen ihr Interesse an einer Feststellungsverfügung als aktuell und unmittelbar. Denn bei einer allfälligen Aberkennung der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung müssten sie umgehend mit Anpassungen beginnen, um wenigstens noch die Höhe einer möglichen Sanktion beeinflussen zu können. Ferner sei ihr Interesse auch konkret und individuell, indem nur in Bezug auf den gemeldeten Sachverhalt festzustellen sei, ob allenfalls unzulässiges Verhalten wegen der Meldung nicht sanktionierbar sei. Demgegenüber hätte die Auffassung der Wettbewerbskommission, wonach die festzustellenden Rechte und Pflichten nicht hinreichend konkretisiert seien, die absurde Konsequenz, dass ein ausreichendes Feststellungsinteresse immer erst nach Verhängung einer Busse vorläge.

Auch die Subsidiarität der Feststellungsverfügung stehe hier einer solchen nicht entgegen, da die Untersuchung wie auch das Feststellungsverfahren getrennte Verfahren mit unterschiedlichem Gegenstand seien. In der Untersuchung sei die Frage der Zulässigkeit des untersuchten Verhaltens zu prüfen, im Feststellungsverfahren die sanktionsbefreiende Wirkung der Meldung. Eine Beurteilung dieser Frage erst bei Abschluss der Untersuchung zuzulassen, würde den mit der Meldung verfolgten Gesetzeszweck der Schaffung von Rechtssicherheit vereiteln, indem während Monaten oder gar Jahren Rechtsunsicherheit herrschen würde. Da aufgrund der Zeitverhältnisse ein Endent-

scheid in der Hauptsache bis 31. März 2005 kaum zu erwarten sei, könnten damit auch ihre schutzwürdigen Interessen nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden, wie dies die bundesgerichtliche Rechtsprechung voraussetze. Ausserdem hätte die durch die drohenden Sanktionen erzwungene Anpassung des Verhaltens die Einstellung der Untersuchung wegen Gegenstandslosigkeit zur Folge, was eine rechtsmittelmässige Prüfung der hier strittigen sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung verunmöglichen würde. Da selbst eine Einstellung der Untersuchung die Wettbewerbskommission nicht daran hindern würde, den gemeldeten Sachverhalt zum Gegenstand eines späteren Verfahrens zu machen, müsse unabhängig vom Ausgang der laufenden Untersuchung Klarheit bestehen, ob der gemeldete Sachverhalt inskünftig sanktioniert werden könnte.

Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen, die Auffassung in der angefochtenen Verfügung, wonach die strittige Meldung nicht sanktionsbefreiend sei, weil deren Gegenstand gegenwärtig untersucht werde, gehe von der unzutreffenden These aus, der Gesetzgeber habe die Meldemöglichkeit lediglich zur Klärung der Rechtslage ausserhalb hängiger Verfahren schaffen wollen. Vielmehr sei nach grammatikalischer Auslegung der Übergangsbestimmung nicht ersichtlich, weshalb nur der Wettbewerbskommission unbekannte Sachverhalte oder solche, die nicht Gegenstand eines laufenden Verfahrens seien, gemeldet werden könnten. Nach dem Wortlaut der Übergangsbestimmung seien Meldung und Auflösung gleichwertige Alternativen mit gleicher Rechtsfolge (Sanktionsbefreiung). Das von der Wettbewerbskommission postulierte Erfordernis der "Unbekanntheit" ergebe sich nicht aus der lexikalischen Bedeutung des Wortes "melden". Diese betone den förmlichen Charakter der Meldung, ohne dass deren Inhalt dem Empfänger unbekannt sein müsste. So lehne die herrschende Lehre die Auslegung der Wettbewerbskommission mehrheitlich ab. Mit dem Kriterium der "Unbekanntheit" würden jene Unternehmen, welche bisher ihre Wettbewerbsbeschränkungen hätten verheimlichen können, vor denjenigen privilegiert, welche der Wettbewerbskommission Auskunft erteilt hätten. Es sei kein gesetzgeberisches Versehen, dass nach dem klaren Wortlaut der Übergangsbestimmung alle Meldungen zugelassen seien und daher bestehende Wettbewerbsbeschränkungen anders zu behandeln seien als neue.

Vom klaren Wortlaut dürfe nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn beispielsweise triftige Gründe zeigten, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Dies sei hier auch gemäss historischer Auslegung nicht der Fall. Die Gegenauffassung von WALTER A. STOFFEL, wonach der Gesetzgeber offensichtlich kein System habe erlassen wollen, das den Parteien erlauben würde, mit Hilfe einer einfachen Meldung ihr Verhalten den Sanktionen dauerhaft und ungeachtet der Rechtmässigkeit zu entziehen, sei durch Gesetzesmaterialien nicht belegt und missverständlich. Denn es werde unterstellt, Unternehmen könnten mit einer einfachen Meldung ihr kartellrechtswidriges Verhalten beliebig lange fortsetzen, was aber nicht zutreffe. Die Wettbewerbskommission könne das gemeldete Verhalten jederzeit (unter Umständen auch mit vorsorglichen Massnahmen) untersagen, wobei ein allfälliger Verstoss gegen dieses Verbot sanktionierbar wäre. Insofern könne kartellrechtswidriges Verhalten auch mit einer Meldung nicht der gesetzlichen Sanktionsordnung entzogen werden. Der Zweck der Übergangsbestimmung sei klar. Im Gegenzug zur Einführung der drastischen Sanktionen sollte zu Gunsten der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für alle bereits bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen werden, ohne aber in bestimmten Fällen nur deren Auflösung zuzulassen. So habe der Gesetzgeber die vom Bundesrat vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs auf zwölf Monate verlängert. Hätte der Gesetzgeber bekannte Sachverhalte oder laufende Verfahren vom Melderecht ausnehmen wollen, dann hätte er die Übergangsbestimmung ohne weiteres entsprechend präzisieren können. Auch der Verzicht auf Statuierung einer übergangsrechtlichen Sonderregelung für laufende Verfahren zeige, dass hier dieselbe Regelung wie für unbekannte Sachverhalte gelte. Ferner habe der Gesetzgeber für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kein Widerspruchsverfahren vorgesehen, was sachgerecht sei, da die Unternehmen ihre Investitionen getätigt hätten. Der Gesetzgeber habe es für unzumutbar gehalten, diese Unternehmen mit einem Widerspruchsverfahren einem Sanktionsrisiko auszusetzen. Die restriktive Auslegung der Wettbewerbskommission missachte den Willen des Gesetzgebers und zwinge sie (die Beschwerdeführerinnen) - angesichts der hohen Bussen - das untersuchte Verhalten aufzugeben, was faktisch einem Verbot gleichkomme.

Auch eine systematische, verfassungskonforme Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit müssten die Normadressaten die Möglichkeit haben, mit einer Meldung das Sanktionsrisiko zu beseitigen, um nicht angesichts der Sanktionsdrohung gezwungen zu sein, unverhältnismässige Anpassungen ihrer Geschäftstätigkeit vorzunehmen. Indes verunmögliche das Kriterium der "Unbekanntheit" die verfassungsrechtlich gebotene Risikominimierung, was umso bedenklicher sei, als die Wettbewerbskommission alles, was Gegenstand formeller oder informeller Abklärungen gewesen sei, als bekannt erachte. Damit werde den Unternehmen eine der beiden gleichwertig zur Verfügung gestellten Alternativen zur Sanktionsbefreiung weggenommen, was die Aufgabe des möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltens nahe lege, obschon sich gewisse Punkte als zulässig erweisen könnten. Da der Gesetzgeber den Unternehmen habe ermöglichen wollen, für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen das Risiko direkter Sanktionen mit einer fristgerechten Meldung zu beseitigen, stelle die unterschiedliche Behandlung von bekannten und unbekannten Sachverhalten eine unzulässige Ungleichbehandlung dar, was den Rechtsgleichheitsgrundsatz verletze. Ausserdem wären nach diesem Grundsatz im Lichte des Zwecks des Kartellgesetzes auch Fälle gleich zu be-

handeln, von denen eine vergleichbare Gefahr für den Wettbewerb ausgehen. So sei der wirksame Wettbewerb bei Wettbewerbsbeschränkungen, welche der Wettbewerbskommission bekannt seien, nicht stärker gefährdet als bei noch unbekannten. Da von letztgenannten deutlich grössere Gefahren für den wirksamen Wettbewerb ausgingen, weil die Wettbewerbskommission nicht sofort handeln könne, verstiesse es gegen das Rechtsgleichheitsgebot, bereits bekannte Wettbewerbsbeschränkungen schlechter zu stellen. Angesichts der in vergangenen Jahren zahlreich durchgeführten (und in der Folge eingestellten) Marktbeobachtungen und Vorabklärungen müssten die davon betroffenen Unternehmen damit rechnen, dass der gleiche Sachverhalt später als kartellrechtswidrig beurteilt werden könnte. Deshalb bestünde ein legitimes Interesse, die Rechtsunsicherheit betreffend Sanktionen mit einer Meldung zu beseitigen.

Dieses Ergebnis werde auch von einer teleologischen Auslegung gestützt, welche der teleologischen Reduktion der Wettbewerbskommission entgegenstehe. Nach den Materialien bezwecke die Meldemöglichkeit die Schaffung von Rechtssicherheit und nicht die Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen. Dafür sei die Bonusregelung vorgesehen. Die Sanktionsbefreiung (als Rechtsfolge der Meldung) sei auch nicht eine Gegenleistung für die gelieferten Informationen, sondern das Mittel, um ausreichende Rechtssicherheit zu schaffen. Laut bundesrätlicher Botschaft solle mit der Meldemöglichkeit vermieden werden, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehleinschätzung ihres Verhaltens tragen müssten. Mit ihrem Vorgehen überlasse die Wettbewerbskommission die Beurteilung, ob mit einer Wettbewerbsbeschränkung ein Sanktionsrisiko verbunden sei, allein den Unternehmen. Ein solches Abschieben der Verantwortung auf die Unternehmen wie auch das damit verbundene Risiko einer Fehlbeurteilung sei aber gemäss Gutachten RHINOW/GUROVITS verfassungswidrig. Genau dies habe der Gesetzgeber mit der Meldemöglichkeit verhindern wollen, denn das Kartellgesetz bezwecke den Schutz des wirksamen Wettbewerbs und nicht eine Sanktionierung von Unternehmen.

Werde folglich eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung während der Übergangsfrist gemeldet, entfalle deren Sanktionierbarkeit. Indessen könne man sich fragen, ob in laufenden Verfahren eine Meldung zur Sanktionsbefreiung überhaupt notwendig wäre oder ob diese nicht automatisch eintreten müsste.

C. Am 20. Dezember 2004 liess sich die Wettbewerbskommission zur Verwaltungsbeschwerde mit dem Antrag vernehmen, diese abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Vorinstanz hält zu den Rügen der Beschwerdeführerinnen im Einzelnen fest, auf deren Gesuch sei nicht einzutreten gewesen, weil die hängige Untersuchung gegebenenfalls in eine Prüfung der direkten Sanktionierbarkeit des untersuchten Verhaltens münden könne und Feststellungsverfügungen subsidiär seien. Ferner sei die angefochtene Verfügung als Zwischenverfügung hier mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht selbstständig anfechtbar. Denn gegenwärtig könne keine definitive Aussage über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des untersuchten Sachverhalts gemacht werden, weshalb auch nicht feststehe, ob gegenüber den Beschwerdeführerinnen überhaupt Sanktionen verhängt werden dürften. Angesichts dieser Ungewissheit könne die Frage der direkten Sanktionierbarkeit nicht in einem eigenständigen Verfahren beurteilt werden. Bereits deshalb sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Ferner sei nach dem anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetz eine gesetzliche Frist nicht verlängerbar, mithin könne die beantragte sechsmonatige Nachfrist "ab dem rechtskräftigen Entscheid zur Aufgabe des möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltens" nicht eingeräumt werden. Selbst wenn eine Nachfrist zulässig sein sollte, wäre sie nicht gerechtfertigt, nachdem die Beschwerdeführerinnen spätestens seit dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 wissen (müssten), dass nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist gewisse unzulässige Verhaltensweisen direkt sanktionierbar seien. Seit diesem Zeitpunkt hätten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gehabt, ihr Verhalten anzupassen. Die Beschwerdeführerinnen seien am 13. April 2004 (wie auch in der angefochtenen Verfügung nochmals) informiert worden, dass eine Meldung mit sanktionsbefreiender Wirkung für hängige Verfahren ausgeschlossen sei und nur die rechtzeitige Auflösung des untersuchten Verhaltens die Gefahr von Sanktionen abwenden könne.

Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, erwiese sich die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen als unhaltbar. Die hier zur Diskussion stehende Meldung gemäss Übergangsbestimmung (für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen) sei von der Meldung von geplanten (noch keine Wirkungen entfaltenden) Wettbewerbsbeschränkungen, die dem Widerspruchsverfahren unterstehen, zu unterscheiden. Die untersuchten Praktiken der Beschwerdeführerinnen hätten sich vor dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes zugetragen und seien, weil sie noch andauerten, als Dauersachverhalt einer unechten Rückwirkung zugänglich. Insofern gelte die neue Sanktionsregelung ab Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen und damit auch für Unternehmen, gegen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens eine kartellrechtliche Untersuchung hängig sei. Daran ändere die Übergangsbestimmung nichts. Nach deren Sinn und Zweck sei nicht einzusehen, weshalb ein Unternehmen, gegen das eine Untersuchung laufe, lediglich gestützt auf eine förmliche Mitteilung ("Meldung") des bereits bekannten Sachverhalts, aber ohne anderweitige Leistung, von der direkten Sanktionierbarkeit befreit werden sollte. Da eine solche Meldung ohne nennenswerten Aufwand erbracht werden könne, beziehungsweise ein Beharren auf einer solchen Meldung überspitzt formalistisch wäre, wären sämtliche Unternehmen, gegen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der jüngsten Kartellgesetzrevision kartellrechtlich ermittelt werde, von direkten Sanktionen ausgenommen. Dies jedoch habe der Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Vielmehr sei diesfalls zu fordern,

dass die untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen bis 31. März 2005 aufgelöst werden und danach die kartellgesetzlich vorgesehene Sanktionsordnung greife. Mit "Auflösung" sei die Herstellung von Wettbewerbskonformität gemeint. Wie diese jeweils konkret zu erreichen sei, hätten die betroffenen Unternehmen im Rahmen einer Risikoanalyse und -abwägung grundsätzlich selbst - oder nach Rücksprache mit den Wettbewerbsbehörden - zu entscheiden. Unabhängig davon, ob ein Unternehmen von einem kartellrechtlichen Verfahren betroffen sei, müsse es das Risiko, sich allenfalls unzulässig zu verhalten und dafür mit Sanktionen belegt zu werden, selbst tragen. Das gelte auch für die Beschwerdeführerinnen. Deshalb müssten sie die Verantwortung für ihre Schritte auch selbst übernehmen, da sie in Kenntnis der Marktverhältnisse beurteilen könnten, ob ihr Verhalten wettbewerbskonform sei. Auch die Übergangsbestimmung könne hier keine absolute Rechtssicherheit schaffen. Da die kartellrechtliche Beurteilung stets eine eingehende Prüfung des Sachverhalts voraussetze, sei die materielle Rechtslage im Zeitpunkt einer "Meldung" nie klar.

Was als "bekannt" anzusehen sei, brauche hier nicht abschliessend beurteilt zu werden, da der gemeldete Sachverhalt als Gegenstand einer Untersuchung zweifellos bekannt sei. Würde eine Untersuchung eingestellt, wären die Parteien hinsichtlich des Sachverhalts in ihrem Vertrauen in das behördliche Verhalten zu schützen. Folglich würde ohne Änderung des Sachverhalts kein neues Verfahren eröffnet, weshalb sich insofern die Frage direkter Sanktionen nicht stellen könnte.

Die Beschwerdeführerinnen, welche um die Verschärfung der Gesetzesordnung ab 1. April 2004 gewusst und keine anders lautenden Zusagen der Wettbewerbsbehörde erhalten hätten, könnten aus der Übergangsbestimmung kein "wohlerworbenes Recht" ableiten, von direkten Sanktionen dauerhaft befreit zu sein. Schliesslich habe ihre Auslegung der Übergangsbestimmung keine unzulässigen Rechtsungleichheiten zur Folge. Die Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden läge allgemein im Interesse der Unternehmen, auch wenn diese gesetzlich zur Auskunft verpflichtet seien. Dennoch hätten bis zum Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kaum jemals durch Hinweise von daran beteiligten Unternehmen aufgedeckt werden können. Auch im vorliegenden Fall hätten die Beschwerdeführerinnen von sich aus nichts zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung beigetragen. In der Regel hätten die Behörden von Wettbewerbsbeschränkungen entweder nach eigenen Interventionen oder durch Anzeigen Dritter erfahren. Wer Wettbewerbsbeschränkungen "verheimliche", trage das Risiko und die Konsequenzen einer Aufdeckung. Inwiefern kooperationswillige gegenüber nicht kooperationswilligen Unternehmen ungleich behandelt werden, sei nicht ersichtlich. Vielmehr würden unter vergleichbaren Umständen alle Unternehmen gleich behandelt.

D. Mit Schreiben vom 31. Januar 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die vorstehend genannten und weitere Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Nichteintretensentscheid der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in Erw. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung. Sie sind somit nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. nachfolgende Erw. 3.1).

Die Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 21, 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. zu den Eintretensvoraussetzungen auch: BGE 129 V 289 E. 3.3, m.w.H.).

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251; Art. 1) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

Nach Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Nach Absatz 3 von Artikel 5 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: (a) Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; (b) Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; (c) Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen ver-

schiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

Nach Artikel 7 Absatz 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. Nach dessen Absatz 2 fallen als solche Verhaltensweisen insbesondere in Betracht: (a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre); (b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen; (d) die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (e) die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung; (f) die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG).

Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Das Sekretariat kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. Art. 26 KG).

Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Artikel 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Absatz 1 vorsieht:

> "Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG; sog. "Bonusregelung").

Nach Absatz 3 von Artikel 49a KG entfällt diese Belastung insbesondere, wenn:

> "a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;"

Nach der "Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003" (AS 2004 1389; nachfolgend: Schlussbestimmung) entfällt eine Belastung nach Artikel 49a KG, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Bestimmung gemeldet oder aufgelöst wird.

3. Strittig ist, ob die Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zur Frage haben, ob ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung darstellt (mit der Folge, dass eine Belastung mit Sanktionen nach Artikel 49a KG entfallen würde).

Wäre die Vorinstanz auf die Anträge der Beschwerdeführerinnen zu Unrecht nicht eingetreten, wäre die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und entweder die Sache zum Erlass einer Feststellungsverfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen oder aber durch einen Feststellungsentscheid der Beschwerdeinstanz zu ersetzen. Andernfalls wäre die Beschwerde abzuweisen (vgl. BGE 129 V 289 E. 3 ff.; Art. 61 Abs. 1 VwVG).

3.1. Im vorliegenden Fall verneint die Wettbewerbskommission nicht nur das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerinnen am nachgesuchten Feststellungsentscheid, sondern sie erachtet sich angesichts der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als nicht berechtigt, die strittige Rechtsfrage im Rahmen einer Untersuchung nach Artikel 27 ff. KG mit einer Feststellungsverfügung zu klären. Die Vorinstanz ist der Meinung, die anwendbare Schlussbestimmung sehe kein "spezielles Verfahren" vor, um Rechtsfragen betreffend Meldung ausserhalb eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens verfügungsweise zu beantworten.

Die Vorinstanz übersieht jedoch, dass nach Artikel 25 Absatz 1 VwVG die ***in der Sache zuständige Behörde*** über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten ***von Amtes wegen*** oder ***auf Begehren*** eine Feststellungsverfügung treffen kann. Nach herrschender Meinung darf die zuständige Behörde unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung in ihrem Kompetenzbereich feststellende Verfügungen erlassen (BGE 121 II 473 E. 3; 108 Ib 540 E. 4; BGE v. 6.11.1998 E. 3a, publi-

ziert in: ZBl 9/2000, S. 471 ff.; ATTILIO R. GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 295, mit weiteren Verweisen; vgl. für den Bereich des Kartellrechts: PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: SIWR V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 437, insbes. 478 ff.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 188 ff., insbes. S. 190 ff.).

Im Unterschied zu den im KG abschliessend vorgesehenen Verfahren, welche der ***Untersuchung*** von Wettbewerbsbeschränkungen dienen (Art. 26 ff. KG), ist Gegenstand des hier strittigen ***Feststellungsverfahrens*** nicht die Zulässigkeit der untersuchten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, sondern einzig die Frage, ob ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung darstellt (vgl. Beschwerdeantrag 4), die nach Artikel 49a KG Sanktionen entfallen liesse. Diese Fragestellung wäre bei gegebenem ***Feststellungsinteresse*** grundsätzlich feststellungsfähig (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG, vgl. nachfolgende Erw. 3.2 ff.). Das im Beschwerdeantrag 5 formulierte Begehren stellt die gesetzliche Folge einer allfälligen Feststellungsverfügung zum Antrag 4 dar und könnte nur insofern eine selbstständige Bedeutung haben (und damit auch die selbstständige Bedeutung des Beschwerdeantrags 4 verdrängen), als eine ***unbedingte*** und ***dauerhafte*** Sanktionsbefreiung zwischen den Parteien strittig wäre. Indessen will die Vorinstanz bereits das Schreiben vom 7. April 2004 nicht als Meldung im Sinne der Schlussbestimmung gelten lassen, weshalb sie sich zur Frage der Dauer einer allfälligen Sanktionsbefreiung (bzw. eines allfälligen "Wiederauflebens" der Sanktionierbarkeit) nicht ausgesprochen hat. Somit steht hier der Beschwerdeantrag 4 im Vordergrund (vgl. zu Ziff. 5 der Rechtsbegehren auch Erw. 4.9 hienach).

Angesichts der unterschiedlichen Fragestellung und Tragweite eines allfälligen Feststellungsverfahrens steht die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (vgl. REKO/WEF FB/2003-15 E. 1.2.2, publiziert in: RPW 2004/2, S. 625; vgl. auch: HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrensrecht, AJP 7/99, S. 837 ff.) einem solchen nicht von vornherein entgegen, sofern die Voraussetzungen von Artikel 25 VwVG erfüllt sind (vgl. insbesondere: ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für YVO HANGARTNER, St. Gallen 1998, S. 229 ff., insbes. S. 242; URS GUENG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 Vw[V]G, SJZ 67/1971, S. 369 ff.).

Schliesslich stellt die angefochtene Verfügung entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Zwischenverfügung gemäss Artikel 45 VwVG dar, da sie in einem eigenständigen Verfahren gestützt auf Artikel 25 VwVG erlassen wurde und auch keinen Schritt auf dem Weg zur Erledigung der gegenwärtig hängigen Untersuchung darstellt, wie dies bei Zwischenverfügungen (z.B. Anordnungen über den Ausstand, Beweismassnahmen, vorsorglichen Massnahmen, unentgeltliche Rechtspflege oder Akteneinsicht) der Fall wäre (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 189, Rz. 981; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 140 f.).

3.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt das in Artikel 25 VwVG vorgesehene Instrument der Feststellungsverfügung, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine ***Rechtslage*** zu erteilen (BGE 129 III 503 E. 3.5, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung). Von Stellungnahmen und einfachen behördlichen Auskünften, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes Rechtsfolgen gegenüber Behörden auslösen, unterscheidet sich die Feststellungsverfügung dadurch, dass sie als förmliche Verfügung ***auf dem Rechtsmittelweg angefochten*** werden kann und die erlassende Behörde bindet, sofern sie einer gestaltenden Verfügung vorausgeht (BGE 129 III 503 E. 3.5, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung; vgl. auch: BEATRICE WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBl 6/2002, S. 281 ff.).

3.2.1. Nach Artikel 25 Absatz 2 VwVG ist einem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (BGE 129 V 289 E. 2.1; 129 III 503 E. 3.6; 128 II 156 E. 4b; 127 II 323 E. 5; 126 II 514 E. 3; 126 II 300 E. 1c; 123 II 402 E. 4b/aa, je m.w.H.). Fehlt hingegen das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (BGE 129 V 289 E. 2.3; 108 Ib 540 E. 3 und 4/c; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 62, S. 227).

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BGE v. 24. 2. 2004 i. S. I. E. 1.2, C 101/03, publiziert in: ARV 2004, S. 186 ff.; 121 V 311 E. 4a; 120 Ib 351 E. 3b; 114 V 201 E. 2c; 108 Ib 540 E. 3, je mit Hinweisen). Die Feststellung muss sich auf eine individuelle, konkrete Rechtslage (nicht Tatsachen) beziehen, was die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen ausschliesst (BGE 108 Ib 540 E. 3; 126 II 300 E. 2c; 123 II 16 E. 2b; BGE v. 6. 11. 1998 E. 1c, publiziert in: ZBl 9/2000, S. 471 ff.). Weiter wird vorausgesetzt, dass dieses schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung: BGE 129 V 289 E. 2.1; 126 II 300 E. 1c; 123 II 402 E. 4b/aa; 117 Ib 441 E. 2b ff.; 108 Ib 540 E. 3; REKO/WEF 98/FB-003 E. 1.3, publiziert in: RPW 1999/3, S. 503, mit Hinweisen; REKO/EVD 93/6H-001 E. 3, publiziert in: VPB 60.57; ANDREAS KLEY, a.a.O., S. 239, S. 241 u. S. 243 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., N 62, S. 227; URS GUENG, a.a.O., S. 373). Insofern besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (BGE v.

6.11.1998 E. 3a, publiziert in: ZBl 9/2000, S. 471 ff., m.w.H.).

3.2.2. Als schutzwürdiges Interesse fällt namentlich in Betracht, ob der Gesuchsteller bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (BGE 108 Ib 540 E. 3; ANDREAS KLEY, a.a.O., S. 237 f.; URS GUENG, a. a. O., S. 373 ff.). So erachtete es das Bundesgericht nicht als zulässig, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die richterliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte (BGE 97 I 852 E. 3b; ANDREAS KLEY, a.a.O., FN 28, S. 233).

3.3. Im Lichte dieser Rechtsprechung vermag die Auffassung der Wettbewerbskommission nicht zu überzeugen.

3.3.1. Es ist unbestritten und wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht auch nicht in Frage gestellt, dass die am 1. April 2004 in Kraft gesetzten direkten Sanktionen nach Artikel 49a KG ***grundsätzlich*** auch die Beschwerdeführerinnen treffen könnten, gegen die seit dem 16. Februar 2004 eine kartellrechtliche Untersuchung hängig ist.

Indessen ist zwischen den Parteien der Sinn und Zweck der Schlussbestimmung umstritten, wobei die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung darstelle, welche allfällige Sanktionen für das untersuchte Verhalten entfallen lasse.

Die Schlussbestimmung -

> "Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung" -

wird in der Lehre ***entgegengesetzt*** ausgelegt, wie die bisher geführte Kontroverse zeigt (vgl. WALTER A. STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts - Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren, in: WALTER A. STOFFEL/ROGER ZÄCH [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen Zürich 2004, S. 2 ff.; a.M.: IRENE KLAUER, Die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung?, sic! 9/2004, S. 709 ff. sowie RETO JACOBS, Sanktionen vermeiden - Meldung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Jusletter vom 27.9.2004).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die sich der Lehrmeinung ihres Präsidenten angeschlossen hat, ist die konkrete Rechtslage, welche mit der nachgesuchten Feststellungsverfügung geklärt werden soll, nicht hinreichend klar, weshalb das schutzwürdige Interesse nicht bereits wegen "fehlender Unklarheit der Rechtslage" zu verneinen wäre (vgl. URS GUENG, a.a.O., S. 372).

Insofern erwiese sich hier die Feststellungsverfügung - bei gegebenem schutzwürdigem Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) - als geeignetes Instrument, um den Beschwerdeführerinnen die von ihnen angestrebte ***Rechtssicherheit*** für ihre unternehmerische Risikoanalyse zu vermitteln (vgl. zur Problematik der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit direkten Sanktionen: Botschaft des Bundesrates vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl ***2002*** 2022, Ziff. 2.1.6, S. 2039 sowie Ziff. 2.1.8, S. 2041 f.; vgl. zur Rechtssicherheit im Allgemeinen: PETER GAUCH, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung, ZSR 2000/1, Ziff. 14/c, S. 18 f. sowie GUNTHER ARZT, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, recht 2001/5, S. 166 ff.).

3.3.2. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission hätten die Beschwerdeführerinnen ab 1. April 2004 damit zu rechnen, dass das untersuchte Verhalten dereinst als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (i.S. von Art. 7 KG) qualifiziert, verboten und zusätzlich nach Artikel 49a Absatz 1 KG ***direkt*** mit Sanktionen belegt werden ***könnte***, sofern es nicht vor dem 1. April 2005 aufgelöst würde. Demgegenüber wollen die Beschwerdeführerinnen das untersuchte Verhalten, das sie für rechtmässig halten, weiterführen, zumal sie ihr Schreiben vom 7. April 2004 für "sanktionsbefreiend" erachten.

Die gegenteilige, nicht mit Verfügung festgehaltene Auffassung der Vorinstanz stürzt die Beschwerdeführerinnen - wie sie zu Recht bemängeln - in eine nicht leicht wiegende Rechtsunsicherheit und eröffnet ihnen grundsätzlich nur die Wahl, entweder das untersuchte Verhalten - unter Inkaufnahme eines (potenziell beträchtlichen) Sanktions***risikos*** - weiterzuführen oder aber bis 31. März 2005 aufzugeben, wenn sie dieses Risiko vollständig ausschliessen möchten. Ausserdem steht den Beschwerdeführerinnen auch der Weg offen, das untersuchte Verhalten nach dem 1. April 2005 aufzugeben, was bei einer Weiterführung der Untersuchung zur Verminderung (oder bei deren Einstellung zum Wegfall) von Sanktionen führen könnte. Sofern die Beschwerdeführerinnen diesen Weg wählen sollten, laufen sie indessen mit einem vorzeitigen Verzicht auf das untersuchte Verhalten Gefahr, eine nachteilige (allenfalls ungerechtfertigte) Umgestaltung ihrer Geschäftstätigkeit vorzunehmen, ohne dass feststünde, ob beziehungsweise inwieweit das untersuchte Verhalten kartellgesetzlich unzulässig war.

Die Wettbewerbskommission verneint ein Feststellungsinteresse unter anderem mit dem Einwand, ein Unternehmen müsse - unabhängig davon, ob es von einem kartellrechtlichen Verfahren betroffen sei - das ***Risiko***, wegen kartellgesetzwidrigem Verhalten sanktioniert zu werden, grundsätzlich selbst tragen. Sinngemäss nimmt die Vorinstanz an, die Gefahr kartellgesetzlicher Sanktionierung gehöre zum ***zumutbaren*** Risikokalkül aller Unternehmen, welche - ähnlich wie die Beschwerdeführerinnen - über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügten und sich - im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs - bei ihrem Marktauftritt mit den von Artikel 7 KG gesetzten Schranken zulässigen Verhaltens auseinandersetzen müssten

(vgl. auch: Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.1.8, S. 2041 betr. Art. 7 Abs. 2 KG).

Die Vorinstanz übersieht jedoch die besondere Problematik, welche bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu beobachten ist. Die untersuchten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen betreffen bestehende, ***nur möglicherweise*** unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 7 KG. Indessen enthält dieser Artikel kein analytisches Konzept, um zulässige von missbräuchlichen Verhaltensweisen zu trennen (vgl. MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/96, S. 838; vgl. zur sog. "Doppelgesichtigkeit" von Verhaltensweisen: REKO/WEF FB/2002-5 E. 5.3, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406, m.w.H.; gl. M.: ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: SIWR V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 187). Dieser Mangel wird auch nicht durch eine genügend umfangreiche Rechtsprechungspraxis der Vorinstanz zu Artikel 7 KG aufgewogen (zu den Gründen dafür: ROGER ZÄCH, a.a.O., S. 141).

Angesichts der Normunbestimmtheit von Artikel 7 KG und weil es unzumutbar wäre, von den Beschwerdeführerinnen bereits jetzt eine Aufgabe der ***möglicherweise*** kartellrechtlich ***zulässigen*** Wettbewerbsbeschränkungen und damit verbundene weit reichende Umgestaltungen ihrer Geschäftstätigkeit per 31. März 2005 (oder später) zu fordern, haben die Beschwerdeführerinnen in der vorliegenden übergangsrechtlichen Situation ein schützenswertes Interesse, die Rechtsunsicherheit betreffend das strittige Schreiben vom 7. April 2004 zu eliminieren, um damit das Risiko einer kartellrechtlichen Sanktionierung besser abschätzen zu können. Insofern ist den Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich zuzugestehen, die Frage der rechtlichen Tragweite ihres Schreibens vom 7. April 2004 zum Gegenstand eines selbstständigen Feststellungsverfahrens nach Artikel 25 VwVG zu machen (vgl. insbesondere zur verfassungsrechtlich gebotenen verfahrensrechtlichen Kompensation der Unbestimmtheit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG: RENÉ RHINOW/ ANDRÁS A. GUROVITS, Gutachten vom 5. 7. 2001 "über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements [EVD]", publiziert in: RPW 2001/3, S. 592 ff., insbes. S. 611 ff. sowie S. 612 f. betr. "Vorabmeldung", wo vor dem Hintergrund des departementalen Entwurfs, der kein "Widerspruchsverfahren" vorsah, die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen bejaht wird).

Dagegen vermag die blosse Möglichkeit, Auskünfte der Wettbewerbsbehörden zu erhalten, dem Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerinnen nicht zu genügen (a.M. ohne nähere Begründung: WALTER A. STOFFEL, a.a.O., Ziff. II/3b/2, S. 12 sowie III/2c/2, S. 19). Denn mangels Verfügungscharakter wären solche Auskünfte nicht wie Feststellungsverfügungen rechtsmittelmässig anfechtbar. Insofern müsste hier eine unternehmerische Risikoabwägung ohne rechtskräftige Beurteilung der Rechtslage zum Schreiben vom 7. April 2004 auskommen, was die Qualität der Analyse erheblich beeinträchtigen dürfte.

3.3.3. Ebenfalls nicht zu folgen ist der Vorinstanz, soweit sie das Feststellungsinteresse mit Verweis auf die Subsidiarität von Feststellungsverfügungen verneint.

Angesichts der erwähnten materiellrechtlichen Normunbestimmtheit wäre es mit einer ***prospektiven*** Risikoanalyse (und einer daran anknüpfenden Verhaltenssteuerung) - wie sie die Beschwerdeführerinnen hier beanspruchen dürfen - nicht vereinbar, von ihnen zu verlangen, sie sollten erst eine allfällige Verbots- beziehungsweise Sanktionsverfügung abwarten, um dann die Frage zu den Rechtswirkungen ihres Schreibens vom 7. April 2004 gerichtlich überprüfen zu lassen. Auch wenn im gegenwärtigen Zeitpunkt der Ausgang der Untersuchung noch offen ist und deshalb die Unzulässigkeit der untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen nicht feststeht, wäre ein solches Vorgehen den Beschwerdeführerinnen auch im Lichte des in Erwägung 3.2.2 erwähnten, hier sinngemäss anwendbaren BGE 97 I 852 (E. 3b) nicht zuzumuten. Dies auch umso weniger, als sie gegebenenfalls offenbar auch bereit wären, bei fundierter Risikoanalyse das untersuchte Verhalten aufzugeben. Hinzu kommt, dass eine allfällige Sanktion bei langer Dauer der Untersuchung wegen der gleichermassen fortdauernden Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 4 der Verordnung vom 12. 3. 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) möglicherweise zu erhöhen wäre, auch wenn die Parteien die Verlängerung des Untersuchungsverfahrens nicht zu vertreten hätten.

3.3.4. Das Interesse der Beschwerdeführerinnen an der nachgesuchten Feststellungsverfügung ist auch im jetzigen Zeitpunkt noch ***aktuell***.

Zwar müssten die Beschwerdeführerinnen, um - wie sie geltend machen - das Sanktionsrisiko im Sinne der Schlussbestimmung "***ausschalten***" zu können, ihr Verhalten ***vor*** dem 1. April 2005 "auflösen". Demgegenüber räumen sie ein, entsprechende Vorkehren würden sechs Monate in Anspruch nehmen. Infolgedessen könnten die Beschwerdeführerinnen im heutigen Zeitpunkt ihr Verhalten ***nicht vor*** dem 1. April 2005 auflösen, um die behördlich geforderte "Wettbewerbskonformität" herzustellen. Deshalb werden sie zwangsläufig nach Ablauf der Übergangsfrist dem ***Risiko*** einer allfälligen (ab 1. April 2004 wirkenden) Sanktionierung ausgesetzt sein (vgl. Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.3, S. 2047 betr. Art. 27 Abs. 1 KG). Deshalb ***wäre*** im heutigen Zeitpunkt ein aktuelles Feststellungsinteresse, welches ***ausschliesslich*** auf eine "Ausschaltung des Sanktionsrisikos" gerichtet wäre, kaum zu bejahen.

Trotzdem kann den Beschwerdeführerinnen dieser Gesichtspunkt nicht entgegen gehalten werden. Denn auch nach dem 1. April 2005 steht ihnen der Weg offen, gestützt auf eine umfassende Risikoanalyse, deren Tragfähigkeit durch eine verbindliche Beurteilung der Rechtslage betreffend ihre vermeintliche

"Meldung" wesentlich verbessert werden könnte, die untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen aufzugeben, was gegebenenfalls die (sanktionslose) Einstellung der Untersuchung nach sich ziehen könnte (auch wenn eine Weiterführung mit anschliessender Sanktionierung ebenfalls möglich wäre, wobei diesfalls die von der Vorinstanz verursachte Rechtsverzögerung und -verweigerung betreffend Feststellungsverfügung und die damit verbundene Verlängerung des Verfahrens mit Blick auf die "Dauer des unzulässigen Verhaltens" [vgl. Art. 49a Abs. 1 Satz 2 KG] nicht zulasten der Beschwerdeführerinnen berücksichtigt werden dürfte; vgl. Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.3, S. 2047 betr. Art. 27 Abs. 1 KG sowie BEATRICE WEBER-DÜRLER, a.a.O., Ziff. II/G 1 f., S. 305 ff.). Da auch eine nach dem 1. April 2005 in Rechtskraft erwachsende Feststellungsverfügung zur strittigen Rechtslage für die Beschwerdeführerinnen bedeutsam sein wird, kann ihnen ein ***aktuelles*** Interesse an der Klärung der Frage zu ihrem Schreiben vom 7. April 2004 nicht abgesprochen werden.

3.4. Nach dem Gesagten ist den Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit ihrem Schreiben vom 7. April 2004 ein schutzwürdiges Interesse nach Artikel 25 Absatz 2 VwVG und damit der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung zuzubilligen (gl.M.: IRENE KLAUER, a.a.O., Ziff. IV, S. 717 sowie RETO JACOBS, a.a.O., Rz. 34, S. 7).

4. Die Vorinstanz ist zwar zu Unrecht nicht auf die Feststellungsbegehren eingetreten, hat aber gleichzeitig im Eventualstandpunkt die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geprüft und verworfen und sich auch im Rahmen der Vernehmlassung einlässlich dazu geäussert. Deshalb sieht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen formeller Rechtsverweigerung ab, da eine Rückweisung der Streitsache zum Erlass einer Feststellungsverfügung das Verfahren unnütz verlängern würde (BGE v. 6.11.1998 E. 1c, publiziert in: ZBl 9/2000, S. 471 ff.; BGE 118 Ib 26 E. 2b; 105 Ia 115 E. 2; 103 Ia 14 E. 1c; 101 Ia 34 E. 2).

Dementsprechend ist zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission die nachgesuchte Feststellungsverfügung hätte treffen müssen oder ob sie nur verpflichtet gewesen wäre, negativ verfügungsweise festzustellen, dass das besagte Schreiben vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung sei.

4.1. Die Wettbewerbskommission hält das strittige Schreiben der Beschwerdeführerinnen nicht für eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung, welche Sanktionen nach Artikel 49a KG entfallen liesse, weil eine solche den Wettbewerbsbehörden bereits ***bekannte*** Tatsachen nicht beinhalten könne. Das Institut sanktionsbefreiender Meldungen diene im Zusammenhang mit bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen nur der Klärung der Rechtslage ***ausserhalb*** hängiger Verfahren, das heisst lediglich bei noch ***unbekannten*** Sachverhalten.

Dem widersprechen die Beschwerdeführerinnen und halten mit einlässlicher Begründung dafür, der Gesetzgeber habe im Interesse der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für alle bereits bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen, ohne aber in gewissen Fällen nur die Auflösung zuzulassen.

Angesichts der sich widersprechenden Auslegungen der Schlussbestimmung durch die Beschwerdeführerinnen beziehungsweise die Vorinstanz ist nachfolgend deren Sinn und Tragweite zu ermitteln und gleichzeitig auch kurz die neue Sanktionsordnung (Art. 49a KG) zu beleuchten, in welche die Schlussbestimmung eingebettet ist.

4.2. Ausgangspunkt und Gegenstand der Auslegung bildet der vom Gesetzgeber beschlossene und in Übereinstimmung damit amtlich veröffentlichte ***Wortlaut*** des Rechtssatzes (vgl. BGE 122 V 362 E. 4a; 120 V 95 E. 4b, m.w.H.). Hingegen ist die Auslegung nicht an den Sprachsinn des Rechtssatzes oder den Wortsinn seiner Ausdrücke gebunden und ebenso wenig auf den Wortlaut beschränkt. Massgebend ist allein der ***Rechtssinn*** des Rechtssatzes. Ist daher eine Bestimmung trotz ihres scheinbar klaren Wortlautes unklar, so ist nach dem eigentlichen Sinn und Zweck der Norm zu suchen (BGE 122 V 362 E. 4a m.w.H.; VPB 67.98 E. 4, m.w.H.; vgl. zur Auslegung allgemein: ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz. 92 ff.; sowie ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 214 ff.). Dieser ergibt sich in erster Linie aus der Entstehungsgeschichte und dem Willen des Gesetzgebers. Bei der Auslegung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegung zur Anwendung (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 216). Nach herrschender Meinung kommt keiner dieser Auslegungsmethoden ein grundsätzlicher Vorrang zu; das Bundesgericht befolgt vielmehr einen ***pragmatischen Methodenpluralismus*** (BGE 128 I 34 E. 3b; 125 II 206 E. 4a, m.w.H. auf die Rechtsprechung; HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999/5, S. 157 ff.; subtil: PETER GAUCH, Juristisches Denken. Wie denken Juristen?, in: Privatrecht und Methode - Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel 2004, S. 173 ff.). Die Gesetzesmaterialien können als Auslegungshilfe herangezogen werden. Ihre Bedeutung ist unterschiedlich je nach dem, ob es sich um neuere oder ältere Gesetze handelt (BGE 116 II 411 E. 5b, mit Hinweisen; 123 V 290 E. 6a).

4.3. Vorab einer ***grammatikalischen*** Auslegung folgend machen die Beschwerdeführerinnen geltend, das von der Vorinstanz postulierte Erfordernis der "Unbekanntheit" ergebe sich nicht aus der lexikalischen Bedeutung des Wortes "melden", da diese den förmlichen Charakter der Meldung betone, weshalb deren Inhalt dem Empfänger nicht zwingend unbekannt sein müsse. Mit dem Kriterium der "Unbekanntheit" würden jene Unternehmen, welche bisher ihre Wettbewerbsbeschränkungen hätten verheimlichen können, gegenüber denjenigen privilegiert, wel-

che der Wettbewerbskommission Auskunft erteilt hätten. Ferner seien nach dem Wortlaut der Schlussbestimmung Meldung und Auflösung gleichwertige Alternativen mit gleicher Rechtsfolge (Sanktionsbefreiung). Somit sei es kein gesetzgeberisches Versehen, dass nach dem "klaren Wortlaut" der Übergangsbestimmung alle Meldungen zugelassen seien und daher bestehende Wettbewerbsbeschränkungen anders zu behandeln seien als neue.

4.3.1. Den Beschwerdeführerinnen ist zuzugestehen, dass nach dem ***Wortlaut*** der Schlussbestimmung - wonach eine Belastung nach Artikel 49a KG entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Bestimmung "gemeldet oder aufgelöst" wird - neben unbekannten auch bereits den Wettbewerbsbehörden bekannte Wettbewerbsbeschränkungen gemeint sein könnten. Insofern vermag nicht bereits eine wortlautgestützte Auslegung die Tragweite der Schlussbestimmung nur auf den Wettbewerbsbehörden unbekannte Wettbewerbsbeschränkungen einzuschränken, zumal in der Schlussbestimmung keine solche Unterscheidung getroffen wird.

4.3.2. Indessen ist den Beschwerdeführerinnen entgegenzuhalten, dass die lexikalische Bedeutung von "gemeldet" ("annoncée"/"annunciata") zwar in eine Richtung zu weisen scheint, jedoch eine Auslegung der Schlussbestimmung nicht an den lexikalischen Sinn der Worte gebunden ist und daher nicht bereits den Schluss erlaubt, alle "Meldungen" seien damit erfasst, auch wenn der blosse Wortsinn dem nicht entgegenzustehen scheint. Vielmehr ergibt sich der Rechtssinn des in der Schlussbestimmung vorgesehenen Instituts der "Meldung" aus einer wertenden Abwägung der Ergebnisse der in der Erwägung 4.2 erwähnten Auslegungsmethoden (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 80).

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen erscheint der Wortlaut der Schlussbestimmung nicht so klar, wie er auf den ersten Blick den Anschein macht. Denn veranschlagt man die Hintergründe der jüngsten KG-Revision (vgl. nachfolgende Erw. 4.4) und insbesondere den Umstand, dass - laut den Angaben der Vorinstanz - bis zum Inkrafttreten der jüngst erfolgten KG-Revision bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kaum je durch Hinweise beteiligter Unternehmen aufgedeckt werden konnten und die Beschwerdeführerinnen "von sich aus nichts zur Aufdeckung" der (möglicherweise unzulässigen) Wettbewerbsbeschränkungen beigetragen haben, vermag die Forderung auf den ersten Blick zu erstaunen, dass die am 7. April 2004 vorgenommene "Meldung" von Tatsachen, welche seit dem 16. Februar 2004 Gegenstand einer Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG bilden, einen kartellgesetzlichen Sanktionsausschluss rechtfertigen sollte. Insofern scheinen Zweifel, ob der Wortlaut der Schlussbestimmung den wahren Rechtssinn der Bestimmung widerspiegelt, durchaus angebracht.

Auch der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die in der Schlussbestimmung vorgesehenen alternativen Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung (1. "Meldung" bzw. 2. "Auflösung" bestehender Wettbewerbsbeschränkungen) wirft Fragen auf und spricht jedenfalls nicht zwingend für die Auslegung der Beschwerdeführerinnen. Denn es liesse sich - ob zu Recht oder Unrecht bleibe dahingestellt - einwenden, die alternativ vorgesehene Auflösung einer Wettbewerbsbeschränkung würde jeglicher praktischen Tragweite beraubt, wenn eine Sanktionsbefreiung bereits bei einer (rein formalen) "Meldung" bekannter Wettbewerbsbeschränkungen einsetzen würde. Ein Anreiz zur Auflösung liess sich diesfalls in erster Linie nur über vorsorgliche Massnahmen mit gleichzeitiger Sanktionsdrohung für den Fall, dass die Verfügung nicht befolgt würde (vgl. Art. 50 KG), schaffen.

4.3.3. Bereits diese Hinweise zeigen, dass sich die Tragweite der Schlussbestimmung in Bezug auf die Meldefähigkeit bestehender Wettbewerbsbeschränkung nicht bereits aufgrund des Wortlauts eindeutig fassen lässt.

4.4. Des Weiteren berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf eine ***historische*** Auslegung, welche ein Abweichen vom angeblich "klaren Wortlaut" nicht erlaube. Sie rügen, die einzig von WALTER A. STOFFEL vertretene Gegenauffassung, wonach der Gesetzgeber offensichtlich kein System habe erlassen wollen, das den Parteien erlauben würde, mit Hilfe einer einfachen Meldung ihr Verhalten den Sanktionen dauerhaft und ungeachtet der Rechtmässigkeit zu entziehen, sei durch die Gesetzesmaterialien nicht belegt und missverständlich. Denn es werde unterstellt, Unternehmen könnten mit einer einfachen Meldung ihr kartellrechtswidriges Verhalten beliebig lange fortsetzen, was aber nicht zutreffe. Die Wettbewerbskommission könne das gemeldete Verhalten jederzeit (z.B. mit vorsorglichen Massnahmen) untersagen, wobei ein allfälliger Verstoss gegen dieses Verbot sanktionierbar wäre. Somit lasse sich kartellrechtswidriges Verhalten auch mit einer Meldung nicht der gesetzlichen Sanktionsordnung entziehen. Der gesetzgeberische Zweck der Übergangsbestimmung sei klar. Im Gegenzug zur Einführung der drastischen Sanktionen sollte zu Gunsten der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen werden, ohne aber in bestimmten Fällen nur deren Auflösung zuzulassen. So habe der Gesetzgeber die vom Bundesrat vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs auf zwölf Monate verlängert. Hätte der Gesetzgeber bekannte Sachverhalte oder laufende Verfahren vom Melderecht ausnehmen wollen, dann hätte er die Übergangsbestimmung ohne weiteres entsprechend präzisieren können. Auch der Verzicht auf Statuierung einer übergangsrechtlichen Sonderregelung für laufende Verfahren zeige, dass hier dieselbe Regelung wie für unbekannte Sachverhalte gelte. Ferner habe der Gesetzgeber für bestehende Wettbewerbsbeschränkungen kein Widerspruchsverfahren vorgesehen. Dies sei sachgerecht, da die Unternehmen ihre Investitionen getätigt hätten. Der Gesetzgeber habe es für unzumutbar gehalten, diese Unternehmen mit einem Widerspruchsverfahren einem Sanktionsrisiko auszusetzen. Die restriktive Auslegung der Wettbe-

werbskommission missachte den Willen des Gesetzgebers und zwinge sie (die Beschwerdeführerinnen) - angesichts der hohen Bussen - das untersuchte Verhalten aufzugeben, was faktisch einem Verbot gleichkomme.

4.4.1. Die von den Beschwerdeführerinnen bemängelte Auffassung von WALTER A. STOFFEL, dem Präsidenten der Wettbewerbskommission, lautet (a.a.O., Ziff. III/2c, S. 18):

> "A l'évidence, le législateur ne voulait pas instaurer un système permettant aux parties de soustraire leur comportement à l'application de la nouvelle loi par une simple annonce, pour une durée indéterminée et indépendement de son caractère licite ou illicite. Il ne voulait pas non plus exposer au risque de sanctions immédiates la partie qui s'inquiète de son comportement et qui expose ouvertement son problème à l'autorité de la concurrence. Au vu du but général de la révision (...) le législateur voulait permettre aux parties de se prémunir contre les sanctions en cas de doutes sur l'illicéité de leur comportement, en leur permettant d'annoncer celui-ci pour obtenir une réponse autorisée, et de disposer d'un certain laps de temps pour s'adapter si la réponse devait confirmer le caractère illicite du comportement."

Mit ihrer Kritik übersehen die Beschwerdeführerinnen, dass WALTER A. STOFFEL hier einzig das ***neue*** Recht (d.h. den Art. 49a KG) anspricht, dessen Anwendbarkeit die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Schreiben vom 7. April 2004 aussetzen möchten. In diesem Zusammenhang ist unbestritten, dass die Wettbewerbskommission nicht grundsätzlich daran gehindert werden könnte, ein im Sinne der Schlussbestimmung gemeldetes Verhalten im Rahmen einer Untersuchung mit vorsorglichen Massnahmen zu untersagen (und gleichzeitig einen allfälligen Verstoss gegen dieses Verbot nach Art. 50 KG zu sanktionieren). Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

Zur Diskussion steht vielmehr die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, der Gesetzgeber habe mit der Schlussbestimmung zu Gunsten der Unternehmen eine einfache und grosszügige Übergangsregelung für bereits bestehende (und den Wettbewerbsbehörden unter Umständen auch bekannte) Wettbewerbsbeschränkungen schaffen wollen, ohne in bestimmten Fällen nur deren sanktionsbefreiende Auflösung zuzulassen.

Diese These ist vorerst anhand der Entstehungsgeschichte der jüngst erfolgten Revision des KG, insbesondere der Materialien zu prüfen.

4.4.2. Seit Inkrafttreten des KG am 1. Juli 1996 erwies sich die bisher gültige Sanktionsregelung zur Ahndung materieller KG-Verletzungen als ***präventiv*** wenig wirksam (vgl. Botschaft, a.a.O., insbes. S. 2036; RHINOW/GUROVITS, a.a.O., insbes. S. 607). Insofern war es Unternehmen hierzulande während rund neun Jahren möglich, faktisch ohne jegliches Sanktionsrisiko harte Kartelle zu bilden (Art. 5 Abs. 3 u. 4 KG) oder im Sinne von Artikel 7 KG ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, wobei sie einzig Gefahr liefen, (verfahrenskostenpflichtig) zur Unterlassung ihres Verhaltens verpflichtet zu werden.

Um den verfassungsmässigen Auftrag zu realisieren, "schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" zielkonform und wirkungsvoll zu bekämpfen (vgl. Art. 96 Abs. 1 BV; Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.1.2, S. 2036), hat der Kartellgesetzgeber mit der am 1. April 2004 wesentlich verschärften Sanktionsordnung einen ***Paradigmenwechsel*** angestrebt (vgl. auch: WALTER A. STOFFEL, a.a.O., Ziff. II/3a, S. 9 ff.).

Nach Ansicht des Bundesrates, die im Laufe der parlamentarischen Beratungen von der Mehrheit übernommen worden ist, bezweckt die Einführung direkter Sanktionen (Art. 49a Abs. 1 KG) eine Erhöhung der bislang für ungenügend erachteten ***Abschreckungswirkung*** des bestehenden KG (vgl. Botschaft, a.a.O., Ziff. 1.1.1, S. 2024, Ziff. 1.3.1, S. 2028, Ziff. 2.1, S. 2033 f., Ziff. 2.1.3, S. 2036, Ziff. 2.1.8, S. 2041 f.). Um absehbaren Kollusionen entgegenzuwirken und damit die ***Entdeckungswahrscheinlichkeit*** unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen zu vergrössern (Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.1, S. 2033 f.), wurde - trotz Widerstände im Parlament (Amtl. Bull. N v. 26. 9. 2002, S. 1450 ff.; Amtl. Bull. S v. 20.3.2003, S. 333 ff. zum Antrag von Ständerätin MARIANNE SLONGO) - eine ***Bonusregelung*** (Art. 49a Abs. 2 KG; "Kronzeugenregelung") eingeführt. Diese stellt wettbewerbsbehindernden Unternehmen, welche an der Aufdeckung und Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen mitwirken, unter Umständen eine (teilweise bis vollständige) Reduktion allfälliger Sanktionen in Aussicht (vgl. Art. 8-14 SVKG).

Um angesichts der neuen Sanktionsordnung das Risiko einer kartellrechtlichen Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens zu eliminieren (vgl. auch: RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 610 ff. zu den Bedenken verfassungsrechtlicher Art), hat der Gesetzgeber zwei verfassungsrechtlich gebotene Korrekturinstrumente geschaffen:

- Einerseits können nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG ***keine Wirkungen entfaltende***, das heisst erst geplante Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsbefreiender Wirkung den Wettbewerbsbehörden gemeldet werden, sofern diese dem betroffenen Unternehmen nicht innert fünf Monaten die Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26 ff. KG mitteilen (vgl. Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.1.6, S. 2039 ff.; Amtl. Bull. S v. 20.03.03, S. 333 ff.; vgl. dazu: Art. 15-19 SVKG betr. Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG und Widerspruchsverfahren; vgl. demgegenüber: RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 612 f.). Die Meldung ***geplanter*** Wettbewerbsbeschränkungen dient der ***Klärung der Rechtslage*** und ist das erforderliche verfahrensrechtliche Korrektiv angesichts der Unklarheit der materiellen Regelung, insbesondere wenn unzulässige Verhaltensweisen nach Artikel 7 KG in Frage stehen (vgl. Erw. 3.3.2). Insofern tragen die Unternehmen das Risiko, mit Sanktionen nach Artikel 49a KG belegt zu werden, nicht alleine (wohl aber das Risiko, dass ihr Verhalten als

unzulässig beurteilt, untersagt und im Wiederholungsfall nach Artikel 50 [bzw. Art. 54] KG sanktioniert wird).

- Andererseits sieht die Schlussbestimmung eine einjährige Übergangsfrist vor, um ***bestehende*** Wettbewerbsbeschränkungen zu melden oder aufzulösen, worauf eine Belastung nach Artikel 49a KG entfällt (vgl. Botschaft, a.a.O., Ziff.2.3, S. 2048; Amtl. Bull. N v. 26.09.02, S. 1463 ff.).

4.4.3. Im Zusammenhang mit dieser Schlussbestimmung, welche während den parlamentarischen Beratungen nur eine Änderung erfahren hat (nämlich die Verlängerung der Melde- beziehungsweise Auflösefrist von sechs Monaten auf ein Jahr), äussert sich die Botschaft des Bundesrates nur knapp (Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.3, S. 2048):

> "Mit einer Übergangsbestimmung soll die Möglichkeit eingeräumt werden, bestehende Wettbewerbsbeschränkungen innert sechs Monaten zu melden mit der Folge, dass dafür - wie bei der Meldung neuer Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 49a Absatz 3 - keine Belastung auferlegt werden kann. Ohne Meldung entfällt eine Belastung selbstverständlich erst recht, wenn die Wettbewerbsbeschränkung in diesem Zeitraum aufgelöst wird.
>
> Wird eine Wettbewerbsbeschränkung, die vor Inkrafttreten von Artikel 49a Wirkung entfaltet hat, innert der Übergangsfrist von sechs Monaten weder gemeldet noch aufgelöst, kann eine Sanktion nach Artikel 49a ausgesprochen werden. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung kann in solchen Fällen für die Bemessung der Belastung jedoch nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt werden."

Der Botschaft lässt sich die von der Vorinstanz postulierte Unterscheidung von bekannten beziehungsweise unbekannten Wettbewerbsbeschränkungen nicht entnehmen.

4.4.4. Aber auch die von den Beschwerdeführerinnen im Ergebnis vertretene Auffassung, wonach die Schlussbestimmung als Übergangsregelung dem weitgefassten Zwecke diene, alle Unternehmen den Sanktionen nach Artikel 49a KG zu entziehen, welche den Wettbewerbsbehörden fristgerecht unbekannte wie auch ***bereits bekannte*** Wettbewerbsbeschränkungen "melden", findet in den weiteren Gesetzesmaterialien weder eine ausdrückliche Stütze noch wird sie in eindeutiger Weise ausgeschlossen. So enthalten die Materialien auf der einen Seite Hinweise, dass der Gesetzgeber von einer einjährigen Schonfrist ("délai de grâce") für alle Unternehmen ausgegangen ist, wobei unklar ist, ob er im Sinne der Beschwerdeführerinnen eine weitergehende Restriktion bei der Auferlegung von Sanktionen im Auge hatte. Insbesondere lässt sich aufgrund der Voten und Diskussionen im Nationalrat zur Verlängerung der hier relevanten sanktionsfreien Übergangsfrist von sechs Monaten auf ein Jahr (sowie zu einer allenfalls zeitlich gestaffelten Einführung der Bonusregelung nach Artikel 49a Absatz 2 KG) die Frage nicht beantworten, ob die Sanktionierbarkeit nach Ablauf dieser Übergangsfrist durch weitere Mittel, wie eine rein formalisierte Meldung, die natürlich alle in hängigen Verfahren verstrickte Unternehmen beträfe, als weiterhin aufgeschoben betrachtet wurde (vgl. Amtl. Bull. N v. 26.09.02, S. 1463 ff.; ohne nähere Bezugnahme auf die Materialien: WALTER A. STOFFEL, a.a.O., Ziff. III/2c, S. 17 ff.).

Zwar scheint dem Antrag von Nationalrätin BARBARA POLLA (Amtl. Bull. N v. 26.9.2002, S. 1463 ff.) ein Verständnis der Übergangsbestimmung zugrunde zu liegen, wonach die "Schlussbestimmung" einen Anreiz schaffen soll, bisher den Wettbewerbsbehörden ***unbekannte*** Wettbewerbsbeschränkungen offen zu legen (vgl. insbes. die "schriftliche Begründung"). Auch Bundesrat PASCAL COUCHEPIN scheint vom selben Verständnis auszugehen, wenn er zum "Antrag POLLA" ablehnend anmerkt (Amtl. Bull. N v. 26.9.2002, S. 1464 f.):

> "Les effets peuvent être pervers en ce sens que les gens sont incités à attendre la fin du délai de grâce pour s'annoncer et profiter ainsi des dispositions transitoires. (...)"

Und zum Abschluss der Debatte (Amtl. Bull. N v. 26.9.2002, S. 1465; vgl. auch: Amtl. Bull. N v. 26.9.2002, S. 1452):

> "L'application de sanctions directes en cas de violation de la loi sur les cartels et le programme de clémence sont complémentaires; ce sont des éléments indissociables. D'une part, les sanctions directes ne pourraient pas déployer toute leur efficacité sans le programme de clémence. D'autre part, ce dernier offre aux entreprises la possibilité d'échapper à une sanction si elles coopèrent, ce dont elles seraient privées pendant deux ans si la proposition de la majorité était acceptée. Il n'y a d'ailleurs pas de raison de penser que les entreprises qui adoptent des comportements illicites seraient davantage incitées à démanteler un cartel si la proposition de la majorité l'emportait.
>
> Plus les instruments de la Commission de la concurrence sont efficaces, plus la motivation de supprimer un comportement illicite est grande. Comme on l'a vu, les cartels qui décident de se conformer à la nouvelle loi ont la possibilité de le faire. Tout ce qu'il faut, c'est qu'ils s'annoncent et demandent l'avis de la Commission de la concurrence et de son secrétariat quant aux changements nécessaires à apporter. (...)".

Auch in diesem Sinne betonte Nationalrätin LUCREZIA MEIER-SCHATZ (Amtl. Bull. N v. 26.9.2002, S. 1464) es sei sehr wichtig,

> "dass wir eine Übergangsregelung vorsehen, die es den kartellisierten Unternehmen erlaubt, sich aus ihrem Kartell zu verabschieden. Die vom Bundesrat vorgesehene Frist von

> sechs Monaten ist zu kurz. Darum haben Sie jetzt auch der Mehrheit zugestimmt und sich für die Einführung einer einjährigen Frist entschieden. Während dieser Zeit werden keine Sanktionen ausgesprochen. (...)"

All diese Zitate zeigen, dass es ein Ziel der Revision war, mit der Schlussbestimmung den Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich während der einjährigen Übergangsfrist aus einem Kartell zu "verabschieden". Auch die heftig geführte Diskussion, eine ***zweijährige*** Übergangsfrist vorzusehen (vgl. Amtl. Bull. N v. 26.9. 2002, S. 1464, betr. z.B. Votum von Nationalrat PETER SPUHLER), liesse sich indirekt als Beleg deuten, dass es dem Gesetzgeber nicht unbedingt darum gegangen sein könnte, die bisher präventiv wenig wirksame KG-Ordnung für im Zeitpunkt der Inkraftsetzung der Revision bestehende Wettbewerbsbeschränkungen weiterzuführen und den davon betroffenen Unternehmen für eine "Auslaufszeit", welche über die "Gnadenfrist" ("délai de grâce") bis zum Abschluss einer allfälligen Untersuchung dauern würde, mit einer Sanktionsbefreiung entgegenzukommen.

Würde in diesem Sinn der Zweck der Schlussbestimmung einzig darin erblickt, einen Anreiz zu schaffen, dass bis zum Ablauf der einjährigen Frist möglichst viele bestehende Wettbewerbsbeschränkungen offen gelegt werden, mithin den betroffenen Unternehmen Gelegenheit gegeben wird, sich nach den kartellgesetzlichen Bestimmungen auszurichten (bzw. unter realistischen Bedingungen aus gegebenenfalls kartellgesetzlich problematischen Verhältnissen auszusteigen), läge es nahe, die ***Meldung*** nicht einfach als rein formale Handlung, sondern vielmehr als Akt der Übermittlung bisher ***unbekannter*** wettbewerbsrechtlich problematischer Verhältnisse zu betrachten. ***Melden*** im Sinne der Schlussbestimmung würde sich somit nur auf eine Vermittlung von Tatsachen beziehen, welche dem Adressaten noch nicht bekannt sind. Aus diesem Blickwinkel betrachtet, würde es - wie die Vorinstanz folgerichtig schliesst - wenig Sinn machen, dem Gesetzgeber zu unterstellen, er habe in der Schlussbestimmung auch Meldungen betreffend den Wettbewerbsbehörden bereits hinreichend bekannte Tatsachen mit sanktionsbefreiender Wirkung ausstatten wollen. Eine ähnliche Sicht ergäbe sich auch mit Blick auf Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG, in dessen Kontext die hier fragliche Schlussbestimmung ausgelegt werden könnte. Demzufolge stünde vorab das Anliegen im Vordergrund, den Unternehmen zusätzliche Rechtssicherheit zur Frage zu gewähren, ob bereits in die Tat umgesetzte Massnahmen kartellgesetzlich als problematisch beurteilt und allenfalls sanktioniert werden könnten.

4.4.5. Auch ein Blick auf Artikel 62 KG (mit der Marginale "Übergangsbestimmungen"), welcher den Übergang vom Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 (AS ***1986*** 874, ***1992*** 288) zum neuen Recht regelt, stützt weder die Position der Vorinstanz noch der Beschwerdeführerinnen. Zwar stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber, wenn er behördlich untersuchte (d.h. bereits bekannte) Wettbewerbsbeschränkungen von der sanktionsbefreienden Meldung ausnehmen beziehungsweise nur von der Auflösungsmöglichkeit hätte profitieren lassen wollen, nicht eine analoge Bestimmung statuierte. Die Offenkundigkeit dieser Problemstellung wie auch die Tatsache, dass die in der Schlussbestimmung verabschiedete Regelung Gegenstand einer eingehenden Diskussion im Nationalrat war, würde hier weniger eine Gesetzeslücke als vielmehr ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers erwarten lassen (in diesem Sinne: IRENE KLAUER, a.a.O., Ziff. III/3, S. 715). Da aber im Nationalrat die Diskussion zur Schlussbestimmung vorab mit Blick auf "Kartelle" (vgl. Art. 5 f. KG) geführt wurde, liesse sich mit gleicher Plausibilität der gegenteilige Standpunkt vertreten.

4.5. Andererseits hat die Konzeption der Vorinstanz, wonach die alternative Wahlmöglichkeit ("gemeldet oder aufgelöst") letztlich nur Unternehmen offen stehe, deren bestehende Wettbewerbsbeschränkung(en) den Wettbewerbsbehörden noch nicht bekannt, mithin noch nicht Gegenstand eines Untersuchungsverfahrens sind, keinen eindeutigen Niederschlag im Gesetzestext gefunden (vgl. IRENE KLAUER, a.a.O., Ziff. III/3, S. 715). Zudem lässt sich die von der Vorinstanz vertretene restriktive Unterscheidung, welche die Sanktionsbefreiung nur für Meldungen unbekannter Sachverhalte gelten lassen will, gestützt auf die Materialien nicht nachweisen.

Auch die mit Artikel 49a KG angestrebte Verschärfung der bisherigen Sanktionsordnung spricht nicht a priori für die Auffassung der Vorinstanz. Den aus dem mit Artikel 49a KG primär intendierten und in erster Linie zukunftsgerichteteten ***Präventions***anliegen ("Abschreckungswirkung") lässt sich nicht schliessen, dass die übergangsrechtliche Schlussbestimmung möglichst restriktiv auszulegen sei, so dass möglichst viele bestehende Wettbewerbsbeschränkungen sanktioniert werden können. Denn die mit der Schlussbestimmung beabsichtigte Gewährung einer "Gnadenfrist" setzt nicht zwingend voraus, dass die Meldemöglichkeit nur der Übermittlung noch unbekannter Informationen dient.

Vielmehr erscheint es im Sinne einer ***verfassungskonformen*** Auslegung als geboten, alle Unternehmen mit bereits verwirklichten, möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen von einer Sanktionsbefreiung profitieren zu lassen, unabhängig davon, ob und wie weit diese Massnahmen den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt sind.

In ihrem Gutachten (a.a.O., S. 612) erachten RHINOW/GUROVITS direkte Sanktionen nach Artikel 49a KG grundsätzlich als ***verfassungsrechtlich bedenklich***, wenn den betroffenen Unternehmen angesichts der Unbestimmtheit des materiellen Rechts nicht ermöglicht wird, die Rechtslage betreffend ***geplanten***, das heisst im Markt noch nicht wirksamen Wettbewerbsbeschränkungen ***vorgängig*** klarzustellen. Diese Bedenken wurden vom Gesetzgeber insofern berücksichtigt, als Unternehmen nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG neu die Möglichkeit haben, Verhaltensweisen, die wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnten, ***vor*** der Marktumsetzung zu melden, um danach den Ablauf der Widerspruchsfrist abwar-

ten und allfälligen, fristgerecht geäusserten Bedenken der Wettbewerbsbehörden Rechnung tragen zu können. Dieses Verfahren vermittelt kooperationswilligen Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit hinsichtlich kartellgesetzlicher Sanktionsrisiken, welche mit dem eigenen Marktauftritt verbunden sein können.

Zwar beziehen RHINOW/GUROVITS ihre Beurteilung auf die in Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG getroffene Regelung zu geplanten Wettbewerbsbeschränkungen. Dennoch ist diese Beurteilung auch bei den hier zu diskutierenden ***bestehenden*** Wettbewerbsbeschränkungen, welche von der Schlussbestimmung erfasst werden, zu berücksichtigen, will man nicht schwer zu rechtfertigende, unverhältnismässige Ungleichbehandlungen von Unternehmen in Kauf nehmen, welche je nachdem, ob sie vor Inkrafttreten der neuen Sanktionsordnung in das "Fangnetz" der Wettbewerbsbehörden geraten sind, von einer sanktionsbefreienden Meldung ausgenommen wären. Es ist nicht ersichtlich, weshalb gemäss dem ebenfalls von RHINOW/GUROVITS geforderten ***Übergangsrecht*** (a.a.O., S. 616) nur diejenigen Unternehmen mit einer allfälligen Meldung der Sanktionierbarkeit entgehen sollten, deren Verhaltensweisen den Wettbewerbsbehörden bisher entgangen sind oder aus Opportunitätsüberlegungen beziehungsweise mangels Ressourcen nicht in einem Verfahren nach Artikel 26 oder 27 KG behandelt werden konnten.

Im Sinne des obgenannten Gutachtens kann eine direkte Sanktionierung ***bestehender*** Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen - wie hier - keine Möglichkeit einer ***vorgängigen*** Klarstellung der Rechtslage vor Inkraftsetzung der neuen Sanktionsordnung bestand, kaum als verfassungskonform gelten, wenn nur die ***Möglichkeit*** einer solchen Klarstellung die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit direkter Sanktionen nach Artikel 49a KG ausschliesst. Sachliche Gründe für eine ***übergangsrechtliche Ungleichbehandlung*** von Unternehmen, je nachdem ob ihre Wettbewerbsbeschränkungen den Wettbewerbsbehörden bekannt sind oder nicht, bestehen nicht, nachdem all diese Unternehmen keine Gelegenheit hatten, die Rechtslage vorgängig klären zu lassen.

Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführerinnen keine Gelegenheit, die Rechtslage betreffend die von der Vorinstanz untersuchten Sachverhalte vorgängig klarstellen zu lassen, wie dies verfassungsrechtlich geboten gewesen wäre. Deshalb ist den Beschwerdeführerinnen im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung der Schlussbestimmung zuzugestehen, dass sie ihren, der Vorinstanz bereits bekannten Sachverhalt ebenso mit sanktionsbefreiender Wirkung melden dürfen, wie irgend ein anderes Unternehmen, das den Wettbewerbsbehörden unbekannte Verhaltensweisen meldet und ebenso wenig wie die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit hatte, die Rechtslage vorgängig klären zu lassen.

4.6. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass Unternehmen, die ihre im Zeitpunkt der Revision bestehenden wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen bisher erfolgreich verbergen konnten, gegenüber bereits in Untersuchungsverfahren verstrickten Unternehmen privilegiert wären, wollte man sanktionsbefreiende Meldungen im Sinne der Schlussbestimmung einzig für sie zulassen. Dass von ihnen eine grössere "Gefahr" für den Wettbewerb ausgeht und dem entsprechend ein gewichtigeres öffentliches Interesse an der Offenlegung bisher versteckter Massnahmen bestünde, könnte als Rechtfertigung für eine solche Privilegierung dienen. Doch erscheint dies als fragwürdig, nachdem die Wettbewerbsbehörden es nach erfolgter Meldung so oder anders in der Hand haben, gewisse Untersuchungen vorrangig an die Hand zu nehmen (Art. 27 Abs. 2 KG), vorsorgliche Massnahmen zu treffen oder im Rahmen ihrer Verfahrenshoheit gewisse Verfahren zu beschleunigen.

In diesem Zusammenhang wäre es - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - auch nicht gerechtfertigt, die Schlussbestimmung in einer engen Verbindung mit der in Artikel 49a Absatz 2 KG vorgesehenen Bonusregelung zu sehen und die in der Schlussbestimmung festgelegte Sanktionsbefreiung als "Bonus" zu deuten. Wie auch RHINOW/GUROVITS (a.a.O., S. 614) zutreffend festhalten, stellt die "Vorabmeldung" nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG kein Bonus, das heisst keine Belohnung für Unternehmen dar. Ebenso wenig kann auch die Sanktionsbefreiung nach der Schlussbestimmung eine "Belohnung" sein, es sei denn, es würde unterstellt, die Sanktionsbefreiung stelle eine "Belohnung" für Unternehmen dar, deren Verhaltensweisen der Wettbewerbskommission noch unbekannt sind und wegen der Meldung "belohnt" werden sollten.

4.7. Des Weiteren ergäben sich wesentliche und aus praktischer Sicht nicht zu unterschätzende rechtliche Abgrenzungsprobleme, wenn für die Möglichkeit der sanktionsbefreienden Meldung darauf abzustellen wäre, ob die wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt sind oder nicht (vgl. auch: IRENE KLAUER, a.a.O., Ziff. III/4a, S. 716). Denn welche Informationen würden als bekannt und welche als unbekannt gelten beziehungsweise wo wäre in Bezug auf Bekanntes und Unbekanntes die Grenze zu ziehen? Diese Fragen stellen sich vorab bei allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen, welche Gegenstand einer Vorabklärung nach Artikel 26 KG sind oder waren, betreffen aber auch solche, die Gegenstand eines hängigen Untersuchungsverfahrens nach Artikel 27 KG sind. Die Bestimmung dessen, was als bekannt zu erachten wäre, beträfe sachverhaltliche Feststellungen, die im Rahmen von Vorabklärungen ohne förmliche Mitwirkung der betroffenen Parteien erfolgen würde. Dies erschiene als problematisch, um so mehr als die Beurteilung, ob die Meldung im Sinne der Schlussbestimmung bereits Bekanntes oder noch Unbekanntes zum Inhalt hat, direkt rechtliche Konsequenzen für die Betroffenen, mithin die Sanktionsbefreiung oder eben deren Ausbleiben zur Folge hat. Insofern geht es kaum an, dass die Wettbewerbsbehörden einseitig und ohne förmliche Mitwirkung festzustellen hätten, welche Sachverhalte als bereits bekannt oder aber als noch unbekannt zu gelten hätten und somit einer sanktionsbefreienden Meldung zugänglich wären

(vgl. auch: IRENE KLAUER, a.a.O., Ziff. III/4b, S. 717). Diese Problematik würde es an sich nahe legen, die entsprechende Grenze bei der Anhebung einer förmlichen Untersuchung zu ziehen. Doch auch eine solche Grenzziehung wäre problembehaftet, da der massgebliche Sachverhalt erst im Laufe der Untersuchung unter förmlicher Mitwirkung der Parteien hinreichend bestimmt wird und sich der sachverhaltliche Erkenntnisstand im Anfang einer Untersuchung nicht wesentlich vom Vorabklärungsverfahren unterscheiden würde.

4.8. Aus all diesen Überlegungen ergibt sich, dass die Gründe der Vorinstanz für eine den Wortlaut und den verfassungskonform verstandenen Sinn der Schlussbestimmung einschränkende Auslegung letztlich nicht überzeugen. Demzufolge steht die Wahlmöglichkeit, eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung binnen eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG mit sanktionsbefreiender Wirkung zu melden oder aufzulösen, - unter dem Vorbehalt des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs - auch Unternehmen offen, welche sich bezüglich der gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen in einem hängigen Untersuchungsverfahren befinden und deren Meldung eine Wettbewerbsbeschränkung betrifft, welche den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt ist. Hieraus folgt, dass die Ziffern 3 und 4 der Rechtsbegehren gutzuheissen sind.

Damit stellt sich freilich die Frage, ob es überhaupt sinnvoll und nötig ist, dass Unternehmen, die sich bezüglich allfälliger Wettbewerbsbeschränkungen bereits in einem Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 KG befinden, eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung machen, um vom Sanktionsrisiko befreit zu werden. Diese Frage ist aus praktischen Überlegungen ohne weiteres zu bejahen. Denn für die Wettbewerbsbehörde ist es wichtig zu wissen, ob die Gegenstand einer Untersuchung bildende Wettbewerbsbeschränkung aufgelöst oder lediglich gemeldet ist. Aus der Meldung wird sie immerhin schliessen können, dass die untersuchte Wettbewerbsbeschränkung nicht aufgelöst wurde, mithin das Untersuchungsverfahren nicht gegenstandslos geworden ist, sondern fortgeführt werden muss. Ob einer solchen Meldung im Hinblick auf eine allfällige Sanktionsbefreiung nur eine rein deklaratorische oder wie für Meldungen von bisher unbekannten Wettbewerbsbeschränkungen ebenfalls eine konstitutive Wirkung beizumessen ist, kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, da eine Meldung effektiv erfolgte.

4.9. In Bezug auf die Ziffer 5 der Rechtsbegehren stellt sich die Frage, ob auch hier ein konkretes und schutzwürdiges Feststellungsinteresse zu bejahen ist (vgl. Erw. 3.1 hievor). Die Schlussbestimmung hält klar und ohne jegliche Bedingung fest, dass die Meldung eine Belastung nach Artikel 49a KG entfallen lässt (vgl. IRENE KLAUER, a.a.O., Ziff. IV, S. 717). Die Beschwerdeführerinnen scheinen zu befürchten, dass die Wettbewerbskommission auch bei Meldungen nach der Schlussbestimmung analog zu Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG eine Art Widerspruchsverfahren durchführen oder zumindest durch eine entsprechende Reaktion eine direkte Sanktionierbarkeit wieder aufleben lassen möchte (in diese Richtung ohne vertiefte Begründung: WALTER A. STOFFEL, a.a.O., Ziff. III/2c, S. 19 ff.). Ob diese Befürchtungen begründet sind oder nicht, muss beziehungsweise kann in diesem Verfahren mangels Vorliegens einer derartigen "Reaktion" beziehungsweise mangels einer entsprechenden Erklärung der Vorinstanz nicht beurteilt werden. Mit anderen Worten ist im heutigen Zeitpunkt nicht erkennbar, ob und wie weit diesem Begehren eine neben Ziffer 4 der Rechtsbegehren selbstständige Tragweite zukommt. Soweit die Beschwerdeführerinnen über Ziffer 4 der Rechtsbegehren hinausgehend die Feststellung einer dauerhaften und endgültigen Sanktionsbefreiung verlangen und sich damit im Ergebnis gegen die einzig von WALTER A. STOFFEL geäusserte Meinung (a.a.O., Ziff. III/2/c, S. 19 ff.) richten, ist darauf nicht weiter einzugehen, mithin ein ausreichend konkretes Feststellungsinteresse zu verneinen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Wettbewerbskommission den Beschwerdeführerinnen das schutzwürdige Interesse und damit einen Anspruch auf eine ***Feststellungsverfügung*** nicht absprechen durfte. Insofern wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, diesen unverzüglich mittels einer Feststellungsverfügung zur Rechtsnatur des Schreibens vom 7. April 2004 den Rechtsmittelweg zu öffnen. Dies spräche an sich für eine Gutheissung der Beschwerde sowie eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zum Erlass einer entsprechenden Verfügung.

Wie bereits in Erwägung 4 erwähnt, darf die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen formeller Rechtsverweigerung absehen und die gebotene Feststellungsverfügung selbst treffen, zumal es angesichts der zeitlichen Verhältnisse, welche die Vorinstanz zu vertreten hat, geboten ist, den Beschwerdeführerinnen verfügungsmässig den Rechtsmittelweg zu öffnen.

Unter Berücksichtigung des bisher Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und festzustellen, dass das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung darstellt. Soweit weitergehend (Rechtsbegehren Ziff. 5) ist die Beschwerde abzuweisen. Angesichts der Gutheissung der Ziffern 3 und 4 der Rechtsbegehren ist nicht auf das in Ziffer 2 der Rechtsbegehren gestellte Eventualbegehren einzugehen (vgl. Erw. 4.9 zu Ziff. 5 der Rechtsbegehren).

6. [Verfahrenskosten]

7. [Parteientschädigung]

Demnach entscheidet die Rekurskommission Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben.

2. Es wird festgestellt, dass das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.

Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.

3. [Verfahrenskosten]

4. [Parteientschädigung]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]

B 3	***2. Cablecom GmbH/Swisscom AG, CT Cinetrade AG, Wettbewerbskommission***

Zwischenverfügung vom 21. April 2005 in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde und Gesuch vom 10.3.2005) gegen Swisscom AG (Beschwerdegegnerin 1), CT Cinetrade AG (Beschwerdegegnerin 2) und Wettbewerbskommission (Weko) (Vorinstanz) betreffend Unternehmenszusammenschluss

Nach Einsicht in:

- die von der Vorinstanz am 10. März 2005 publizierte Medienmitteilung, wonach sie das Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Cinetrade ohne Bedingungen und Auflagen zulasse;
- die gegen die Genehmigung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde der Cablecom GmbH vom 10. März 2005 mit den Anträgen:

  1. Es sei die von der Wettbewerbskommission erteilte Zulassung des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens aufzuheben;

  2. Es sei das Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Cinetrade zu untersagen;

  3. Eventuell: Es sei das Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Cinetrade nur unter der Bedingung zuzulassen, dass Swisscom/Cinetrade bestehende Exklusivklauseln oder Klauseln mit gleicher wirtschaftlicher Wirkung mit Inhalteanbietern gegenüber ihren Vertragspartnern für ungültig erklärt und sich mit der Auflage einverstanden erklärt, beim Abschluss von zukünftigen Verträgen mit Inhalteanbietern auf den Abschluss von Exklusivklauseln oder Klauseln mit einer wirtschaftlich gleichen Wirkung zu verzichten.

  unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerinnen beziehungsweise der Vorinstanz.

und dem gleichzeitig gestellten Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit den Anträgen:

Es sei gegenüber den Gesuchsgegnerinnen ein vorsorgliches Vollzugsverbot zum Vollzug ihres Zusammenschlussvorhabens zu erlassen und - damit insbesondere -

1. es sei der Swisscom AG unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten, eine strategische Partnerschaft mit der CT Cinetrade AG umzusetzen, insbesondere

   - Anteilsrechte an der CT Cinetrade AG zu erwerben;
   - Aktionärsrechte an der CT Cinetrade AG auszuüben oder auf andere Weise einen Einfluss auf die CT Cinetrade AG oder mit ihr verbundene Gesellschaften auszuüben;
   - mit der CT Cinetrade AG oder mit ihr verbundenen Gesellschaften Verträge zu schliessen oder abzuwickeln (ausgenommen Verträge bezüglich einem unbestimmten Personenkreis angebotener Standarddienstleistungen);
   - für den Fall, dass die Swisscom AG bereits Aktien der CT Cinetrade AG erworben hat, sei sie unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, den Erwerb der Aktien binnen einem Monat ab Verfügungsdatum rückabzuwickeln oder die Aktien an einen unabhängigen Dritten zu veräussern;

2. es sei der CT Cinetrade AG unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten, eine strategische Partnerschaft mit der Swisscom AG umzusetzen, insbesondere

   - den Erwerb von Aktien durch die Swisscom AG zu genehmigen beziehungsweise die Swisscom AG im Aktionärsregister der CT Cinetrade AG einzutragen;
   - mit der Swisscom AG oder mit ihr verbundenen Gesellschaften Verträge zu schliessen oder abzuwickeln (ausgenommen Verträge bezüglich einem unbestimmten Personenkreis angebotener Standarddienstleistungen);

3. die Verbote beziehungsweise Handlungsgebote gemäss Ziffern 1 und 2 hievor seien unverzüglich als vorsorgliche Anordnung auszusprechen;

4. die vorsorglichen Anordnungen gemäss Ziffer 1 bis 3 hievor seien angesichts der zeitlichen Dringlichkeit als Superprovisorium ohne Anhörung der Swisscom AG und der CT Cinetrade AG zu erlassen;

5. einer allfälligen Beschwerde gegen den Erlass der vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziffern 1 bis 4 hievor sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerinnen beziehungsweise der Vorinstanz.

- die verfahrensleitende Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 16. März 2005, mittels welcher die Beschwerdegegnerinnen und die Vorinstanz eingeladen wurden, sich sowohl zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und zur

aufschiebenden Wirkung (bis 4.4.2005) sowie zur Hauptsache (bis 14.4.2005) vernehmen zu lassen;

- die Fristerstreckungsgesuche der Beschwerdegegnerinnen vom 29. und 31. März 2005;
- die verfahrensleitenden Verfügungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30. und 31. März 2005;
- die zum Fristerstreckungsgesuch eingereichte Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 2 vom 4. April 2005;
- die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 4. April 2005 mit den Anträgen:

  1. Es seien die Fristerstreckungsgesuche der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 hinsichtlich der Einreichung der Stellungnahmen zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und zur aufschiebenden Wirkung sowie zur Hauptsache nur unter der Bedingung zu gewähren, dass die mit Beschwerde vom 10. März 2005 anbegehrten vorsorglichen Massnahmen zunächst als Superprovisorium erlassen werden;

  2. Es sei auch die mit Verfügung vom 31. März 2005, Ziffer 3, von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angedeutete kurze Nachfrist nur unter der Bedingung zu gewähren, dass die mit Beschwerde vom 10. März 2005 anbegehrten vorsorglichen Massnahmen zunächst als Superprovisorium erlassen werden;

  3. Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 sowie in die Begründung dieser Verfügung zu gewähren;

  4. ***Eventualiter***: Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 sowie in die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Begründung dieser Verfügung zu gewähren;

  5. Es sei der Beschwerdeführerin gemäss Artikel 53 VwVG eine angemessene Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung zu gewähren;

  unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerinnen beziehungsweise der Vorinstanz;

- die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 4. April 2005 zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und zur aufschiebenden Wirkung;
- die Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 6. April 2005 mit folgendem Dispositiv:

  1. Die Eingaben der Beschwerdegegnerin 2 und der Beschwerdeführerin (Version ohne Geschäftsgeheimnisse) vom 4. April 2005 werden den Beteiligten zu Kenntnis gebracht.

  2. Den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 wird die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und zur aufschiebenden Wirkung ***letztmals bis 14. April 2005*** und zur Stellungnahme in der Hauptsache bis ***9. Mai 2005*** verlängert.

  3. Die von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge um sofortige superprovisorische Anordnung der mit Beschwerde vom 10. März 2005 anbegehrten vorsorglichen Massnahmen (Anträge 1 und 2 der Eingabe vom 4.4.2005) werden abgewiesen.

  4. Die von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge um Einsicht in den "Zulassungsentscheid" der Vorinstanz vom 7. März 2005 (Anträge 3 und 4 der Eingabe vom 4.4.2005) werden im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

  5. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin um Nachfristansetzung (Antrag 5 der Eingabe vom 4.4.2005) wird im Sinne der Erwägungen zu einem späteren Zeitpunkt zurückgekommen.

  6. Über die Kostenfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden. (...)

- die Eingabe der Beschwerdegegnerin 2 vom 13. April 2005 mit dem Hauptantrag:

  Auf die Beschwerde sowie das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten.

  Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

sowie den Verfahrensanträgen:

1. Es sei das Verfahren auf die Eintretensvoraussetzungen zu beschränken.

2. Es sei der Beschwerdegegnerin 2 die Frist vom 14. April 2005 unverzüglich abzunehmen.

Eventuell sei der Beschwerdegegnerin 2 eine kurze Nachfrist zur Einreichung der Stellungnahme zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und zur aufschiebenden Wirkung anzusetzen.

3. Es sei der Beschwerdegegnerin 2 unverzüglich die Frist zur Stellungnahme in der Hauptsache abzunehmen.

Eventuell sei der Beschwerdeführerin Frist zur Begründung anzusetzen und erst danach den Beschwerdegegnerinnen Frist zur Hauptsache Stellung zu nehmen.

4. Es sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in die Vorakten zu gewähren.

Eventuell sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Unbedenklichkeitserklärung der Wett-

bewerbskommission vom 7. März 2005 nur unter strikter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu erlauben.

5. Es seien die Eingaben der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sowie die Vernehmlassung der Vorinstanz der Beschwerdeführerin nicht zuzustellen und das Verfahren ohne zweiten Schriftenwechsel abzuschliessen.

- die Eingabe der Beschwerdegegnerin 1 vom 14. April 2005 mit den folgenden formellen Anträgen:

1. Der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in die Akten der Vorinstanz (inkl. Stellungnahme der Weko vom 7.3.2005) zu gewähren.

2. Der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in die vorliegende Stellungnahme der Beschwerdegegnerin 1 zu gewähren.

3. Der Beschwerdegegnerin 1 sei die mit Verfügung vom 16. März 2005 angesetzte und mit Verfügung vom 6. April 2005 bis zum 9. Mai 2005 erstreckte Frist, um zur Hauptsache Stellung zu nehmen, unverzüglich abzunehmen und erst dann neu anzusetzen, nachdem die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde in der Hauptsache begründet hat.

4. Eventualiter für den Fall, dass sich die Beschwerde vom 10. März 2005 nicht als offensichtlich unzulässig erweisen sollte, sei der Beschwerdeführerin gemäss Artikel 52 VwVG eine kurze Nachfrist anzusetzen, um die Beschwerde vom 10. März 2005 in der Hauptsache zu begründen.

5. Eventualiter für den Fall, dass der Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. März 2005 hinsichtlich des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens Swisscom-Cinetrade aufschiebende Wirkung zukommen sollte, sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung unverzüglich zu entziehen;

und den materiellen Anträgen:

6. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. März 2005 sei nicht einzutreten;

7. Eventualiter für den Fall der Abweisung des Antrags 6, sei die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. März 2005 vollumfänglich abzuweisen;

8. Auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen der Beschwerdeführerin vom 10. März 2005 sei nicht einzutreten;

9. Eventualiter für den Fall der Abweisung des Antrags 8, sei das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen der Beschwerdeführerin vom 10. März 2005 vollumfänglich abzuweisen;

10. Eventualiter für den Fall der Abweisung der Anträge 8 und 9 seien vorsorgliche Massnahmen erst nach Bezahlung einer Sicherheitsleistung von CHF [...] oder der Hinterlegung einer unbefristeten, unbedingten und unwiderruflichen Bankgarantie im Betrag von CHF [...] durch die Beschwerdeführerin zu erlassen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen - gemäss nachzureichender detaillierter Kostennote - zulasten der Beschwerdeführerin.

- die Eingabe der Beschwerdegegnerin 2 vom 14. April 2005 mit dem folgenden Hauptantrag:

Auf die Beschwerde sowie das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen - gemäss nachzureichender detaillierter Kostennote - zulasten der Beschwerdeführerin.

und den folgenden Eventualanträgen:

1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

2. Es sei das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vollumfänglich abzuweisen.

Subeventuell sei, falls vorsorgliche Massnahmen gewährt würden, die Beschwerdeführerin zu verpflichten, innert gerichtlich festgesetzter Frist, eine unbedingte und unwiderrufliche Bankgarantie im Betrag von CHF [...] Mio. zu hinterlegen unter Androhung, dass die vorsorglichen Massnahmen bei Nichtleistung dieser Sicherheit nicht in Kraft treten.

3. Es sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

sowie den folgenden Verfahrensanträgen:

1. Es sei der Beschwerdegegnerin 2 unverzüglich die Frist zur Stellungnahme in der Hauptsache abzunehmen.

Eventuell sei der Beschwerdeführerin Frist zur Begründung anzusetzen und erst danach den Beschwerdegegnerinnen Frist zur Hauptsache Stellung zu nehmen.

2. Es sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in die Vorakten zu gewähren.

Eventuell sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Unbedenklichkeitserklärung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 nur unter strikter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu erlauben.

3. Es seien die Eingaben der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sowie die Vernehmlassung der Vorinstanz der Beschwerdeführerin nicht zuzustellen und das Verfahren ohne zweiten Schriftenwechsel abzuschliessen.

Eventuell sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Eingaben der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sowie die Vernehmlassung der Vorinstanz nur unter strikter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu erlauben.

- die übrigen Akten in der Streitsache;

und in Erwägung:

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zur Beurteilung der Beschwerde sowie der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig ist (Art. 44 ff. des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021, i.V.m. Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG, SR 251);

dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über allfällige vorsorgliche Massnahmen zu verfügen hat (Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass gemäss Artikel 56 VwVG die Beschwerdeinstanz nach Einreichung der Beschwerde von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen ergreifen kann, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten;

dass nach der Rechtsprechung vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.2 ff., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; ZBl 100/1999, S. 64, E. 2b ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003 i.S. Cablecom GmbH, 2A.142/2003, E. 3, im Internet abrufbar unter: www.bger.ch);

dass es sich gemäss aktueller Praxis der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bei der Zulassung eines Zusammenschlussvorhabens ohne Bedingungen und Auflagen nicht um eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG handelt und den Konkurrenten auch keine Parteistellung zukommt (Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 15.7.2004 i.S. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. gegen Edipresse S.A. und Weko [FB/2003-7], publiziert in: RPW 2004/3, S. 922 ff.; dieser Entscheid wurde an das Bundesgericht weitergezogen und ist noch hängig);

dass das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren nur Anwendung auf Verfahren in Verwaltungssachen findet, die durch Verfügungen im Sinne von Artikel 5 VwVG von Bundesverwaltungsbehörden oder auf Beschwerde zu erledigen sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG; vgl. hiezu BGE 129 II 183 E. 4.2);

dass dabei einzig eine Verfügung der Beschwerde unterliegt (Art. 44 VwVG);

dass folglich auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht einzutreten wäre und der Beschwerde vom 10. März 2005 keine aufschiebende Wirkung zukäme;

dass der erwähnte Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 15. Juli 2004 in Sachen Etablissements Ed. Cherix (a.a.O.) noch vor Bundesgericht hängig ist, weshalb die hier interessierenden Fragen noch nicht rechtskräftig entschieden wurden;

dass es sich deshalb und nicht zuletzt auch mit Blick auf BGE 129 II 286 E.1 rechtfertigt, die beantragten vorsorglichen Massnahmen auch materiell kurz zu prüfen;

dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Lehre und Rechtsprechung kumulativ einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie die Dringlichkeit der Anordnungen voraussetzt, und zudem die Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu Gunsten des einstweiligen Rechtsschutzes ausfallen müssen (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 327; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 255 ff., insbes. S. 325 ff.; ähnlich RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1091; BGE 130 II 149 E. 2.2 m.w.H. auf Judikatur und Literatur);

dass vorsorgliche Massnahmen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage beruhen und die Hauptsachenprognose bei Eindeutigkeit zu berücksichtigen ist (BGE 130 II 149 E. 2.2);

dass im vorliegenden Fall nach der erwähnten Praxis der Wettbewerbs- und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen keine günstige Entscheidprognose abgegeben werden kann;

dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Interessenlage geltend macht, sie sei nicht nur Konkurrentin der beteiligten Unternehmen des Zusammenschlussvorhabens, sondern auch Vertragspartnerin der Tochtergesellschaft Teleclub des an der Fusion beteiligten Unternehmens Cinetrade, weshalb sie befürchten müsse, ihre bisherige Marktposition werde durch den Zusammenschluss eines ihrer wichtigsten Vertragspartner mit ihrem wichtigsten Konkurrenten massiv beeinträchtigt;

dass die an der Fusion beteiligten Unternehmen mit ihrer Nachfragemacht zudem auch die Marktverhältnisse auf der Beschaffungsseite stark beeinflussten, was zu einer massiven Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin bei der Contentbeschaffung führe;

dass einerseits die Vorinstanz nach eingehender Prüfung feststellte, es resultiere weder im Pay TV-Markt noch im Markt für die Beschaffung von Erstausstrahlungsrechten an Film- und Sportsendungen eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne;

dass die Beschwerdeführerin Fernsehen, Internet und Telefon bereits im Bündel anbieten kann, demgegenüber die Beschwerdegegnerin 1 ihre Absichten in den TV-Übertragungsmarkt einzusteigen erst angekündigt hat, weshalb die Beschwerdeführerin noch über einen Wettbewerbsvorteil verfügt;

dass die Beschwerdeführerin vor allem subjektive Gründe gegen das Zusammenschlussvorhaben vorbringt;

dass die Anordnung provisorischer Massnahmen im Bereiche des Kartellgesetzes nach besonderer Zurückhaltung ruft, weil die Anordnung dieser Massnahmen in einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage geschieht und es andererseits den Beteiligten frei steht, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die wegen einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, den Zivilrichter anzurufen (Art. 17 KG);

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in ihrer Zwischenverfügung vom 20. Februar 2003 in Sachen Etablissements Ed. Cherix (FB/2003-7) ausführte, im Wirtschaftsverwaltungsrecht sei das private Interesse der am bewilligten Zusammenschluss (ohne Bedingungen und Auflagen) beteiligten Unternehmen am Vollzug aus Gründen des Guten Glaubens und aus Gründen der Rechtssicherheit (insbesondere der Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns) gross;

dass das Bundesgericht diese Interessenabwägung in seinem Entscheid vom 22. Mai 2003 in Sachen Etablissements Ed. Cherix geschützt hat (2A.85/2003; publiziert in: RPW 2003/3, S. 707 ff.);

dass folglich sowohl die privaten Interessen der Beschwerdegegnerinnen an der Fortführung des Zusammenschlussvorhabens als auch das öffentliche Interesse das private Interesse der Beschwerdeführerin überwiegen;

dass die Beschwerdegegnerinnen jedoch - wie das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 22. Mai 2003 in Sachen Etablissements Ed. Cherix (a.a.O., S. 708) festhält - den Vollzug des Zusammenschlusses solange auf eigene Rechnung und Gefahr vornehmen, als die vorgenannten Grundsatzfragen nicht rechtskräftig entschieden worden sind;

dass die Beschwerde in der Bundesverwaltungsrechtspflege aufschiebende Wirkung hat, die Beschwerdeinstanz oder ihr Vorsitzender diese jedoch bei einer Verfügung, welche nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, entziehen kann (Art. 55 Abs. 1 und 2 VwVG), sofern - nach möglichst sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts und Erwägung der zu verfügenden Rechtsfolgen - überzeugende Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen (BGE 110 V 40 E. 5b, 105 V 266 E. 2; REKO/WEF 99/FB-007, publiziert in: RPW 1999/3, S. 536 ff.; REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.3.4, a.a.O.);

dass nach allgemeiner bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur aussergewöhnliche Umstände den Entzug oder die Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach Artikel 55 Absatz 3 VwVG rechtfertigen, sondern es Sache der zuständigen Behörde ist zu prüfen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23.8.2002 i. S. S. AG, 2A.335/2002, E. 2.1; BGE 110 V 40 E. 5b; GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBl 94/1993, S. 149 f.);

dass die aufschiebende Wirkung aus denselben Gründen, die gegen die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen sprechen, zu entziehen ist;

dass es sich aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt, das Verfahren im jetzigen Zeitpunkt auf die Frage der Eintretensvoraussetzungen zu beschränken, weshalb die Frist zur Stellungnahme in der Hauptsache auszusetzen und der Schriftenwechsel abzuschliessen ist;

dass das Recht auf Akteneinsicht grundsätzlich nur einer Partei oder ihrem Vertreter zusteht (Art. 26 VwVG), weshalb der Beschwerdeführerin bis zur Feststellung ihrer Befugnis zur Beschwerdeführung keine Einsicht in die Eingaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerinnen zu gewähren ist (Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19.8.2002 i.S. Flughafen Zürich, 1A.72/2002, E. 2);

dass über die Frage der Kosten und der Parteientschädigung zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden ist;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 ff. OG i.V.m. Art. 45 VwVG);

verfügt die Rekurskommission:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Der Beschwerde der Cablecom GmbH vom 10. März 2005 wird die aufschiebende Wirkung entzogen, soweit auf die Beschwerde einzutreten ist.

3. Das Verfahren wird bis auf weiteres auf die Frage der Eintretensvoraussetzungen beschränkt. Die den Beschwerdegegnerinnen und der Vorinstanz gesetzte Frist zur materiellen Stellungnahme in der Hauptsache wird ausgesetzt.

4. Der Schriftenwechsel wird abgeschlossen. Die Instruktion des Verfahrens erfolgt durch folgende Richter:

[...]

Allfällige Ausstandsbegehren gegen die Richter sind innert zehn Tagen einzureichen (Art. 10 VwVG).

5. Der Beschwerdeführerin wird keine Einsicht in die Verfahrensakten inklusive die Stellungnahmen der Beschwerdegegnerinnen und der Vorinstanz gewährt, bis über die Eintretensvoraussetzungen rechtskräftig entschieden ist.

6. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird später entschieden.

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 2 Bibliografie
Bibliographie
Bibliografia

SCHWEIZ

BALDI MARINO, "Kernpunkte der schweizerischen KG-Revision 2003", C. Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 381 ff.

BORER JÜRG, "Kernelemente der Schweizer Kartellrechtsrevision im Lichte des EG-Rechts", C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 387 ff.

DÄHLER ROLF, "Voten aus der Sicht der Wettbewerbsbehörde", C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 396 ff.

DIETRICH MARCEL, BÜRGI ALEXANDER, "Abgrenzung und Zuständigkeit von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 3/2005, S. 179 ff.

DROLSHAMMER JENS, "Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht", Schweizerische Juristen-Zeitung 101/9(2005), S. 218 ff.

GUYER FREDY, "Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter - missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers", Schulthess, 2005

HOFFET FRANZ, "The Revised Swiss Act on Cartels", Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 1/2005, S. 63 ff.

HOFFET FRANZ, "Untersuchungen und Sanktionen in der Schweiz", C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 335 ff.

HOLZBERGER BRIGITTA, "Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM)", Schweizerische Juristen-Zeitung, 101, 15. April 2005, S. 187 ff.

LÜSCHER CHRISTOPH, "Marktbeherrschung nach der KG-Revision - Symbolakt oder auch (erweiterter) Ansatz der Effektuierung (relativen) Machtgleichgewichts zwischen Unternehmen", Jusletter vom 14. Februar 2005

SCHALLER OLIVIER, KELLER BENNO, "Concentrations bancaires: nouvelle méthode de calcul des suils de notification", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht SZW 1/2005, S. 13 ff.

SCHRÖTER HELMUTH, "Kernelemente der Schweizer Kartellrechtsrevision im Lichte des EG-Rechts", C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 405 ff.

STOFFEL WALTER, "Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht", C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 77 ff.

VATERLAUS STEPHAN, ZENHÄUSERN PATRICK, "Warum erodieren Parallelimporte die Preisinsel Schweiz nicht stärker? Ermittlung der Rolle der geistigen Schutzrechte anhand exploratorischer Expertengespräche", Plaut Economics, im Auftrag des Seco, Dezember 2004

ZÄCH ROGER, "Schweizerisches Kartellrecht", 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005

AUSLAND

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, "Econometrics. Legal, Practical, and Technical Issues", American Bar Association, 2005

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW (Hrsg.), "Market Power Handbook. Competition Law and Economic Foundations", American Bar Association, 2005

ABEGG PETER,, "Die Austauschbarkeit von Verkehrsmitteln im öffentlichen Personennahverkehr", Wirtschaft und Wettbewerb 3/2005, S. 275 ff.

ABERMANN JOHANNES, "Interchange Fees in Card Payment Systems in the US and Europe", European Competition Law Review 26/4(2005), p. 223 ff.

ABRANTES-METZ ROSA M., ADAMS CH. P., METZ A. D., "Empirical Facts and Innovation Markets: Analysis of the Pharmaceutical Industry", The Antitrust Source März 2005, p. 1 ff.

ABRANTES-METZ ROSA M., FROEB L., GEWEKE J. F., TAYLOR CH. T., "A Variance Screen for Collusion", Federal Trade Commission, Working Paper No. 275, März 2005

AROWOLO OLUSEYE, "Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: is there a Case for Review?", European Competition Law Review 5/26(2005), p. 247 ff.

BANICEVIC ANITA, TINGLEY CHARLES, "Canada Pipe wins contested abuse of dominance case involving loyalty rebate programme", Competition Law Insight 4/4(2005), p. 8 ff.

BARBET PHILIPPE, "Distribution Automobile en Europe et Concurrence: Le Point de Vue de l'Economiste", Revue de la Concurrence et de la Consommation Jan - März 2005, No 141, p. 12 ff.

BAYOUMI TAMIM, LAXTON DOUGLAS, PESENTI PAOLO, "Benefits and Spillovers of Greater Competition in Europe: A Macroeconomic Assessment", Federal Reserve Bank of New York, Staff Report No. 182, April 2004

BENZONI LAURENT, "Fondements de l'Analyse Economique des Restrictions Verticales", Revue de la Concurrence et de la Consommation Jan - März 2005, No 141, p. 7 ff.

BERGMAN MATS A., "When Should an Incumbent Be Obliged to Share its Infrastructure with an Entrant Under the General Competition Rules?", Journal of Industry, Competition and Trade 5/1(2005), p. 5 ff.

BISHOP SIMON, LOFARO ANDREA, "Assessing Unilateral Effects in Practice: Lessons from GE/Instrumentarium", European Competition Law Review 26/4(2005), p. 203 ff.

BRITO DUARTE, "Should alternative mergers or acquisitions be considered by antitrust authorities?", International Journal of Industrial Organization 23(2005), p. 129 ff.

BURGEON CHRISTIAN, "L'Impact du Règlement Automobile sur les Structures de la Distribution: Le Point de Vue du Juriste", Revue de la Concurrence et de la Consommation Jan - März 2005, No 141, p. 16 ff.

BURNLEY RICHARD, "Who's Afraid of Conglomerate Mergers? A Comparison of the US and EC Approaches", World Competition 28/1(2005), p. 43 ff.

CANOY MARCEL, VAN OURS JAN C., VAN DER PLOEG FREDERICK, "The Economics of Books", Entwurf für das Handbook on the Economics of Art and Culture, Januar 2005

CHRISTIANSEN ARNDT, "'Ökonomisierung' der EU-Fusionskontrolle", Wirtschaft und Wettbewerb 3/2005, S. 285 ff.

CHURCH JEFFREY, "The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition", Report for DG Comp, September 2004

CHURCH JEFFREY, GANDAL NEIL, "Platform Competition in Telecommunications", CEPR Discussion Paper No 4659, Oktober 2004

CINCERA MICHELE, GALGAU OLIVIA, "Impact of Market Entry and Exit on EU Productivity and Growth Performance", European Commission, DG for Economic and Financial Affairs. Economic Papers No. 222, Februar 2005

COMANOR WILLIAM S., SCHERER F.M., STEINER ROBERT L., "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference: The Response of the American Antitrust Institute", Arbeitspapier des American Antitrust Institute, April 2005

COMBE EMMANUEL, "Economie et politique de la concurrence", Dalloz, Paris 2005

CONWAY PAUL, JANOD VÉRONIQUE, NICOLETTI GIUSEPPE, "Product Market Regulation in OECD Countries; 1998 to 2003", OECD Economics Department Working Paper 419, April 2005

COOPER JAMES C., FROEB L. M., O'BRIEN D., VITA M. G., "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference", Arbeitspapier der FTC, Washington, Februar 2005

COOPER JAMES C., FROEB LUKE, O'BRIEN D.P., TSCHANZ S., "Does Price Discrimination Intensify Competition? Implications for Antitrust", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 327 ff.

DAVIES STEPHEN, COLES H., OLCZAK M., PIKE CH., WILSON CH., "The Benefits from Competition: some illustrative UK cases", DTI Economics Paper No. 9, Juli 2004

DEPOORTER BEN, PARISI FRANCESCO, "Modernization of European Antitrust Enforcement: The Economics of Regulatory Competition", George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-09 (2005)

DI PIETRANTONIO LORIS, PELKMANS JACQUES, "The Economics of EU Railway Reform", Journal of Network Industries 5/3-4(2004), p. 295 ff.

DOBSON PAUL W., "Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 529 ff.

EISENKOPF ALEXANDER, "Der intermodale Wettbewerbsrahmen der Verkehrspolitik. Systematische Nachteile für den Schienenverkehr?", Internationales Verkehrswesen 57, 3/2005, S. 71 ff.

EPSTEIN ROY J., RUBINFELD DANIEL L., "Technical Report. Effects of Mergers Involving Differentiated Products", Report for DG Comp (Comp/B1/2003/07), 7. Oktober 2004

EUROPEAN E & M CONSULTANTS, "Damage Calculation Models", Competition Competence Report 3/2005

EUROPEAN E & M CONSULTANTS, "Market Definition for Wholesale Broadband Access by the Austrian Regulatory Authority RTR", Competition Competence Report 7/2005

EVANS LEWIS T., GUTHRIE GRAEME A., "Risk, price regulation, and irreversible investment", International Journal of Industrial Organization 23(2005), p. 109 ff.

FACEY BRIAN A., HUSER HENRY, "A Comparison of Horizontal Merger Guidelines in Canada, the European Union, and the United States", Antitrust, Fall 2004, p. 43 ff.

FARSI MEHDI, FILIPPini MASSIMO, "An analysis of efficiency and productivity in Swiss hospitals", Facoltà di Scienze economichi, Lugano, Quaderno N. 05-01(2005)

FATÁS E., GEORGANTZIS N., MÁÑEZ J.A., SABATER-GRANDE G., "Pro-Competitive Price Beating Guarantees: Experimental Evidence", Review of Industrial Organization (2005) 1/26, p. 115 ff.

GIFFORD DANIEL J., KUDRLE ROBERT T., "Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 423 ff.

GILBERT RICHARD J., "Converging Doctrines? U.S: and EU Antitrust Policy for Licensing of Intellectual Property", Antitrust, Fall 2004, p. 51 ff.

GLYNN DERMOT, "Article 82 and Price Discrimination in Patented Pharmaceuticals: the Economics", European Competition Law Review 26/3(2005), p. 135 ff.

GRIMES WARREN S., "Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protection Competition and the Atomistic Seller", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 563 ff.

GROUT PAUL A., PARK IN-UCK, "Promoting Competition in the Presence of Essential Facilities", International Journal of Industrial Organization 22(2004), p. 1415 ff.

GROUT PAUL A., SONDEREGGER SILVIA, "Predicting cartels", OFT (Office of Fair Trade), Economic Discussion Paper, März 2005

HEYER KEN, "A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 375 ff.

HILDEBRAND DORIS, "Thirty Years Prohibition of Resale Price Maintenance - Germany on the Verge of Change", European Competition Law Review 26/4(2005), p. 230 ff.

HILDEBRAND DORIS, "Importance of Buyer Power", European Economic & Marketing Consultants, Competition Competence Report 5/2005

HOLMES MARJORIE, CERDAN CLARA, "Resale Price Maintenance: Is price control ever justified?" , Competition Law Insight 4/4(2005), p. 13 ff.

HOSEINIAN FOAD, "Passing-on Damages and Community Antitrust Policy - An Economic Background", World Competition 28/1(2005), p. 3 ff.

HOUSTON GREG, "The Role of Quantitative Analysis in Competition Assessements", Arbeitspapier, Nera, März 2005

JAEGER WOLFGANG, "Die gesetzlichen Krankenkassen als Nachfrager im Wettbewerb", Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 1/2005, S. 31 ff.

KIRKWOOD JOHN B., "Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standards for Buyer-Induces Price Discrimination and Predaror Bidding?", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 625 ff.

KOKKORIS JOANNIS, "The Concept of Market Definition and the SSNIP-Test in the Merger Appraisal", European Competition Law Review 26/4(2005), p. 207 ff.

KOSKI HELI, KRETSCHMER TOBIAS, "Entry, Standards and Competition: Firm Strategies and the Diffusion of Mobile Telephony", Review of Industrial Organization (2005) 1/26, p. 89 ff.

LEONARD GREGORY K., "The Competitive Effects of Bundled Discounts", Antitrust Insights, A Nera Perspective, Januar/Februar 2005

LEXECON, "When are rebates exclusionary?", Competition Memo, April 2005

MAIER-RIGAUD FRANK P., "Switching Costs in Retroactive Rebates - What's Time Got to Do With it?", European Competition Law Review 5/26(2005), p. 272 ff.

MARVEL HOWARD P., "Distribution Matters", The Antitrust Bulletin XLIX/4(2004), p. 955 ff.

NERA, "Empirical indicators for market investigations", Office of Fair Trading, September 2004

NEUMANN MANFRED, FELL ULI, REICHEL RICHARD, "Successive Oligopolies, Vertical Downstream Integration and Foreclosure", Journal of Industry, Competition and Trade 5/1(2005), p. 59 ff.

NITSCHE RAINER, VON HINTEN-REED NILS, "Competitive Impacts of Information Exchange", Charles River Associates, Brüssel, Juni 2004

NOLL ROGER G., "'Buyer Power' and Economic Policy", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 589 ff.

PARISI FRANCESCO, SCHULZ NORBERT, KLICK JONATHAN, "Two Dimensions of Regulatory Competition", George Mason University Law & Economics Working Paper No. 03-01 (2004)

PORTER ROBERT H., "Detecting Collusion", Review of Industrial Organization 26/2(2005), p. 147 ff.

RHEINLÄNDER PETER, "Beschränkungen des Internet-Einzelhandels in selektiven Vertriebssystemen nach Artikel 81 EGV", WRP Wettbewerb in Recht und Praxis 3/2005, S. 285 ff.

RÖLLER LARS-HENDRIK, FRIEDERISZICK HANS W., "Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik", C. BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und int. Kartellrecht, Helbing & Lichtenhahn 2005, S. 353 ff.

ROSS THOMAS W., WINTER RALPH A., "The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 471 ff.

SALOP STEVEN C., "Anticompetitive Overbuying by Power Buyers", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 669 ff.

SASS TIM R., "The competitive effects of exclusive dealing: Evidence from the U.S. Beer Industry", International Journal of Industrial Organization 23(2005), p. 203 ff.

SCHWARTZ MARIUS, "Should Antitrust Assess Buyer Market Power Differently than Seller Market Power?", Kommentar am FTC/DOJ Workshop, Washington, Februar 2004

SHINDER JEFFREY I., "When Market Definition Trumps Competitive Effect Analysis: First Data/Concord versus In Re Visa Check", Antitrust, Fall 2004, p. 94 ff.

STEHMANN OLIVER, AGUADO JAVIER RAYA, "The Air France - KLM Merger: a Frist Step Towards the Consolidtaion of the European Aviation Industry", European Competition Law Review 5/26(2005), p. 258 ff.

STEINBERG PAUL, LESCATRE GERALD, "Beguiling Heresy: Regulating the Franchise Relationsship", Penn State Law Review 1/109(2004), p. 105 ff.

STEINER ROBERT L., "The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking", The Antitrust Bulletin XLIX/4(2004), p. 877 ff.

STUCKE MAURICE E., "Evaluating the Risks of Increased Price Transparency", Antitrust 19/2 (2005), p. 81 ff.

TAYLOR WILLIAM, TARDIFF TIMOTHY, "Anticompetitive Price Squeezes in the Telecommunications Industry: A Common Complaint About Common Facilities", Antitrust Insights, A Nera Perspective, Dezember 2004

TIROLE JEAN, "The Analysis of Tying Cases: A Primer", Skript zum Vortrag an der ACE Konferenz in Siena, Dezember 2004 (datiert 18.11.2004)

VENAYRE FLORENT, "Échange d'informations: les jurisprudences française et communautaire - À l'aune des prédictions théoriques", Revue d'Économie Industrielle No 108/4(2004), p. 91 ff.

VOGEL LOUIS, "Les règlements d'exception 'nouvelle génération'", Revue de la Concurrence et de la Consommation Jan - März 2005, No 141, p. 2 ff.

WALTON S. ROBSON (ROB), "Wal-Mart, Supplier-Partners, and the Buyer Power Issue", Antitrust Law Journal 72/2(2005), p. 505 ff.

WONG H.S., ZHAN CH., MUTTER R., "Do Different Measures of Hospital Competition Matter in Empirical Investigations of Hospital Behavior?", Review of Industrial Organization (2005) 1/26, p. 61 ff.

E Diverses
Divers
Diversi

E 2	***Gutachten*** Avis Pareri
E 2	***1. TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG***

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 4. Februar 2005 gemäss Artikel 15 Absatz 1 Kartellgesetz für das Handelsgericht des Kantons Bern im laufenden Zivilprozess in Sachen TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG

I. Sachverhalt

1. Vor dem Handelsgericht des Kantons Bern (nachfolgend: Handelsgericht) ist ein Zivilprozess Nr. 9037/2004 zwischen TDC Switzerland AG (nachfolgend: sunrise) und Swisscom Fixnet AG (nachfolgend: Swisscom) betreffend die Beilegung eines K-Tipp Artikels im Rahmen des Versandes der Anschlussrechnung im April 2003 von Swisscom an ihre Kunden hängig.

2. Mit Klage vom 12. November 2003 stellte sunrise unter anderem das Rechtsbegehren (Ziffer 2) "***Es sei festzustellen, dass die Beilegung des K-Tipp Artikels vom 12. Februar 2003 durch die Beklagte (Swisscom) im Rahmen des Rechnungsversandes im April 2003 an ihre Kunden widerrechtlich war.***" Sie stützt ihr Rechtsbegehren sowohl auf das Kartellgesetz (KG; SR 251) sowie auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241). Bezüglich einer allfälligen aus dem Kartellgesetz resultierenden Widerrechtlichkeit macht sie geltend, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Position missbrauche, indem sie sich, als Netzbetreiberin und marktbeherrschende Anbieterin, bei der Rechnungsstellung für den Anschluss zu Werbezwecken an sämtliche Anschlusskunden gewandt und dabei die eigenen Dienste gelobt, die Konkurrenz jedoch herabgesetzt habe.

3. Mit Schreiben vom 19. November 2004 legte das Handelsgericht der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) fünf Fragen zur Begutachtung im Sinne von Artikel 15 Absatz 1 KG vor.

II. Verfahren gemäss Artikel 15 KG

4. Das Verhältnis zwischen dem zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren ist im KG nur in den Grundzügen geregelt. Daher verabschiedete die Weko (nach Rücksprache mit dem Bundesgericht und den kantonalen Gerichten) Grundsätze zuhanden der kantonalen Zivilgerichte (RPW 1997/4, S. 593 ff., RPW 1998/4, S. 621 f.).

5. Aus diesen Grundsätzen geht hervor, dass das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens gemäss Artikel 15 KG eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten, zu enthalten hat (RPW 1997/4, S. 595, Rz. 9). Das Gutachten wird einzig und allein aufgrund des vom Gericht vorgelegten Sachverhalts abgegeben (RPW 1998/4, S. 621, Rz. 3). Bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung sind im Gutachten entsprechende Vorbehalte anzubringen (RPW 1998/4, S. 621, Rz. 3).

6. Das Gutachten basiert auf den vom Handelsgericht zugestellten Prozessakten. Diese bestehen aus der Klage von sunrise vom 12. November 2003, der Klageantwort und Widerklage von Swisscom vom 30. Januar 2004, der Widerklageantwort von sunrise vom 21. April 2004, der Stellungnahme von Swisscom vom 2. Juni 2004 betreffend die Zulässigkeit der Widerklage, der Korrespondenz des Handelsgerichts mit der Weko, dem Protokoll der Hauptverhandlung des Handelsgerichts vom 16. September 2004, der Frageliste an die Weko von Swisscom vom 1. November 2004, der Frageliste an die Weko von sunrise vom 10. November 2004.

III. Vorgeschichte/Andere Verfahren

7. Die Weko setzte sich bereits verschiedentlich mit Werbebeilagen im Rahmen des Rechnungsversands an Anschlusskunden von Swisscom auseinander. Am 5. Dezember 2001 eröffnete sie eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG gegen Swisscom betreffend das Beilegen von Werbeunterlagen zu den Rechnungen für die Anschlussgebühr. Dieses Verfahren "Tele2 vs. Swisscom" endete mit dem Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Artikel 29 KG, in welcher sich Swisscom verpflichtete, den Rechnungen für den Telefonanschluss keine spezifisch an Carrier Preselection-Kunden (nachfolgend CPS-Kunden) gerichtete Werbung beizulegen und insbesondere auf das Beilegen von so genannten CPS-Aufhebungsformularen zu verzichten. Die einvernehmliche Regelung wurde von der Weko mit Verfügung vom 6. Mai 2002 genehmigt.

8. Am 27. August 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Weko ein Sanktionsverfahren nach Artikel 50 KG wegen eines möglichen Verstosses von Swisscom gegen die einvernehmliche Regelung. Gegenstand dieses Verfahrens

war die Werbebeilage der Anschlussrechnung des Monats Mai 2002. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2003 in Sachen "Sanktionsverfahren gegen Swisscom - Werbebeilagen" (RPW 2003/4, S. 836) präzisierte die Weko die Bedeutung und Tragweite der einvernehmlichen Regelung und stellte das Sanktionsverfahren daraufhin im betreffenden Fall ein.

9. Swisscom ersuchte ausserdem das Sekretariat der Weko mehrmals um Stellungnahme betreffend die Konformität verschiedener geplanter Rechnungsbeilagen mit der einvernehmlichen Regelung. Swisscoms Schreiben vom 17. März 2003 bezüglich der geplanten Beilegung eines Sonderdrucks des K-Tipp-Artikels ist ein Beispiel einer solchen Anfrage. Es ist an dieser Stelle zu präzisieren, dass das Antwortschreiben des Sekretariats vom 19. März 2003 nur die Frage des Einklangs der geplanten Rechnungsbeilage mit der einvernehmlichen Regelung betrifft. Das Sekretariat differenzierte in diesem Schreiben Retentionsmassnahmen, die nicht mit der einvernehmlichen Regelung im Widerspruch stehen, von einer Kundengewinnung, welche auf die Rechnungsbeilage zurückzuführen sein könnte. Bezüglich des letzteren Punktes unterschied das Sekretariat ausserdem zwischen der Angabe einer spezifischen Telefonnummer und der Angabe einer allgemeinen Hotline-Nummer von Swisscom mit der Anmerkung, dass die im Entwurf vorgesehene spezifische Nummer je nach Anwendung gegen die einvernehmliche Regelung verstossen könnte.

IV. Beantwortung der Fragen

1. Grundsätzliches

a) Geltungsbereich

10. Das KG 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). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Sowohl sunrise als auch Swisscom sind als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

b) Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

11. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

12. In den hier zu beurteilenden Telekommunikationsmärkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen (REKO/WEF i.S. Swisscom Mobile AG vs. Weko betreffend Zuständigkeit der Weko, RPW 2004/1, S. 204, E. 6). Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

2. Antwort auf Frage 1

a) Frage

13. Nahm die Swisscom Fixnet AG im März/April 2003 im Anschlussbereich, das heisst im Bereich der "Letzten Meile", eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG ein?

b) Antwort

14. Swisscom nahm im März/April 2003 bezüglich der Bereitstellung von Festnetzanschlüssen, welche Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen ermöglichen, eine marktbeherrschende Stellung ein.

c) Begründung

15. 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).

16. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

c.1) Relevanter Markt

c.1.1) Sachlich relevanter Markt

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

18. Ausgegangen wird von dem in Frage 1 erwähnten Begriff des "Anschlussbereichs" oder "Letzte Meile". Diese vom Handelsgericht verwendeten Begriffe sind insofern zu relativieren, als dass sie indirekt schon eine Marktabgrenzung enthalten, die nicht notwendigerweise mit der im vorliegenden Fall vorzunehmenden Marktabgrenzung übereinstimmt.

19. Aus den Prozessakten geht hervor, dass es bei der - von der Klägerin geltend gemachten - marktbeherrschenden Stellung der Beklagten um die Möglichkeit von Werbeversand zusammen mit der Rechnungsstellung für Anschlusskunden geht.

20. Marktgegenseite sind somit Anschlusskunden. Anschlusskunden sind Endkunden, welche einen Festnetzanschluss in Anspruch nehmen, der ihnen von einer beliebigen Fernmeldedienstanbieterin (nachfolgend: FDA), die diesen Festnetzanschluss bereit stellt, in Rechnung gestellt wird.

21. Unter dem Begriff "Letzte Meile" oder Teilnehmeranschlussleitung wird die physische Leitung (üblicherweise ein Kupferkabel) verstanden, die den Anschluss eines Teilnehmers mit der Ortszentrale, einem Konzentrator oder einer ähnlichen Fernmeldeanlage der FDA verbindet und dem Teilnehmer die Inanspruchnahme von Fernmeldediensten ermöglicht. Dabei ist es unerheblich, welche Art von Fernmelde-

dienstleistungen - Telefonie- oder Datenübertragungsdienstleistungen - in Anspruch genommen werden.

22. Swisscom ist nicht die einzige FDA, die einem Endkunden einen Festnetzanschluss bereitstellen kann und ihm somit ermöglicht, diverse Festnetzdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Der Klarheit halber wird nachfolgend der Anschluss von den Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen differenziert, da die Anschluss- und die übrigen Festnetzdienstleistungen von verschiedenen FDA erbracht werden können und somit auch von verschiedenen FDA in Rechnung gestellt werden. Die Möglichkeiten für einen Endkunden, Dienstleistungen verschiedener FDA in Anspruch zu nehmen, sind in folgender Tabelle veranschaulicht:

Bereitstellung des Anschlusses	***Telefonie- und/oder Datendienstleistungen***
Swisscom mittels (meist) Kupferkabel	Swisscom
Swisscom mittels (meist) Kupferkabel	Andere FDA (manuelle oder automatische Anbieterinnenwahl einer oder mehrere FDA)
Kabelnetzbetreiber mittels Koaxial- oder Glasfaser/Koaxialkabel der Kabelfernsehnetze (CATV[1])	Kabelnetzbetreiber
Andere FDA mittels Glasfaserkabel (Kundenerschliessung mit eigener Infrastruktur)	Andere FDA
Elektrizitätswerke mittels Stromnetz (PLC[2])[3]	Elektrizitätswerke/FDA[4]

23. Die Wettbewerbkommission hatte bereits mehrfach Gelegenheit bezüglich des Zugangs zu Breitbanddiensten den Zugang über die Teilnehmeranschlussleitungen (Kupferleitungen) von Swisscom auf seine Substituierbarkeit mit anderen leitungsgebunden und drahtlosen Technologien zu untersuchen (Interkonnektionsverfahren Comcare AG vs. Swisscom AG, RPW 2000/1, S. 70, Rz. 14 ff.; Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 407, Rz. 73 ff.; Gutachten vom 27.9.2004 i.S. TDC Switzerland AG vs. Swisscom AG betreffend schneller Bitstrom-Zugang, RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 11 ff.). So hat die Weko beispielsweise kürzlich festgehalten, dass bezüglich des schnellen Bitstrom-Zugangs[5] leitungsgebundene Technologien wie Kupferleitungen von Swisscom, CATV, PLC und Glasfaserleitungen zum selben relevanten Markt gehören. Nicht in den relevanten Markt einbezogen wurden aufgrund unterschiedlicher Eigenschaften alle drahtlosen Technologien (RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 27).

24. Es ist allerdings zu präzisieren, dass in den oben zitierten Fällen die Substituierbarkeit der verschiedenen Technologien aufgrund ihrer spezifischen Eigenschaften (z. B. Übertragungskapazität) als Medium für eine bestimmte Dienstleistung, namentlich die Datenübertragung, untersucht wurde. Deshalb wurde, im Gegensatz zum vorliegenden Fall, auch untersucht, ob drahtlose Technologien in den relevanten Markt einbezogen werden müssen. Betreffend die Bereitstellung von Festnetzanschlüssen ist hingegen nur zu bestimmen, ob die Festnetzanschlüsse der verschiedenen FDA, Kabelnetzbetreiber und Elektrizitätswerke untereinander substituierbar sind, unabhängig davon, bei welchen FDA, Kabelnetzbetreibern und Elektrizitätswerken die übrigen Festnetzdienstleistungen (Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen) in Anspruch genommen werden. Dagegen muss der gewählte Festnetzanschluss dem Kunden sowohl Telefonie- als auch Datenübertragungsdienstleistungen ermöglichen. Ermöglicht eine Festnetzanschlussanbieterin dem Endkunden nur Datenübertragungsdienstleistungen - wie zum Beispiel Elektrizitätswerke, die Datenübertragung mittels PLC anbieten[6] - muss dieser zusätzlich einen Festnetzanschluss für Telefoniedienstleistungen bei einer anderen Anbieterin in Anspruch nehmen. Die beiden Festnetzanschlüsse sind somit nicht substituierbar.

25. Der relevante Markt umfasst aus den genannten Gründen Festnetzanschlüsse, welche sowohl Telefonie- wie auch Datenübertragungsdienstleistungen ermöglichen. Zum relevanten Markt gehören die folgenden Anschlüsse: Kupferleitungen von Swisscom, Koaxialkabel der Kabelfernsehunternehmen und Glasfaserkabel anderer FDA, welche Endkunden mit eigener Infrastruktur erschlossen haben. Nicht in den relevanten Markt einbezogen wurden aus den angeführten Gründen die Stromanschlüsse der Elektrizitätswerke.

[1] CATV = Kabelfernsehnetz.
[2] PLC = Power Line Communications; Übertragung von Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken.
[3] Zurzeit existieren meist nur Pilotprojekte, die Breitbanddienste mittels PLC-Technologie anbieten. Obwohl technisch möglich, werden die Stromnetze gegenwärtig nicht für Telefoniedienstleistungen verwendet. Es ist aber möglich, von unabhängigen "Voice over IP Services" zu profitieren, wie dies auch bei anderen Internetverbindungen möglich ist.
[4] Die Freiburgischen Elektrizitätswerke (FEW) bieten z.B. zusammen mit sunrise die Dienstleistung "sunrise powernet" an. Der Kunde erhält einen Breitbandzugang zum Internet via Stromnetz. Telefoniedienstleistungen sind heute noch nicht in "sunrise powernet" integriert.
[5] Schneller Bitstrom-Zugang kann als die Bereitstellung von Übertragungskapazität zwischen dem Endkunden und dem Netzzusammenschaltungspunkt eines alternativen Anbieters verstanden werden, welcher dem Endkunden einen breitbandigen Datenzugang in beide Richtungen (upstream/downstream) ermöglicht.
[6] Vgl. Fussnote 3.

c.1.2) Räumlich relevanter Markt

26. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

27. Auszugehen ist damit von der Markgegenseite, das heisst von den Endkunden, welche einen Festnetzanschluss nachfragen. Zum einen fragen die Endkunden Festnetzanschlüsse in der ganzen Schweiz nach, zum andern werden diese Dienstleistungen gesamtschweizerisch angeboten. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

c.2) Marktstellung

28. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht.

c.2.1) Aktueller Wettbewerb

29. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht. Der Abgrenzung des relevanten Marktes entsprechend wird der aktuelle Wettbewerb im Bereich der Festnetzanschlüsse betrachtet. Als untereinander substituierbar wurden das Anschlussnetz von Swisscom, der Kabelnetzbetreiber und anderen FDA, welche Kunden mit eigener Infrastruktur erschlossen haben, erklärt, deren Marktstellung in dieser Reihenfolge geprüft wird.

30. Die Fragestellung des Handelsgerichts bezieht sich explizit auf die Marktstellung von Swisscom im März/April 2003. Im vorliegenden Gutachten wird somit versucht, die für diese Zeit (unvollständig) vorhandenen Daten auszuwerten. Es wird jedoch ebenfalls auf die nachfolgenden Entwicklungen und spätere Praxis der Weko verwiesen, soweit es für die Beantwortung der Frage relevant sein könnte.

31. Swisscom verfügte nach den provisorischen Ergebnissen der Amtlichen Fernmeldestatistik[7] im Jahr 2003 über 4'016'488 Festnetzanschlüsse. Im Gegensatz zu den nachstehend erwähnten CATV-Anschlüssen hat das Anschlussnetz der Swisscom den Vorteil, dass sowohl Privathaushalte als auch Geschäftsgebäude in der Regel vollständig erschlossen sind. CATV-Anschlüsse sind demgegenüber in Geschäftsgebäuden weniger verbreitet (RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 35).

32. Nach Angaben von Swisscable[8] verfügten die Kabelnetzbetreiber Ende März 2003 über 2'000'000 Anschlüsse. Zu dieser Zeit waren von diesen 2'000'000 CATV-Anschlusskunden 290'000 Internetkunden, hingegen bestehen keine Angaben zur Anzahl Telefoniekunden. Ende 2003 verzeichneten die Kabelnetzbetreiber 2'400'000 Anschlüsse[9], 350'000 Internet- und 21'846 Telefoniekunden. Die Anzahl Kunden, welche zur besagten Zeit CATV-Anschlüsse als Festnetzanschlüsse für Telefonie- und Datendienstleistungen in Anspruch nahmen, war somit mit rund 21'000 CATV-Kunden relativ gering und weit von den rund 4'000'000 Festnetzanschlüssen von Swisscom entfernt.

33. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass wenn nicht - wie in der Fragestellung vom Handelsgericht ersucht - die Marktstellung bezüglich telefonie- und datendienstleistungstauglichen Festnetzanschlüssen an sich, sondern die Möglichkeit von Werbeversand zusammen mit der Rechnungsstellung untersucht wird, die Marktstellung der verschiedenen Wettbewerber anders beurteilt werden kann. Kabelnetzbetreiber haben nämlich die Möglichkeit, all ihren 2'400'000 CATV-Anschlusskunden zusammen mit der Kabelfernseh- und -radiorechnung, Werbung für Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen zu schicken, unabhängig davon, wie viele Kunden den CATV-Anschluss als Festnetzanschluss für Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen in Anspruch nehmen. Demgegenüber ist hingegen wieder zu präzisieren, dass CATV-Kunden, welche den CATV-Anschluss nicht für Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen benützen, einen Festnetzanschluss bei einer andern FDA - mit grösster Wahrscheinlichkeit bei Swisscom - in Anspruch nehmen und somit den Werbeversand von sowohl dieser anderen FDA wie auch den potenziellen Werbeversand der Kabelnetzbetreiberin erhalten können.

34. Weitere Wettbewerber für telefonie- und datendienstleistungstaugliche Festnetzanschlüsse können FDA sein, welche Endkunden direkt mit Glasfaser angeschlossen haben. FDA wie Colt, MCI, sunrise, das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich oder Swisscom haben solche Anschlüsse vor allem in Ballungszentren für Geschäftskunden errichtet. Aus der Fernmeldestatistik[10] ist zu entnehmen, dass im Jahr 2002[11] in der Schweiz 17'846 Glasfaserkabelanschlüsse bestanden. Diese Zahl beinhaltet die von Swisscom installierten Glasfaseranschlüsse. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Anzahl von anderen FDA mittels Glasfaserkabel angeschlossenen Endkunden auch im Jahr 2003 vermutlich unter 20'000 gelegen hat.

[7] Bundesamt für Kommunikation: "Amtliche Fernmeldestatistik 2003, Datenerfassung bei den Fernmeldedienstanbieterinnen, Definitive Ergebnisse für die GSM-Mobilfunknetze und provisorische Ergebnisse für die übrigen Grössen", Oktober 2004, www.bakom.ch, S. 8.

[8] Swisscable, Übersichtsblatt I, Kabelfernsehmarkt in der Schweiz, www.swisscable.ch.

[9] Nach der Fernmeldestatistik des Bundesamtes für Kommunikation: "Entwicklung bis zum 30. Dezember 2003 für bestimmte Indikatoren, Sammlung aus diversen Quellen", Mai 2004, www.bakom.ch, S. 3, beläuft sich die Anzahl der CATV-Abonnenten im Jahr 2003 auf 2'756'000.

[10] Amtliche Fernmeldestatistik 2002, BAKOM, Biel, 19. Juli 2004, S. 18

[11] Die provisorischen Ergebnisse der Fernmeldestatistik 2003 enthalten noch keine Angaben über die Anzahl Glasfaseranschlüsse.

	Festnetzanschlüsse, welche im Jahr 2003 sowohl Telefonie- wie auch Datenübertragungsdienstleistungen ermöglicht hätten	Festnetzanschlüsse, welche tatsächlich für sowohl Telefonie- wie auch Datenübertragungsdienstleistungen im Jahr 2003 in Anspruch genommen wurden	Anzahl Kunden, welchen im Jahr 2003 Werbung als Rechnungsbeilage verschickt werden konnte
Swisscom	4'000'000	< 4'000'000[12]	4'000'000
Kabelnetzbetreiber	< 2'400'000[13]	21'000	2'400'000
FDA, welche Kunden mit eigener Infrastruktur erschlossen haben	< 20'000	< 20'000	< 20'000

35. Aus der Anzahl in der Tabelle aufgeführten Anschlüsse kann geschlossen werden, dass - betreffend die Bereitstellung von Festnetzanschlüssen, welche für Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen im Jahr 2003 in Anspruch genommen wurden (mittlere Spalte) - weder die Kabelnetzbetreiber, noch andere FDA auf Swisscom einen Wettbewerbsdruck ausübten, welcher ein von anderen Marktteilnehmern unabhängiges Verhalten ausschliessen konnte.

36. Würde nur die Möglichkeit von Werbeversand als Rechnungsbeilage in Betracht gezogen (rechte Spalte), würden die Kabelnetzbetreiber einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben. Die Wettbewerbskommission hat allerdings bezüglich des schnellen Bitstrom-Zugangs, für welchen die 2'400'000 CATV-Anschlüsse ausschlaggebend waren, bereits festgehalten, dass dieser Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber nicht dazu führe, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten könne (RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 41 ff.).

37. Als Faktor bei der Beurteilung der Markstellung ist zudem die relative Finanzkraft von Unternehmen einzustufen. Grosse Finanzkraft verleiht die Möglichkeit, grössere Mittel als andere Unternehmen für Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten, Werbung und anderes zu verwenden oder verbessert die Aussichten, Preiskämpfe durchzustehen oder solche mit Erfolgsaussichten zu starten. Überlegene Finanzkraft vermittelt einen Wettbewerbsvorteil. Die finanzielle Situation von Swisscom kann in jeder Hinsicht als ausgezeichnet eingestuft werden, was insbesondere im Vergleich zur Finanzkraft von anderen in der Schweiz tätigen FDA gilt (RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 43).

38. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bezüglich der Bereitstellung von Festnetzanschlüssen im Jahr 2003 kein genügend disziplinierender Wettbewerbsdruck von Seiten anderer FDA und Kabelnetzbetreiber auf Swisscom ausgeübt wurde, um eine Marktbeherrschung auszuschliessen.

c.2.2) Potenzieller Wettbewerb

39. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten der Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird.

40. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es trotz Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da ihnen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

41. Nachfolgend wird somit in einem ersten Schritt geprüft, ob die Kabelnetzbetreiberinnen und andere FDA, obwohl sie keinen wesentlichen aktuellen Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben, trotzdem einen disziplinierenden Einfluss auf diese haben. In einem zweiten Schritt muss untersucht werden, ob Marktzutritte von Elektrizitätswerken, welche theoretisch einen Festnetzanschluss mittels PLC auch für Telefoniedienstleistungen bereitstellen könnten, sowie Marktzutritte anderer FDA, welche mittels drahtlosen Technologien einen Festnetzanschluss ersetzen könnten, zu erwarten sind.

42. Betreffend die Festnetzanschlüsse der Kabelnetzbetreiberinnen kann Folgendes festgehalten werden: Nach Angaben von Swisscable ist die Anzahl CATV-Anschlüsse in neun Monaten, das heisst von Dezember 2003 bis September 2004, konstant geblieben. Hingegen ist die Anzahl Internetkunden in derselben Zeitspanne von 350'000 auf 440'000 und die Anzahl Telefoniekunden von 21'864 auf 72'500[14] gestiegen. Es kann damit gerechnet werden, dass die Kabelnetzbe-

[12] Es fehlen die genauen Angaben, wie viele Swisscom Anschlusskunden zur besagten Zeit effektiv Datenübertragungsdienstleistungen (von Swisscom oder anderen FDA) in Anspruch genommen haben.

[13] Die Zahl der internet- und telefonietauglichen Anschlüsse ist niedriger als die Gesamtzahl der CATV-Anschlüsse.

[14] Gemäss der Ausgabe von Finanz und Wirtschaft vom 22. Dezember 2004, S. 19, hat Cablecom ihre Telefonkundschaft schon auf über 100'000 Kunden ausgeweitet.

treiberinnen in nächster Zeit weitere CATV-Anschlüsse internet- und telefonietauglich aufrüsten, und dass eine nicht unbeträchtliche Anzahl Anschlusskunden den Festnetzanschluss bei einer Kabelnetzbetreiberin beziehen werden. Werden hingegen die heutige Anzahl CATV-Anschlüsse, welche für Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen in Anspruch genommen werden, mit den rund 4'000'000 Festnetzanschlüssen von Swisscom verglichen, so scheint sogar eine hypothetische Vielzahl der heute bestehenden Telefonanschlüsse der Kabelnetzbetreiberinnen keine disziplinierende Wirkung auf Swisscom auszuüben.

43. Bezüglich der eigenen Erschliessung mittels Glasfaserleitungen wird jede erschliessende FDA zuerst prüfen müssen, ob sich eine solche Erschliessung lohnt. Da die Erschliessung einerseits kostenaufwändig und andererseits in zeitlicher Hinsicht (Baubewilligungsverfahren, Frage von Zugangsrechten) unsicher ist, wird es sich bei solchen Erschliessungen auch zukünftig höchstens um punktuelle Lösungen handeln.

44. Betreffend PLC hat die Wettbewerbskommission schon bezüglich des schnellen Bitstrom-Zugangs festgehalten, dass, nachdem einige Unternehmen die Entwicklung von PLC nicht weiterverfolgen, in naher Zukunft keine grundlegenden Veränderungen stattfinden werden. Dazu kann angefügt werden, dass die gegenwärtigen Pilotprojekte nur Datenübertragung, aber keine Telefoniedienstleistungen mittels PLC vorsehen.

45. In Bezug auf einen zukünftig potenziellen Ersatz des Festnetzanschlusses durch drahtlose Zugangstechnologien hält die Fernmeldestatistik fest, dass eine Stagnation in der Entwicklung der leitungsgebundenen Zugänge auf der Letzten Meile vorherrscht. Die Zahl der verfügbaren Zugangskanäle fiel im Jahr 2003 um 2,2%. Hingegen verzeichneten die Mobilfunkteilnehmer im Jahr 2003 ein Wachstum von 7,7%.[15] Das Ausmass einer allfällig zukünftigen Substitution von Festnetz- und Mobiltelefonie ist allerdings schwierig abzuschätzen. Eine solche Überlegung muss zudem insoweit relativiert werden, als dass im vorliegenden Fall nur Technologien in Betracht kommen, welche einen Festnetzanschluss bezüglich der Sprachtelefonie und der Datenübertragung ersetzen können. Die Wettbewerbskommission hat kürzlich festgehalten, dass drahtlose Technologien wie Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)[16], Wireless Local Area Network (WLAN)[17] und Wireless Local Loop (WLL)[18] keine Substitute für einen Breitband-Zugang mittels drahtgebundenen Technologien sind (RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 22 ff.).

46. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz gewisser Unsicherheiten bezüglich Prognosen der technologischen Entwicklungen der potenzielle Wettbewerbsdruck nicht die erforderlichen Eigenschaften aufweist. Der potenzielle Wettbewerb führt deshalb nicht dazu, dass sich Swisscom im relevanten Markt nicht unabhängig verhalten könnte.

c.3) Ergebnis

47. Aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Festnetzanschlüsse von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist somit bezüglich der Bereitstellung von Festnetzanschlüssen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

3. Antwort auf Frage 2

a) Frage

48. Waren TDC Switzerland AG und Swisscom Fixnet AG im März/April 2003 in Bezug auf den liberalisierten Markt der Festnetztelefonie in der Schweiz direkte Konkurrenten?

b) Antwort

49. Ja, sunrise und Swisscom waren im März/April 2003 Konkurrenten in Bezug auf Festnetztelefoniedienstleistungen.

c) Begründung

50. Zuerst ist zu präzisieren, dass der Begriff "direkte Konkurrenten" als solcher nicht vom Kartellgesetz verwendet wird.

51. Artikel 5 KG betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden unterscheidet zwischen horizontalen Abreden, das heisst Abreden zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen - was dem Begriff der "direkten Konkurrenten" am nächsten kommt - (Art. 5 Abs. 3 KG), und vertikalen Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen (Art. 5 Abs. 4 KG). Artikel 7 KG, dessen Anwendung im vorliegenden Fall strittig ist, betrifft unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen. Gemäss Artikel 7 Absatz 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. Dabei ist es unerheblich, ob die in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinderten Unternehmen "direkte Konkurrenten" des marktbeherrschenden Unternehmens sind.

[15] BAKOM, Fernmeldestatistik, ***op. cit***. Fussnote 9, S. 3 und 6.
[16] UMTS = Universal Mobile Telecommunications System; leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der dritten Generation, das einen Breitbandzugang via mobile Endgeräte (insb. Mobiltelefone) ermöglicht.
[17] WLAN = Wireless Local Area Network; drahtloses lokales Netzwerk, das einen Breitbandzugang via mobile Endgeräte erlaubt (z.B. Laptops).
[18] WLL = Wireless Local Loop; drahtloser Teilnehmeranschluss, der die Verbindung mittels Funkverbindung zur Zentralstation herstellt.

52. Swisscom und sunrise bieten beide Festnetztelefoniedienstleistungen an und stehen somit diesbezüglich im Wettbewerb. Um Festnetztelefoniedienstleistungen von sunrise in Anspruch zu nehmen, haben Endkunden in der Regel die Wahl, entweder eine manuelle Betreiberinnenauswahl ("Call-by-Call") oder eine automatische Betreiberinnenauswahl ("Carrier Preselection") zu treffen. sunrise verrechnet den Kunden die Gebühren für die geführten Gespräche, während die Grundgebühr für den Anschluss in der Regel von Swisscom verrechnet wird. Eine Ausnahme dazu bildet der Fall, wenn sunrise ihre Kunden direkt mit eigener Infrastruktur, das heisst eigenen Glasfaserkabeln, erschlossen hat. In letzterem Fall entfällt die Grundgebühr für den Festnetzanschluss an Swisscom.

53. Im Jahr 2003 existierten in der Schweiz 4'016'488 Festnetzanschlüsse, wovon es sich bei 278'976 um Abonnemente mit manueller Betreiberinnenauswahl und bei 1'252'106 um Abonnemente mit automatischer Betreiberinnenauswahl anderer FDA als Swisscom handelte. Die Summe der Abonnemente mit automatischer und manueller Betreiberinnenauswahl ergibt 38% aller Anschlüsse, wobei diese Zahl zu relativieren ist, da sie Doppelzählungen enthalten kann. Es ist möglich, eine Betreiberin automatisch und eine oder mehrere Betreiberinnen manuell anzuwählen.[19] Trotzdem kann daraus geschlossen werden, dass Swisscom mit den 38% der manuell oder automatisch angewählten FDA, sowie mit den FDA, welche Kunden mit eigenen Festnetzanschlüssen erschlossen haben, im Wettbewerb steht. Zu diesen FDA gehört auch sunrise.

Falls die beiden ersten Fragen bejaht werden:

4. Antwort auf Frage 3

a) Frage

54. Ist die Frage, inwieweit der Versand von Rechnungsbeilagen durch die Swisscom Fixnet AG einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung darstellt und damit gegen Artikel 7 KG verstösst, durch die Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002 (Genehmigung der einvernehmlichen Regelung) rechtsverbindlich beurteilt?

b) Antwort

55. Die Frage, inwieweit der Versand von Rechnungsbeilagen durch die Swisscom einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt und damit gegen Artikel 7 KG verstösst, wurde durch die Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002 (Genehmigung der einvernehmlichen Regelung) nicht abschliessend beurteilt.

c) Begründung

56. Die Weko eröffnete am 5. Dezember 2001 eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG gegen Swisscom betreffend das Beilegen von Werbeunterlagen zu den Rechnungen für die Anschlussgebühr.

57. Mit Verfügung vom 6. Mai 2002 in Sachen Tele2 vs. Swisscom wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG genehmigte die Weko die folgende einvernehmliche Regelung gemäss Artikel 29 KG:

> 2. Zwischen Swisscom und dem Sekretariat wird einvernehmlich geregelt:
>
> a) Swisscom verpflichtet sich, künftig den Rechnungen für den Telefonanschluss keine spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beizulegen.
>
> b) Swisscom verpflichtet sich insbesondere, auf das Beilegen von so genannten CPS-Aufhebungsformularen zu verzichten.

58. Mit der Einhaltung der einvernehmlichen Regelung wurde eine möglicherweise kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise der Swisscom beseitigt. Eine abschliessende materiellrechtliche Prüfung des Sachverhalts unter dem Blickwinkel von Artikel 7 KG wurde somit hinfällig und die Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eingestellt (Verfügung vom 6.5.2002, Rz. 24).

59. Die Frage, inwieweit der vom Handelsgericht zu beurteilende Versand von Rechnungsbeilagen durch die Swisscom einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, wurde durch die Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002 somit nicht beantwortet.

60. Betreffend die Frage der Rechtsverbindlichkeit der Verfügung vom 6. Mai 2002 für das Handelsgericht ist im Fall einer einvernehmlichen Regelung das Handelsgericht nicht an die Wertung der Wettbewerbskommission gebunden. Insbesondere bezüglich einvernehmlicher Regelungen wird die Bindung des Zivilrichters an den verwaltungsrechtlichen Entscheid, die einvernehmliche Regelung zu genehmigen, oftmals verneint.[20]

61. Trotzdem gilt der Grundsatz, dass Verwaltungs- und Justizbehörden gegenseitig ihre Entscheidungen respektieren, soweit sie innerhalb ihres jeweiligen Kompetenzbereichs gefällt wurden.

5. Antwort auf Frage 4

a) Frage

62. Liegt der Versand der Rechnungsbeilage April 2003 (ein Original als Beilage) an alle Anschlusskunden (Monopolbereich), und damit auch an CPS-Kunden der TDC Switzerland AG oder anderer Festnetztelefonie-Anbieter, innerhalb des Rahmens der einvernehmlichen Regelung oder stellt dieser einen Missbrauch der Marktmacht gemäss Artikel 7 KG dar (Bitte mit entsprechender Begründung)?

[19] Bundesamt für Kommunikation: Amtliche Fernmeldestatistik 2003, Datenerfassung bei den Fernmeldedienstanbieterinnen. Definitive Ergebnisse für die GSM-Mobilfunknetze und provisorische Ergebnisse für die übrigen Grössen, Oktober 2004, S. 5 und 8.

[20] CHRISTOPH G. LANG, "Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz", Stämpfli Verlag AG Bern 2000, S. 211.

b) Antwort

63. Der Versand der Rechnungsbeilage April 2003 an alle Anschlusskunden verletzt die einvernehmliche Regelung nicht. Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass diese Frage nicht im Rahmen eines Gutachtens nach Artikel 15 Absatz 1 KG, sondern im Rahmen eines sich auf Artikel 50 KG stützenden Sanktionsverfahrens geklärt würde. Das schliesst jedoch nicht aus, dass der Versand dieser Rechnungsbeilage an alle Anschlusskunden einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom darstellen könnte. Um auf einen allfälligen Missbrauch schliessen zu können, sind vom Handelsgericht die dafür notwendigen Sachverhaltsabklärungen zu treffen.

c) Begründung

64. Swisscom hat mit Schreiben vom 17. März 2003 das Sekretariat der Wettbewerbskommission um eine kurze Stellungnahme betreffend die Konformität der geplanten Rechnungsbeilage (Sonderdruck des K-Tipp-Artikels zusammen mit einem Editorial und der Angabe einer speziellen Gratisnummer) mit der einvernehmlichen Regelung gebeten.

65. Mit Schreiben vom 19. März 2003 hat das Sekretariat ausgeführt, dass es sich bei der Absicht, Swisscom-Kunden auf das Vorgehen anderer Anbieter hinzuweisen, um eine Retentionsmassnahme handle, welche mit der einvernehmlichen Regelung nicht im Widerspruch stehe. Bezüglich der Angabe einer speziellen Telefonnummer hat das Sekretariat hingegen präzisiert, dass, falls den anrufenden CPS-Kunden gleichzeitig oder daran anschliessend ein Angebot gemacht würde, wieder bei Swisscom zu telefonieren, dies sich um eine Kundengewinnung handeln könnte, die auf die Rechnungsbeilage zurückzuführen ist, und somit gegen Ziffer 2.a des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Mai 2002 verstossen würde.

66. Die Wettbewerbskommission hatte zudem zu einem späteren Zeitpunkt die Gelegenheit, mittels Verfügung vom 6. Oktober 2003 in Sachen "Sanktionsverfahren gegen Swisscom - Werbebeilagen" (RPW 2003/4, S. 836) die Bedeutung der einvernehmlichen Regelung zu präzisieren. Am 27. August 2002 wurde nämlich ein Sanktionsverfahren nach Artikel 50 KG wegen eines möglichen Verstosses von Swisscom gegen die einvernehmliche Regelung eröffnet. Beim beanstandeten Vehalten handelte es sich um eine Rechnungsbeilage mit Titel "Lohnt es sich, den Anbieter zu wechseln?", in welcher die Preise von Swisscom mit denjenigen von sunrise und Econophone verglichen wurden. Ausserdem wurden zwei Gratisnummern angegeben, die eine für Fragen zu Festnetzpreisen und Spezialangeboten und die andere für Kunden mit Carrier Preselection bei einer anderen Anbieterin. Die Wettbewerbskommission führte in ihrer Verfügung vom 6. Oktober 2003 aus, dass der Ausgangspunkt der Untersuchung, welche zur besagten einvernehmlichen Regelung führte, die Versendung verschiedener Rechnungsbeilagen für Swisscom- und CPS-Kunden war. Als eigentliches wettbewerbsrechtliches Problem wurde somit die Bewerbung der CPS-Kunden mit separatem Werbematerial angesehen. Mit der einvernehmlichen Regelung sollten vor allem solche Werbepraktiken mit unterschiedlicher Werbung für die beiden Kundensegmente sowie die Beilegung von CPS-Aufhebungsformularen unterbunden werden. Ausserdem wurde festgehalten, dass Swisscom weiterhin alle Rechnungsempfänger, eingeschlossen CPS-Kunden, über eigene Produkte informieren dürfe, was impliziere, dass daraus auch gewisse Wechsel zu Swisscom resultieren können. Das Einlageblatt wurde somit nicht als spezifisch auf die Abwerbung von CPS-Kunden ausgerichtete Werbung angesehen (RPW 2003/4, S. 836, Rz. 26 ff.).

67. Nach dieser Verfügung kann die einvernehmliche Regelung somit wie folgt verstanden werden: Alle Empfänger müssen die gleichen Werbebeilagen in der Anschlussrechnung erhalten, unabhängig davon, ob sie Swisscom- oder CPS-Kunden sind. Falls durch die Werbebeilagen betreffend der Information über eigene Produkte nicht nur Swisscom-, sondern auch CPS-Kunden angesprochen werden, und diese daraufhin die Anbieterin wechseln könnten, ist dies nicht als Verstoss gegen die einvernehmliche Regelung zu werten. Auch anhand dieser, durch die Verfügung vom 6. Oktober 2003 präzisierten Kriterien verstösst der Versand der Rechnungsbeilage April 2003 an alle Swisscom-Anschlusskunden nicht gegen die einvernehmliche Regelung.

68. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass die einvernehmliche Regelung die materielle Frage eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht abschliessend geklärt hat. Im Rahmen der vorausgehenden, gegen Swisscom eröffneten Untersuchung wurde ein möglicher Missbrauch darin gesehen, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Infrastruktur im Anschlussnetz missbraucht, um im nachgelagerten Dienste-Markt den Wettbewerb zu behindern (Verfügung vom 6.5.2002, Rz. 22).

69. Wie unter Randziffer 66 ausgeführt wurde, erfolgte der allfällige Missbrauch sowie die daraus folgende Behinderung des Wettbewerbs im letzteren Fall durch den Versand von separatem Werbematerial für die verschiedenen Kundensegmente sowie durch die Beilegung von CPS-Aufhebungsformularen. Diese Wettbewerbsbehinderung wurde durch die einvernehmliche Regelung aufgehoben, ohne den allfälligen Missbrauch abschliessend geprüft zu haben. Im vorliegenden Fall liegt der geltend gemachte Missbrauch und die daraus resultierende Wettbewerbsbehinderung jedoch nicht im Versand unterschiedlicher Werbebeilagen an Swisscom- und CPS-Kunden oder der Beilage von CPS-Aufhebungsformularen und würde somit auch nicht durch die einvernehmliche Regelung behoben. Somit bleibt zu prüfen, ob sich Swisscom durch den Versand der Rechnungsbeilage missbräuchlich verhalten hat und dadurch sunrise in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert hat.

70. Das Handelgericht hat folglich einerseits abzuklären, ob sunrise in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert worden ist und andererseits,

ob diese Behinderung auf einen Missbrauch von Swisscoms marktbeherrschender Stellung auf dem Markt für Festnetzanschlüsse zurückzuführen ist.

71. In einem Gutachten nach Artikel 15 KG nimmt die Wettbewerbskommission nur zu rechtlichen Fragen Stellung. Die Ermittlung des Sachverhalts ist Sache des Zivilrichters. Folglich kann die Frage, ob sunrise tatsächlich in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wurde, von der Wettbewerbskommission nicht beantwortet werden.

72. Betreffend den Tatbestand des Missbrauchs der festgestellten marktbeherrschenden Stellung im Markt für Festnetzanschlüsse ist zuerst darauf hinzuweisen, dass die Marktbeherrschung von Swisscom im Markt für Festnetzanschlüsse festgestellt wurde, dass die von sunrise beanstandeten Werbepraktiken von Swisscom dagegen im nachgelagerten Markt für Telefoniedienstleistungen stattgefunden haben. Dies schliesst jedoch ein missbräuchliches Verhalten gemäss Artikel 7 KG nicht aus (vgl. RPW 2003/1, S. 62, Rz. 14), denn der Missbrauch kann auf einem anderen Markt stattfinden als auf dem Markt, auf welchem das Unternehmen marktbeherrschend ist. Ebenso kann das missbräuchliche Verhalten zwar auf dem beherrschten Markt stattfinden, aber Konsequenzen auf einem benachbarten Markt verursachen. Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktbeherrschung auf einem bestimmten Markt ausnützt, um auf einem Nachbarmarkt Marktmacht zu erwerben.[21]

73. Unter dem Tatbestand des Missbrauchs werden Verhaltensweisen erfasst, die auf die Errichtung von Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren ausgerichtet sind, ferner Praktiken, welche die gezielte Verdrängung von Konkurrenten oder die Erhöhung der Kosten der Marktrivalen zum Zweck haben.[22]

74. Unzulässig ist ein Verhalten zum Beispiel mit Sicherheit, wenn sich die Absicht nachweisen lässt, dass mit der fraglichen Massnahme die Konkurrenz im Wettbewerb behindert oder von ihm ausgeschlossen werden soll.[23] Meistens wird der Beweis dieser Absicht aus Anhaltspunkten und den konkreten Umständen des Falls abgeleitet.[24] Unzulässig ist ein Verhalten aber auch, wenn die betreffende Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wird, ohne dass die Absicht bewiesen werden kann, und sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt.

75. Es ist Sache des Handelsgerichts, anhand von Sachverhaltsabklärungen festzustellen, ob Swisscom mit der Beilegung des K-Tipp-Artikels sunrise gezielt aus dem Markt für Telefonie- und Datenübertragungsdienstleistungen drängte, beziehungsweise welche Wirkung mit dieser Massnahme erzielt worden ist, oder ob es sich nur um eine Retentionsmassnahme handelte, um Swisscom-Kunden von der Abwanderung zu anderen FDA abzuhalten, welche nicht direkt gegen sunrise gerichtet war.

6. Antwort auf Frage 5

a) Frage

77. Haben Sie sonst noch etwas beizufügen?

b) Antwort

78. Nein.

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
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi
M	
N	
O	
O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizazione per la coopera-zione 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 262

abgestimmte Verhaltensweise 259

Abrede 251, 253 f., 256, 259 f., 263, 266 f., 269, 272 ff., 279, 285, 304, 306 ff., 324, 382, 393, 424

Acquiring -

Anhörung 255 f., 262, 271, 436

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Breitbanddienste 371, 378, 447

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

E

Effizienzgründe 251, 267, 274 ff., 278 f., 281, 284 f., 292, 296, 306 ff.

Effizienzprüfung 269 f., 273, 278 f., 284 f., 293, 303 ff., 308 f.

Einstellung einer Untersuchung 250

einvernehmliche Regelung 271, 445 f., 451 f.

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis -

Internalisierung eines Kostenfaktors 251, 260

J

K

Kanton Aargau 306, 395 f.

kollektive Marktbeherrschung 351, 410

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 263, 272, 313, 337, 342, 348 f., 360, 364, 400, 404, 406, 446

Koppelungsgeschäft -

Krankenversicherer 393

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons -

M

Marktaufteilung (keine) 251, 253, 256, 262 f.

marktbeherrschende Stellung 254, 267 f., 314, 321, 330, 334 ff., 338 f., 341, 344, 346, 350 f., 354 f., 361 f., 365, 371, 379 f., 383 f., 395 f., 398, 403, 405, 407 ff., 430, 439, 446, 449, 452

Marktgegenseite 263, 272 f., 314 ff., 317, 319, 329 f., 333, 338 f., 343 f., 351 f., 361, 365, 369 f., 383 f., 395 f., 401 ff., 405, 407, 424, 446 f., 450

Marktorganisation 251, 261, 263 f., 267

Marktstruktur 324, 379, 401

Marktzutrittsschranken 354

Meldepflicht 312, 314, 337, 342, 350, 360, 364 f., 383, 394, 400, 405 ff.

Missbrauch 255, 286, 424, 427, 430, 434, 445, 450 f., 451 ff.

N

O

P

Parallelverhalten 340, 351

potenzieller Wettbewerb 264, 327, 333, 353, 449

Preisabrede (keine) 259, 272 f., 285

Preisbindung zweiter Hand 280 f.

Privatkliniken -

Q

Quersubventionierung 305 f.

R

Rabatte 294 ff., 300, 324

Reduktion der Sanktion -

S

Senkung der Herstellkosten 266 f.

Submission -

Submissionskartell -

T

Tarife 265

Tarifvertrag 396

Tierärzte/innen -

U

Untersuchung 248 ff., 255 ff., 268 ff., 287 f., 294, 334, 371, 418 ff., 432, 434, 439, 445, 451 f.

unzulässige Wettbewerbsabrede 254, 269, 309 f., 450

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 269, 273

Verschulden -

vorbehaltene Vorschriften 258, 314, 350, 364, 383, 394, 400, 404, 406
vorgezogene Recyclinggebühren 257, 259

W

Wettbewerb um den Markt 264 f.

X

Y

Z