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

2004/2

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 25.-

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.-
(Form: 701.000.04/2)

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 25.-

Prix de l'abonnement annuel:
CHF 80.-

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 25.-

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.-

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

2004/2

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 2004

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 **2004/2**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1 **Sekretariat der Wettbewerbskommission**
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segretaria della Commissione della concorrenza

1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

1. ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlung) 331
2. Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS) 345
3. Produktebündel "Talk & Surf" 357
4. Umwandlungssatz im Bereich der beruflichen Vorsorge 377

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Swisscom ADSL 407
2. ErfahrungsMedizinisches Register (EMR): Eskamed AG 449

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. NZZ-Espace-Bund 484
2. RTL Group S.A./Métropole Télévision S.A. 525
3. CapVis/ABB Gebäudetechnik 528
4. Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG 529
5. Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG 583

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

1. Cornèr Banca SA/Telekurs Multipay AG, Wettbewerbskommission 625

B 4 **Bundesgericht**
Tribunal fédéral
Tribunale federale

1. Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, Weko und Reko 640

2. EVD/Sellita Watch Co SA, Weko, Reko und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse 652

**D Entwicklungen
Développements
Sviluppi**

D 2 **Bibliografie**
Bibliographie
Bibliografia 664

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 669

Index (deutsch, français e italiano) 672

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	**1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari**
B 1.1	**1. ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlung)**

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 16. Februar 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlung) wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) wurden im Juni 2003 diverse Anzeigen bezüglich der von der ASTAG im Internet publizierten Dieselpreiskalkulationsempfehlung zugestellt.[1] Im Rahmen diverser Recherchen konnte festgestellt werden, dass die ASTAG (Schweizerischer Nutzfahrzeugverband) nebst den auf dem Internet publizierten Dieselpreiskalkulationsempfehlungen nach wie vor Tarifempfehlungen für unterschiedliche Transportarten herausgibt. Die ASTAG entstand 1979 aus dem Verband Schweizerischer Motorlastwagenbesitzer, ASPA, der 1924 gegründet wurde, sowie dem Treuhandverband des Autotransportgewerbes, TAG. Mit rund 4'500 Mitgliedern, 18 Sektionen und einem Zentralsitz in Bern ist die ASTAG regional und national stark vertreten.

[1] Vgl. http://www.astag.ch/web/uploads/Homepage%20Treibstoffpreise%202004%20W%2004.pdf

2. Das Sekretariat hat bereits in früheren Vorabklärungen zu kartellrechtlichen Aspekten in Zusammenhang mit der Einführung der LSVA und ähnlichem Stellung bezogen. Der Sachverhalt wurde in diesen Verfahren meistens nur summarisch abgeklärt.

3. Um die eingegangenen Vorwürfe zu erhärten beziehungsweise zu entkräften, wurde am 22. Juli 2003 erneut eine Vorabklärung bezüglich sämtlicher Preisempfehlungen der ASTAG eröffnet. In den Anzeigen wurde geltend gemacht, dass Preisempfehlungen, wie sie die ASTAG herausgebe beziehungsweise im Internet publiziere, zu horizontalen Preisabsprachen führe. Die ASTAG hielt diesem Vorwurf entgegen, dass erstens nicht sämtliche Kalkulationshilfen von der ASTAG herausgegeben werden und zweitens wurde geltend gemacht, dass das Transportgewerbe durch Überkapazitäten und Preiskämpfe geprägt sei und ein breites Rabattierungsspektrum zur Anwendung komme.

4. Nach Eingang der verschiedenen von der ASTAG verlangten Tarifgrundlagen wurden dieses Mal stichprobenweise 70 Fragebogen an Transportunternehmen in den Gebieten Bern, Basel, Wallis und Zürich verschickt. Nach Eingang der Antworten wurde ein zweiter Fragebogen an 30 weitere Transportunternehmen versandt, um noch vertiefter die Situation im Bereich Dieselpreiskalkulationsempfehlungen analysieren zu können.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. 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).

6. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die Transportunternehmen der Schweiz und insbesondere deren Mitglieder sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

7. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Abreden treffen, wird nachgehend in Randziffer 10 ff. eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

8. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

9. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Keine Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden im Sinne von Kalkulationshilfen

B.3.1 Wettbewerbsabrede

10. 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).

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

12. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt. Der Fall, dass infolge der Homogenität des Produktes und einer exogen gegebenen vollkommenen Markttransparenz alle auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen den gleichen Preis setzen, ist dem erlaubten Parallelverhalten gleichzusetzen.[2] Hingegen können von den Unternehmen getroffene Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz dazu führen, dass die Unternehmen ihr Verhalten aufgrund dieser Kommunikationselemente implizit aufeinander abstimmen können, weshalb ein transparenzförderndes Verhalten den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllen kann.

13. Es kann festgehalten werden, dass die Kalkulationshilfen sowie die Dieselpreiskalkulationsempfehlung der ASTAG möglicherweise als Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG betrachtet werden können. Die ASTAG als Verband der Transporteure bezweckt mit ihren Empfehlungen beziehungsweise Kalkulationshilfen, Preise oder Preisbestandteile zu regeln. Diese Empfehlungen erfolgen somit bewusst und gewollt und bezwecken eine Vereinheitlichung der Preise oder deren Bestandteile. Diese Empfehlungen werden - wie weiter unten

[2] Benzinmarkt Schweiz, RPW 2002/1, S. 81 f., Rz. 16 ff., vgl. auch BGE vom 14. August 2002 i.S. Buchpreisbindung, Rz. 6.3.

näher ausgeführt wird - kaum einheitlich eingehalten. Sie dienen gemäss diverser Aussagen als Grundlage für die individuelle Preisgestaltung. Ob es sich tatsächlich um eine Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG handelt, kann letztlich offen bleiben, da wie in Randziffer 16 ff. aufgezeigt wird, die Abrede nicht erheblich wäre.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

14. 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. Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG besagt, dass horizontale Abreden (d.h. Abreden auf gleicher Marktstufe) über direkte und indirekte Festsetzung der Preise die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs begründen. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 100). Damit ist für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel entscheidend, mit dem diese erreicht wird.[3]

15. Kann die Vermutung nicht umgestossen werden, ist damit der Nachweis der Unzulässigkeit der Abrede erbracht. Wird die Vermutung umgestossen, ist weiter zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1) vorliegt, die nicht nach Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden kann.

16. Um festzustellen, ob die Abrede beziehungweise die Kalkulationshilfen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken beziehungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.3 Relevanter Markt

B.3.3.a 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 (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

[3] RPW 2001/4, S. 666 ff., Rz. 70.

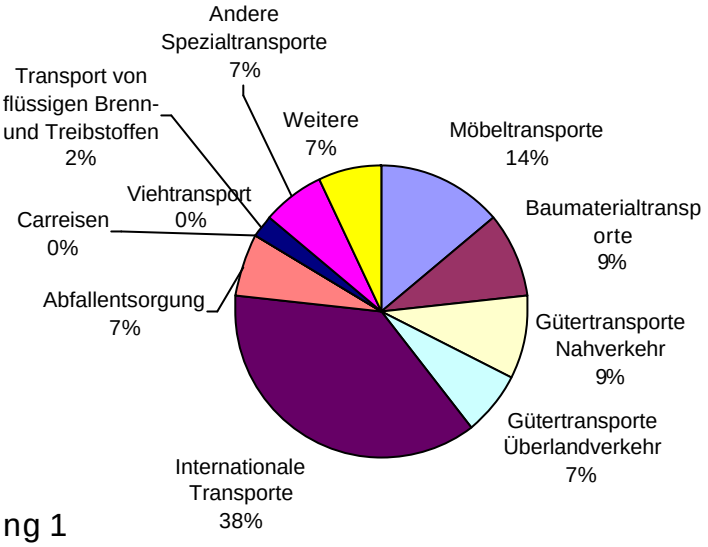


Abbildung 1

18. Wie aus Abbildung 1 ersichtlich wird, kommen im Rahmen der Befragung der 70 Transportunternehmen die oben aufgezeigten Transportmärkte als sachlich relevante Märkte in Frage. In einem weiteren Schritt entschied man sich, die sachlich relevanten Märkte dieser Vorabklärung auf den Gütertransport Nahverkehr und insbesondere den Gütertransport Überlandverkehr zu beschränken, da keine weiteren Abklärungen zu den Spezialtransporten (Bsp. Carreisen, Möbeltransporte etc.) durchgeführt wurden.

19. Inwiefern die Substituierbarkeit von Strasse und Schiene im Gütertransportverkehr eine Rolle spielt, wurde anlässlich einer OECD Roundtable und diversen internen Abklärungen festgehalten.[4] Diese

[4] Vgl. OECD Roundtable; Railways: Structure, regulation and competition policy, DAFFE/CLP(98)1, S. 200: "The EC delegate, when invited to speak on intermodal competition, started from a market-definition perspective: When we are asked, as competition authorities, whether or not agreements between undertakings restrict competition or whether a particular undertakings enjoys a dominant position, it is necessary to define the relevant market, where the restriction on competition or the potential abuse by the dominant company takes place. The Commission, in its decisions, has traditionally considered that road and railways in both passenger and freight transport compete strongly. But, there are also other modes of transport that can compete with railways. For instance, since the opening of the Channel Tunnel, it is clear (and the Commission has also established) that a combination of road and ferry transport can successfully compete for cross-channel traffic with railways. Finally, in Europe, we have a network of high-speed trains connecting not only the big capitals of central Europe but also London. In this respect, it is clear that the provision of passenger rail transport between these continental towns and cross-channels services connecting London compete (and compete successfully) with air transport. In any case, the assessment of a restriction on competition or abuse of a dominant position under competition rules can only be carried out on a case-by-case basis. It is necessary to establish the particular substitutability between different modes of transport for the provision of particular services. It is very difficult to establish general guidelines which could be applied to all cases across the board. According to the representative from the UIC the analysis of the market has until now been superficial. It would be more productive if further work is

Unterlagen lassen den Schluss zu, dass aus Sicht der Marktgegenseite (sprich den Transportdienstleistungsnachfragern) Gütertransportdienstleistungen auf der Strasse mit solchen auf der Schiene (und z.T. anderen Verkehrsträgern) substituierbar sind. Der Grad der Substituierbarkeit hängt ab von den Eigenschaften der zu befördernden Güter, dem Transportvolumen, der Transportdistanz und den Zeitrestriktionen, die für die Wahl des Transportmittels bestimmend sind. Diese Kriterien können daher für eine verfeinerte Marktabgrenzung herangezogen werden (siehe Ausführungen zum räumlich relevanten Markt in Rz. 22).

20. Wie oben bereits festgehalten wurde, wird in dieser Vorabklärung nicht detaillierter auf die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes eingegangen. Festzuhalten bleibt, dass vor allem im Bereich Gütertransporte verschiedene Faktoren die Wahl des geeignetsten Transportmittels beeinflussen. Bezüglich der Abklärung des Preissetzungsverhaltens wird primär auf den Gütertransport auf der Strasse abgestellt. Hiebei stehen die Gütertransporte Überlandverkehr und die Gütertransporte Nahverkehr im Vordergrund.

21. Folglich ist in dieser Vorabklärung von einem sachlichen relevanten Markt Gütertransporte Nahverkehr und Gütertransporte Überlandverkehr auf der Strasse auszugehen. Die Frage des intermodalen Wettbewerbs kann offen gelassen werden, da sich - wie weiter unten aufgezeigt wird - auch bei einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Erheblichkeit der möglichen Wettbewerbsabrede ergeben.

B.3.3.b Räumlich relevanter Markt

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, der hier analog anzuwenden ist).

23. Aufgrund der vorherrschenden Verhältnisse im Transportgewerbe ist davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrzahl der Nachfrager nach Transportdienstleistungen diejenigen Anbieterstandorte als austauschbar erachtet, bei denen es vom nötigen Distanz- und Zeitaufwand her lohnenswert ist, eine Transportdienstleistung nachzufragen (siehe Rz. 18). Somit ist der räumlich relevante Markt vor allem

done on trying to define just what is the market. There is also a subsidiary question: what is a monopoly, and what is a dominant position? If railways are substantially like roads - that railways are simply roads with steel instead of tarmac - then railways would not enjoy a dominant position. On the other hand, if there are significant differences between road and rail, then the assessment of a dominant position would be quite different."

nach Distanz- beziehungsweise Zeitaufwandaspekten abzugrenzen, was auf eine regionale beziehungsweise noch engere Abgrenzung hinauslaufen würde.

24. Zur Beurteilung der Fragen dieser Vorabklärung kann indessen auf die Bildung regionaler Märkte verzichtet werden. Einige Transportunternehmen verfügen über ein internationales Verteilnetz in allen sachlich relevanten Transportmärkten. Daneben bestehen regionale, kleine Transportunternehmen, welche ihrerseits in den sachlich relevanten Transportmärkten operieren. Aufgrund der hohen geografischen Marktdurchdringung überschneiden sich die regionalen Märkte der Transportunternehmen. Alles in allem ergibt diese Struktur landesweit homogene Wettbewerbsbedingungen. Im vorliegenden Fall kann somit als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.

25. Aufgrund der Interdependenzen zwischen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung ergibt sich als relevanter Markt der Markt für Gütertransporte auf der Strasse im Bereich Nahverkehr und Überlandverkehr in der Schweiz.

B.4 Widerlegung der Vermutung nach Artikel 5 Absatz 3 KG

26. Eine Widerlegung der Vermutung nach Artikel 5 Absatz 3 KG muss für die beiden primär in Frage stehenden Kalkulationshilfen beziehungsweise Empfehlungen der ASTAG getrennt erfolgen.

B.4.1 GU- und weitere Tarife der ASTAG

27. Bevor auf den Vermutungstatbestand einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) durch die so genannten GU-Tarife eingegangen wird, soll kurz umschrieben werden, wie das GU-Kalkulationssystem funktioniert.[5] GU bedeutet Gemeinschaft für

[5] Richtlinie für den Überlandverkehr 2001/2002/2003; CD-Rom 2000. Weitere Kalkulationsgrundlagen können gegen Bezahlung unter folgender Internetadresse bestellt werden: <http://www.astag.ch/web/VerticalDefault.aspx?tabindex=10&tabid=1076>.

Überlandverkehr.[6] Mittels einer von ASTAG herausgegebenen CD-Rom kann durch Eingabe der einzelnen zu kalkulierenden Posten direkt der Endpreis berechnet werden. Der Transportunternehmer muss nur die einzelnen Masse wie Distanz, Gewicht etc. eingeben. Die einzelnen, vorgegebenen Preise werden automatisch berechnet und am Schluss wird das Gesamttotal ersichtlich. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Treibstoffzuschlag und allfällige Rabatte (siehe Rz. 37 ff.) individuell geändert und eingegeben werden können. Ausserdem sind diese Kalkulationshilfen auch Nachfragern der Transportdienstleistungen zugänglich. Auch sie haben die Möglichkeit, diese via Internet oder direkt bei der ASTAG zu bestellen.[7]

28. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Die Vermutung der Unzulässigkeit der Abrede kann umgestossen werden, wenn sich zeigt, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen bleibt.[8]

29. Im Bereich der Transportpreise herrscht genügend Innenwettbewerb (vgl. detaillierte Ausführungen in Rz. 35 ff.). Die einzelnen Transportunternehmen berechnen ihre Preise vor allem aufgrund effektiver Kosten, Konkurrenzverhalten und spezifischer Kundenbedürfnisse, sprich Rabattvereinbarungen mit Einzelkunden (siehe Abb. 3). Weiter ist festzuhalten, dass seitens der ASTAG keinerlei Sanktionsmöglichkeiten gegen Transporteure, die sich nicht an diese Vorgaben halten, bestehen.

[6] Vgl. Definition unter <http://www.astag.ch/web/VerticalDefault.aspx?tabindex=4&tabid=1027>: "Die Fachgruppe Überlandverkehr ist mit über 1'100 Mitgliederfirmen die grösste Fachgruppe der ASTAG. Seit Jahrzehnten wird der gesamte Stückgutverkehr in der Schweiz durch diese Branche bewältigt und somit eine Versorgung der schweizerischen Wirtschaft und des Handels ermöglicht. Obwohl das Wort 'Überland' aus früherer Zeit stammt, ist dieser Begriff auch heute noch verständlich, weil Fernverkehr in unserem Land kaum ein Thema ist, nachdem die grössten Distanzen auf max. 400 km limitiert sind und die mittlere Transportdistanz rund 150 km beträgt. Für den Stückgut- und Wagenladungsverkehr werden unterschiedliche Fahrzeuge eingesetzt. Vom klassischen Lastzug (Motorwagen und Anhänger) über den Sattelschlepper, bis zu den durch die LSVA notwendig gewordenen kleineren Last- und Lieferwagen. In der Regel sind die Fahrzeuge mit Blachenverdeck, aber auch als ungekühlte Kofferaufbauten ausgerüstet. Der Fachgruppenvorstand befasst sich generell mit der gesamtschweizerischen Interessensvertretung im Strassengüterverkehr, insbesondere für Stückgüter und Wagenladungen. Erarbeitung und Anpassung des Tarifwerkes (GU-Tarif), welches landesweit - aber auch über die Grenzen hinweg - als Richtlinientarif eine grosse Bedeutung besitzt, ist ein Schwerpunkt. Ermittlung des so genannten Treibstoff-Faktors durch permanente Auswertung der Treibstoffkosten und Infos an die Mitglieder sind weitere Tätigkeiten."

[7] Vgl. <http://www.astag.ch/web/VerticalDefault.aspx?tabindex=10&tabid=1076>.

[8] RPW 2003/2, S. 286.

30. Nach dem Gesagten ist Innenwettbewerb (d.h. Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) vorhanden. Die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG kann somit umgestossen werden. Nunmehr ist zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt.

31. Die Beurteilung der **Erheblichkeit einer Beeinträchtigung** des Wettbewerbs kann gestützt auf quantitative oder qualitative Kriterien erfolgen.[9] Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Beschränkung dann unerheblich ist, wenn sie den Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede nicht in einem für die Marktteilnehmer nennenswerten Ausmass zu beeinflussen vermag. Insbesondere muss für die Nachfrager ein Ausweichen ohne weiteres möglich sein. Nicht an der Abrede Beteiligte sind in ihren Verhaltensweisen nicht in nennenswertem Ausmass eingeschränkt. Dass gleichzeitig noch Innenwettbewerb besteht, ist möglich, aber nicht zwingend.[10] Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung **quantitativ** erheblich ist, kann auf Kriterien wie Marktanteil und Umsatz der beteiligten Unternehmen abgestellt werden.

32. Würden die umsatzstarken Transportunternehmen wie Planzer, DHL, Panalpina, Danzas, Lamprecht Transport etc.[11] und auch sehr viele der befragten Unternehmen wie Kehrli und Oehler AG, Lehmann Transport AG, Mat Transport AG, Natural AG, Packimpex AG etc. die Tarifgrundlagen der ASTAG tatsächlich verwenden, wäre von einem sehr hohen Marktanteil auszugehen. In der Regel wäre eine derartige horizontale Abrede als eine den wirksamen Wettbewerb beseitigende Abrede oder zumindest als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu qualifizieren. Da im konkreten Fall aber nicht von einer möglichen einheitlichen Anwendung der Kalkulationshilfen ausgegangen werden kann und diese daher keine spürbare Wirkung auf den Wettbewerb zeitigt, kann - mit den gleichen Argumenten wie in Randziffer 33 ff. - gefolgert werden, dass im vorliegenden Fall keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.

[9] ZÄCH R., Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 282 ff.; RPW 2000/2, S. 177; RPW 2000/3, S. 361.
[10] SVIT-Honorarrichtlinien, RPW 1998/2, S. 196, Rz. 44.
[11] Vgl. Internationale Transporte Zeitschrift, 33/34, 2003, S. 61.

33. Der Preis stellt einen Wettbewerbsparameter dar, der grundsätzlich auf dem Markt eine wichtige Rolle spielt. Wenn das Kartellgesetz bei horizontalen Preisabreden grundsätzlich vermutet, dass sie negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (vgl. Ausführungen zu Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), so weist dies auf die Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters hin. Die Wettbewerbskommission hat die Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters als **qualitatives Erheblichkeitskriterium** in ihrer Praxis mehrfach bestätigt.[12]

34. Bei Anwendung der GU-Tarife ist es jedem Transporteur möglich, über die Rabattgewährung den vorgegebenen Preis der Kalkulationshilfe zu beeinflussen. Weiter haben die Abklärungen des Sekretariats ergeben, dass diese Kalkulationshilfe nicht einheitlich angewandt wird. Die Aussagen der ASTAG in ihrer Stellungnahme (vgl. Rz. 2) und die Antworten der befragten Transporteure erhärten diese Annahme. Hiezu einige Zitate aus eingegangenen Antwortschreiben:

> *"Preise sind keinesfalls einheitlich. Kunden werden verschiedene Rabattstufen gewährt. Wir richten die Rabattstufe nach Kundengrösse. Je grösser das Kundenvolumen, desto besser der Preis."*
>
> *"Wir haben keine Einheitspreise. Bei unseren Preisgestaltungen spielen derart viele Faktoren mit, dass dies unmöglich wäre. Das wäre allenfalls Wunschdenken!"*
>
> *"Es gibt fast immer Abweichungen. Die Preise richten sich nach Art und Aufwand des einzelnen Auftrags (Gross-/ Kleinauftrag, komplexer oder einfacher Planungsablauf, saisonale Auslastung, Stamm- oder Einmalkunden, Konkurrenz etc.)."*
>
> *"Bei einem weltweiten Kundenstamm von zig Kunden gibt es hundertfach unterschiedliche Kundenbedürfnisse und Preisgestaltungen", 'Sonderkunden haben Rabatte' usw."*

35. In Randziffer 12 und 31 wurde ausgeführt, wann eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG als erheblich einzustufen ist. Es liegen derzeit keine Anhaltspunkte vor, die Kalkulationshilfen der ASTAG als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung einzustufen, da sie gemäss Abklärungen des Sekretariats von den meisten Marktteilnehmern nicht als einziges Preissetzungsinstrument angewandt werden. Diese Aussage ergibt sich aus der Erfassung der Antworten auf die Frage, welche Kriterien für den Preissetzungsmechanismus

[12] RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW1999/3, S. 441 ff.; RPW 2000/2, S. 177; RPW 2000/3, S. 362.

massgeblich seien. Die Antworten ergaben, dass vor allem die effektiven Kosten und das Verhalten der Konkurrenz bei der Preissetzung als Hauptkriterien herangezogen würden. Aus den acht eingegangenen Antworten bezüglich der Anwendung von Kalkulationshilfen handelt es sich laut drei Antworten ausdrücklich um den Gebrauch interner Kalkulationsprogramme (vgl. Abb. 2).

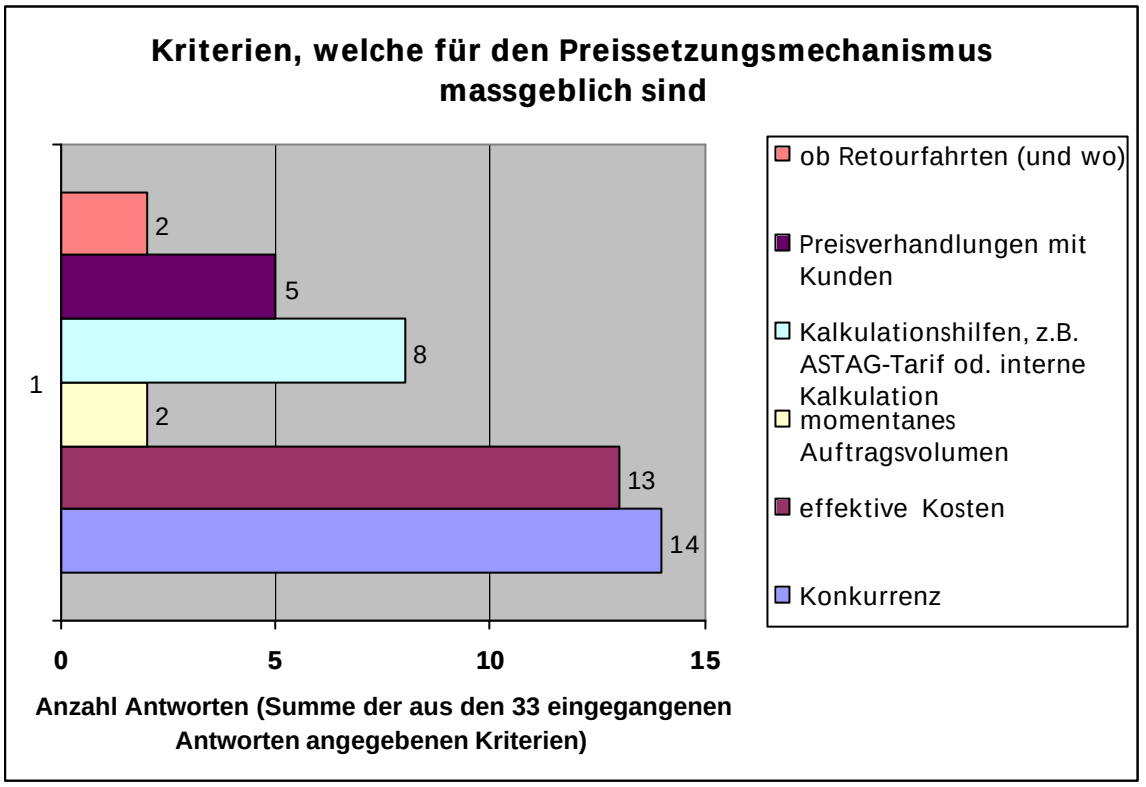


Abbildung 2

36. Es bestehen daher zurzeit keine Anhaltspunkte, welche das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG im Bereich der GU-Tarife begründen würden.

B.4.2 Dieselpreiskalkulationsempfehlung der ASTAG

37. Vor allem im Bereich der Dieselpreiskalkulationsempfehlungen der ASTAG, welche der Überwälzung der Dieselpreiserhöhungen beziehungsweise -senkungen auf den Transportpreis dienen, gingen beim Sekretariat verschiedene Anzeigen ein.[13] In diesen wurde geltend gemacht, dass es sich um eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG handeln könnte.

[13] <http://www.astag.ch/web/uploads/Homepage%20Treibstoffpreise%202004%20W%2005.pdf>.

38. Die Dieselpreiskalkulationsempfehlung der ASTAG wird kontinuierlich den aktuellen Dieselpreisen auf dem Treibstoffmarkt angepasst. Auf dem Internet unter in Fussnote 7 erwähnter Adresse können diese abgerufen werden (vgl. Abb. 3 und Abb. 4). Sobald der Dieselpreis eine bestimmte Preisgrenze überschritten hat, wird der prozentuale Zuschlag auf den Transportpreis erhöht (Bsp. ab Dieselpreis CHF 1.29 pro Liter = 1% Treibstoffzuschlag auf dem Endpreis; ab Dieselpreis CHF 1.38 pro Liter = 2% Treibstoffzuschlag auf dem Endpreis etc.).

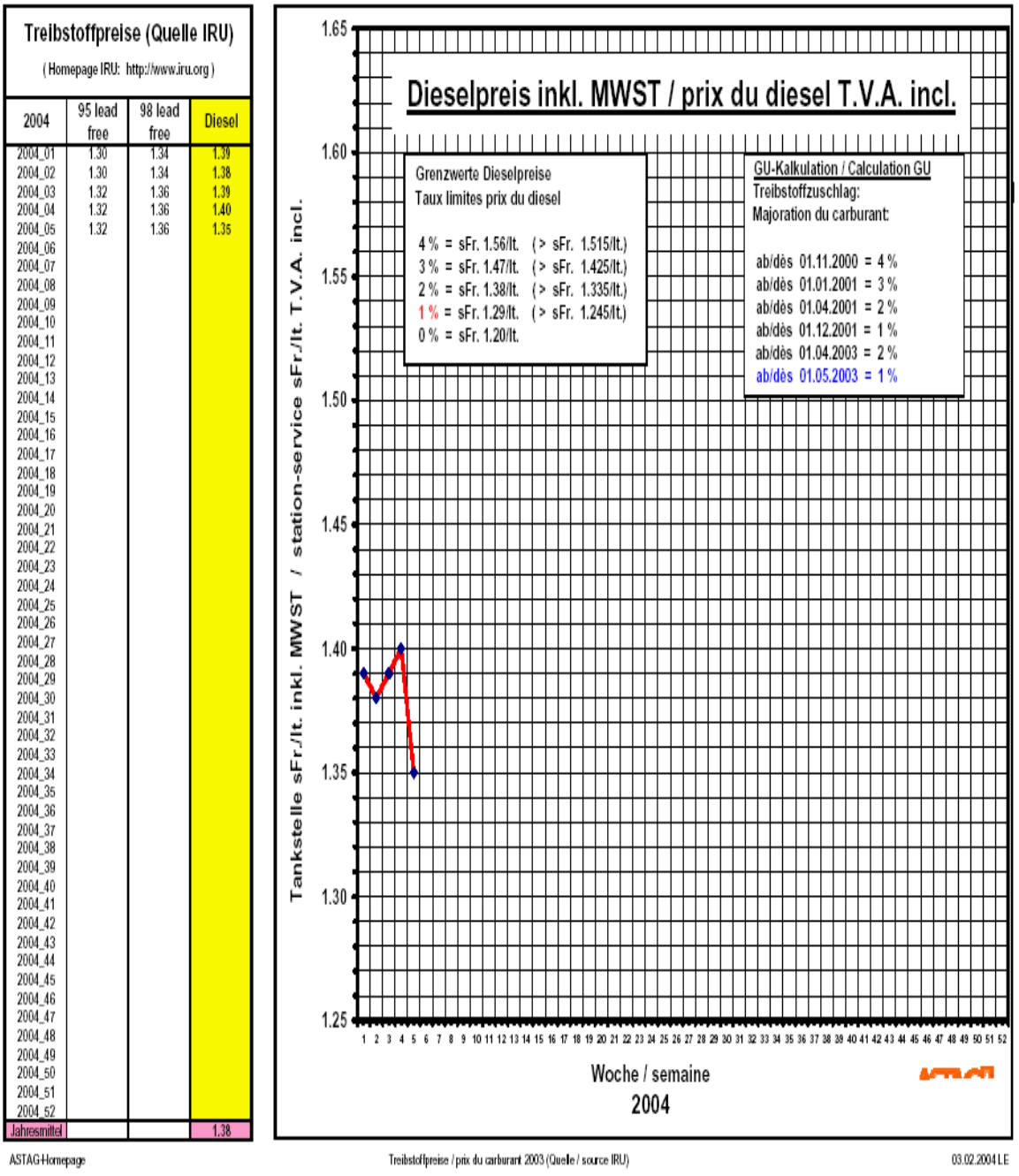


Abbildung 3

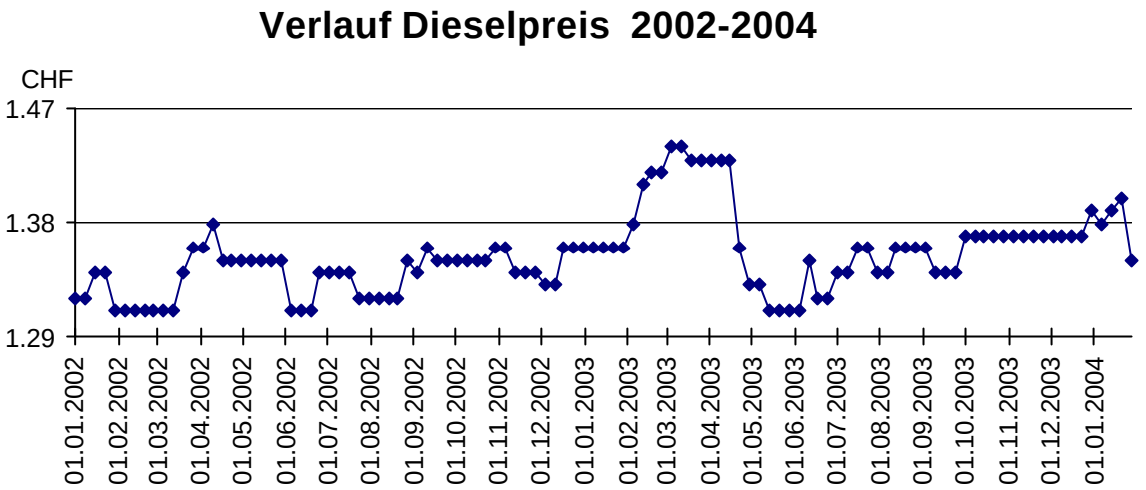


Abbildung 4

39. Die Publikation solcher Empfehlungen wirkt grundsätzlich kollusionsfördernd. Wird der Preisparameter "Dieselpreisaufschlag beziehungsweise -abschlag" einheitlich angewandt, so führt dies zu kollusivem Verhalten im Hinblick auf diesen Preisparameter. Da die vorgeschlagenen Preisänderungen immer stufenweise (aufgrund verschiedener Bandbreiten) erfolgen, beinhaltet dies die Tendenz einer Stabilisierung des Preisniveaus auf den von der ASTAG vorgeschlagenen Bandbreitenstufen.[14] Daher kann bei der Dieselpreisempfehlung im Sinne der Erwägungen in oben zitiertem Entscheid von einer Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG ausgegangen werden. Ob diese den Wettbewerb beseitigt beziehungsweise erheblich beeinträchtigt, ist davon abhängig, ob sie angewandt wird (vgl. Ausführungen zu den GU-Tarifen unter B.4 ff.).

40. Da aufgrund des ersten Fragebogens eine mehrheitliche Anwendung dieser Empfehlung nicht entkräftet werden konnte, wurde am 10. November 2003 erneut ein Fragebogen an 30 stichprobeweise ausgewählte Transporteure in der ganzen Schweiz versandt. Die Auswertung der Antworten ergab, dass diese Empfehlung von fast niemandem angewandt wird (vgl. Abb. 5). Ausserdem wurde verschiedentlich

[14] Bereits im Jahre 1991 beurteilte die Kartellkommission die Festlegung von Andienungspreisen im Benzinmarkt (inkl. 2 Rappen-Sprünge) als stillschweigend aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. b aKG. Vgl. VKKP 1991, "Vorabklärung zur Überprüfung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Benzinmarkt", S. 62.

darauf hingewiesen, dass die Dieselpreise auch anderweitig (Treibstoffpreise im Internet, an der Tankstelle etc.) in Erfahrung gebracht werden können und der Empfehlung nur ein zusätzlich informativer Nutzen zuzuschreiben sei.

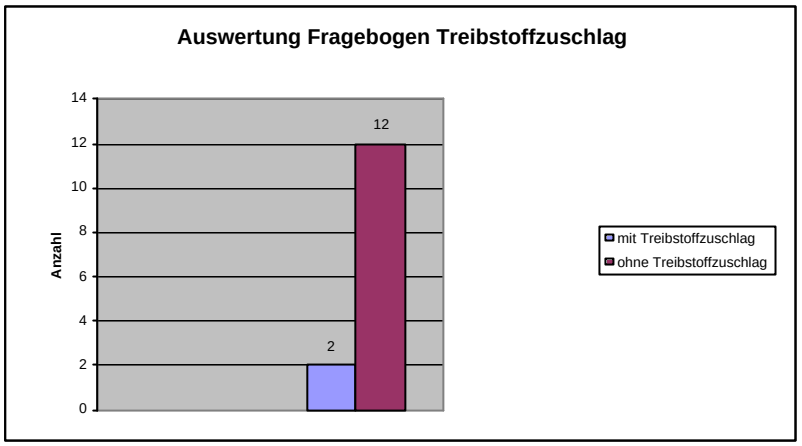


Abbildung 5

Im Rahmen dieser Vorabklärung kann daher festgestellt werden, dass auch die Dieselpreiskalkulationsempfehlung nicht als erheblich im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 (vgl. detaillierte Ausführungen in Rz. 12 ff.) einzustufen ist.

B.5 Ergebnis

41. Gestützt auf die getätigten Abklärungen und die summarische Würdigung im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG kann festgestellt werden, dass zurzeit weder die Kalkulationshilfen noch die Dieselpreiskalkulationsempfehlung der ASTAG eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellen.

C. Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;

2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen und teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	**2. Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS)**

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 2. Dezember 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Tarifliste der Vereinigung Professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS) wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Am 14. Mai 2002 wurde dem Sekretariat der Wettbewerbskommission die neue, per 1. Juli 2002 gültige Tarifliste der Vereinigung professioneller Sprecherinnen und Sprecher (VPS) zugestellt. Bei der VPS handelt es sich um einen Verein nach Artikel 60 ff. ZGB mit Sitz in Zürich. Mitglieder dieser Vereinigung sind professionelle Sprecherinnen und Sprecher, deren Arbeit in der Vokalisierung von TV-/Kinowerbespots, Radiospots, Billboards, Durchsagen im öffentlichen Verkehr etc. besteht. Die Vereinigung ist gesamtschweizerisch tätig und zählt derzeit zirka 130 Mitglieder. Ihre Hauptaufgabe besteht in der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder. Die Tarifliste der VPS wurde mit dem Verband "Schweizer Film und Video Produzenten (SFVP)" ausgearbeitet und regelt detailliert, welche Leistungen in welcher Höhe zu entlöhnen sind. Infolge mehrerer unbeantworteter Fragen, welche sich im Rahmen der informellen Marktbeobachtung ergeben haben, hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 17. Juni 2003 beschlossen, eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Kartellgesetz (KG) zu eröffnen.

2. Im Rahmen dieser Vorabklärung sollte untersucht werden, ob die Sprecherinnen und Sprecher als Beauftragte oder als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Nur im ersten Fall ist gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG das Kartellgesetz überhaupt anwendbar. Zudem sollte geklärt werden, ob sich aufgrund der Tarifliste Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 KG ergeben. Schliesslich war zu prüfen, ob die Tarifordnung allenfalls gemäss der Bekanntmachung vom 4. Mai 1998 über die Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen gerechtfertigt werden könnte (RPW 1998/2, S. 351 ff.).

3. In der Folge wurden 24 Unternehmen befragt, welche Nachfrager von professionellen Sprecherinnen und Sprechern sind. Des Weiteren wurde die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA Zürich) zur Klärung der Abgrenzungsproblematik Arbeits- oder Auftragsverhältnis befragt. Zudem wurde der VPS ein Fragebogen zugesandt.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. 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).

B.1.1.a Unternehmen

5. Als Unternehmen gelten alle wirtschaftlich und juristisch selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten (RPW 1999/2, S. 226, Ziff. 28).

6. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerorganisationen können allerdings nicht unter den Unternehmensbegriff gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG subsumiert werden. Die Botschaft hält hiezu klar fest: "Im Sinne einer ökonomischen Begriffsausrichtung wird mit der Verwendung des Unternehmensbegriffs klargestellt, dass weder Konsument noch Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst werden".[1] Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Bestimmungen des Kartellgesetzes grundsätzlich nicht für private Beschränkungen hinsichtlich des Arbeitsmarkts gelten. Formell wird dabei argumentiert, dass Arbeitnehmer keine Unternehmen seien, da sie nicht für sich sondern für andere produzieren.[2] Die Lehre präzisiert diese Auslegung dahingehend, dass das Gesetz nur dann nicht anwendbar ist, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen "ausschliesslich" das Arbeitsverhältnis betreffen. Sofern in arbeitsrechtlichen Verträgen wettbewerbsbeschränkende Bestimmungen enthalten sind, die sich auf den Güter- oder Dienstleistungsmarkt beziehen, gilt das Kartellgesetz. Als Beispiele werden das "Sperren von Arbeitskräften" sowie Bestimmungen gegen Preisschleuderei genannt.[3]

7. Anders sieht es bei Auftragsverhältnissen aus. In diesem Fall arbeitet der Beauftragte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Er trägt das unternehmerische Risiko und tritt im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auf. Ein Beauftragter ist demnach als (Einzel-)Unternehmer im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG zu qualifizieren.

[1] Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, S. 66, 222.1 Sachlicher Geltungsbereich.
[2] ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 220 f., m.w.H.
[3] BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 2, Rz. 7 ff.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2002, Art. 2, Rz. 33 ff.

8. Die VPS stellt sich auf den Standpunkt, dass die professionellen Sprecherinnen und Sprecher jeweils Arbeitsverträge abschliessen würden und das Kartellgesetz deshalb nicht anwendbar sei. Diesem Argument legt sie ein Schreiben der SVA Zürich bei, worin festgestellt wird, dass die professionellen Sprecherinnen und Sprecher AHV-rechtlich als unselbstständig Erwerbende gelten. Die VPS vertritt somit die Meinung, dass die VPS eine "Arbeitnehmerorganisation" sei, welche für ihre Mitglieder (Arbeitnehmer) die Tarife im Sinne eines Gesamtarbeitsvertrages (GAV) aushandle. Es stellt sich die Frage, ob dieser Auffassung gefolgt werden kann. Diese Frage wird in der Folge in drei Schritten untersucht. Zuerst wird der arbeitsrechtliche Begriff im Sozialversicherungs- und danach im Obligationen- beziehungsweise Zivilrecht analysiert. Anschliessend soll die Frage beantwortet werden, welchem arbeitsrechtlichen Begriff das KG folgt. Als Letztes wird die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag vorgenommen.

9. Im Sozialversicherungsrecht besteht ein Arbeitsverhältnis, wenn[4]

1. Arbeit geleistet wird
2. auf unbestimmte oder bestimmte Zeit
3. gegen Entgelt
4. in unselbstständiger Stellung.

Im vorliegenden Fall stellt sich in erster Linie die Frage der unselbstständigen Stellung. Arbeitnehmer ist gemäss LOCHER[5], wer:

- von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher Sicht beziehungsweise arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und
- kein Unternehmerrisiko trägt.

10. Das SVA Zürich verweist auf ein Urteil vom 2. November 2001, in dem das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich entschieden hat, dass die professionellen Sprecherinnen und Sprecher AHV-rechtlich in aller Regel als unselbstständig Erwerbende zu betrachten sind. Das Gericht sieht die Voraussetzungen des fehlenden Unternehmerrisikos und des Abhängigkeitsverhältnisses als gegeben. Es führt aus, die Sprecherinnen und Sprecher unterstünden während den Aufnahmen einem Weisungsrecht sowie einer Präsenzpflicht. Zudem seien sie in die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin eingebunden.

[4] THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 169, Rz. 10 ff.
[5] LOCHER, S. 171, Rz. 18 ff.

11. Aus der AHV-rechtlichen Qualifikation der Sprecherinnen und Sprecher als unselbstständig Erwerbende lässt sich jedoch nicht auf deren zivilrechtlichen Status schliessen. Der AHV-rechtliche beziehungsweise sozialversicherungsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers (der Arbeitnehmerbegriff stimmt in allen Sozialversicherungszweigen überein, vgl. Art. 10 ATSG) ist nicht identisch mit dem Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsvertragsrecht oder im Arbeitsgesetz. Wohl ist jede Person, die einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, auch im Sinne der AHV Arbeitnehmerin, der AHV-rechtliche Begriff geht jedoch weit über den zivilrechtlichen Begriff hinaus: So gelten zum Beispiel auch Personen AHV-rechtlich als Arbeitnehmer, die für ihre erwerbliche Zusammenarbeit zivilrechtlich eine andere Vertragsform als den Arbeitsvertrag gewählt haben (z.B. Agenturvertrag oder Auftrag). Die Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) besagt denn auch: "Bei der Beurteilung des Einzelfalls sind folgende Gesichtspunkte nicht ausschlaggebend: Die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. (...) Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu liefern, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein."[6] Der Umstand, dass eine Erwerbstätigkeit nach Sozialversicherungsrecht als unselbstständige Erwerbstätigkeit angesehen wird, lässt demnach nicht den Schluss zu, dass die Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt ist.

12. Die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Sprecherinnen und Sprecher als unselbstständig Erwerbende ist deshalb nur für die obligatorische ALV, die berufliche Vorsorge und für die soziale Unfallversicherung bindend. Die Wettbewerbskommission und andere Behörden, welche nicht im Bereich der Sozialversicherung tätig sind, sind frei von einem anderen Arbeitnehmerbegriff auszugehen, wobei insbesondere der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff in Frage kommt.

13. Die Tatbestandsmerkmale, welche für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit beziehungsweise für einen Arbeitsvertrag nach Arbeitsrecht gegeben sein müssen, sind:[7]

1. die Verrichtung einer Arbeitsleistung
2. das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses
3. das Eingehen des Arbeitsverhältnis für eine gewisse Dauer
4. die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung

[6] Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML), Stand 1. Januar 2003, Rz. 1022 f.
[7] MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Zürich 2002, Rz. 43 ff.

14. Da nun der Begriff "Arbeitnehmer" in beiden Rechtsgebieten kurz dargestellt wurde, stellt sich die Frage, auf welchen arbeitsrechtlichen Begriff sich Artikel 2 Absatz 1 KG stützt. Die Rechtsprechung, die Botschaft, der Kommentar sowie die Literatur lassen diese Frage unbeantwortet. Nachfolgend soll nun aufgezeigt werden, dass sich das Kartellgesetz auf den zivilrechtlichen Begriff stützt. Dies unter folgender Begründung:

15. Das Sozialversicherungsrecht beinhaltet unter anderem Normen, welche die Altersvorsorge regeln. Diese Normen setzen voraus, dass zivilrechtliche Bestimmungen bestehen. Bevor eine Beitragspflicht besteht, muss ein zivilrechtliches Verhältnis vorliegen. Das Sozialversicherungsrecht ist also Ausfluss des Arbeitsrechts beziehungsweise knüpft grundsätzlich an das Zivilrecht an. Der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff stellt eine Anpassung des ursprünglichen, zivilrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes auf die Besonderheiten und Bedürfnisse des Sozialversicherungsrechts dar.

16. Die Sozialversicherung will möglichst breite Bevölkerungskreise und infolgedessen auch und vor allem die sozial Schwächeren vor den wirtschaftlichen Folgen von notorischen Grossrisiken schützen (dazu gehören beispielsweise Tod, Invalidität, Alter und Arbeitslosigkeit). In diversen Sozialversicherungszweigen (z.B. bei der sozialen Unfallversicherung, bei der Arbeitslosenversicherung oder bei der beruflichen Vorsorge) hängt der Anwendungsbereich und damit der sozialversicherungsrechtliche Schutz von der Frage ab, ob jemand sozialversicherungsrechtlich als Arbeitnehmer qualifiziert werden kann. Um einen möglichst ausgedehnten Schutz zu bieten, wird der Arbeitnehmerbegriff extensiv ausgelegt. Das Sozialversicherungsrecht geht deshalb bei der Beurteilung, ob eine unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, weiter als das Arbeitsrecht. Unter Umständen kann nach Sozialversicherungsrecht auch eine zivilrechtlich gesehen selbstständige Erwerbstätigkeit als unselbstständige Erwerbstätigkeit angesehen werden.

17. Die Gründe, welche zu dem weiten sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff führen, spielen im Bereich des Wettbewerbsrechts keine Rolle. Es handelt sich um spezifisch sozialrechtliche Motive. Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beim Ausschluss von Arbeitsverhältnissen aus dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes vom sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgehen wollte. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sind vielmehr die Bereiche, welche gar nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen, möglichst begrenzt zu halten.

18. Der Ausschluss der Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes rechtfertigt sich gemäss der herrschenden Lehre dadurch, dass der Arbeitsmarkt durch ein strukturelles Ungleichgewicht gekennzeichnet ist. Die Arbeitnehmer befinden sich gegenüber den Arbeitgebern in einem Zustand atomistischer Konkurrenz, da die

Arbeitgeber nicht zuletzt aufgrund ihrer geringeren Anzahl in aller Regel besser organisiert und damit stärker sind.[8] Diese Ausführungen beziehen sich auf den Arbeitsmarkt und können nicht ohne weiteres für den Auftragsmarkt übernommen werden. Zudem hat die Praxis des Sekretariats gezeigt, dass in den Auftragsmärkten das Kartellgesetz anwendbar ist (z.B. auf Ärzte, vgl. RPW 1997/4, S. 481 ff., Ziff. 10, 1998/2, S.198 ff., Ziff. 12; auf Fahrlehrer, vgl. RPW 2003/2, S. 271 ff., 2000/2, S. 167 ff., insbesondere Ziff. 10 und 26 f.; oder auf Übersetzer, Terminologen und Dolmetscher, vgl. RPW 1998/2, S. 203 ff., Ziff. 10 f.). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beim Ausschluss der Arbeitnehmer aus dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes vom zivilrechtlichen Begriff ausgeht.

19. Nachdem nun festgestellt worden ist, dass bei der Ausnahme der Arbeitnehmer vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes vom zivilrechtlichen und nicht vom sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen ist, bleibt zu prüfen, ob die Tätigkeit der Sprecherinnen und Sprecher zivilrechtlich gesehen ein Arbeits- oder ein Auftragsverhältnis darstellt.

20. Massgebliches Kriterium für die Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Auftrag ist in erster Linie die rechtliche Subordination der die Arbeitsleistung erbringenden Person unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.[9] Die Unterscheidung des Arbeitsvertrags vom Auftrag findet damit bei der Prüfung des für das Arbeitsverhältnis typischen Abhängigkeitsverhältnisses statt.

21. Ein Abhängigkeitsverhältnis ist dann gegeben, wenn der "Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug **persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich** der Direktionsgewalt des Arbeitgebers unterstellt ist (OGer. ZH JAR 1986, 59). Die Weisungsgewalt des Arbeitgebers (OR 321d) begründet eine rechtliche Unterordnung, die den Arbeitsvertrag von den Verträgen auf selbstständige Dienstleistungen, insbesondere vom Auftrag (OR 394) unterscheidet (BGE 95 I 24)."[10]

22. Die Sprecherinnen und Sprecher müssen ihre Leistung <u>persönlich</u> erbringen.

[8] ZÄCH, Rz. 221, m.w.H.
[9] Bundesgerichtsurteil 4C.230/2002 vom 26. August 2002, E.1.
[10] REHBINDER, Rz. 45 (Hervorhebung durch das Sekretariat).

23. Die Sprecherinnen und Sprecher sind aber nicht in eine Geschäftsorganisation beziehungsweise in eine Hierarchie eingebunden. Sie arbeiten meist auf eigene Rechnung und in eigenem Namen, das heisst, sie sind organisatorisch nicht einer Direktionsgewalt unterstellt. Sie können nach eigenem Ermessen darüber befinden, ob sie einen Auftrag annehmen oder nicht. Diese Möglichkeit besitzt ein Arbeitnehmer nicht. Zudem werden die Sprecherinnen und Sprecher in aller Regel ihre Leistungen mehreren Studios anbieten und nicht nur einem einzigen. Die Tonstudios werden beauftragt, Tonaufnahmen zu machen und für diese Arbeit beauftragen sie wiederum Sprecherinnen und Sprecher, um die Texte vorzulesen. Organisatorisch sind die Sprecherinnen und Sprecher nicht oder nur sehr lose in das Tonstudiounternehmen eingebunden: Sie besitzen keinen typischen Arbeitsplatz oder eigene Arbeitsutensilien und sie werden jeweils nur für einen Auftrag, das heisst sporadisch engagiert. Gemäss den befragten Unternehmen besteht zwar ein Weisungsrecht, das heisst, die Sprecherinnen und Sprecher sind an die Vorgaben der Tonstudios gebunden. Jedoch haben die meisten Unternehmen bei dieser Frage die Bemerkung angefügt, dass Verbesserungsvorschläge der Sprecherinnen und Sprecher angenommen werden oder dass diese kreativ beteiligt seien. Gemäss einem der befragten Unternehmen entstehen die Sprachaufnahmen immer als Zusammenarbeit zwischen der Regie und der Sprecherinnen und Sprechern. Damit kann gesagt werden, dass die Sprecherinnen und Sprecher nur teilweise weisungsgebunden sind. Diese Frage kann aber letzten Endes offen gelassen werden, da auch in einem Auftragsverhältnis klare Weisungen an den Beauftragten erteilt werden können.

24. Ein Arbeitsvertrag wird auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen. In der Regel wird ein Pensum von Stunden umschrieben wie zum Beispiel eine Teilzeitarbeit oder eine Vollzeitbeschäftigung. Der Arbeitnehmer untersteht meistens auch einer stundenmässig definierten Präsenzpflicht. Der Lohn wird dann anhand eines stundenmässig definierten Aufwands entrichtet. Deshalb handelt es sich beim Arbeitsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis. Die Verträge mit den Sprecherinnen und Sprechern werden hingegen nicht auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen, sondern definieren sich über eine bestimmte, durch die Sprecherin oder den Sprecher zu erbringende Leistung. In welchem Zeitrahmen diese Leistung erbracht wird, ist nur ausnahmsweise von Bedeutung (z.B. bei Hörspielen). Wird ein Termin nicht eingehalten, so erfolgt auch keine Entlöhnung. Die Sprecherinnen und Sprecher haben pauschale Honorare und werden nicht im Stundenansatz bezahlt. Zum Beispiel sieht die Tarifliste für einen Spot eine Pauschale von CHF 450.- vor, ungeachtet vom erforderlichen stundenmässigen Aufwand. Eine bestimmte Zeitdauer wird auch nur in Einzelfällen vereinbart (z.B. bei Hörspielen am Radio).

25. Ob die Sprecherinnen und Sprecher wirtschaftlich der Direktionsgewalt unterstellt sind, ist fraglich. Die Sprecherinnen und Sprecher entscheiden selbstständig über die Annahme oder Ablehnung eines Angebotes. Ein fixes Einkommen durch eine Tätigkeit dürfte wohl die Ausnahme sein. Meistens treten die Sprecherinnen und Sprecher in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf dem Markt auf. Sie müssen sich selber um die Auftragsbeschaffung kümmern.

26. Die gemachten Erwägungen führen zum Ergebnis, dass im vorliegenden Fall ein Auftragsverhältnis gegeben ist, weshalb der Sachverhalt unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes (Art. 2 Abs. 1 KG) fällt.

B.1.1.b Wettbewerbsabrede

27. 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).

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

29. Bei der Tarifliste der VPS handelt es sich möglicherweise um eine derartige Wettbewerbsabrede. Allerdings sind Sanktionen im Falle einer Nichteinhaltung der Tarifliste gemäss VPS und der Mehrheit der befragten Unternehmen weder für die Sprecherinnen und Sprecher noch für die Produzenten vorgesehen.

30. Ob die Abrede in Form der Tarifliste eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, wird unter B.2.2 zu prüfen sein.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

31. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden über die Honoraransätze für Sprecherinnen und Sprecher der VPS

32. 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.

33. Gesetzt der Fall, dass die Sprecherinnen und Sprecher die Tarifliste einhalten, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Es greift der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG.

34. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt beziehungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.2.1 Relevanter Markt

B.2.1.a Sachlich relevanter Markt

35. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

36. Marktgegenseite der Sprecher sind die Tonstudios und Produzenten. Diese fragen eine Sprecherin oder einen Sprecher nach, um ihre Vorlagen zu vokalisieren. Sprecherinnen und Sprecher werden für TV-/Kinowerbespots, Radiospots, Telefonbeantworter, Billboards, Telematik-/Internetkommentare, Durchsagen im öffentlichen Bereich, Multimedia-/Film-/Video-/CD-Rom-Kommentare sowie Lipsync-Arbeiten für Auftragsfilme engagiert. Es stellt sich dabei die Frage, ob der Markt eng abgegrenzt werden müsste - das heisst, die Wettbewerbsverhältnisse wären dann auf allen Teilmärkten zu analysieren - oder ob eine weiter gehende Marktabgrenzung im Sinne eines einheitlichen Sprechermarkts stattfinden soll. Ersteres ist wohl eher zu verneinen, da die Tonstudios jeweils auf mehreren dieser Gebieten tätig sind. Zudem werden Sprecherinnen und Sprecher weniger in Abhängigkeit von diesen Teilmärkten als vielmehr nach den spezifischen Bedürfnissen des einzelnen Auftrages ausgewählt (z.B. männliche Baritonstimme, jung klingende Frauenstimme etc.). Überdies gilt die Tarifliste für alle Teilmärkte und gibt damit Vorgaben für den ganzen Markt.

37. Die Fernseh- und Radiosprecher und -sprecherinnen sind vom relevanten Markt auszugrenzen. Im Gegensatz zu den VPS-Sprecherinnen und -Sprecher stehen diese in einem festen Anstellungs- beziehungsweise Arbeitsverhältnis mit den Rundfunkanstalten. Sie werden nicht pro Auftrag entlöhnt sondern monatlich. Die Arbeiten, welche VPS-Sprecherinnen und -Sprecher verrichten, sind so genannte "Free-Lance"-Arbeiten, das heisst, die Sprecherinnen und Sprecher werden jeweils für einen Auftrag, wie zum Beispiel eine Werbung oder Filmansage fürs Kino, gebucht.

38. Es ist davon auszugehen, dass der sachlich relevante Markt Auftragsarbeiten für unabhängige professionelle Sprecherinnen und Sprecher umfasst.

B.2.1.b 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, der hier analog anzuwenden ist).

40. Da die Sprecherinnen und Sprecher der VPS ihre Leistungen gesamtschweizerisch anbieten und die Tonstudios, welche deren Leistungen nachfragen, in der ganzen Schweiz verstreut sind, ist von einem nationalen Markt auszugehen. Der Markt müsste eigentlich nach Sprachregionen (D/F/I) unterteilt werden; falls aber die Verhältnisse auf den Teilmärkten aufgrund der einheitlichen Einhaltung der Tarifliste ähnlich oder gleich sind, kann von einem nationalen Markt ausgegangen werden. Die grösseren deutschsprachigen Studios haben angegeben, dass sie ihre Sprecher auch aus dem Ausland beziehen. Es stellt sich damit die Frage, ob der relevante Markt auch auf die ausländischen gleichsprachigen Länder, wie zum Beispiel Deutschland/ Österreich, Frankreich und Italien ausgedehnt werden müsste. Dabei gilt es aber zu beachten, dass die Sprecharbeiten im Tonstudio unter der Regie des Auftrag gebenden Tontechnikers stattfinden müssen. Damit würden für die Tonstudios bei der Beauftragung eines ausländischen Sprechers höhere Spesen (Reise- und Übernachtungsspesen) anfallen. Deshalb werden die kleineren Marktteilnehmer fast ausschliesslich schweizerische Sprecherinnen und Sprecher beauftragen und auch die grossen Studios vorzugsweise schweizerische Sprecherinnen und Sprecher nachfragen.

41. Im Sinne der oben genannten Erwägungen wird hier von einem nationalen Markt ausgegangen. Da sich aber in der Folge zeigen wird, dass keine Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, kann die Frage der Aufteilung in Teilmärkte letztlich offen gelassen werden.

B.2.2 Widerlegung der Vermutung/Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

42. Auf der Stufe der Sprecherinnen und Sprecher besteht eine horizontale Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG. Die Tarifliste nennt für alle Sprechdienstleistungen detaillierte Honoraransätze.

43. Damit besteht die Vermutung, dass der Wettbewerb unter den Sprecherinnen und Sprechern beseitigt ist. Da sich in der Folge zeigen wird, dass sich nicht alle Sprecherinnen und Sprecher an die Tarifliste halten, kann eine Beseitigung des Wettbewerbs ausgeschlossen werden (vgl. Ziff. 48 ff.).

44. Da die Möglichkeit eines Vermutungsumstosses gegeben ist, wird hier die Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede geprüft. Insbesondere

wird untersucht, ob trotz der Tarifliste noch Innen- und Aussenwettbewerb besteht.

45. Beim Innenwettbewerb ist zu prüfen, ob unter den Sprecherinnen und Sprechern, welche der VPS angehören, Preiswettbewerb besteht oder ob der Wettbewerbsparameter "Preis" durch die Tarifliste erheblich beeinträchtigt wird. Zu Beginn ist festzuhalten, dass die Sprecherinnen und Sprecher bei Nichteinhaltung des Tarifs keine Sanktionen durch die Vereinigung zu befürchten haben. Eine Sanktion bei Nichteinhaltung der Tarifliste ist auch nicht für die Unternehmen vorgesehen. Von den 18 Unternehmen, die den Fragebogen retourniert haben, halten sich fünf Unternehmen an die Tarifliste. Es sind dies in erster Linie kleinere Unternehmen (ausser einem Unternehmen, wobei dieses beim Honorar für Radiospots bis zu 50% vom Tarif abweicht), welche vor allem Sprecherinnen und Sprecher der VPS beauftragen. Von den Unternehmen, welche sich nicht an die Tarifliste halten, weichen fünf Unternehmen um zirka 25% von der angegebenen Honorarhöhe ab. Zugleich halten sich diese Unternehmen in 25%-50% aller Fälle nicht an die Tarifliste. Diese Unternehmen benutzen die Tarifliste demnach als Richtwert für die Honorarfestsetzung. Sechs der befragten Unternehmen weichen dermassen oft und bedeutsam von der Tarifliste ab, dass von einer Orientierung an der Tarifliste der VPS nicht ausgegangen werden kann. Dabei handelt es sich vorwiegend um Medienunternehmen, welche mehrheitlich Festangestellte beschäftigen und sporadisch externe Sprecherinnen und Sprecher engagieren. Die restlichen Unternehmen haben keine verwertbaren Angaben gemacht.

46. Da keine Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung der Tarifliste vorgesehen sind und ein beachtlicher Teil der Sprecher und Tonstudios sich nicht an die Tarifliste halten, ist davon auszugehen, dass die Tarifliste den Innenwettbewerb nicht erheblich zu beeinflussen vermag.

47. Obwohl der Innenwettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt zu sein scheint, wird der Vollständigkeit halber auch noch der Aussenwettbewerb geprüft. Die VPS ist gesamtschweizerisch tätig und gleichzeitig der einzige Verein dieser Art in der Schweiz. Bei Sprechaufträgen stammen aber nur rund 50%-60% der engagierten Sprecherinnen und Sprecher aus der VPS. Es bleibt diesbezüglich anzufügen, dass nahezu alle Unternehmen auch VPS-externe Sprecherinnen und Sprecher engagieren. Damit sind zwischen 40%-50% der insgesamt beauftragten Sprecherinnen und Sprecher nicht Mitglied der VPS. Sie stammen zum Beispiel aus dem persönlichen Bekanntenkreis oder sie sind von der VPS unabhängige Sprecherinnen und Sprecher, welche die Studios in eigener Sache kontaktiert haben. Einige Studios finden einen Teil ihrer Sprecherinnen und Sprecher durch Castings oder per Internet. Manche stammen auch aus dem Ausland. Einige grössere Unternehmen haben eigene Sprecherkarteien aufgebaut und sind somit auf die

Liste der VPS nicht angewiesen. Damit steht fest, dass die Tonstudios auch auf VPS-externe Sprecherinnen und Sprecher ausweichen können und dies auch in erheblicher Weise tun. Bei der Beurteilung, ob genügend Aussenwettbewerb besteht, bleibt noch die Frage zu klären, ob sich auch die VPS-externen Sprecherinnen und Sprecher an die Tariflis-te halten. Fünf der befragten Unternehmen bejahen diese Frage. Zwei Unternehmen geben an, dass sich VPS-externe Sprecherinnen und Sprecher nur vereinzelt an die Tarifliste halten. Vier Unternehmen sind der Meinung, dass dies nicht der Fall sei und weitere vier Unternehmen konnten diesbezüglich keine Angaben machen. Ein Unternehmen hat bei dieser Frage angegeben, dass sich die ausländischen Sprecher nicht an die Tarifliste halten würden. Nach dem oben Gesagten liegt die Vermutung nahe, dass auch ein gewisser Aussenwettbewerb stattfindet.

48. Bei der Frage nach der Stellung der Marktgegenseite ist nach Angaben der Unternehmen davon auszugehen, dass die Tonstudios mehrere Möglichkeiten haben, auf vereinigungsexterne und billigere Sprecherinnen und Sprecher auszuweichen (Castings, Ausland, persönliche Bekanntschaften etc.). Da genügend Innen- und Aussenwettbewerb besteht, kann die Frage nach der Stellung der Marktgegenseite jedoch offen gelassen werden. Ebenso erübrigt sich die Prüfung der Rechtfertigung der Tarifliste gemäss Bekanntmachung über die Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen.

B.2.3 Ergebnis

49. Es bestehen keine Anhaltspunkte, wonach die Tarifliste der VPS eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen könnte.

C. Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. ist der Ansicht, dass im vorliegenden Fall kein Arbeits- sondern ein Auftragsverhältnis vorliegt. Damit fällt der Sachverhalt unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes nach Artikel 2 Absatz 1 KG.
2. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 KG auf dem Markt für Auftragsarbeiten für professionelle Sprecherinnen und Sprecher bestehen.
3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

B 1.1	**3. Produktebündel "Talk & Surf"**

Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illecito; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 12. Februar 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Produktebündel "Talk & Surf" wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Dieser Schlussbericht befasst sich mit einem von der Swisscom Fixnet AG (nachfolgend: Swisscom) lancierten Bündelangebot, welches möglicherweise den Wettbewerb im Bereich Festnetzdienste in unzulässiger Weise beschränkt. Das Bündel umfasst die Elemente Telefonanschluss, Telefonverkehr und breitbandiger Internetanschluss. Kunden, die diese Dienste im Bündel erwerben, erhalten verbilligte Zusatzdienste.

2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) überprüfte auf Anfrage von Swisscom hin ein Projekt des geplanten Angebotes und gab seine Meinung in Form einer Beratungsleistung, datiert vom 20. November 2002, bekannt. Die Stellungnahme des Sekretariates konzentrierte sich auf die Prüfung des Vorliegens eines Koppelungsgeschäftes. Mangels möglicher Befragung der im Telekommunikationsbereich tätigen Unternehmen und aufgrund des von Swisscom vorgegebenen Zeithorizontes beruhte die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Relevanz des Vorhabens nicht auf einer tief greifenden Analyse.

3. Mit Schreiben vom 28. Mai 2003 informierte Swisscom das Sekretariat über die bei ihrer ersten Anfrage noch offen gelassenen Punkte des Bündelangebotes. Namentlich der Preis des geplanten Produktes sowie die konkrete Ausgestaltung der angekündigten Vergünstigungen beim Telefonieverkehr wurden dem Sekretariat bekannt gegeben. Das Produktebündel "Talk & Surf" beinhaltet die folgenden Komponenten zu den angegebenen Preisen:

Paket mit Analoganschluss EconomyLINE CHF 79.-	**Paket mit ISDN-Anschluss MultiLINE ISDN CHF 98.-**
Festnetzanschluss	Festnetzanschluss MultiLINE ISDN mit fünf Rufnummern
BroadWay ADSL 300	BroadWay ADSL 300
am Wochenende gratis im Festnetz von Swisscom telefonieren*	am Wochenende gratis im Festnetz von Swisscom telefonieren*
Dasselbe Paket, aber mit BroadWay ADSL 600 CHF 109.-	Dasselbe Paket, aber mit BroadWay ADSL 600 CHF 128.-

* Ausgeschlossen sind umgeleitete Anrufe (Service 21) sowie Anrufe auf Business Numbers (08xx und 09xx), Kurznummern, Internet-Einwahlnummern (ISP) und Anrufe auf Anschlüsse von anderen Festnetzanbietern.

4. Am 23. Juni 2003 ist beim Sekretariat eine Anzeige von TDC Switzerland AG (nachfolgend: Sunrise) eingegangen. Sunrise beantragte, eine Vorabklärung mit anschliessender Untersuchung zu eröffnen. Die Widerrechtlichkeit des Angebotes namens "Talk & Surf", ohne Wiederverkaufsmöglichkeit für die anderen Festnetzdienstanbieter, sei festzuhalten sowie mit vorsorglichen Massnahmen die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Die Wettbewerbsbehörden erachteten die Voraussetzungen zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen als nicht erfüllt. Der ablehnende Entscheid wurde den Parteien am 4. September 2003 zugestellt. Nach der jüngsten Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) ist neu bei der Abweisung von vorsorglichen Massnahmen im Stadium der Vorabklärung keine Verfügung der Wettbewerbskommission mehr zu erlassen. Vielmehr ergeht der Beschluss in Form einer nicht rekursfähigen Mitteilung (Entscheid REKO/WEF vom 22. Dezember 2003 i.S. vorsorgliche Massnahmen Cornèr Banca/Telekurs).

5. Das Sekretariat eröffnete am 29. Oktober 2003 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: KG). Die Vorabklärung soll aufzeigen, ob infolge des Angebotes "Talk & Surf" Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 KG bestehen. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich möglicherweise unzulässig (vgl. Art. 7 KG), wenn es auf Endkundenmärkten tiefere Preise anbietet als es seinen Wettbewerbern auf Grosskundenebene offeriert. Bezüglich "Talk & Surf" hat Sunrise geltend gemacht, dass sie nicht in der Lage sei, ein entsprechendes Bündel anzubieten. Neben dieser grundsätzlichen stellt sich auch die Fra-

ge, ob das Stellen und das Hervorheben einer einzigen Rechnung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein Problem darstellt.

6. Swisscom, Sunrise und Tele2 Telecommunication Services AG (nachfolgend: Tele2) wurden aufgefordert, Fragen zu beantworten und zum Sachverhalt Stellung zu nehmen. Auf die einzelnen Äusserungen wird, soweit notwendig, in den Erwägungen eingegangen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. 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).

8. 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 vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, S. 533). Nach der jüngsten Praxis der Wettbewerbskommission ist festzuhalten, dass die Swisscom Fixnet AG nicht als selbstständiges Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG qualifiziert werden kann. Als Unternehmen ist aufgrund der bestehenden Abhängigkeit der Swisscom Fixnet AG von der Swisscom AG vielmehr die Swisscom-Gruppe, deren Leitung von der Swisscom AG übernommen wird, als Ganzes zu betrachten (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003 in Sachen Swisscom-ADSL, Rz. 55 ff.; Swisscom hat gegen diese Verfügung Verwaltungsbeschwerde bei der REKO/WEF erhoben).

9. Für die Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG ist weiter die Ausübung von Marktmacht notwendig. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, a.a.O., S. 547 ff.). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. 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).

11. Die Botschaft zum Kartellgesetz setzt in Zusammenhang mit Artikel 3 Absatz 1 KG voraus, dass es für die Schaffung einer staatlichen

Markt- oder Preisordnung tatsächlich Absicht des Gesetzgebers sein müsse, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich auszuschalten (Botschaft zum KG vom 23. November 1994, a.a.O., S. 539). Es stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob fernmelderechtliche Vorschriften bestehen, die einen solchen Vorbehalt begründen.

12. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) diente im Wesentlichen der Liberalisierung von Telekommunikationsdienstleistungen und der Öffnung der Telekommunikationsmärkte. Dementsprechend besagt der Zweckartikel des Fernmeldegesetzes, dass das Gesetz insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen soll (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Eines der Hauptziele des FMG war also das Schaffen von Wettbewerb im Telekommunikationsbereich. Der Gesetzgeber ging von der Überzeugung aus, dass mit dem Wettbewerb die Ziele der Fernmeldepolitik unseres Landes besser erreicht werden als mit teilweisem Monopolschutz (vgl. Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 [Botschaft zum FMG], BBl 1996 III S. 1417; BGE 125 II 308 E. 4 f.). Das Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht gilt infolgedessen auch im Fernmeldebereich; mehr noch: den entsprechenden Gesetzen kommt im Liberalisierungsprozess eine tragende Rolle zu. Mit Bezug auf die oben erwähnten Absichten des Gesetzgebers bezüglich der Einführung von vorbehaltenen Vorschriften heisst dies jedoch auch, dass mit der Einführung des FMG gewiss nicht die Absicht bestand, das Wettbewerbsprinzip auszuschalten.

13. Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 5. September 2003 in Sachen Cablecom (vorsorgliche Massnahmen) eine überlappende Zuständigkeit von spezialgesetzlicher Aufsichts- (bezogen auf das Rundfunkrecht) und Wettbewerbsbehörde angenommen (Urteil 2A.142/ 2003, E. 4.1.3). Das Bundesgericht führt weiter aus, dass es bereits in Zusammenhang mit der Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht festgestellt habe, dass eine solche sektorielle Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse; Fernmelde- und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorginge (vgl. Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare AG c. Swisscom AG, E. 6c).

14. Nachdem sowohl KG wie auch FMG die Liberalisierung und die Förderung wirksamen Wettbewerbs zum Ziel haben, wäre es paradox anzunehmen, die Gesetzgebung betreffend die Telekommunikation solle dazu führen, eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu begründen, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen würde (vgl. m.w.H. auf die Literatur: KILLIAS/PASQUIER, Quelques aspects de l'interface entre droit de télécommunications et législation sur la concurrence, in: Le droit de télécommunications en mutation, BERTIL COTTIER [Hrsg.], Fribourg 2001, S. 325).

15. Grundsätzlich liegen damit im Telekommunikationsbereich keine im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorbehaltene Vorschriften vor. Im Folgenden ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall einzelne fernmelderechtliche Bestimmungen bestehen, welche tatsächlich und entgegen den oben angeführten Argumenten, die für das Wettbewerbsprinzip sprechen, zu einem Ausschluss des Wettbewerbs in den in Frage stehenden Bereichen führen.

16. Swisscom macht mit Verweis auf Artikel 16 FMG in Verbindung mit Artikel 19 FDV geltend, dass sie aufgrund ihrer Stellung als Grundversorgungskonzessionärin verpflichtet sei, während der Dauer der Konzession den Anschluss bereitzustellen. Dieser Verpflichtung stehe das Recht gegenüber, den Dienst auch selber anzubieten und dafür Rechnung zu stellen.

17. Die Grundversorgungskonzessionärin ist laut Artikel 16 FMG verpflichtet, während der ganzen Dauer der Konzession gewisse Dienste zu erbringen. Betreffend den Anschluss hält Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) Folgendes fest: die Bereitstellung eines Netzabschlusspunktes, der den Teilnehmerinnen und Teilnehmern das Führen von nationalen und internationalen Telefongesprächen in Echtzeit sowie Telefax- und Datenverbindungen mit angemessener Übertragungsrate für den Internetzugang ermöglicht, einschliesslich den Eintrag im Teilnehmerverzeichnis des öffentlichen Telefondienstes. Aus der Tatsache, dass die Grundversorgungskonzessionärin einen gewissen Dienst, in diesem Fall den Anschluss, bereitstellen muss, kann nicht abgeleitet werden, dass diesbezüglich eine dem Kartellgesetz vorbehaltene Vorschrift besteht.

18. Hinsichtlich des Anschlusses führt Artikel 26 Absatz 1 FDV gewisse Preisobergrenzen ein. Gemäss Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 2 FDV kostet beispielsweise eine Analogschnittstelle CHF 23.45 pro Monat exklusive Mehrwertsteuer. Diese Bestimmung betrifft jedoch nur den Endkundenmarkt und nicht einen möglicherweise in Frage stehenden Grosskundenmarkt. Zudem handelt es sich nicht um die Festlegung eines bestimmten Preises sondern einzig um eine Preisobergrenze, womit Preise unter dieser Grenze - und damit Preiswettbewerb - ohne weiteres möglich sind.

19. Es könnte zudem in Betracht gezogen werden, ob die fernmelderechtlichen Vorschriften zur kostenorientierten Interkonnektion (vgl. Art. 11 Abs. 1 FMG) einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen vermögen. Ein Interkonnektionsgesuch von Tele2 zur Einführung eines Wiederverkaufangebots des Teilnehmeranschlusszugangs wurde von der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage zur Unterstellung unter das Interkonnektionsregime abgewiesen (vgl. Verfügung der ComCom vom 17. Dezember 2003, abrufbar unter http://

www.fedcomcom.ch/comcom/docs/comcom_resale_17-12-03.pdf). Diesbezüglich können damit ebenfalls keine vorbehaltenen Vorschriften vorliegen. Selbst wenn solche Wiederverkaufsangebote unter die Interkonnektionsregulierung nach Artikel 11 Absatz 1 FMG fallen würden, wäre dies nach der durch die REKO/WEF bestätigten Praxis der Wettbewerbskommission kein Grund, welcher die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden einschränken würde (vgl. RPW 2003/2, S. 387 ff.; Entscheid REKO/WEF vom 6.2.2004 in Sachen Swisscom Mobile AG betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission; Beschwerdefrist am Laufen).

20. Aus den genannten Gründen liegen weder allgemeine noch spezifische fernmelderechtliche Bestimmungen betreffend allfälligen Wiederverkaufsangeboten des Anschlusses vor, welche einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen. Swisscom hat denn auch mit Schreiben vom 17. Dezember 2003 ausdrücklich festgehalten, dass keine fernmelderechtlichen Gründe gegen Weiterverkaufsangebote der letzten Meile sprächen.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

23. Um festzustellen, ob sich Swisscom tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevante Märkte

24. 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 vom 17 Juni 1996, VKU; SR 251.4).

25. Das Produktebündel "Talk & Surf" fasst Dienstleistungen aus verschiedenen Bereichen der Telekommunikation zusammen. Insbesondere sind dies ein Anschluss, ein breitbandiger Internetdienst und Sprachtelefoniedienstleistungen. Im Folgenden wird zuerst bezüglich

des Anschlusses gefragt, welche Produkte von der Marktgegenseite als vergleichbar angesehen werden. Soweit notwendig, wird darauf folgend gefragt, ob mögliche nachgelagerte Dienstemärkte abzugrenzen sind.

26. Der Anschluss ermöglicht dem Endkunden, eine Verbindung zu Kommunikationsnetzen herzustellen. Aus Sicht des Endkunden gewährleistet der Anschluss die von ihm gewünschte Sprach- und Datenübertragung für den Gebrauch von Telefonie- und Internet-Diensten.

27. Es gilt, alle zum Anschluss der Swisscom substituierbaren Mittel zu bestimmen, die dazu dienen könnten, einen mit vergleichbaren Eigenschaften aufweisenden Zugang zu Kommunikationsnetzen bereitzustellen. Nachstehende Technologien sind auf ihre Austauschbarkeit mit dem Anschlussnetz der Swisscom zu prüfen: Kabelfernsehnetze (nachfolgend: CATV-Netze), Wireless Local Loop (WLL), Powerline Technologie (Übertragung von Daten über die Elektrizitätsnetzwerke) sowie die Mobiltelefonie, insbesondere das Universal Mobile Telecommunications System (UMTS).

28. Die CATV-Netze sind für die Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen gebaut worden. Bezüglich der Anschlussdichte kann festgestellt werden, dass am Swisscom-Netz praktisch alle Haushalte angeschlossen sind und die CATV-Netze eine Abdeckung von zirka 2'000'000 Haushalten erreichen. Um die CATV-Netze der Festnetztelefonie zugänglich zu machen, ist ein Ausbau der Infrastruktur notwendig. Es besteht ein limitiertes Angebot an bereits entsprechend ausgerüsteten CATV-Anschlüssen. Inwiefern sie auf Wholesale-Ebene eine Alternative zu den Kommunikationsnetzen darstellen, wird im Kapitel Marktstellung beurteilt.

29. Die Powerline Technologie benutzt ein bereits bestehendes Netzwerk, dasjenige der Elektrizitätswerke. Um den Telefonanschluss mit Hilfe dieser Technologie zu ermöglichen, sind erhebliche Investitionen erforderlich. Laut einer Studie (WIK Consult, Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des BAKOM, April 2002, S. 51) beschränkt sich das Angebot einer derartigen Verbindung zum Kommunikationsnetz auf wenige Gebiete, wobei es sich um Pilotprojekte handle. Insgesamt stehe Powerline in der Schweiz für den kommerziellen Einsatz im Massenmarkt nicht zur Verfügung. Aufgrund ihrer Eigenschaften kann die Powerline-Technologie als Substitut zu einem Anschluss angenommen werden. Inwiefern diese Technologie in der Lage sein wird, das Anschlussnetz der Swisscom zu konkurrenzieren, ist im Rahmen der Prüfung der Marktstellung zu analysieren.

30. Es bleibt abzuklären, ob in der Schweiz eine Substitution von Festnetz- hin zu Mobilfunkanschlüssen stattfindet. Festnetz- und Mobiltelefonie unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht bezüglich Eigen-

schaften und Verwendungszweck. Die störungsfreie Empfangsqualität der Festnetztelefonie ist nicht vergleichbar mit derjenigen der Mobiltelefonie, wo der störungsfreie Empfang nicht immer gewährleistet ist. Zudem werden die Telefonie-Nachfrager oft auf ihren Festnetzanschluss angewiesen sein, da er gleichzeitig den Zugang ins Internet ermöglicht. Bei UMTS wird eine im Vergleich zu den heutigen Mobilfunksystemen vollständig neue Funktechnologie angewendet. Es handelt sich um eine Weiterentwicklung der bestehenden Mobilfunknetze und -dienste und nicht um eine Ablösung derselben. UMTS ermöglicht den Endkunden den Bezug weiterer Dienste auch aus anderen Bereichen als dem reinen Telekommunikationssektor, wie der Informationstechnologie und den Medien (Internet, Online-Shopping, Videotelefonie usw.). Angesichts hoher Investitionskosten und aufgetretener technischer Schwierigkeiten beim Aufbau eines UMTS-Netzes konnte sich diese Technologie bisher noch nicht etablieren. Insbesondere sind auch die Preise und die Preisentwicklungen im Festnetz derart unterschiedlich (insbesondere sind die Mobilfunkpreise bedeutend höher) von denjenigen im Mobilfunk, dass zurzeit nicht von einer Substitution eines Festnetzanschlusses durch einen Mobilfunkanschluss ausgegangen werden kann.

31. Mit WLL kann die Verbindung zwischen einem Anschluss und einer Vermittlungsstelle (Zentrale) mittels einer Funkverbindung hergestellt werden (Vgl. Faktenblatt WLL des BAKOM, abrufbar unter http://www.ofcom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/factsheets/13.pdf.). Für diesen drahtlosen Teilnehmeranschluss muss das Gebäude mit einer speziellen Antenne ausgestattet werden. Die meisten WLL-Betreiber sind durch die hohen Investitionskosten und den geringen Bekanntheitsgrad inzwischen Konkurs gegangen. Eine Studie kommt zum Schluss, dass WLL, welches in der Schweiz nur von sehr wenigen Anbietern vermarktet wird, keine aktuelle und keine erkennbare künftige Marktrelevanz hat (Vgl. WIK Consult, a.a.O., S. 51). Daher stellt die WLL-Technologie nur in sehr begrenztem Umfang ein Substitut zum Festnetzanschluss der Swisscom dar.

32. Andere Technologien wie WLAN (Wireless Local Area Network) oder Satellitenanschlüsse sind aufgrund ihrer Eigenschaften und Verwendungszwecke nicht vergleichbar mit dem Anschlussnetz der Swisscom.

33. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass aus Sicht des Endkunden der Anschluss über die CATV-Netze sowie über die Powerline-Technologie als Substitute zum Telefonanschluss der Swisscom bezeichnet werden können. Es wird deshalb aus Endkundensicht von einem Markt für breitband- und sprachtelefoniefähige Anschlüsse ausgegangen.

34. Eine Differenzierung zwischen Wholesale- und Retail-Märkten ist wettbewerbsrechtlich vorzunehmen, wenn sich die Nachfrage wie

oben erwähnt in wesentlichem Ausmass unterscheidet (vgl. RPW 2002/1, S. 118) und es für ein auf einer Marktstufe tätiges Unternehmen wegen hohen Marktszutrittsschranken nicht möglich ist, in die andere Marktstufe einzusteigen (vgl. Swisscom-ADSL, Rz. 94). Swisscom stehen zwei verschiedene Gruppen von Nachfragern gegenüber. Dabei handelt es sich einerseits um Endkunden und andererseits um Fernmeldedienstanbieter (nachfolgend: FDA). FDA fragen bei Swisscom auf Wholesale-Ebene Dienste nach, um sie in Form eines Retail-Angebotes den Endkunden zugänglich zu machen. Endkunden beziehen auf Retailebene Fernmeldedienste unmittelbar von Swisscom oder von einem anderen FDA. Bezüglich der Marktabgrenzung ist damit von zwei verschiedenen Marktgegenseiten auszugehen. Die Nachfrage dieser beiden Gruppen unterscheidet sich bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse, so dass zwischen relevanten Märkten im Wiederverkaufs- (Wholesale) und im Endkundenbereich (Retail) unterschieden werden kann.

35. Es ist deshalb von einem Markt für breitband- und sprachtelefoniefähige Anschlüsse auf Grosskundenebene auszugehen. Nachfolgend wird dieser Markt als Wholesale-Markt für Anschlüsse bezeichnet. Die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Wholesale- und Retail-Märkten werden bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigt.

36. Neben dem Wholesale-Markt für Anschlüsse käme unter Umständen die Abgrenzung weiterer Märkte in Frage. Dies könnte insbesondere nachgelagerte Dienstmärkte betreffen, wie beispielsweise die Bereiche breitbandige Internetdienstleistungen oder Sprachtelefonie. Die in diese Vorabklärung involvierten Unternehmen gehen diesbezüglich, abgesehen von der Trennung zwischen Wholesale- und Retail-Ebene, von ähnlichen Marktabgrenzungen aus.

B.3.1.1.2 Räumlich relevante Märkte

37. 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). Auszugehen ist vom Tätigkeitsgebiet der Swisscom und deren Marktgegenseite, das heisst im vorliegenden Fall andere Fernmeldedienstanbieter und Endkunden. Es ist somit abzuklären, auf welchem Gebiet Anschlüsse und Breitbanddienste nachgefragt und angeboten werden.

38. Swisscom bietet ihre Produkte in der ganzen Schweiz an, während andere FDA die Produkte ebenfalls auf dem gesamtschweizerischen Gebiet beziehen und zum Teil gesamtschweizerisch wiederverkaufen. Deshalb ist von räumlich relevanten Märkten auszugehen, welche die ganze Schweiz umfassen.

B.3.1.2 Marktstellung

39. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz oder allenfalls weiteren disziplinierenden Einflüssen gegenübersieht.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

40. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

41. Der Abgrenzung des relevanten Marktes entsprechend wird der aktuelle Wettbewerb im Bereich des Wiederverkaufs (Wholesale) für breitbandfähige Anschlüsse betrachtet. Als Substitute zu den breitbandfähigen Anschlüssen der Swisscom wurde die CATV- und die Powerline-Technologie erachtet.

42. Bezüglich der CATV-Netze, welche insbesondere durch das Netz der Cablecom über ein verbreitetes und zum Teil zweiwegfähig ausgebautes Netz verfügen, kann festgehalten werden, dass Cablecom kein Wiederverkauf für ihre Hausanschlüsse anbietet.

43. Hinsichtlich der Powerline-Technologie kann, wie vorstehend unter Randziffer 29 bereits ausgeführt wurde, aufgrund der sehr beschränkten Verfügbarkeit von einem unwesentlichen aktuellen Konkurrenzdruck ausgegangen werden. Jedoch bieten die wenigen Anbieter der Powerline-Technologie ebenfalls keine Wiederverkaufsangebote an.

44. Demzufolge besteht im Markt für den Wiederverkauf für breitbandige Anschlüsse kaum aktueller Wettbewerb, da Swisscom über einen Marktanteil von fast 100% verfügt.

B.3.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb

45. Nachfolgend wird unter der potenziellen Konkurrenz geprüft, ob andere Technologien einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben können. Zudem wird unter dem Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes geprüft, ob CATV-Betreiber hinreichenden Wettbewerbsdruck auf Swisscom ausüben. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll auch aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird.

46. 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 grösseren Unternehmen, da ihnen die Abnehmer nur sehr beschränkt ausweichen können.

47. Als potenzielle Konkurrenz für ein Wiederverkaufsangebot des Anschlusses kämen insbesondere die Kabelnetzbetreiber in Frage. Es erscheint zum jetzigen Zeitpunkt unwahrscheinlich, dass Kabelnetzbetreiber in absehbarer Zeit ein entsprechendes Wholesale-Angebot für andere FDA auf den Markt bringen. Insbesondere verzichtet der mit Abstand grösste Kabelnetzbetreiber Cablecom offenbar aus infrastrukturellen und organisatorischen Gründen auf die Einführung eines solchen Angebotes. Aufgrund der grossen Anzahl kleiner lokaler oder regionaler Kabelnetzbetreiber erscheint es unwahrscheinlich, dass diese ein Wiederverkaufsangebot ihres Anschlusses lancieren. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass durch die Kabelnetzbetreiber diesbezüglich potenzieller Wettbewerb besteht.

48. Im Folgenden wird geprüft, ob andere Technologien aufgrund ihrer Entwicklung (z.B. preisliche) als potenzielle Konkurrenz disziplinierende Wirkungen entfalten können. Wie anschliessend gezeigt wird, erübrigt sich bezüglich dieser Technologien die Frage, ob ein entsprechendes Wiederverkaufsangebot eingeführt wird, da nicht davon auszugehen ist, dass sich diese Technologien in den nächsten Jahren auf Endkundenebene durchsetzen werden. Als solche Technologien kommt insbesondere UMTS in Frage.

49. Es erscheint zurzeit wenig wahrscheinlich, dass diejenigen Anbieter, welche über eine UMTS-Lizenz verfügen, in den nächsten Jahren über ein wenigstens in Ballungszentren der Schweiz funktionierendes Netzwerk verfügen. Im Weiteren ist davon auszugehen, dass UMTS-Dienstleistungen zu Beginn eher im Hochpreissegment angesiedelt sein werden. Es ist deshalb diesbezüglich nicht von wesentlichem potenziellen Konkurrenzdruck auszugehen.

50. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der potenzielle Wettbewerbsdruck als gering eingestuft wird. Der potenzielle Wettbewerb führt deshalb nicht dazu, dass sich Swisscom im relevanten Markt nicht unabhängig verhalten könnte.

B.3.1.2.3 Einfluss des Retail-Marktes für Anschlüsse

51. Es bleibt die allenfalls disziplinierenden Einflüsse des Endkundenmarktes auf den Grosskundenmarkt zu beurteilen. Durch die Anschlussmöglichkeit über das Fernsehkabelnetz besteht für die Endkunden eine Ausweichmöglichkeit zum Anschlussnetz der Swisscom.

52. Zu berücksichtigen ist, dass die Kabelnetzbetreiber etwa 2'000'000 Endkunden zu erreichen vermögen, Swisscom zirka 3'800'000 Endkunden Zugang zum Anschlussnetz verschaffen kann. Somit ist die mögliche Anzahl der zu erreichenden Endkunden der Swisscom beinahe doppelt so hoch wie derjenige der Kabelnetzbetreiber. Daraus schliessend gestaltet sich die Etablierung auf dem Markt für Anschlüsse ge-

genüber der traditionellen Swisscom als schwierig. Aus technischen Gründen ist erst ein Teil der 2'000'000 Kabelnetzanschlüsse zweiwegfähig ausgerüstet und damit zur Erbringung von Breitbanddiensten geeignet. Von diesen aufgerüsteten Anschlüssen sind überdies nicht alle in der Lage, Sprachtelefoniedienstleistungen zu erbringen. Laut Angaben der Cablecom telefonierten im Dezember 2003 15'000 Kunden über deren Kabelnetz (abrufbar unter http://www.cablecom.ch/gzdfinal_deutsch_201103.pdf).

53. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Kabelnetzbetreiber regional organisatorisch und technologisch zersplittert sind. Diese Zersplitterung trägt dazu bei, mögliche disziplinierende Einflüsse der Kabelnetzbetreiber auf das schweizweite Anschlussnetz von Swisscom in Grenzen zu halten.

54. Aus genannten Gründen verfügt Swisscom auch im Retail-Markt über eine erhebliche Marktmacht. Der Einfluss der Kabelnetzbetreiber auf Endkundenebene wirkt sich nicht genügend disziplinierend auf die Grosskundenebene aus.

B.3.1.2.4 Zwischenergebnis

55. Aufgrund des mangelnden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie des ungenügenden disziplinierenden Einflusses des Retail-Marktes bestehen Anzeichen, dass die Swisscom in der Lage ist, sich im Bereich Anschlüsse von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten. Es bestehen somit Anhaltspunkte, dass Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren ist.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

56. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Im Folgenden wird das Angebot des Produktes "Talk & Surf" einerseits unter den Aspekten einer Kosten-Preis-Schere, eines Koppelungsgeschäfts (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) geprüft.

57. Bei Artikel 7 Absatz 2 KG handelt es sich um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen. Die allgemeinen Kriterien von Artikel 7 Absatz 1 KG müssen in jedem Fall geprüft werden (vgl. z.B. RPW 2000/4, S. 730). In jedem Fall ist ebenfalls zu prüfen, ob sich ein Verhalten durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt (sog. legitimate business reasons). Soweit notwendig, wird dies im Anschluss an das jeweilige Kapitel getan.

B.3.2.1 Kosten-Preis-Schere

58. Im vorliegenden Abschnitt wird geprüft, ob mit dem Angebot von "Talk & Surf" eine Kosten-Preis-Schere (Price Squeeze) besteht, welche Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung begründet. Eine Kosten-Preis-Schere liegt vor, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen, die Endleistungspreise (Retail) im Vergleich zu den Vorleistungspreisen (Wholesale) derart tief ansetzt, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern auf den Endkundenmärkten verunmöglicht wird, Gewinn zu erwirtschaften, um im Markt zu verbleiben.

59. Kosten-Preis-Scheren sind im Kartellrecht der Vereinigten Staaten seit dem Alcoa-Fall ein Thema. Alcoa war Monopolist in einem vorgelagerten Markt für verarbeitete Aluminiumbarren. Gleichzeitig verkaufte Alcoa als vertikal integriertes Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt Aluminiumblätter. Indem Alcoa den Preis auf dem nachgelagerten Markt so nahe zum Preis auf dem vorgelagerten Markt setzte, war es den Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt unmöglich, ausreichende Gewinnmargen aus dem Verkauf der Aluminiumblätter zu erzielen (United States v. Aluminium Company of America, 148 F.2d 416 [2d Cir. 1945]). Ein Teil der ökonomischen Literatur äusserte sich in der Folge kritisch gegenüber der Beurteilung von Kosten-Preis-Scheren durch das Wettbewerbsrecht (vgl. u.a. BORK, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1993, S. 243 f.). In den letzten Jahren erlangte die Thematik des Prize Squeeze in Zusammenhang mit der Öffnung von Infrastrukturnetzen erhöhte Beachtung.

60. Rechtsprechung und Lehre zum europäischen Wettbewerbsrecht qualifizieren Kosten-Preis-Scheren unter gewissen Voraussetzungen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Bezugnahme auf das europäische Wettbewerbsrecht rechtfertigt sich, da Artikel 7 KG weitgehend Artikel 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2. Oktober 1997 (EGV) nachempfunden ist. Es wird denn auch anerkannt, dass Artikel 7 KG und Artikel 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten (vgl. u.a. CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, TERCIER/BOVET (Hrsg.), Basel 2002, Art. 7, N. 44).

61. Die Europäische Kommission hat im Fall Napier Brown - British Sugar folgendes Verhalten als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert: Eine Reduktion der Zuckerpreise an Endkunden führte zu einer unzureichenden Gewinnspanne zwischen den Preisen für Endkunden und denjenigen für Rohmaterialien. British Sugar war dabei gleichzeitig auf dem Vorleistungsmarkt für Rohmaterial und auf dem Endkundenmarkt tätig (Napier Brown - British Sugar, ABl. L 284 vom 19.10.1988, S. 41).

62. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Gericht erster Instanz) hat als Preisschere bezeichnet, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben (Urteil vom 30.11.2000, Industrie des poudres sphériques SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rechtssache T-5/97).

63. Die Kommission präzisierte ihre Rechtsprechung am 21. Mai 2003 im Entscheid Fall Deutsche Telecom AG (DT) wie folgt: Eine Kosten-Preis-Schere liegt dann vor, wenn die Summe der monatlichen und einmaligen an DT für den Vorleistungszugang zu entrichtenden Entgelte die Wettbewerber zwingt, ihren Endkunden höhere Entgelte zu berechnen als DT ihren eigenen Endkunden für entsprechende Dienstleistungen in Rechnung stellt. Sind die Vorleistungsentgelte höher als die Endkundenentgelte, können die Wettbewerber der DT unter keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient wie DT sind, da sie neben den Vorleistungsentgelten noch zusätzliche Kosten, zum Beispiel für Marketing, Rechnungsstellung, Inkasso usw. haben (Deutsche Telecom AG, ABl. L 263 vom 14.10.2003, S. 9).

64. In der nachstehenden Tabelle werden in Anwendung der unter der vorstehenden Randziffer auf den Telekommunikationsbereich zugeschnittenen Kriterien die Vorleistungs- mit den Endkundenentgelten für die Bestandteile des Produktes "Talk & Surf" verglichen. Den Varianten von "Talk & Surf" entsprechend wird zwischen Analog- und ISDN-Anschluss und für diese beiden Varianten jeweils zusätzlich zwischen dem ADSL 300 und dem ADSL 600 (kursiv gedruckt in runden Klammern) unterschieden. In der Spalte "Wholesale" werden diejenigen Preise angegeben, welche von Fernmeldedienstanbietern an Swisscom (respektive an deren Geschäftseinheit Swisscom Fixnet Wholesale) für die entsprechenden Vorleistungen zu bezahlen sind. In der Spalte "Retail" werden zu Illustrationszwecken diejenigen Preise angegeben, welche Swisscom für die einzelnen Bestandteile von "Talk & Surf" den Endkunden anbietet. In der letzten Zeile wird schliesslich der Packetpreis von "Talk & Surf" angegeben.

65. Die Preise in der Tabelle beziehen sich auf die monatlich wieder kehrenden Kosten in Schweizer Franken, welche an Swisscom zu entrichten sind. Die Tabelle beinhaltet gewisse Ungenauigkeiten, die im Anschluss an die Tabelle erläutert werden. Bei den zu vergleichenden Angaben handelt es sich um Grössenordnungen, was jedoch für eine summarische Beurteilung, wie sie das Verfahren der Vorabklärung er-

fordert, genügt. Auf mögliche Annahmen oder Ungenauigkeiten wird deshalb im Anschluss an die Tabelle eingegangen.

	Bestandteile und Einzelpreise "Talk & Surf"			
	Analoganschluss		**ISDN-Anschluss**	
	Wholesale	Retail	**Wholesale**	Retail
Festnetzanschluss	[25.25][1]	25.25	[43.00][1]	43.00
Rufnummern			[10.80][2]	10.80
ADSL 300[3] *(ADSL 600)*[3]	[...][4] *([…])*[5]	49.00 *(79.00)*	[…][4] *([…])*[5]	49.00 *(79.00)*
Gratis telefonieren an Sa. & So.[6]	[…]	6.00	[…]	6.00
Total (***Total*** *ADSL 600*)	**[...] ([...])**	80.25 (110.25)	**[...] ([...])**	108.80 *(138.80)*
Packetpreis "Talk & Surf" ADSL 300 (***Packetpreis*** *"Talk & Surf" ADSL 600*)		**79.00** ***(109.00)***		**98.00** ***(128.00)***

66. Nachfolgend finden sich die Erläuterungen zu den hoch gestellten Ziffern in der Tabelle:

[1] Der Analoganschluss EconomyLINE und der ISDN-Anschluss MultiLINE ISDN werden von Swisscom nicht zum Wiederverkauf angeboten. Zu Vergleichszwecken werden in der Spalte Wholesale in eckigen Klammern die Retail-Preise wieder gegeben.

[2] Zum ISDN-Anschluss werden im Produktebündel "Talk & Surf" zwei zusätzliche Rufnummern angeboten (fünf statt drei Rufnummern). Da der ISDN-Anschluss nicht zum Wiederverkauf angeboten wird, gibt es auch kein entsprechendes Wolesaleangebot für zusätzliche Rufnummern. Zu Vergleichszwecken wird in der Spalte Wholesale in eckigen Klammern der Retail-Preis für zwei zusätzliche Rufnummern angegeben.

[3] Die dem ADSL-Angebot entsprechenden Wholesale-Dienste sind die Broadband Connectivity Services (BBCS). Die Preise zum ADSL 600 Angebot sind kursiv in runden Klammern angegeben.

[4] Bestehend aus Access ([…]) und Connectivity ([…] pro Mbps). Für die Accesskosten wird von einem Rabatt von [...]% ausgegangen (ergibt CHF [...]) und für die Connectivitykosten von einem Überbuchungs-

faktor von [...] und einem Rabatt von [...]% (ergibt CHF [...]). Auf den addierten Betrag von Access- und Connectivitykosten wird 7,6% Mehrwertsteuer (MWST) zugeschlagen (ergibt CHF [...]).

[5] Bestehend aus Access (CHF [...]) und Connectivity (CHF [...] pro Mbps). Für die Accesskosten wird von einem Rabatt von [...]% ausgegangen (ergibt CHF [...]) und für die Connectivitykosten von einem Überbuchungsfaktor von [...] und einem Rabatt von [...]% (ergibt CHF [...]). Auf den addierten Betrag von Access- und Connectivitykosten wird 7,6% MWST zugeschlagen (ergibt CHF [...]).

[6] "Talk & Surf" beinhaltet ein Angebot zum gratis telefonieren an Wochenenden im Festnetz von Swisscom. Die dafür anfallenden Kosten können nur in Funktion der konsumierten Gesprächszeit angegeben werden. Sunrise geht von momentan [...] Minuten pro Kunde und Monat aus. Würde ein entsprechendes Angebot eingeführt, würde die Gesprächszeit ansteigen (als Annahme wird von einem Anstieg um die Hälfte auf [...] Minuten ausgegangen). Sunrise geht von off peak Interkonnektionskosten von Rp. [...]/Min. aus, was unter den erwähnten Annahmen einen Betrag von CHF [...] inklusive MWST ergibt.

67. In Anwendung der Kriterien der Kosten-Preis-Schere werden die Vorleistungspreise (Wholesale) mit den Endkundenpreisen von "Talk & Surf" verglichen (vgl. die Pfeile zwischen den grau markierten Zellen in der Tabelle). Es lässt sich feststellen, dass der Packetpreis von "Talk & Surf" in jedem Fall höher liegt als der Wholesale-Preis für die entsprechenden Dienstleistungen, wobei es sich, wie den vorstehenden Ausführungen zu entnehmen ist, um Annäherungen handelt. Da die Vorleistungspreise immer unter den Endkundenpreisen liegen und die zum Teil erhebliche Spanne zwischen diesen Preisen als genügend erscheint, damit ein effizientes Unternehmen im Markt verbleiben kann, wird das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere aufgrund dieser summarischen Prüfung verneint. Dies gilt umso mehr, als dass beispielsweise beim Überbuchungsfaktor mit [...] eher ein tiefer Wert angenommen wurde (andere FDA gehen von höheren Werten aus), und dass zum Beispiel der angegebene Retail-Preis für die zusätzlichen Rufnummern beim ISDN-Anschluss nur begrenzt vergleichbar ist. Dem Verfahren der Vorabklärung entsprechend wird zudem bewusst darauf verzichtet, die für das die Vorleistungen beziehende Unternehmen zusätzlich anfallenden Kosten mit der Marge zwischen Wholesale- und Retail-Preisen zu vergleichen.

68. Zusammenfassend ergibt sich deshalb, dass betreffend das Produktebündel "Talk & Surf" keine Kosten-Preis-Schere vorliegt. Eine Behinderung von anderen Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG liegt damit diesbezüglich nicht vor.

B.3.2.1 Koppelungsgeschäft

69. Als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt insbesondere in Betracht: die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche

Leistungen annehmen oder erbringen (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG). Beim Produktebündel "Talk & Surf" werden verschiedene Dienstleistungen miteinander verbunden. Es kann sich deshalb die Frage stellen, ob es sich dabei um ein unzulässiges Koppelungsgeschäft handelt.

70. Mit der Vorschrift soll verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen dadurch benachteiligt oder behindert, dass es den Abschluss eines Geschäfts von Zugeständnissen abhängig macht, die keinen vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft haben (Botschaft, a.a.O., S. 575). Die Literatur zu Koppelungsgeschäften verlangt für dessen Vorliegen beinahe einhellig, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen weigert, die "gekoppelten" Dienstleistungen auch einzeln anzubieten (vgl. unter vielen: CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, TERCIER/BOVET [Hrsg.], Basel 2002, Art. 7, Rz. 268).

71. Aus Endkundensicht (Retail) bietet Swisscom jedoch alle Komponenten von "Talk & Surf", das heisst den Anschluss, das ADSL-Angebot und die Festnetztelefonie an Wochenenden weiterhin auch einzeln an, was gegen das Vorliegen eines Koppelungsgeschäfts spricht. Auf Grosskundenebene (Wholesale) existiert kein entsprechendes Bündel, womit auch kein Koppelungsgeschäft vorliegen kann.

72. Aus den genannten Gründen bestehen mit dem Angebot des Produktebündels "Talk & Surf" keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Koppelungsgeschäfts im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG. In dieser Hinsicht liegen deshalb auch keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vor.

B.3.2.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

73. Als unzulässige Verhaltensweisen fallen laut Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch zum Beispiel Liefer- oder Bezugssperren in Betracht. Unter den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen fallen sowohl die Auflösung oder die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen zu bereits bestehenden Kunden wie auch die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen zu potenziellen Kunden (Botschaft, a.a.O., S. 570). Die Botschaft präzisiert, dass ein rechtlicher oder faktischer Kontrahierungszwang dann gegeben ist, wenn ein Unternehmen als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung von gewissen Dienstleistungen unerlässlich sind (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 571).

74. Rechtsprechung und Lehre verlangen für die Qualifikation einer Verhaltensweise als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen als Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG zwei Anforderungen (vgl. z.B. Watt/Migros-EEF, RWP 2001/2, S. 284 f.). In einem ersten Schritt wird verlangt, dass durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen andere Unternehmen in Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs

behindert werden oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob sich die Weigerung aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Die Begründung der Wettbewerbskommission im erwähnten Fall Watt/Migros-EEF wurde vom Bundesgericht als überzeugend befunden und vollständig gestützt (BGE 129 II 479, E. 6.5.3).

75. Mit Eingabe vom 23. Juni 2003 hat Sunrise unter anderem geltend gemacht, dass im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern in der Schweiz kein Wiederverkaufsangebot für die letzte Meile bestehe. Deshalb bestünden für andere FDA keine Möglichkeiten, ein mit "Talk & Surf" vergleichbares Bündel anzubieten. In Beantwortung der Fragen des Sekretariats hat Tele2 mit Schreiben vom 17. November 2003 darauf hingewiesen, dass sich kein wirksamer Wettbewerb entwickeln könne, falls alternative Anbieter im Festnetz keinen Zugang zu Endkunden erhielten.

76. Tele2 hat bezüglich der Einführung eines Angebotes zum Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses am 7. Oktober 2003 bereits ein Interkonnektionsgesuch bei der ComCom eingereicht. Mit Verfügung der ComCom vom 17. Dezember 2003 wurde das Interkonnektionsgesuch von Tele2 abgewiesen, da der Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses mangels ausreichender fernmelderechtlicher Grundlage nicht als Interkonnektionstatbestand im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren ist.

77. Swisscom bietet bekanntlich keiner anderen Fernmeldedienstanbieterin den Wiederverkauf von Angeboten der letzten Meile an. Swisscom hat dies in den Eingaben vom 21. Juli 2003 und 17. Dezember 2003 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission bestätigt. Swisscom führt dazu aus, dass der Festnetzanschluss anderen FDA nicht zum Wiederverkauf angeboten werde. Auf die Einführung eines entsprechenden Wholesale-Angebotes verzichte Swisscom, da keine rechtliche Pflicht für die Einführung eines solchen bestehe und dies aus kommerzieller Sicht keinen Sinn mache.

78. Es stellt sich damit die Frage, welche Auswirkungen die Weigerung von Swisscom, ein entsprechendes Wiederverkaufsangebot einzuführen, auf die Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs hat (vgl. Art. 7 Abs. 1 KG). Swisscom weist darauf hin, dass andere FDA mit ähnlichen Bündelangeboten wie "Talk & Surf" gegenüber den Endkunden auftreten. Swisscom hat dazu zur Illustration auf die Bündelangebote von zehn verschiedenen Anbietern verwiesen. Alle diese Angebote sind jedoch nur begrenzt vergleichbar mit dem "Talk & Surf"-Paket von Swisscom, da der Anschluss bei den anderen Angeboten nicht mitenthalten ist. Wettbewerber von Swisscom können aufgrund des fehlenden Wiederverkaufsangebotes zum Anschluss kein solches Bündel offerieren, was an sich schon als Behinde-

rung von Konkurrenten in der Ausübung des Wettbewerbs qualifiziert werden könnte.

79. Im Gegensatz zu den Bündeln von anderen Fernmeldedienstanbietern erhält der Endkunde mit "Talk & Surf" nur eine Rechnung. Endkunden von anderen Anbietern erhalten stets eine Rechnung für das Produktebündel des von ihnen gewählten Anbieters und zudem eine Rechnung von Swisscom für den Anschluss. Von Swisscom wird in der Werbung zu "Talk & Surf" explizit hervorgehoben, dass für das "Talk & Surf"-Paket nur eine einzige, übersichtliche Rechnung pro Monat gestellt wird. Es scheint offenbar einem gewissen Kundeninteresse zu entsprechen, nicht mehrere Rechnungen von verschiedenen Anbietern zu erhalten. Die befragten Unternehmen haben denn auch geltend gemacht, dass sie durch das Fehlen eines Wholesale-Angebotes für den Anschluss benachteiligt würden.

80. Als Zwischenergebnis können deshalb Anhaltspunkte festgestellt werden, dass durch die Weigerung von Swisscom, ein entsprechendes Wiederverkaufsangebot anzubieten, deren Konkurrenten in der Ausübung des Wettbewerbs auf den dem Anschluss nachgelagerten Dienstemärkten in mehreren Belangen benachteiligt werden.

81. Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen sind jedoch nur dann unzulässig, wenn sie Konkurrenten behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen und sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Als sachliche Gründe kommen unter anderem kaufmännische Grundsätze in Betracht. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2003 hat Swisscom ausgeführt, dass keine obligationen- oder fernmelderechtlichen Gründe gegen Wiederverkaufsangebote der letzten Meile sprächen. Hingegen sei Swisscom als Grundversorgungskonzessionärin verpflichtet, während der Dauer der Konzession den Anschluss bereitzustellen (vgl. Art. 16 FMG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Bst. a FDV). Dieser Verpflichtung stehe das Recht gegenüber, den Dienst auch selber anzubieten und dafür Rechnung zu stellen.

82. Mit den Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin soll nach der Konzeption des Fernmeldegesetzes sichergestellt werden, dass allen Bevölkerungskreisen in allen Landesteilen eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung zur Verfügung steht (vgl. Botschaft zum FMG, a.a.O., S. 1429). Ziel von Artikel 16 FMG ist damit nicht, dass der Anschluss im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a FDV bei einer bestimmten Anbieterin bezogen werden soll, sondern dass ein solcher zur Verfügung gestellt wird. Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a FDV spricht infolgedessen auch nur von der Bereitstellung eines Netzabschlusspunktes.

83. Mit Schreiben vom 21. Juli 2003 hat Swisscom zudem eingebracht, dass Artikel 12 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz vom 17. November 1997

(Vo ComCom, SR 784.101.112) vorsehe, dass die jeweilige FDA für ihre Dienste den Teilnehmern selber Rechnung stelle. Artikel 12 Vo ComCom besagt, dass, falls in einer Interkonnektionsvereinbarung nicht etwas anderes festgelegt ist, der Teilnehmerin oder dem Teilnehmer die mittels Auswahlcode getätigten Anrufe direkt durch die ausgewählte Anbieterin verrechnet werden. Auswahlcodes sind die fünfstellige Ziffernfolge, welche Teilnehmer vor der Rufnummer des Gesprächspartners oder des gewünschten Dienstes wählen müssen, um die Verbindung über die gewünschte Dienstanbieterin aufzubauen (vgl. Anhang 2 zur Vo ComCom, Technische und administrative Vorschriften für die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen, SR 784.101.112/2). Diese von Swisscom zitierte Bestimmung bezieht sich damit einzig auf mittels Auswahlcode getätigte Anrufe und steht nicht in Zusammenhang mit Fragen bezüglich des Netzanschlusses.

84. Aus den erwähnten fernmelderechtlichen Regelungen können zurzeit keine sachlichen Rechtfertigungsgründe im Sinne von Artikel 7 KG abgeleitet werden.

85. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch die Weigerung von Swisscom, den Netzanschluss an andere Fernmeldedienstanbieter zum Wiederverkauf anzubieten, Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen.

B.3.3 Ergebnis

86. Bezüglich des Produktes "Talk & Surf" von Swisscom bestehen unter dem Blickwinkel einer Preis-Kosten-Schere und eines Koppelungsgeschäfts keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens.

87. Hingegen bestehen Anhaltspunkte dafür, dass durch die Verweigerung von Swisscom, ein Wiederverkaufsangebot des Anschlusses an andere Anbieter einzuführen, eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt.

C. Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bezüglich der Verweigerung von Swisscom, einen Wiederverkauf des Anschlusses anzubieten, eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt;

2. beschliesst die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und holt hiezu das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums ein.

B 1.1	**4. Umwandlungssatz im Bereich der beruflichen Vorsorge**

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 24. März 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Vorabklärung bezüglich des Umwandlungssatzes im Bereich der beruflichen Vorsorge wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

1 EINFÜHRUNG UND SACHVERHALT

1.1 Einführung

1. Mitte 2003 kündigten die Winterthur, die Zürich und die Genfer Versicherung sowie die Helvetia Patria eine Senkung der Umwandlungssätze im überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge an. Die Tatsache, dass diese Umwandlungssätze auf drei Stellen hinter dem Komma identisch waren, liessen Befürchtungen bezüglich einer unzulässigen Abrede zwischen den Versicherungsgesellschaften aufkommen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommmission hat deshalb im November 2003 eine Vorabklärung eröffnet. Ziel der Vorabklärung war es, Abklärungen vorzunehmen, ob Anhaltspunkte für eine Abrede zwischen den Lebensversicherern bestehen und ob eine solche allenfalls kartellrechtlich problematisch ist.

2. Zum besseren Verständnis dieses Berichtes werden in den folgenden Abschnitten (1.2-1.4) zuerst die wichtigsten Grundlagen des Systems der beruflichen Vorsorge erläutert. Auf den Gegenstand der Vorabklärung wird dann in Abschnitt 1.5 nochmals präziser eingegangen. In den Paragrafen 2 bis 4 erfolgt die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Sachverhaltes.

1.2 Das Drei-Säulen-Konzept

3. 1972 wurde die Verfassungsgrundlage für das so genannte Drei-Säulen-Konzept geschaffen und in der Bundesverfassung verankert. Dieses sieht vor, dass der Bund geeignete Massnahmen für eine ausreichende Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge zu treffen hat, wobei das Drei-Säulen-Konzept auf der staatlichen Versicherung, der beruflichen Vorsorge und der Selbstvorsorge beruhen soll. Die erste Säule, die staatliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV), hat den Existenzbedarf in angemessener Weise zu decken. Die berufliche Vorsorge wiederum soll zusammen mit der AHV/IV die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise ermöglichen. Die Selbstvorsorge hat schliesslich weiter gehende Be-

dürfnisse abzudecken und soll durch Massnahmen der Steuer- und Eigentumspolitik gefördert werden.

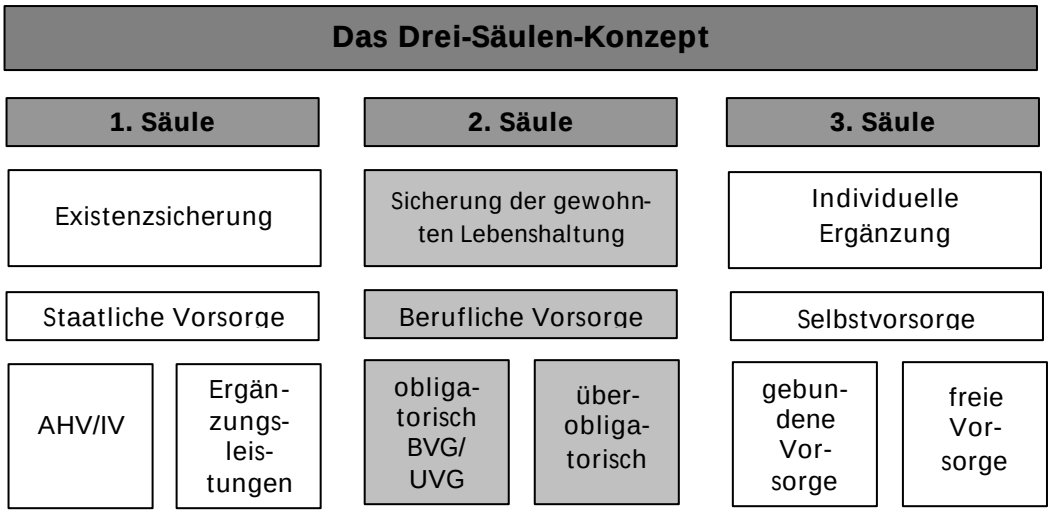


Abbildung 1: Das Drei-Säulen Konzept

4. In den 90er-Jahren drehte sich die öffentliche Diskussion vor allem um die Zukunftsperspektiven der umlagefinanzierten AHV/IV. Ein sich stetig verschlechterndes Verhältnis zwischen Erwerbstätigen und Rentnern, gekoppelt mit einem schwachen Wirtschaftswachstum, liessen schwer wiegende Finanzierungsprobleme in der ersten Säule erwarten. Über die zukünftige Sicherstellung und Ausgestaltung der AHV/IV wird momentan im Rahmen der 11. AHV-Revision beziehungsweise der 4. IV-Revision im Parlament beraten.

5. Probleme mit den schweizerischen Pensionskassen standen bis vor kurzem nicht im Vordergrund. Das in der zweiten Säule angewandte Kapitaldeckungsverfahren führt zu einer Verzinsung der Reserven der Pensionskassen mit den Finanzmarktrenditen. Die aussergewöhnlichen Aktienrenditen in den 90er-Jahren erlaubten es den Pensionskassen, neben den Rückstellungen für die Finanzmarktschwankungen, auch Reserven für die gestiegene Lebenserwartung zu bilden. Angesichts der tiefen Zinssätze und der eingebrochenen Aktienrenditen in den letzten Jahren bekundeten jedoch immer mehr Pensionskassen, insbesondere auch die Lebensversicherer, Mühe, die gesetzlichen Minimalvorschriften nach BVG zu erfüllen. Die Senkung des Mindestzinssatzes von 4% auf zuerst 3,25%, dann auf 2,25% durch den Bundesrat sowie die im Rahmen der 1. BVG-Revision vorgesehene, stufenweise Senkung des Umwandlungssatzes von momentan 7,2% auf 6,8% im obligatorischen Bereich, ist in diesem Zusammenhang zu sehen.

1.3 Die berufliche Vorsorge

1.3.1 BVG

6. Die berufliche Vorsorge wird im Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, RS 831.40) geregelt. Das BVG wurde vom Gesetzgeber als Rahmengesetz vorgesehen. Das heisst, dass das BVG Mindestleistungen vorschreibt, auf welche jeder Versicherte Anspruch hat (Obligatorium). Die Vorsorgeeinrichtungen können jedoch von der BVG-Koordination abweichen, sofern die BVG-Mindestleistungen erfüllt sind.

7. Im Rahmen des Obligatoriums sind die Alters- (Art. 13-17 BVG), die Hinterlassenen- (Art. 18-22 BVG) und Invalidenleistungen (Art. 23-26 BVG) versichert. Das Obligatorium bezieht sich zurzeit auf eine Spanne des so genannten versicherten Lohns zwischen CHF 25'320 und CHF 75'960 (Art. 8 BVG i.V.m. Art. 5 BVV 2). Die Einhaltung der minimalen gesetzlichen Standards muss von den Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen einer Schattenrechnung sichergestellt werden.

8. Im überobligatorischen Bereich, das heisst in der Regel Lohnteile über CHF 75'960.-, kommt das BVG nicht zur Anwendung. In diesem Bereich sind die Pensionskassen weitgehend frei, die Versicherungsbedingungen und -leistungen (Prämien, Mindestzinssatz, Umwandlungssatz etc.) eigenständig festzulegen, sofern sie den Kriterien der zuständigen Aufsichtsbehörde genügen.

1.3.2 Träger der beruflichen Vorsorge - Vorsorgeeinrichtungen

9. Träger der beruflichen Vorsorge sind die so genannten Vorsorgeeinrichtungen. Ein synonym verwendeter und oft gebrauchter Begriff für Vorsorgeeinrichtung ist "Pensionskasse". Bei den privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen handelt es sich nahezu ausschliesslich um Stiftungen (Art. 80 ff. ZGB).

10. Laut Gesetz müssen sich Pensionskassen, die an der Durchführung der obligatorischen beruflichen Vorsorge teilnehmen wollen, bei der Aufsichtsbehörde registrieren lassen (Art. 48 Abs. 1 BVG). Als Rechtsform für registrierte Kassen sind zugelassen: Stiftungen, Genossenschaften oder Gesellschaften des öffentlichen Rechtes (Art. 48 Abs. 2 BVG). Keine Pflicht zur Registrierung besteht jedoch für Kassen, welche ausschliesslich Leistungen im überobligatorischen Bereich erbringen. Im Zuge der Einführung des BVG haben zahlreiche Unternehmen ihre Vorsorgeeinrichtungen in eine registrierte BVG-Kasse, welche die gesetzlichen Mindesterfordernisse erfüllt, sowie in eine überobligatorische Einrichtung aufgeteilt. Eine Vorsorgeeinrichtung, welche sowohl Leistungen im obligatorischen wie auch im überobligatorischen Bereich erbringt, wird auch "umhüllende Kasse" genannt.

11. Die Pensionskassen-Landschaft in der Schweiz prägt sich heute grundsätzlich durch vier verschiedene Typen von Vorsorgeeinrichtungen:

?? autonome und teilautonome Pensionskassen

?? Gemeinschaftsstiftungen

?? Sammelstiftungen

?? öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen

12. Autonome und teilautonome Pensionskassen werden individuell von den Arbeitgebern zu Gunsten ihrer Arbeitnehmer und deren Angehörigen errichtet.

?? Autonome Vorsorgeeinrichtungen tragen weitgehend alle Risiken, insbesondere die Verantwortung für Finanzierung, Beitragssystem und Anlagepolitik, selbst. Ihre Leistungen werden folglich nicht durch einen Kollektiv-Lebensversicherungsvertrag mit einer Versicherungsgesellschaft sichergestellt, wobei in gewissen Fällen Höchstschäden und kumulierte Risiken durch eine Rückversicherung abgedeckt werden.

?? Teilautonome Vorsorgeeinrichtungen lassen sich in zwei Arten aufteilen: Einerseits in Vorsorgeeinrichtungen, welche die Altersleistungen selbst sicherstellen und demzufolge das Risiko Langlebigkeit selbst tragen. Die Risiken Tod und/oder Invalidität werden hingegen durch eine Versicherungsgesellschaft abgedeckt. Andererseits in Vorsorgeeinrichtungen, welche mit dem selbst geäufneten Sparkapital im Zeitpunkt der Pensionierung die Altersleistungen bei einer Versicherungsgesellschaft einkaufen und damit das Risiko der Langlebigkeit auf sie übertragen. Alle übrigen Risiken werden zudem durch eine Versicherungsgesellschaft abgedeckt.

13. Demgegenüber sind Gemeinschaftsstiftungen gemeinsame Einrichtungen mehrerer Arbeitgeber, die in der Regel in irgendeiner Art miteinander verbunden sind (z.B. in einem Konzern oder einem Verband) und ihren Arbeitnehmern gemeinsame Vorsorgeleistungen anbieten. Die Gemeinschaftsstiftung kennt keine buchhalterische Trennung zwischen den einzelnen Vorsorgewerken. Auch sie können autonom oder teilautonom organisiert sein.

14. Bei Sammelstiftungen handelt es sich um Einrichtungen, welche für angeschlossene Arbeitgeber alle Dienstleistungen der beruflichen Vorsorge erbringen. Sammelstiftungen errichten für jeden Arbeitgeber ein separates Vorsorgewerk mit individuellem Leistungsplan und individueller Kontoführung. Die grössten Sammelstiftungen werden von Lebensversicherungen geführt. Während die Stiftung der rechtliche Vorsorgeträger gemäss BVG ist, übernimmt der Lebensversicherer Risikodeckung, Vermögensanlage und Verwaltung für die Stiftung.

15. Öffentlich-rechtliche Pensionskassen sind schliesslich, wie der Name sagt, Arbeitnehmern von Bund, Kanton und Gemeinden sowie anderen öffentlich-rechtlichen Institutionen vorbehalten.

1.3.3 Beitrags- versus Leistungsprimat

16. Das gesetzliche Obligatorium ist auf dem System des Beitragsprimats aufgebaut. Bei diesem richten sich die Leistungen der Vorsorgeeinrichtungen nach den geleisteten Beiträgen beziehungsweise nach dem geäufneten Sparkapital, das oftmals auch als Altersguthaben bezeichnet wird. Beim Leistungsprimat hingegen werden die Leistungen nicht aufgrund der einbezahlten Beiträge berechnet, sondern als fixer Prozentsatz des versicherten Lohnes festgelegt. Die zur Finanzierung notwendigen Beiträge werden demzufolge aufgrund der vorgesehenen Leistungen ermittelt. Die Versicherten wissen also im Voraus, mit welcher Rente zu rechnen ist.

17. Im Jahre 2000 gab es gemäss Bundesamt für Statistik 2'865 Vorsorgeeinrichtungen, die nach dem Beitragsprimat, und 521 Vorsorgeeinrichtungen, die nach dem Leistungsprimat funktionierten.[1] Pensionskassen, die nach dem Leistungsprimat finanziert werden, kommen vor allem im öffentlichen Bereich vor. Sie finden sich aber auch, obwohl in abnehmender Zahl, in der Form von autonomen und teilautonomen Pensionskassen bei privaten Unternehmen. Für Sammelstiftungen und Gemeinschaftseinrichtungen ist in der Praxis aber nur das Beitragsprimat eine relevante Lösung.

1.3.4 Aufsicht und Zuständigkeit

18. Die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge wird durch verschiedene Aufsichtsbehörden ausgeübt. Die kantonalen Aufsichtsbehörden überwachen die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften der BVG-Träger. Die Oberaufsicht über die verschiedenen Behörden obliegt dem Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) und letztlich dem Bundesrat. Das Bundesamt für Privatversicherung (BPV) ist hingegen für die Überwachung des Geschäftsbetriebs der Privatversicherungen zuständig (Art. 3 Abs. 1 VAG), was insbesondere in Zusammenhang mit den Sammelstiftungen von Bedeutung ist.[2]

[1] Vgl. Bundesamt für Statistik, Die berufliche Vorsorge in der Schweiz, Ausgabe 2003, S. 25 f.
[2] Vgl. Infoplus Nr. 25 "Berufliche Vorsorge: auf Fakten bauen", Newsletter des EFD vom November 2003.

19. Organisatorisch sind die Sammelstiftungen zwischen Lebensversicherer und BVG-Versicherte geschaltet. Wie erwähnt, ist die Stiftung der rechtliche Vorsorgeträger, währenddem der Lebensversicherer Risikodeckung, Vermögensanlage und Verwaltung der Stiftung übernimmt. Die Beziehung zwischen der Stiftung und dem Lebensversicherer wird in einem Lebensversicherungsvertrag festgehalten. Dieser Vertrag basiert auf Privatversicherungsrecht und unterliegt der Aufsicht des BPV. Insbesondere müssen Prämien und Leistungen in einem Versicherungstarif festgehalten werden, welcher vom BPV zu genehmigen ist. Die Zuständigkeiten des BSV und des BPV in der beruflichen Vorsorge sowie insbesondere im Bereich der Sammelstiftungen der Lebensversicherer sind in vereinfachter Form in nachfolgender Abbildung illustriert.

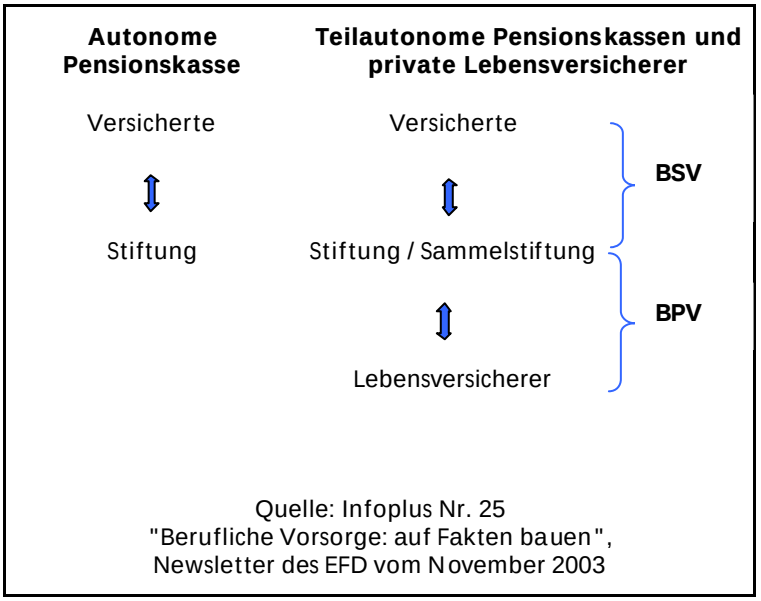


Abbildung 2: Zuständigkeit der Behörden

1.4 Die Sammelstiftungen der Lebensversicherer

20. Der Einbruch der Aktienmärkte im Frühjahr 2001 hatte zur Folge, dass es für viele Vorsorgeeinrichtungen schwierig wurde, die nötigen Renditen zu erwirtschaften, um die Mindestverzinsung der Altersguthaben zu gewährleisten. Wie die Auswertungen zum Risiko Check-up 2003 der Complementa Investment-Controlling AG zeigen, äusserte sich diese Entwicklung zunehmend in einer markanten Unterdeckung verschiedener Vorsorgeeinrichtungen.[3] Besonders die Sammelstiftun-

[3] Vgl. www.complementa.ch.

gen der Lebensversicherer waren von den Entwicklungen am Aktienmarkt betroffen. Da es den Lebensversicherern, im Gegensatz zu anderen Vorsorgeeinrichtungen, nicht gestattet ist, in eine temporäre Unterdeckung zu fallen, mussten diese Aktien veräussern und die dementsprechenden Kursverluste realisieren.

21. Obwohl sich die Aktienmärkte im Frühjahr 2003 wieder zu erholen begannen, blieben gewisse strukturelle Probleme bestehen. Einerseits kann die steigende Invalidisierungstendenz erwähnt werden. Andererseits muss auf den derzeit im obligatorischen Bereich gültigen Umwandlungssatz von 7,2% hingewiesen werden, der die aktuelle Lebenserwartung nicht mehr adäquat widerspiegelt. Es war hauptsächlich auf die aussergewöhnlichen Aktienrenditen in den 90er-Jahren zurückzuführen, dass die Pensionskassen die infolge der gestiegenen Lebenserwartung anfallenden Kosten zu decken vermochten.

22. Die Reaktion der Lebensversicherer auf die beschriebenen strukturellen Probleme blieb nicht aus. Die Einführung verschiedener neuer Versicherungsmodelle wurde angekündigt, wobei vor allem das so genannte "Winterthur Modell" eine breite Kontroverse auslöste. Die Winterthur Versicherung kündigte Mitte 2003 ein neues Modell für ihre Sammelstiftung an, welches sich stärker am wirtschaftlichen Umfeld sowie an der Entwicklung der Lebenserwartung orientieren soll. Als Kernelemente des "Winterthur Modells" können einerseits die weitgehende Entkoppelung des Vorsorge- und des Versicherungsverhältnisses und damit eine teilweise Verselbstständigung der Sammelstiftung, andererseits die Unterscheidung der Vorsorgeleistungen im obligatorischen und im überobligatorischen Bereich genannt werden.[4]

23. Allgemein können die Eigenschaften der von den Schweizer Lebensversicherern neu eingeführten Versicherungsmodelle wie folgt zusammengefasst werden:

- Erhöhung der Risikoprämie infolge der gestiegenen Invaliditätsleistungen
- Erhöhung der Verwaltungskostenprämie infolge des Wegfalls der Möglichkeit der Deckung mittels Kapitalerträgen
- Einführung von zusätzlichen Prämien zur Sicherstellung des Mindestzinssatzes (vgl. Rz. 60) und des Umwandlungssatzes (vgl. Rz. 44) im überobligatorischen Bereich
- Teilautonomisierung beziehungsweise Verselbstständigung von Sammelstiftungen mit der Folge einer Einschränkung von bisher gewährten Garantien bezüglich des Mindestzinssatzes
- Senkung des Umwandlungssatzes im überobligatorischen Bereich

[4] Vgl. Fachinformation der Winterthur 3/2003, Vorsorge im Unternehmen, S. 6 ff.

24. Der Trend im Kollektivversicherungsgeschäft weist klar in die Richtung, dass die Lebensversicherer die von ihnen zu tragenden Risiken einschränken beziehungsweise Restrisiken neu auf die Sammelstiftungen übertragen. Dies kann als eine Abkehr von der klassischen Vollversicherungslösung als vorherrschendes Modell bezeichnet werden. Tabelle 1 gibt eine Übersicht über die auf dem Markt angebotenen Vorsorgemodelle der vier grössten Schweizer Anbieter im Kollektivversicherungsgeschäft.

	Winterthur Versicherung	**Zürich Versicherung***	**Rentenanstalt**	**Basler Versicherung**
Organisation	Teilweise Verselbstständigung der Sammelstiftung. Der Stiftungsrat umfasst neu nicht nur Vertreter der Winterthur.	Die Sammelstiftung Vita ist teilautonom. Der Stiftungsrat sowie der Anlageausschuss setzen sich teilweise aus unabhängigen externen Mitgliedern zusammen.	Konventionelle Vollversicherungslösungen und reine Risikodeckung möglich, für Sammelstiftung oder für firmeneigene Stiftungen direkt.	Konventionelle Vollversicherungslösungen und reine Risikodeckung möglich, für Sammelstiftung oder für firmeneigene Stiftungen direkt.
Kapitalanlagen	Je nach Vertrag: a) mit Zinsgarantie b) bei Versicherer auf eigenes Risiko (Fonds cantonnés/Seperate Account) c) beim Versicherungsnehmer im Risikodeckungsfall	Anlage auf Namen und Risiko der Sammelstiftung. Sammelstiftung hat eigenen Anlageausschluss. Der Stiftungsrat entscheidet über Strategie und Bildung von Wertschwankungsreserven.	Je nach Vertrag: a) mit Zinsgarantie b) bei Versicherer auf eigenes Risiko (Fonds cantonnés/Seperate Account) c) beim Versicherungsnehmer im Risikodeckungsfall	Je nach Vertrag: a) mit Zinsgarantie b) beim Versicherungsnehmer im Risikodeckungsfall
Kapitalerträge	Bei Anlagerenditen über BVG-Mindestzinssatz werden Überschüsse, nach Verrechnung mit Verlusten aus dem Risiko- und Kostenprozess, grösstenteils an die Sammelstiftung weiter gegeben.	Stiftungsrat entscheidet über die Verwendung der Erträge.	Bei Anlagerenditen über BVG-Mindestzinssatz werden Überschüsse, nach Verrechung mit Verlusten aus dem Risiko- und Kostenprozess, grösstenteils an die Sammelstiftung weiter gegeben.	Bei Anlagerenditen über BVG-Mindestzinssatz werden Überschüsse, nach Verrechung mit Verlusten aus dem Risiko- und Kostenprozess, grösstenteils an die Sammelstiftung weiter gegeben.

* Verschiedene Angaben zur Sammelstiftung Vita wurden aufgrund einer Richtigstellung der Zürich Versicherung korrigiert.

Verzinsung Altersguthaben	Versicherer garantiert Verzinsung, die sich am Zinssatz für risikoarme Kapitalanlagen orientiert. Für die Differenz zum aktuellen BVG-Mindestzinssatz steht die Sammelstiftung im Risiko.	Altersguthaben im BVG-Obligatorium mindestens BVG-Zinssatz. Kapitalmarktrisiko wird von der Sammelstiftung getragen.	2,25% für das gesamte Altersguthaben.	2,25% für das gesamte Altersguthaben.
Umwandlungssatz Überobligatorium	5,835% Männer (65-jährig), 5,454% Frauen (62-jährig) für die Sammelstiftungen und die Vorsorgestiftungen mit Rückdeckung.	5,835% Männer (65-jährig) 5,454% Frauen (62-jährig) 5,793% Frauen (65-jährig)	5,835% Männer und Frauen (65-jährig) im gesamten Neugeschäft.	7,2% Männer und Frauen.
Gesamtprämie	Wird durchschnittlich um 8% erhöht (Sammelstiftung und Stiftungen mit Vollversicherungslösungen).	Wird durchschnittlich um 4%-5% im Bereich Kollektiv Leben und Vita Sammelstiftung erhöht.	Wird durchschnittlich um 5% erhöht (bezieht sich auf gesamtes BVG-Geschäft).	Wird durchschnittlich um 5% erhöht.
Zusatzprämie	Vorsorgestiftungen mit Rückdeckungsverträgen können im Obligatorium alternativ den vollen BVG-Rentenumwandlungssatz gegen eine Risikoprämie Langlebigkeit versichern lassen.		Garantie des BVG-Zinssatzes und des BVG-Umwandlungssatzes gegen Zusatzprämie freiwillig versicherbar (Überobligatorium).	Erhebung Zusatzprämie im Überobligatorium zur Finanzierung eines einheitlichen Umwandlungssatzes und Mindestzinssatzes.

Quelle: Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe "Stellung der Lebensversicherer in der beruflichen Vorsorge", Dezember 2003

* Verschiedene Angaben zur Sammelstiftung Vita wurden aufgrund einer Richtigstellung der Zürich Versicherung korrigiert.

Tabelle 1: Neue Vorsorgemodelle

1.5 Gegenstand dieses Berichtes

25. Wie erwähnt, wurde die Ankündigung des "Winterthur Modell", insbesondere die darin vorgesehene Senkung des Umwandlungssatzes im überobligatorischen Bereich, in der Öffentlichkeit heftig kritisiert

(Stichwort "Rentenklau"). Wie aus Tabelle 2 ersichtlich ist, war es jedoch nicht nur die Winterthur Versicherung, die eine Senkung des Umwandlungssatzes vorsah, sondern auch andere grosse Lebensversicherer. Erstaunen löste in diesem Zusammenhang vor allem auch die Tatsache aus, dass im Sommer 2003 die Winterthur Versicherung, die Zürich Versicherung, die Genfer Versicherung und die Helvetia Patria dem BPV exakt dieselben Umwandlungssätze zur Genehmigung vorlegten. Der Vorwurf einer illegalen Abrede und die Forderung nach einer Intervention der Behörden machte die Runde.

26. Parallel zu diesen Entwicklungen wurde über die 1. BVG-Revision debattiert, die unter anderem auch im obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge eine Senkung des Umwandlungssatzes von 7,2% auf 6,8% (innerhalb von 10 Jahren) vorsieht. Unterdessen ist die Referendumsfrist am 22. Januar 2004 unbenutzt abgelaufen und neben der Senkung des Umwandlungssatzes wird die 1. BVG-Revision insbesondere auch Neuerungen im Bereich der Transparenzvorschriften und der paritätischen Verwaltung bringen.[5] Auf im Rahmen der 1. BVG-Revision vorgesehene Massnahmen, die aus Sicht des Sekretariats die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Lebensversicherer auf dem Markt für berufliche Vorsorge beeinflussen werden, wird später in diesem Bericht noch vertieft eingegangen.

27. Gemäss den Ermittlungen des Sekretariates haben unterdessen nebst den oben erwähnten Akteuren weitere Lebensversicherer auf Anfang 2004 den Umwandlungssatz für Männer auf 5,835% und für Frauen auf 5,454% gesenkt oder angekündigt, diesen sukzessive in den kommenden Jahren auf diese Höhe zu senken. Teilweise findet diese Massnahme auf alle kündbaren Vorsorgeverträge Anwendung, teilweise sind nur Neukunden und -abschlüsse mit bestehenden Kunden betroffen. Tabelle 2 vermittelt einen Überblick der aktuellen Umwandlungssätze der in der beruflichen Vorsorge tätigen Lebensversicherer.

28. Konkret stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass verschiedene Lebensversicherer dem BPV übereinstimmende Umwandlungssätze zur Genehmigung vorlegten, das Resultat einer Abrede ist. Dabei ist zu präzisieren, dass die Prüfung der Höhe von Umwandlungssätzen im überobligatorischen Bereich dem BPV obliegt und somit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung ist.

[5] Der Bundesrat wird voraussichtlich die Bestimmungen der 1. BVG-Revision gestaffelt in Kraft setzen. So werden bereits auf den 1. April 2004 die neuen Transparenzbestimmungen Rechtskraft erlangen (BVG Art. 51, 53, 53a, 53e, 62, 65, 65a, 65b, 68, 68a und 86b). Gleichzeitig sollte der neue Art. 6 a des Lebensversicherungsgesetzes in Kraft treten. Die restlichen revidierten Bestimmungen sollten auf den 1. Januar 2005 wirksam werden.

29. Zur Abklärung der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit einer Abrede bezüglich der Umwandlungssätze führte das Sekretariat im August/September 2003 Gespräche mit verschiedenen Parteien durch. Insbesondere wurden Gespräche mit Vertretern des BSV, des BPV, des SVV und der Schutzgemeinschaft für KMU geführt. Am 3. November 2003 wurde eine Vorabklärung eröffnet. Im Rahmen der Vorabklärung wurden alle Versicherungsgesellschaften, welche in der Schweiz Leistungen im Bereich der beruflichen Vorsorge anbieten, befragt (vgl. Tabelle 2). Schliesslich wurden im November 2003 Gespräche mit Versicherungsbrokern und Vertretern von autonomen Pensionskassen geführt.

	Umwandlungssatz	
	Männer	**Frauen**
Allianz	7,2	7,2
AXA	5,835	5,454
Basler	7,2	7,2
Helvetia	5,835	5,454
La Suisse*	5,835	5,61
Pax	7,2	7,2
Phenix	5,835	5,454
Rentenanstalt	5,835	5,835
Vaudoise*	5,835	5,454
Winterthur	5,835	5,454
Zenith	7,2	7,2
Zürich	5,835	5,454

* sukzessive Senkung des Umwandlungssatzes

Tabelle 2: Umwandlungssätze

2 ZUSTÄNDIGKEIT

2.1 Geltungsbereich

30. 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).

31. 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. Die in der beruflichen Vorsorge tätigen Privatversicherungen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

2.2 Vorbehaltene Vorschriften

32. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

33. Wie bereits erwähnt (vgl. Abschnitt 1.3.4), unterstehen die Sammelstiftungen der Privatversicherer gemäss Artikel 62 BVG der Aufsicht des BSV. Gleichzeitig überprüft aber auch das BPV das Rechtsverhältnis zwischen dem privaten Lebensversicherer und seiner Sammelstiftung. Im Folgenden werden deshalb die gesetzlichen Vorschriften, welche sich einerseits aus dem BVG und andererseits aus dem VAG ergeben könnten, analysiert.

2.2.1 Überobligatorium im Spannungsfeld zwischen Politik und Wirtschaft

34. Da das BVG im überobligatorischen Bereich nicht zur Anwendung kommt, liegen formell keine vorbehaltenen Vorschriften vor, welche die Anwendbarkeit des KG ausschliessen würden. Trotzdem muss festgehalten werden, dass der Spielraum der Lebensversicherer für die Festsetzung von Tarifen aufgrund der grossen gesellschaftspolitischen Bedeutung der Altersvorsorge eingeschränkt ist.

35. Bei der Einführung des BVG stimmten die Lebensversicherer aus politischen und historischen Gründen überein, dass keine Differenzierung des Umwandlungssatzes im obligatorischen und überobligatorischen Bereich vorgenommen wird. Der Umwandlungssatz wurde somit von allen Lebensversicherern auch im überobligatorischen Bereich auf 7,2% festgesetzt. Dabei handelte es sich klar um eine Abrede im Sinne des KG. Die Reaktionen auf die Senkung des Umwandlungssatzes im überobligatorischen Bereich seitens einiger Lebensversicherer zeigt die sozialpolitische Sensibilität des Themas der beruflichen Vorsorge.

36. Auf politischer Ebene reichte beispielsweise die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-SR) am 8. September 2003 eine Motion ein, in welcher sie den Bundesrat beauftragt, den Umwandlungssatz auf seine technischen Grundlagen zu überprüfen und soweit erforderlich den realen Verhältnissen anzugleichen. Zudem forderte sie, dass der Umwandlungssatz im obligatorischen und im überobligatorischen Bereich im Wesentlichen übereinstimmen, und dass bei wesentlichen Änderungen im überobligatorischen Bereich ebenfalls eine angemessene Übergangsfrist gewahrt

wird.[6] Auch in der Presse[7], verschiedenen Publikationen von Banken und Versicherern[8] sowie in wissenschaftlichen Abhandlungen[9] wurde der Gegenstand intensiv und kontrovers diskutiert.

2.2.2 VAG

37. Das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften, die der Anwendbarkeit des KG im Sinne von Artikel 3 KG vorgehen, ist in jedem Einzelfall von Amtes wegen zu prüfen, und zwar in einem möglichst frühen Verfahrensstadium.[10] Grundsätzlich greift für staatliche Tarife der Anwendungsvorbehalt von Artikel 3 KG. Als staatliche Tarife gelten beispielsweise Tarife im Bereich der eidgenössischen Versicherungen wie der Unfall- oder Invalidenversicherung.

38. Die neuen tieferen Umwandlungssätze wurden vom BPV im Herbst 2003 bewilligt. Wie später noch dargelegt wird, basiert der Umwandlungssatz zu dem auf den im Kollektivtarif 95 festgelegten Grundlagen, welche 1994 vom BPV bewilligt wurden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich hier nicht um einen staatlichen Tarif handelt.

39. Inhalt und Tragweite der staatlichen Genehmigung sind jeweils im konkreten Fall zu klären. Dabei ist etwa zu fragen, ob es sich um eine rein formelle Genehmigung handelt, oder ob das Gemeinwesen Einfluss auf die Ausgestaltung des Tarifs nehmen kann und falls ja, in welchem Ausmass. Weiter ist darauf zu achten, welche gesetzlich festgelegten Kriterien die Behörden im Rahmen der Genehmigung zu berücksichtigen haben. Je nach Art der Kriterien ist davon auszugehen, dass ein Spielraum für die Anwendung des KG besteht.

40. Gemäss Artikel 1 VAG übt der Bund, insbesondere zum Schutze der Versicherten, die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen aus. In diesem Rahmen hat das BPV auch die neuen Umwandlungssätze im überobligatorischen Bereich der Lebensversicherer überprüft und genehmigt (Art. 8 Abs. 1 Bst. f i.V.m. Art. 9 Abs. 2 VAG

[6] Vgl. Jahresbericht 2002/2003 der Parlamentarischen Verwaltungskontrollstelle, Anhang zum Jahresbericht 2002/2003 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegationen der Eidgenössischen Räte, vom 23. Januar 2004, S. 11 f.

[7] Vgl. z.B. das Dossier "Wankt die 2. Säule?" auf der Homepage der Neuen Zürcher Zeitung (www.nzz.ch/dossiers/).

[8] Vgl. z.B. Credit Suisse Economic Briefing Nr. 32, "Baustelle berufliche Vorsorge - wie soll es weiter gehen?" oder Zürcher Kantonalbank, "Die Zukunft der beruflichen Vorsorge", April 2003.

[9] Vgl. z.B. Avenir Suisse, "Les risques de la prévoyance", juin 2002, oder PH. MAEDER, Université de Lausanne, "Appréciation du taux de conversion de l'épargne en rente dans le cadre de la LPP", septembre 2003.

[10] Vgl. RPW 2003/3, S. 695.

und Art. 26 Abs. 2 der Schadensversicherungsverordnung [SchVV; SR 961.711]). Diese Bewilligung wird in Form einer Verfügung erteilt und im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 46 VAG). Der Umfang der Überprüfungspflicht des BPV wird in Artikel 20 VAG umschrieben. Danach hat das BPV sicherzustellen, dass die Tarife die Solvenz der Versicherungsgesellschaften nicht gefährden, und dass die Versicherten vor Missbrauch geschützt werden. Zweck des VAG ist somit einerseits die Solvenzerhaltung und andererseits die Vermeidung missbräuchlich hoher Tarife. Ausgeschlossen ist jedoch eine Angemessenheitsprüfung. Für eine darüber hinausgehende Prüfung fehlt im VAG eine gesetzliche Grundlage. Schliesslich gilt es auch zu betonen, dass die Versicherungen einen Rechtsanspruch auf Genehmigung haben, wenn das eingereichte Gesuch die Bedingungen von Artikel 20 VAG erfüllen.

41. Aus den obigen Erwägungen folgt, dass die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen den Versicherungsgesellschaften kein Kriterium bei der Genehmigung von Tarifen durch das BPV darstellt. Das VAG enthält auch keine Bestimmung, welche die Parameter und deren Höhe für die Berechnung des Umwandlungssatzes festlegt. Somit besteht in diesem Bereich grundsätzlich ein Spielraum für die Anwendung des Kartellgesetzes. Vorab ist jedoch abzuklären, ob das Interesse der Solvenzerhaltung und des Schutzes vor Missbrauch dem Interesse der Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs entgegensteht, oder ob diese beiden Interessen parallel verfolgt werden können. Währenddem das Kriterium des Schutzes vor Missbrauch als eine Grenze der Tarifsetzung nach oben interpretiert werden kann, bewirken die Anforderungen an die Solvenz eine untere Grenze der Tarifsetzung. Solange diese beiden Grenzen nicht zusammenfallen, besteht folglich ein Preissetzungsspielraum, der eine unterschiedliche, den Wettbewerbsverhältnissen gerechte Tarifsetzung zulässt. Dies insbesondere auch bezüglich der Umwandlungssätze als Element der Tarifgestaltung. Dass in der Praxis ein gewisser Preissetzungsspielraum besteht, bestätigt die Tatsache, dass dem BPV unterschiedliche Tarife vorgelegt wurden und diese, nach teilweisen Nachbesserungen, auch genehmigt wurden (vgl. Tabelle 1 und 2).[11]

42. Folglich ist das KG für die Überprüfung von wettbewerbsrechtlichen Fragen im Bereich der überobligatorischen beruflichen Vorsorge anwendbar. Dies umso mehr, als anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber im Bereich der beruflichen Vorsorge gerade durch die Trennung

[11] Vgl. auch Medienmitteilung des BPV vom 8. Dezember 2003 "Prämien- und Tarifänderungen: Gesuche von 14 Lebensversicherern behandelt".

zwischen dem gesetzlich geregelten Obligatorium und dem grundsätzlich nicht geregelten Überobligatorium auch das Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb im überobligatorischen Bereich im Auge hatte.

43. Das Einschreiten der Wettbewerbskommission ist vor der Genehmigung der Tarife durch das BPV möglich. Hat das BPV aber die Tarife wie im vorliegenden Fall bereits genehmigt, stellt sich die Frage der Kompetenzaufteilung zwischen Bundesbehörden. Würde die Wettbewerbskommission nämlich die Tarife als unzulässig erklären, müssten die vom BPV genehmigten Tarife aufgehoben werden. Erstrebenswert wäre deshalb entweder, dass das BPV bei der Genehmigung auch wettbewerbsrechtliche Aspekte einbezieht[12] oder aber, dass analog zu Artikel 10 VKU im Rahmen von Bankenzusammenschlüssen die Kompetenzaufteilung auf Gesetzesstufe geregelt würde. Im vorliegenden Fall kann die Frage der Kompetenzaufteilung letztlich offen gelassen werden, da, wie im Folgenden noch zu zeigen ist, keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegen und die Vorabklärung somit ohne Folgen eingestellt wird.

3 WETTBEWERBSABREDE IM BEREICH DER UMWANDLUNGSSÄTZE

3.1 Bedeutung und Bestimmung des Umwandlungssatzes

44. Durch Beiträge an die berufliche Vorsorge spart sich der Versicherte während seines Erwerbslebens ein Altersguthaben an, welches ihm nach der Pensionierung in Form eines einmaligen Kapitalbezugs oder einer Rente ausbezahlt wird. Die Jahresrente wird dabei als Prozentsatz des Altersguthabens bestimmt, welcher als Umwandlungssatz bezeichnet wird. Im obligatorischen Bereich ist der Umwandlungssatz von Geschlecht und Zivilstand unabhängig und beträgt zurzeit 7,2%.[13] Dies bedeutet, dass sich aus einem Altersguthaben von zum Beispiel CHF 100'000.- eine jährliche Rente von CHF 7'200.- ergibt.

45. In der Berechnung des Umwandlungssatzes eines Mannes sind eine Witwenrente und eine Kinderrente mitberücksichtigt. Die Witwenrente ist der Anteil der Rente, der beim Tode eines pensionierten Mannes an seine Witwe weiter bezahlt wird. Die Kinderrente wird für jedes in Ausbildung stehende Kind unter 26 Jahren ausbezahlt. Weiter geht in die Berechnung des Umwandlungssatzes ein pauschaler Kostenzuschlag ein, welcher in der Regel mit 2% der Rente veranschlagt wird. Dieser Kostenzuschlag enthält Aufwendungen, die in Zusammenhang mit der Auszahlung der Rente zu erwarten sind.

[12] Möglich wär in diesem Zeitpunkt, ein Gutachten oder eine Empfehlung der Wettbewerbsbehörden einzuholen.
[13] Bzgl. 1. BVG-Revision, vgl. Rz. 26, 95, 96.

46. Die beiden wichtigsten Parameter für die Berechung des Umwandlungssatzes sind jedoch einerseits die zukünftige Lebenserwartung der Rentner sowie deren Ehegatten und andererseits die Rendite, die bei der Anlage der Altersguthaben langfristig erzielt werden kann. Die Lebenserwartung wird mit Hilfe von so genannten Sterbetafeln ermittelt. Steigt die Lebenserwartung der Rentenempfänger, so verlängert sich auch die Dauer der Rentenzahlung. Bezogen auf ein gegebenes Altersguthaben bedeutet dies eine sinkende jährliche Rente. Den Zinssatz, mit dem das Altersguthaben verzinst wird, nennt man den technischen Zinssatz. Dieser wird dem Versicherten für die gesamte Laufzeit der Rente garantiert. Eine Erhöhung beziehungsweise Senkung des technischen Zinssatzes wirkt sich direkt auf die Höhe des Umwandlungssatzes aus.

47. Die Abhängigkeit des Umwandlungssatzes von der Lebenserwartung eines 65-jährigen Mannes sowie vom technischen Zinssatz ist in Tabelle 3 illustriert. Wie ersichtlich ist, schlägt sich eine Veränderung des technischen Zinssatzes in der Höhe von 0,5% Punkten mit zirka 0,33% Punkten auf den Umwandlungssatz durch.

technischer Zinssatz	**Lebenserwartung**		
	16,9 Jahre	18,6 Jahre	20,5 Jahre
4,0%	6,78	6,48	6,18
3,5%	6,44	6,14	5,84
3,0%	6,10	5,81	5,50
2,5%	5,77	5,49	5,17
2,0%	5,45	5,17	4,84
1,5%	5,13	4,86	4,52

Quelle: Factsheet "Rentenumwandlungssatz in der überobligatorischen beruflichen Vorsorge, BPV

Tabelle 3: Umwandlungssätze

48. Die zur Berechnung des Umwandlungssatzes benötigten Parameter werden im Kollektivtarif 95 festgesetzt, weshalb im Folgenden auf den Kollektivtarif 95 vertieft eingegangen wird.

3.2 Der Kollektivtarif 95

49. Im Bereich der Kollektivversicherungen erarbeitete die technische Kommission der Schweizerischen Vereinigung privater Lebensversicherer (VPL) im Jahre 1994 einen gemeinsamen Tarif, den so genannten Kollektivtarif 95 (KT 95). Bestandteil des KT 95 sind unter anderem Wahrscheinlichkeitstafeln (Sterblichkeit, Invalidität etc.), der technische Zinssatz und Kostenzuschläge, mit anderen Worten, die haupt-

sächlichen Faktoren und Grundlagen zur Berechnung des Umwandlungssatzes.

50. Allgemein bezeichnet der Begriff Tarif im Lebensversicherungsgeschäft die Zusammenfassung der Prämien, gegliedert nach verschiedenen versicherungstechnisch relevanten Kriterien, wie zum Beispiel Eintrittsalter, Vertragsdauer, versichertes Risiko etc. Da eine Vielzahl von Kombinationen dieser versicherungstechnisch relevanten Kriterien besteht und somit auch eine Vielzahl von verschiedenen Prämien, werden die Prämien in einem Tarif normalerweise nicht explizit im Sinne einer Preisliste ausformuliert sondern als Formel dargestellt. Tarife enthalten folglich die versicherungstechnischen Rechnungsgrundlagen zur Bestimmung der Prämie für eine gewisse Versicherungsleistung. Betrifft der Tarif eine Kollektivversicherung, wird er Kollektivtarif genannt.

51. Der KT 95 stellt eine Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 dar. Im vorliegenden Zusammenhang betrifft diese insbesondere die im KT 95 festgehaltenen Grundlagen zur Berechnung der Umwandlungssätze.

52. Der KT 95 wurde 1995 vom BPV genehmigt, wobei dazumal auch dem Sekretariat der Kartellkommission die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wurde. Das Sekretariat der Kartellkommission empfahl dem BPV, auf die Genehmigung des Kostenzuschlagssystems zu verzichten und die Prüfung und Genehmigung des Tarifs gemäss der Empfehlung der Kartellkommission in der Vorabklärung zum Lebensversicherungsmarkt vorzunehmen.[14] In Letzterer hatte das Sekretariat festgehalten, dass die Versicherungsgesellschaften eine Gemeinschaftsstatistik führen dürfen, aus der sich Risikoprämien im Sinne von Nettotarifen errechnen lassen. Andere Tarifkomponenten, wie zum Beispiel Verwaltungskostenprämien, sind jedoch von den Gesellschaften individuell zu kalkulieren und der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen.[15] Die Empfehlung des Sekretariats bewirkte, dass in der Ausgestaltung des KT 95 von pauschalisierten Kostenrabatten abgesehen wurde, was eine Individualisierung der Kostenprämie bewirkt. Kostenzuschläge (vgl. auch Rz. 64), die zukünftige Aufwendungen in Zusammenhang mit der Abwicklung von Renten erfassen, wurden vom Sekretariat damals hingegen nicht beanstandet.

[14] Veröffentlichung der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers 1a 1995, S. 33.
[15] Veröffentlichung der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers 1a 1994, S. 31 f.

53. Es stellt sich die Frage, ob - nachdem der KT 95 vom Sekretariat der Kartellkommission bereits überprüft wurde - die Problematik in der vorliegenden Vorabklärung nochmals aufgenommen werden kann. Dies ist zu bejahen, da die Stellungnahme 1994 noch unter dem alten Kartellgesetz erfolgte. Seither ist das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 in Kraft getreten, und es gelten neue materiellrechtliche Regeln für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden. Des Weitern erging die Beurteilung in einer Stellungnahme des Sekretariates und nicht in einer formellen Konsultation durch die Kartellkommission. Schliesslich haben sich die Marktverhältnisse im Bereich der beruflichen Vorsorge seit 1994 verändert, was die kartellrechtliche Relevanz der Abrede in andere Verhältnisse stellen könnte. Diesbezüglich darf nicht vergessen werden, dass der Versicherungsmarkt erst Anfang der 90er-Jahre liberalisiert wurde, und dass obgenannte Stellungnahme in diesem Umfeld verfasst wurde.

54. Im Folgenden ist somit zu überprüfen, ob die Festsetzung einheitlicher Umwandlungssätze, welche aus den im KT 95 festgehaltenen Grundlagen resultieren, unzulässig im Sinne von Artikel 5 KG sind. Vorerst gilt es allerdings noch, die einzelnen Parameter der Wettbewerbsabrede zu beschreiben.

3.3 Die einzelnen Parameter der Wettbewerbsabrede

3.3.1 Sterbetafeln

55. Wie oben dargelegt, ist die Sterblichkeit (bzw. die Restlebenserwartung bei Erreichen des Pensionsalters) einer der bestimmenden Faktoren bei der Berechnung des Umwandlungssatzes. Die Sterblichkeit wird in so genannten Sterbetafeln erfasst, welche in ihrer einfachsten Form angeben, wie viele Personen aus einer bestimmten Grundgesamtheit von Gleichaltrigen das nächste, übernächste usw. Lebensjahr erreichen.

56. In der Schweiz werden verschiedene Sterbetafeln berechnet und verwendet, wobei sich diese Tafeln vor allem aufgrund verschiedener Versichertenbestände und Annahmen bezüglich der zukünftigen Entwicklung der Sterblichkeit erheblich unterscheiden können. Die Lebensversicherer erstellen innerhalb des SVV anhand des Gesamtversichertenbestandes so genannte Kollektivversicherungstafeln, differenziert nach Männern und Frauen, wobei besonders die künftige Sterblichkeitsentwicklung (mit Einbau von Sicherheitsmargen) berücksichtigt wird. Solche Sterbetafeln werden als Generationensterbetafeln bezeichnet, da sie die Erwartungen bezüglich sich verändernden Absterbeordnungen berücksichtigen.[16]

[16] Eine gute Übersicht zu Sterbetafeln im Allgemeinen sowie zu der Sterbetafel GRM/F 95 des SVV vermittelt das Factsheet "Sterblichkeit und Lebenserwartung, insbesondere mit Blick auf die überobligatorische berufliche Vorsorge" des BPV.

57. Demgegenüber arbeiten andere Vorsorgeeinrichtungen mit so genannten Periodensterbetafeln. Diese stellen auf den aktuellen statistischen Gegebenheiten ab, berücksichtigen demzufolge keine Erwartungen bezüglich Veränderungen in der Absterbeordnung. Konkret werden in der Praxis zwei Periodensterbetafeln angewandt: die Sterbetafeln der Eidgenössischen Versicherungskasse (EVK) und der Versicherungskasse der Stadt Zürich (VZ).

58. Die Berechnung der zur Diskussion stehenden Umwandlungssätze der Lebensversicherer basiert auf den vom BPV im Rahmen des KT 95 autorisierten Kollektivversicherungstafeln, wobei die Tafel für Männer mit GRM 95 und für Frauen mit GRF 95 abgekürzt wird. Grundsätzlich besteht für einen Versicherer kein Zwang, die Kollektivversicherungstafeln anzuwenden. Bei Benutzung einer individuellen Sterbetafel muss diese jedoch vom BPV genehmigt werden. So verwendet beispielsweise die Helvetia Patria eine modifizierte Version der Sterbetafel GRM/F 95.

59. Zur Begründung der Verwendung einer gemeinsamen Sterbetafel und der Berechnung anderer statistischer Parameter aus dem Gesamtversichertenbestand wird von den Lebensversicherern angeführt, dass durch die Berücksichtigung des Gesamtversichertenbestandes repräsentativere Sterbetafeln und Statistiken berechnet werden können. Diese Praxis ist auch in der EU weit verbreitet. Gemäss Artikel 1 a) der Freistellungsverordnung 358/2003 der EU-Kommission vom 27. Februar 2003 (EU-Freistellungsverordnung) ist im Versicherungsbereich die gemeinsame Erstellung, Anerkennung und Bekanntgabe von Sterbetafeln und Tafeln über die Häufigkeit von Krankheiten, Invalidität und Unfällen, welche ein Kapitalisierungselement beinhalten, von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag freigestellt. Als Grund für die Freistellung wird die Verbesserung der Kenntnis über die Risiken und die Erleichterung der Bewertung der Risiken durch die einzelnen Versicherer, was wiederum Marktzutritte erleichtern kann, geltend gemacht. Nach Auskunft des BPV existieren in einzelnen Ländern (z.B. Frankreich) sogar Vorschriften bezüglich des Gebrauchs gemeinsamer Sterbetafeln. Ob diese Gründe auf dem Schweizer Markt im Hinblick auf die Effizienzprüfung genügen würden, kann vorliegend offen gelassen werden. Grundsätzlich kann jedoch gefragt werden, ob die Erstellung solcher gemeinsamer Statistiken nicht an eine unabhängige Institution, zum Beispiel das Bundesamt für Statistik, delegiert werden sollte.

3.3.2 Technischer Zinssatz

60. Ein zweiter wichtiger Faktor, welcher der Berechnung des Umwandlungssatzes zu Grunde liegt, ist der technische Zinssatz. Dieser muss klar vom so genannten Mindestzinssatz unterschieden werden, der einem Versicherten in der Aufbauphase seines Altersguthabens zugesichert wird. Der technische Zinssatz bezieht sich auf die garantierte Verzinsung des Altersguthabens nach der Pensionierung, das

heisst während der Laufzeit der Rentenauszahlungen. Gegeben eine gewisse jährliche Rente, bestimmt er, wie schnell das angesparte Alterskapital abgetragen wird. Wie in Tabelle 3 gezeigt wurde, gilt, je tiefer der technische Zinssatz, umso tiefer der Umwandlungssatz und umgekehrt.

61. Der Spielraum für die Festsetzung des technischen Zinssatzes ist relativ gering, da er sich grundsätzlich an den effektiv erzielbaren Renditen an den Kapitalmärkten orientieren muss. Da die Zinsgarantie einerseits für die gesamte Laufzeit der Rentenauszahlung gilt, dem technischen Zinssatz andererseits jedoch eine Prognose über langfristige Zinsentwicklungen zu Grunde liegt, sollte dieser mit Vorsicht festgelegt werden. Es empfiehlt sich, den technischen Zinssatz an risikoarmen Kapitalanlagen auszurichten. Als sehr risikoarm und sicher gelten Anleihen der Eidgenossenschaft mit 10-jähriger Laufzeit. Solche Anleihen wurden per Ende 2003 mit 2,78% verzinst. Der lange Zeithorizont der Kapitalanlagen verursacht den Lebensversicherern zusätzlich ein Wiederanlagerisiko. Die EU-Richtlinien sehen deshalb beispielsweise vor, dass der technische Zinssatz auf höchstens 85% der Durchschnittsrenditen von Staatsanleihen festgesetzt wird, was in der Schweiz per Ende 2003 einen technischen Zinssatz von 2,36% bedeutet hätte.[17]

62. Den Berechnungen der fraglichen Umwandlungssätze wurde von den Lebensversicherern ein technischer Zinssatz von 3,5% zu Grunde gelegt. Dies entspricht dem im KT 95 verwendeten und vom BPV bewilligten technischen Zinssatz.[18] Als Grund für die gemeinsame Festlegung des technischen Zinssatzes im KT 95 wurde insbesondere auf die Erleichterung der Freizügigkeit zwischen den Versicherern aufmerksam gemacht.

63. Weiter ist zu präzisieren, dass die Versicherer in der beruflichen Vorsorge bis anhin mit einem speziellen technischen Zinssatz von 5,45% für Männer und 5,95% für Frauen rechneten, um den Umwandlungssatz im Überobligatorium dem Umwandlungssatz im Obligatorium anzupassen. Mit der Trennung zwischen Überobligatorium und dem BVG-Minimum sind die Versicherer auf den Zinssatz von 3,5% zurückgekommen.

[17] Eine gute Übersicht zum technischen Zinssatz und seiner Festlegung vermittelt das Factsheet "Technischer Zinssatz zur Bestimmung des Rentenumwandlungssatzes in der überobligatorischen beruflichen Vorsorge" des BPV.
[18] Vgl. KT 95, S. 61, Ziff. 10.1

3.3.3 Verwaltungskostenzuschläge

64. Im KT 95 ist weiter ein pauschaler Verwaltungskostenzuschlag von 2% vorgesehen, der die Höhe des Umwandlungssatzes mitbestimmt und von allen an der Abrede beteiligten Versicherern angewandt wird.[19] Dieser Kostenzuschlag muss von der Kostenprämie unterschieden werden, die zur Abgeltung der eigentlichen Verwaltungskosten der beruflichen Vorsorge in der Aufbauphase des Altersguthabens erhoben wird. Der Verwaltungskostenzuschlag bezieht sich auf die Laufzeit des Rentenbezuges nach der Pensionierung und soll die in Zusammenhang mit der Auszahlung der Rente anfallenden Aufwendungen decken.

65. Die Bestimmung von in der Zukunft anfallenden Kosten ist gemäss den Aussagen der Versicherungsgesellschaften mit verschiedenen Unsicherheiten behaftet, was eine individuelle, verursachergerechte Festlegung von Kostenzuschlägen erschwert. Die Verwendung eines pauschalen, nach dem Gesetz der grossen Zahl erhobenen Verwaltungskostenzuschlags dient nach Auskunft der Lebensversicherer der Sicherstellung der Kostendeckung über den Gesamtversichertenbestand. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass grundsätzlich kein linearer Zusammenhang zwischen der Höhe einer ausbezahlten Rente und den dadurch anfallenden Verwaltungskosten besteht. Eine Berechnung des Verwaltungskostenzuschlags nach den erwarteten individuellen Kosten der Auszahlung einer Rente sollte insbesondere für die grösseren Lebensversicherer unproblematisch sein. Unterschiedliche Verwaltungskostenzuschläge würden sich jedoch erwartungsgemäss im Promillebereich auf die Höhe der Umwandlungssätze auswirken, weshalb vorliegend nicht weiter auf das Argument eingegangen wird.

3.3.4 Weitere Wahrscheinlichkeitstafeln

66. Neben der Lebenserwartung sind bei der Berechnung des Umwandlungssatzes verschiedene weitere Wahrscheinlichkeitsparameter zu berücksichtigen. So zum Beispiel die Wahrscheinlichkeit im Todesfall verheiratet zu sein, die durchschnittliche Altersdifferenz des Ehepartners, die Anzahl und das Alter allfälliger Kinder usw. Solche Faktoren werden in Wahrscheinlichkeitstafeln erfasst und beeinflussen die Kosten allfälliger Witwen- und Kinderrenten.

[19] Vgl. KT 95, S. 47, Ziff. 7.1.

67. Wie im Falle der Sterbetafeln wurden diese Wahrscheinlichkeitstafeln innerhalb des SVV aufgrund des Gesamtversichertenbestandes des Verbandes errechnet und im KT 95 festgehalten. Grundsätzlich besteht nach Kenntnis des Sekretariats kein Zwang, die Wahrscheinlichkeitstafeln des KT 95 anzuwenden, die Benützung von individuellen Wahrscheinlichkeitstafeln müsste jedoch vom BPV genehmigt werden. Alle vom Sekretariat befragten Versicherer gaben an, mit den gemeinsamen Wahrscheinlichkeitstafeln des KT 95 zu arbeiten.

3.3.5 Gewichtung der Witwen- und Kinderrente

68. Ein letzter Faktor, der die Festsetzung des Umwandlungssatzes beeinflusst, ist die Gewichtung der Witwen- und Kinderrente bei Männern und, infolge einer fehlenden Witwerrente im BVG, die Gewichtung der Kinderrente bei Frauen. Nach BVG-Obligatorium beträgt die Gewichtung der Witwen- 60% und der Kinderrente 20% der Altersrente. Im überobligatorischen Bereich steht es den Vorsorgeeinrichtungen hingegen grundsätzlich frei, eine andere Gewichtung festzusetzen. Die Verwendung der BVG-Gewichtung scheint jedoch bei den Lebensversicherern im überobligatorischen Bereich üblich zu sein, wobei die meisten Versicherer betonen, dass die Möglichkeit, andere Leistungen zu wählen, besteht.

4 ERHEBLICHKEIT DER WETTBEWERBSABREDE

4.1 Der sachlich und räumlich relevante Markt

69. Um festzustellen, ob eine Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist vorab der sachlich und räumlich relevante Markt abzugrenzen.

4.1.1 Der sachlich relevante Markt

70. 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. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

71. In Zusammenhang mit der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sind grundsätzlich zwei Fragen zu beantworten. Erstens: Kann ein eigenständiger Markt für Sammelstiftungen abgegrenzt werden oder umfasst der sachlich relevante Markt alle Träger der beruflichen Vorsorge? Zur Beantwortung dieser Frage wird vorerst abgeklärt, wer die Marktgegenseite der Sammelstiftungen darstellt. Zweitens: Existiert im Bereich der Sammelstiftungen ein Gesamtmarkt für berufliche Vorsorge oder müssen der obligatorische und der überobligatorische Bereich je als ein eigenständiger Markt angesehen werden?

72. Zur ersten Frage kann festgehalten werden, dass es vor allem Mikro- und Kleinunternehmen sind, die in den meisten Fällen nicht ohne

einen Anschluss an eine Sammelstiftung auskommen, sofern sie nicht im Rahmen eines Verbandes über die Möglichkeit des Anschlusses an eine Gemeinschaftseinrichtung verfügen. Dies vor allem aus kostentechnischen Gründen, im Speziellen den Aufwendungen in Zusammenhang mit der Revisionspflicht und den unternehmensinternen Verwaltungskosten. Erst für mittlere Unternehmen ab zirka 100 Mitarbeitern ist die Wahl einer teilautonomen Versicherungslösung eine Option. Vollautonome Versicherungslösungen sind in der Regel erst mit sehr grossen Versicherungsbeständen möglich.[20]

73. Dass die Kundschaft der Sammelstiftungen vor allem Mikro- und Kleinunternehmen sind, zeigt sich auch in der Tatsache, dass diesen im Jahre 2000 nach Angabe des Bundesamt für Statistik 1'143'622 Versicherte und 184'111 Arbeitgeber angeschlossen waren.[21] Dies entspricht einem Durchschnitt von 6,2 Mitarbeitern pro Arbeitgeber.

74. Da für Mikro- und Kleinunternehmen kaum andere Optionen bestehen, als sich einer Sammelstiftung anzuschliessen, kann der sachlich relevante Markt in einem ersten Schritt auf die von den Sammelstiftungen angebotenen Vorsorgelösungen eingeschränkt werden.

75. Es muss sogar gefragt werden, ob nicht eine engere Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes angebracht wäre. Besonders die in letzter Zeit angespannte finanzielle Lage der Sammelstiftungen bewirkte eine teilweise massive Einschränkung der Auswahl an Vorsorgelösungen für Mikro- und Kleinunternehmen. Verschiedene Versicherer haben auf Ende 2003 so genannte Sanierungskündigungen ausgesprochen, um den Versicherungsbestand von "schlechten" Risiken zu entlasten und/oder ihre Zeichnungspolitik verschärft. Der Übergang zur Risikoklassenbildung und Erfahrungstarifierung, das heisst eine Differenzierung der Prämien nach erwartetem Schadenverlauf, führte dazu, dass vor allem Kleinbetriebe mit hohem Invaliditätsrisiko (z.B. in der Baubranche) Mühe bekundeten Anschlussverträge bei Sammelstiftungen abzuschliessen beziehungsweise massive Prämienerhöhungen in Kauf nehmen mussten.

76. Weiter müssen zwei Faktoren, die den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung teilweise enorm erschweren, berücksichtigt werden. Erstens

[20] Vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Ressort WSWP, KMU-Test: BVG-Lösungen für KMU, 2003.
[21] Vgl. Bundesamt für Statistik, Schweizerische Pensionskassenstatistik 2000.

fallen bei Kündigung von Verträgen, die weniger als fünf Jahre gedauert haben, Rückkaufkosten für Zinsrisiken an. Zweitens kann auch die Weitergabe von Rentnerbeständen bei Wechsel der Vorsorgeeinrichtung Probleme verursachen und eine kostspielige Aufstockung des Rentendeckungskapitals voraussetzen.[22]

77. Infolge der Erholung der Aktienmärkte und der Einführung neuer Vorsorgemodelle als Reaktion auf die strukturellen Probleme der Sammelstiftungen kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Kollektivgeschäft allgemein wieder attraktiver geworden ist, was die Probleme der Kleinbetriebe, Anschluss an Sammelstiftungen zu finden, tendenziell mildern sollte. Aus dieser Sicht scheint sich momentan eine engere Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht aufzudrängen.

78. Die zweite Frage, die sich in Zusammenhang mit der Marktabgrenzung stellt, ist, ob im Bereich der Sammelstiftungen ein Gesamtmarkt für berufliche Vorsorge existiert oder ob der obligatorische und der überobligatorische Bereich je als ein eigenständiger Markt angesehen werden müsste. In der Regel führen alle Versicherer einerseits Sammelstiftungen, die BVG- und umhüllende Vorsorge anbieten, andererseits aber auch Sammelstiftungen, die ausschliesslich auf die Zusatzvorsorge ausserhalb des BVG spezialisiert sind. Dies würde an sich für die Abgrenzung eines Marktes für BVG- und umhüllende Leistungen und eines Marktes für rein überobligatorische Leistungen sprechen.

79. Es ist weiter zu vermuten, dass sich die typische Kundschaft auf diesen Märkten unterscheidet. Während auf dem Markt für BVG- und umhüllende Leistungen in erster Linie der Vorsorgegedanke im Vordergrund steht, werden mit reinen Zusatzversicherungen oftmals auch andere Ziele verfolgt. So kann zum Beispiel die Mitarbeiterbindung auf Kaderebene genannt werden oder auch unternehmensinterne, steuertechnische Überlegungen. Da aber die Auswirkungen der Abrede, wenn dann die Grundlagen des KT 95 zur Berechnung der Umwandlungssätze zur Anwendung kommen, auf beiden Märkten dieselben sind, kann auf eine Trennung eines Marktes für BVG- und umhüllende Leistungen und eines Marktes für rein überobligatorische Leistungen verzichtet werden.

[22] Vgl. auch Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe "Stellung der Lebensversicherer in der beruflichen Vorsorge", Dezember 2003.

80. Allgemein können die Fragen, ob der sachlich relevante Markt eventuell aufgrund der restriktiven Zeichnungspolitik und der anderen beschriebenen Markthemmnisse enger einzugrenzen wäre und ob strikte zwischen einem Markt für BVG- und umhüllende Leistungen sowie einem Markt für rein überobligatorische Leistungen unterschieden werden müsste, offen gelassen werden. Dies, weil auch bei einer engeren Marktabgrenzung die Abrede bezüglich der Umwandlungssätze nicht als erheblich einzustufen ist, wie im Folgenden gezeigt wird.

81. Im Sinne einer Arbeithypothese wird im Folgenden von einem sachlich relevanten Markt, welcher alle von Sammelstiftungen angebotenen Vorsorgeleistungen beinhaltet, ausgegangen.

4.1.2 Der räumlich relevante Markt

82. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

83. Die berufliche Vorsorge ist in der Bundesverfassung verankert und besitzt somit einen nationalen Charakter. Folglich kann auch der Markt für die von den Sammelstiftungen angebotenen Vorsorgeleistungen höchstens eine nationale Dimension besitzen. Da der Anschluss an eine Sammelstiftung für einen Schweizer Betrieb grundsätzlich unabhängig von seinem geografischen Sitz ist, muss von einem die Schweiz umfassenden räumlich relevanten Markt ausgegangen werden.

4.2 Erheblichkeit

84. Zur Abschätzung, ob die Anwendung des KT 95 als Grundlage zur Berechnung von Umwandlungssätzen als eine erhebliche Abrede zu qualifizieren ist, soll in einem ersten Schritt die aktuelle Konkurrenz zwischen den Sammelstiftungen der Lebensversicherer beurteilt werden. In einem zweiten Schritt soll dann die Frage beantwortet werden, inwiefern auf dem betrachteten Markt potenzielle Konkurrenz herrscht.

4.2.1 Aktuelle Konkurrenz

85. Nach Angabe des Bundesamtes für Statistik[23] existierten im Jahre 2000 zirka 130 Sammelstiftungen. Auf die Anzahl gesamthaft bestehender Vorsorgeeinrichtungen gesehen entspricht dies nur einem Anteil von 3,7%. Jedoch sind 35,5% aller Arbeitnehmer bei einer Sammelstiftung versichert. Nicht alle diese Sammelstiftungen werden von

[23] Vgl. Fussnote 1.

Lebensversicherern geführt. Auch Banken und Treuhandgesellschaften betreiben Sammelstiftungen. Ein Vergleich der Anzahl Vorsorgeeinrichtungen und Versicherten der von Lebensversicherern verwalteten Sammelstiftungen mit der Gesamtheit aller auf dem Markt tätigen Sammelstiftungen ergibt jedoch einen Marktanteil von weniger als 5% der Banken und Treuhandgesellschaften.

86. Gemäss Statistik des BPV[24] waren im Jahre 2001 zirka 20 Lebensversicherer mit Sammelstiftungen auf dem Markt für berufliche Vorsorge aktiv. Der Marktanteil, gemessen am Prämienvolumen, der fünf grössten Anbieter betrug damals zirka 80%, wobei auf die Rentenanstalt und die Winterthur je etwa 25%, auf die Zürich (inklusive Genfer) etwa 15% und die Basler und Helvetia Patria je ein Anteil von unter 10% entfielen. In der Zwischenzeit sind nur noch 12 Versicherer im Vorsorgegeschäft tätig (vgl. auch Tabelle 2). Dies einerseits infolge von Marktaustritten. So bieten zum Beispiel die Generali Versicherungen oder die Providentia heute keine berufliche Vorsorge mehr an. Andererseits infolge von Unternehmenszusammenschlüssen, beispielsweise die Fusion zwischen der Allianz, der Berner Versicherung und der ELVIA. Die Marktanteile der fünf grössten Anbieter dürften von diesen Veränderungen jedoch nicht substanziell tangiert gewesen sein.

87. Da der KT 95 verbandsintern von allen Lebensversicherern gemeinsam erarbeitet wurde, müssen alle 12 heute noch in der beruflichen Vorsorge tätigen Versicherer als an der Abrede beteiligt bezeichnet werden. Wie Tabelle 2 entnommen werden kann, haben acht Lebensversicherer auf Anfang 2004 ihre Umwandlungssätze gesenkt beziehungsweise direkt von den im KT 95 festgehaltenen Grundlagen zur Berechnung von Umwandlungssätzen Gebrauch gemacht. Diese acht Lebensversicherer besitzen einen Marktanteil von etwas mehr als 80%. Die restlichen vier Lebensversicherer, welche gemeinsam über einen Marktanteil von zirka 20% verfügen, wenden zurzeit weiterhin den BVG-Umwandlungssatz von 7,2% an, was als Indiz für das Bestehen einer gewissen aktuellen Konkurrenz gewertet werden kann. Weiter ist die Senkung der Umwandlungssätze auch nicht einheitlich erfolgt. Zu erwähnen ist vor allem die Rentenanstalt, die den Umwandlungssatz für Frauen nicht wie die anderen Lebensversicherer auf 5,454% gesenkt hat, sondern den Frauen denselben Umwandlungssatz wie den Männern garantiert, nämlich 5,835%.

[24] Vgl. Bundesamt für Privatversicherung, Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz, 2001.

88. Allgemein ist zu bezweifeln, dass ein einseitiger Fokus auf den Umwandlungssatz genügt, um die Wettbewerbsverhältnisse im Kollektivgeschäft zu beurteilen. Dieser lässt nur eine Aussage über eine zukünftige Rentenleistung zu, vermittelt jedoch keine Information, zu welchem Preis diese Leistung gekauft wird. Ausschlaggebend zur Beurteilung der aktuellen Konkurrenz dürfte deshalb vielmehr eine gesamtheitliche Betrachtung der verschiedenen auf dem Markt angebotenen Vorsorgemodelle sein. Wie Abbildung 2 für die vier grössten Akteure im Kollektivversicherungsgeschäft illustriert, unterscheiden sich die neu angebotenen Vorsorgemodelle in verschiedenen Merkmalen voneinander, was wiederum auf das Bestehen von Wettbewerb hindeutet. Insbesondere muss auch die Höhe der Gesamtprämie mitberücksichtigt werden, welche nicht nur die Sparprämie, sondern auch eine Risikoprämie für Invalidität und vorzeitigen Todesfall sowie eine Verwaltungskostenprämie beinhaltet. Die Sparprämie selbst wird im System des Beitragsprimats den individuellen Vorsorgekonten der Versicherten gutgeschrieben, das heisst bestimmt den Aufbau des Alterskapitals, und kann folglich nicht als Wettbewerbsparameter bezeichnet werden. Die Invaliditäts- und vor allem die Verwaltungskostenprämien beinhalten hingegen durchaus wettbewerbsrelevante Elemente. So zeigen auch die dem BPV im Jahre 2003 zur Genehmigung vorgelegten Tarifeingaben, dass in diesem Bereich die Unterschiede zwischen den Lebensversicherern bedeutend sein können.[25]

89. Des Weiteren legt der Umwandlungssatz im obligatorischen sowie im überobligatorischen Bereich nur eine garantierte Mindestleistung fest, von der eine Vorsorgeeinrichtung jederzeit nach oben abweichen kann. In Zeiten, in denen die Entwicklung des Risikos und der Zinserträge besser als geplant verläuft, gewähren die Lebensversicherer als Ausgleich oftmals so genannte Überschussbeteiligungen. Solche dürfen zwar den Versicherungsnehmern aufgrund von Solvenzüberlegungen nicht vertraglich zugesichert werden, sind aber bei der Wahl einer Vorsorgeeinrichtung möglicherweise ein Entscheidungselement für die Arbeitgeber. Dies bedeutet, dass der Wettbewerb zwischen den Lebensversicherern nicht nur im Bereich der Tarife spielen kann, sondern auch die Überschussbeteiligungen in die Analyse der aktuellen Konkurrenz miteinbezogen werden müssen.

[25] So weist das BPV in seiner Medienmitteilung vom 23. März 2004, Hohe Verwaltungskosten in beruflicher Vorsorge, darauf hin, dass die Höhe der Kostenprämien sehr unterschiedlich sind. Die Durchschnittsprämie der untersuchten privaten Lebensversicherer liegt zwischen CHF 370.- und CHF 737.- pro Versicherten und Jahr.

90. Aufgrund der angespannten finanziellen Lage der Sammelstiftungen kann in den letzten Jahren jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass Überschussbeteiligungen einen wesentlichen Wettbewerbsfaktor darstellten. Diese Ansicht wird auch von den meisten Lebensversicherern geteilt. Allgemein kann weiter festgehalten werden, dass die Höhe der Umwandlungssätze in der Tat von sekundärer Natur wäre, falls ein echter Wettbewerb im Bereich der Überschussbeteiligungen herrschen würde. Voraussetzung für einen echten Wettbewerb wäre jedoch ein gewisses Mass an Markttransparenz, welches Vergleiche zwischen den einzelnen Versicherern ermöglicht. Die Intransparenz im Kollektivgeschäft bezüglich der Ausschüttung von Überschussbeteiligungen scheint jedoch die Bedeutung dieses Wettbewerbfaktors zu relativieren. Die Tatsache, dass die Arbeitsgruppe "BVG-Mindestzinssatz" der Geschäftsprüfungskommissionen der beiden Räte einen Expertenauftrag zur Untersuchung der Verteilung von Überschussbeteiligungen vergeben hat, stützt diese Einschätzung.

91. Schliesslich ist auch davon auszugehen, dass die Option der Versicherten, bei Erreichen des Pensionsalters das Altersguthaben als einmalige Kapitalauszahlung zu beziehen, einen gewissen Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Lebensversicherern bewirkt. Obwohl die Option eines Kapitalbezugs nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, wird sie heute meistens standardmässig in den Vorsorgereglementen aufgenommen. Nach Auskunft der Lebensversicherer wird diese Option von 50%-60% aller das Pensionsalter erreichenden Versicherten wahrgenommen. Sofern ein Interesse daran besteht, diese Kapitalien nicht zu verlieren, wirkt sich eine solche Auslöseoption tendenziell disziplinierend auf die Lebensversicherer aus. Sollte der Umwandlungssatz nämlich so festgesetzt werden, dass der Nutzen einer jährlichen Rente kleiner eingeschätzt wird als der Nutzen der einmaligen Kapitalauszahlung, wird die Auslöseoption öfter gewählt. Ausgehend von einem bestimmten Altersguthaben ist dies umso wahrscheinlicher, je kleiner die erwartete jährliche Rente beziehungsweise je tiefer der Umwandlungssatz.

92. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass verschiedene Anhaltspunkte für das Bestehen von aktueller Konkurrenz zwischen den Sammelstiftungen der Lebensversicherer vorhanden sind. Wie schon erwähnt, dürfte das Kollektivgeschäft für die Lebensversicherer auch durch die Einführung neuer Vorsorgemodelle wieder attraktiver geworden sein, was dem Wettbewerb Impulse verleihen sollte.[26]

[26] Vgl. Fussnote 20.

4.2.2 Potenzielle Konkurrenz

93. Potenzielle Konkurrenz kann den Sammelstiftungen der Lebensversicherer in erster Linie durch Marktanteilszugewinne der Sammelstiftungen von Banken und Treuhandgesellschaften erwachsen. Auch wenn diese heute nur über geringe Anteile im Kollektivversicherungsgeschäft verfügen, würde wettbewerbbeschränkendes Verhalten der Lebensversicherer sicherlich dazu führen, dass Banken und Treuhandgesellschaften Marktanteile dazu gewinnen.

94. Zudem erfolgen in der Praxis Markteintritte, was auf keine erheblichen Markteintrittsschranken hindeutet. So bietet beispielweise die Firma Ecofin unter dem Label Noventus PensionsPartner AG seit Oktober 2003 umfassende Vorsorgelösungen an. Dieses Angebot richtet sich sowohl an autonome, teilautonome und vollversicherte Pensionskassen als auch an kleine und mittlere Unternehmen, die Lösungen im Rahmen einer Sammelstiftung suchen. Inwiefern sich solche von den Lebensversicherern unabhängige Sammelstiftungen auf dem Markt etablieren können beziehungsweise für Unternehmen valable Alternativen darstellen, wird sich noch zeigen müssen.

95. Ein weiterer Faktor, der die Konkurrenz zwischen den Sammelstiftungen der Lebensversicherer potenziell stärkt, ist die 1. BVG-Revision. Falls diese in der vorgesehenen Form umgesetzt wird, würde das heute vorhandene Transparenzproblem in der beruflichen Vorsorge weitgehend entschärft. Die geplante transparentere Regelung des Beitragssystems, der Finanzierung, der Kapitalanlagen und der Rechnungsgrundlegung wären sicher geeignet, den Wettbewerb auf dem Markt für Vorsorgeleistungen der Lebensversicherer zu beleben und zu stärken. Auch die vorgesehene transparentere und einfachere Regelung bezüglich der Auflösung von Kollektivversicherungsverträgen dürfte aus Sicht der Unternehmen den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung markant erleichtern und sich somit positiv auf die Konkurrenz im Kollektivversicherungsgeschäft auswirken.

96. Schliesslich ist auch auf die im Rahmen der 1. BVG-Revision diskutierte Einführung einer gesetzlich festgelegten Ausschüttungsquote im Bereich der Überschussbeteiligungen (sog. "legal quote") hinzuweisen. Eine solche "legal quote" würde die Bedeutung des Umwandlungssatzes weitgehend relativieren. Sobald nämlich die Risiken und Zinserträge besser als geplant verlaufen, wären die Lebensversicherer gezwungen, die Versicherten an dieser Entwicklung teilhaben zu lassen. Der Umwandlungssatz wäre dann nur noch als eine garantierte Mindestleistung in "schlechten" Zeiten zu verstehen. Mit der Erholung der Aktienmärkte im Frühjahr 2003 dürfte diese Bestimmung für den Wettbewerb an Gewicht gewinnen.

97. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Abrede bezüglich des Umwandlungssatzes keinen Einfluss auf den aktuellen und potenziellen Wettbewerb hat.

4.2.3 Fazit

98. Aufgrund der vorgehenden Analyse kann geschlossen werden, dass die Anwendung eines einheitlichen Umwandlungssatzes basierend auf dem KT 95 eine Abrede im Sinne des KG darstellt. Die im Rahmen der Vorabklärung dem Sekretariat vorgelegten Angaben scheinen des Weiteren nicht für alle Parameter der Abrede eine gemeinsame Festsetzung zu rechtfertigen. Dies gilt insbesondere für den Fall der Verwaltungskostenzuschläge.

99. Hingegen hat die in der Vorabklärung vorgenommene Analyse der aktuellen Konkurrenz zwischen den Sammelstiftungen der Lebensversicherer keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung ergeben. Das Vorhandensein verschiedener Vorsorgemodelle und die Tatsache, dass 50%-60% der Versicherten bei Erreichen des Pensionsalters anstatt einer Rente das Alterskapital beziehen, sind Indizien, dass die Abrede den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen kann.

100. Allgemein kann festgehalten werden, dass sich der BVG-Bereich zurzeit - wie aus den Ausführungen hervorgeht - in einer Phase des Wandels befindet. Einerseits werden aufgrund bestehender struktureller Probleme, insbesondere die steigende Lebenserwartung und die anhaltende Invalidisierungstendenz, neue und vor allem nach Risikokriterien differenzierte Modelle für den überobligatorischen Bereich entwickelt und getestet. Dies ist aus wettbewerbstheoretischer Sicht zu begrüssen. Andererseits werden im Rahmen der 1. BVG-Revision voraussichtlich Bedingungen geschaffen (insb. bezüglich Transparenz und Überschussbeteiligung, vgl. Rz. 26, 95 und 96), die den Wettbewerb im Bereich der beruflichen Vorsorge stärken.

101. Schliesslich wird nochmals betont, dass dieser Bericht lediglich die Problematik der im KT 95 festgehaltenen Grundlagen zur Berechnung des Umwandlungssatzes, nicht aber den KT 95 als Ganzes analysiert. Weitere sich aus diesem Tarif ergebende Sachverhalte müssten allenfalls im Rahmen eines weiteren Verfahrens untersucht werden.

5 SCHLUSSFOLGERUNGEN

102. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1) stellt fest, dass die Festsetzung eines einheitlichen Umwandlungssatzes basierend auf dem KT 95 eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt, dass diese Abrede aber nicht erheblich ist und somit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;

2) beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;

3) teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste**
B 2.2	**1. Swisscom ADSL**

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung vom 15. Dezember 2003 gegen Swisscom AG und Swisscom Fixnet AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG betreffend das Wholesale-Angebot für ADSL-Dienste. Swisscom AG missbraucht mittels Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste, indem sie die Anbieter von ADSL-Dienstleistungen gegenüber ihrer eigenen Tochtergesellschaft Bluewin AG diskriminiert. Hingegen besteht keine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin AG durch die Swisscom AG.

Décision du 15 décembre 2003 contre Swisscom AG et Swisscom Fixnet AG pour comportement illicite selon l'article 7 LCart en rapport avec l'offre de gros de services ADSL. Swisscom AG, au moyen de Swisscom Fixnet AG, abuse de sa position dominante sur le marché de gros des services à large bande en discriminant les opérateurs de services ADSL par rapport à sa société-fille Bluewin AG. En revanche, il n'y a pas de subventions croisées illicites de Swisscom AG en faveur de Bluewin AG.

Decisione del 15 dicembre 2003 contro Swisscom AG e Swisscom Fixnet AG per comportamento illecito secondo l'articolo 7 LCart in relazione all'offerta all'ingrosso di servizi ADSL. Swisscom AG, tramite Swisscom Fixnet AG, abusa della sua posizione dominante sul mercato all'ingrosso dei servizi a banda larga discriminando gli operatori di servizi ADSL rispetto alla sua filiale Bluewin AG. Per contro, non sussitono delle sovvenzioni illecite incrociate di Swisscom AG che favoriscono Bluewin AG.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Vorliegende Verfügung betrifft die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Breitbanddienste. Solche Dienste erlauben eine schnelle Datenübertragung und dienen mehrheitlich dazu, den Zugang zum Internet zu gewähren.

2. Zur Erbringung von Breitbanddiensten eignen sich verschiedene Technologien. Eine wichtige ist die ADSL-Technologie (Asymetric Digital Suscriber Line), welche die bestehenden Kupferlinien der Telefonnetzwerke benutzt. Im Laufe des Monats März 2002 sind beim Sekretariat der Wettbewerbskommission Anzeigen von den Firmen TDC Switzerland AG und Profitel AG eingegangen, welche den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geltend machten. Laut diesen Anzeigen bevorzuge Swisscom AG ihre Tochterfirma Bluewin AG in Zusammenhang mit dem Zugang zum ADSL zulasten ihrer Konkurrenten.

3. Nachfolgend werden die von diesem Verfahren betroffenen Unternehmen, das Vorgehen der Swisscom AG sowie der Ablauf des Verfahrens vorgestellt.

A.2 Involvierte Unternehmen

4. Bei der TDC Switzerland AG, mit Sitz in Zürich (nachstehend: TDC Switzerland), handelt es sich um eine Anbieterin von Fernmeldedienstleistungen. Auf dem Markt tritt sie unter der Marke "sunrise" auf. Sie betreibt ein festes sowie ein mobiles Netzwerk und bietet entweder über ihr eigenes Netzwerk oder über die Netzwerke Dritter verschiedene Leistungen im Bereich Telefonie und Internet an, unter anderem auch den Zugang zum Internet durch ADSL. In diesem Sinne ist sie als Internet Service Provider (ISP) zu bezeichnen.

5. Die Profitel AG, mit Sitz in Bassersdorf (nachstehend: Profitel), ist auch eine Fernmeldedienstanbieterin (FDA). Sie bietet Dienstleistungen im Bereich Telefonie und Internet an, insbesondere den Zugang zum Internet durch ADSL. Daher nimmt sie ebenfalls die Rolle eines ISP ein.

6. Die Swisscom-Gruppe ist ein im Bereich der Telekommunikation tätiges Unternehmen. Sie ist in Form eines Konzerns organisiert. Die Swisscom AG in Ittigen (nachstehend: Swisscom) ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 30. April 1997 (TUG). Im Zeitpunkt der Liberalisierung der alten PTT-Betriebe am 1. Januar 1998 hat sie alle Aktiven, Passiven und Tätigkeiten dieser bisherigen Bundesbetriebe im Bereich der Telekommunikation übernommen. Sie betreibt heute ein fixes sowie ein mobiles Telefonnetzwerk und bietet Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Telefonie, Datenübertragung und insbesondere Internet an.

7. Per 1. Juli 2002 hat sich der Swisscom-Konzern intern reorganisiert, indem die Swisscom den Grossteil der operativen Geschäfte an verschiedene Tochtergesellschaften abgetreten hat, um sich auf Strategiefragen und andere Leitungstätigkeiten zu konzentrieren. Die Swisscom Fixnet AG (nachstehend Swisscom Fixnet) in Ittigen, deren Aktien vollumfänglich im Besitz der Swisscom stehen, hat insbesondere das Festnetz und alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten übernommen. Wenn nachstehend vom Festnetz der Swisscom gesprochen wird, ist vom Netzwerk der Swisscom Fixnet die Rede. Die Swisscom Fixnet bietet Dienstleistungen im Bereich der Sprach- und Datenübertragung auf dem Festnetz sowohl für Endkunden (Konsumenten oder Unternehmen) als auch für Weiterverkäufer von ähnlichen Dienstleistungen (sog. Wholesale-Geschäft) an. Die Bluewin AG (nachstehend Bluewin) mit Sitz in Zürich gehört ihrerseits zu 100% der Swisscom Fixnet. Sie bietet Dienstleistungen im Bereich Internet an, insbesondere den Zugang zum Internet über ADSL. In diesem Sinne ist sie als ISP zu bezeichnen.

A.3 Die eingesetzte Technologie

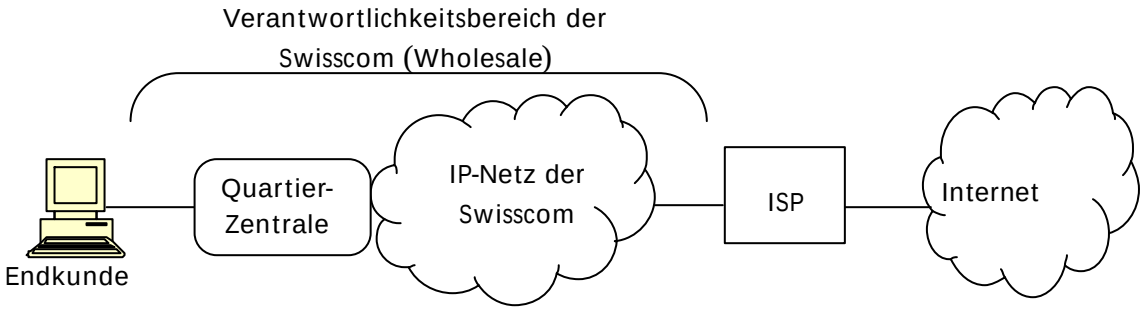
8. Die xDSL-Technologien (Digital Suscriber Line) erlauben es, über die bestehenden Telefonleitungen aus zweiadrigem Kupferdraht grosse Datenmengen mit hoher Geschwindigkeit zu übertragen. Dies wird dadurch erreicht, dass die höheren Frequenzen der Kupferleitung benutzt werden, welche für die klassischen Telefoniedienste nicht verwendet werden. Die Leitung wird damit optimal ausgenutzt, indem Sprachdienste auf den unteren Frequenzen und Datenübertragungsdienste auf den höheren Frequenzen gleichzeitig angeboten werden können. Im häufigsten Fall werden die Daten in Paketen gemäss dem so genannten Internet Protokoll (IP) übertragen. Damit kann der Zugang zum Internet gewährleistet werden.

9. ADSL steht für Asymetric Digital Suscriber Line. Diese Technologie bietet Bandbreiten von 256 Kbps bis 2 Mbps downstream (d.h. vom IP-Netz zum Endkunden) respektive 64 Kbps bis 512 Kbps upstream (d.h. vom Endkunden ins IP-Netz) an. Diese Bandbreiten werden von Swisscom bestimmt. Abhängig von der Distanz zwischen Endkunde und Zentrale sind theoretisch Geschwindigkeiten bis zu acht Mbps möglich. Dies erlaubt eine konstante, ununterbrochene Verbindung ans Internet mit Geschwindigkeiten, die um ein Vielfaches höher sind als mit einem dial-up Zugang (klassischer Zugang mit einem analogen oder digitalen Modem).

10. Die Erbringung von ADSL-Dienstleistungen bedingt den Aufbau einer besonderen Infrastruktur. Der Endkunde benötigt ein spezielles Modem, um sich anschliessen zu können. Auf der Seite des FDA sind verschiedene Geräte in den Zentralen einzurichten sowie ein für die Übertragung von IP-Datensätzen geeignetes Netzwerk aufzubauen. Diese Infrastruktur wird nachfolgend im Punkt A.4 näher umschrieben.

11. ADSL-Dienstleistungen können von mehreren ISP bezogen werden. Diese Anbieter von ADSL-Dienstleistungen benutzen jedoch alle das Netzwerk der Swisscom, um ihre Kunden erreichen und diese ans Internet anschliessen zu können. Das Netzwerk der Swisscom ist als Schnittstelle zwischen dem Endkunden und seinem ISP zu betrachten. Hingegen gewährt der ISP (nicht die Swisscom) den Zugang zum Internet. Vergleiche die grafische Darstellung in Abbildung 1.

Abbildung 1: Netzwerke



12. Obwohl das Netzwerk der Swisscom in Anspruch genommen werden muss, damit ein Endkunde überhaupt in der Lage ist, ADSL-Dienstleistungen eines ISP beziehen zu können, ist dieses System für den Endkunden transparent. Für die Benutzung des Netzes der Swisscom wird zwischen Swisscom und dem ISP ein Vertrag für die Erbringung von ADSL auf der Wholesale-Ebene abgeschlossen. Mit diesem System besteht keine Kundenbeziehung zwischen dem Endbenutzer und Swisscom sondern nur zwischen dem Endbenutzer und seinem ISP. Zur Erbringung von ADSL-Dienstleistungen offeriert die Swisscom den ISP das Produkt "Broadband Connectivity Service" (nachfolgend: BBCS).

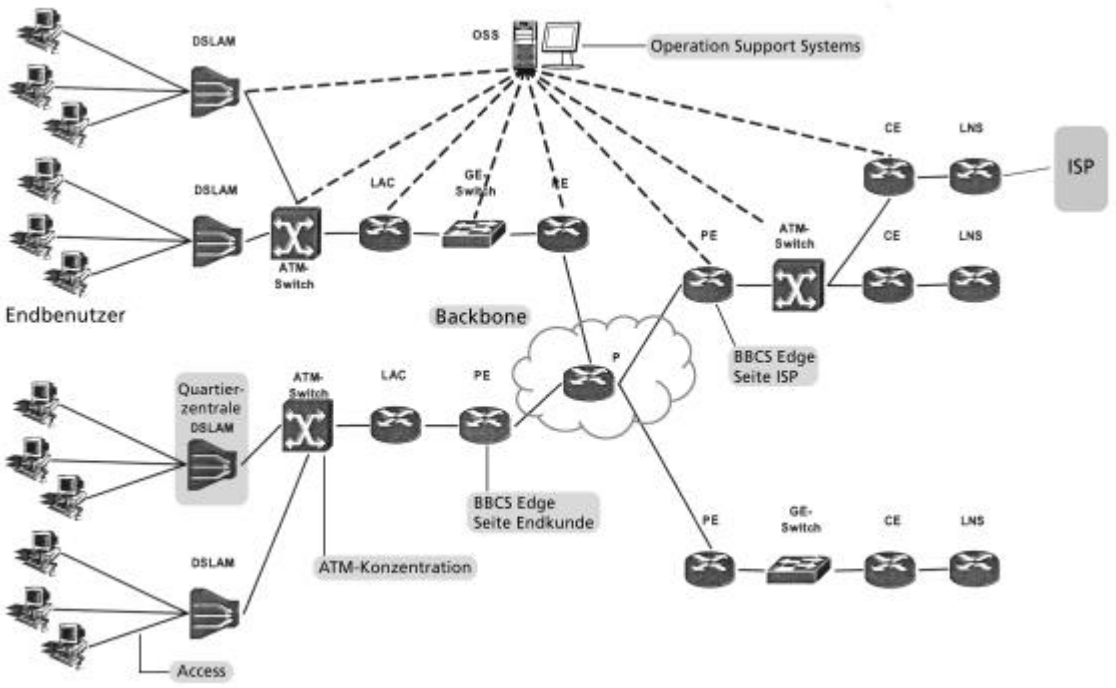
A.4 Die Infrastruktur der Swisscom und deren Kosten

13. Um den Betrieb des BBCS sicherzustellen, hat die Swisscom ein neues, so genanntes IP-Netzwerk aufgebaut, das vom alten Telefonienetz getrennt und für die Übertragung von IP-Datenpaketen geeignet ist. Dieses nicht den letzten Kilometer betreffende Netzwerk dient ausschliesslich der Übertragung von Daten und wird für zwei Produkte der Swisscom, namentlich BBCS und "LAN-I over IPSS" verwendet. Die Kosten dieses Netzes wurden im Jahr 2002 [...][1] zugeordnet, [...].

[1] Abschnitte vorliegender Verfügung, welche mit [...] abgedeckt werden, stellen jeweils Geschäftsgeheimnisse dar.

14. Schematisch kann die zur Erbringung von BBCS benutzte Infrastruktur wie folgt dargestellt werden:

Abbildung 2: Überblick über die Netzbereiche (Quelle: Swisscom)



15. Die verschiedenen Teilbereiche dieses Systems sind nachfolgend näher zu umschreiben:

- Dem Bereich "Access" entspricht die Benutzung der Kupferleitung, welche den Endkunden mit der Quartier- beziehungsweise Ortzentrale verbindet (sog. "letzte Meile"). In den Zentralen werden die Telefonsignale, welche über die tieferen Frequenzen des Kabels laufen, von DSL-Signalen, die höhere Frequenzen belegen, mit einem Splitter getrennt. Anschliessend werden die Signale der Kupferleitungen mit der Hilfe eines DSLAM (Digital Suscriber Line Access Multiplexer) in einer einzigen Leitung konzentriert und ins Netzwerk der Swisscom weiter geleitet.
- Auf der Ebene der "ATM-Konzentration" werden die Anschlüsse vor dem Eintritt in den Backbone von vielen verschiedenen DSLAM auf einzelne Schnittpunkte auf einer weiteren Stufe konzentriert.
- Im Bereich "BBCS Edge Seite Endkunde" befindet sich die eigentliche Netzintelligenz. Hier wird der Datenverkehr der einzelnen Endkunden nach den verschiedenen ISP sortiert und an die entsprechenden ISP durch den Backbone weiter geleitet.

- Im Backbone werden die Datenpakete mit grosser Geschwindigkeit und Kapazität zwischen den verschiedenen BBCS Edge-Punkten transportiert.
- Der Bereich "BBCS Edge Seite ISP" nimmt den vom Endkunden kommenden Datenverkehr in Empfang und stellt die Verbindung zum Netzwerk des ISP sicher. Dieser erstellt dann die Verbindung ins Internet.
- Das ganze Netzwerk wird durch ein einheitliches Überwachungssystem, das "Operation Support System", unterstützt.

16. Die von der Swisscom zur Erbringung des BBCS getragenen Kosten bestanden Ende Oktober 2002 zu [...]% aus Fixkosten. Fixkosten sind in casu Kosten, die entweder einmalig für den Aufbau der ganzen Plattform oder einmalig pro Neukunde zu berechnen sind. Sie entfallen unabhängig von

- der Anzahl Kunden, welche die Plattform benutzen,
- der Dauer, während welcher ein Kunde am Netzwerk angeschlossen bleibt (die minimale Vertragsdauer beträgt je nach ISP 6 Monate oder 1 Jahr) oder
- der Datenmenge, die ein Kunde auf dem Netzwerk übertragen lässt.

17. Mit Fixkosten sind in der Regel Skalenerträge verbunden. Solche treten auf, weil mit dem Wachstum der Anzahl einer gewissen Einheit (beispielsweise der Anzahl Endkunden insgesamt, der Anzahl Endkunden pro ISP oder der Anzahl ISP insgesamt) die Fixkosten auf mehr Einheiten verteilt werden können. Dies trägt wesentlich zur Senkung der Durchschnittskosten pro Einheit bei. Nachfolgend wird je nach Teilbereich des BBCS-Systems (vgl. Abbildung 2) aufgezeigt, in welchem Umfang Investitionen zu tätigen waren und wie Skalenerträge aufgetreten sind.

18. Im Bereich *Access* [...]. Skaleneffekte treten [...] auf. Der minimale Investitionsschritt [...]. Die wachsende Anzahl Endkunden verlangt [...].

19. Der Investitionsschritt im Bereich *ATM-Konzentration* beträgt [...]. Skaleneffekte treten [...] auf.

20. Im Bereich *BBCS Edge Seite Endkunde* ist [...]. Wie oben dargelegt ist das Auftreten von Skalenerträgen [...].

21. Damit der *Backbone* des IP-Netzes in Betrieb genommen werden kann, ist eine sehr hohe Initialinvestition notwendig. Kapazitätsgrenzen bestehen aber zurzeit nicht, ausser in gewissen Ballungszentren wie der Region Zürich. Dazu kommt, dass laufend neue Technologien entwickelt werden, mit denen sehr viel Bandbreite zu tieferen Kosten möglich wird. Da der Backbone von einer sehr hohen Anzahl Endkun-

den gleichzeitig in Anspruch genommen werden kann, sind die Kosten pro Endkunde relativ tief. Skalenerträge treten [...] auf.

22. Die Kosten im Bereich *BBCS Edge Seite ISP* sind [...]. Skaleneffekte treten [...] auf. [...].

23. Das *Operation Support System* verursacht vergleichsweise geringe Kosten pro Endkunde, auch wenn der Initialaufwand relativ hoch ist. Skalenerträge treten mit der wachsenden Anzahl Endkunden insgesamt auf. Kapazitätsgrenzen ergeben sich durch die Zunahme der maximalen Geschäftsfälle (d.h. Bestellungs- und Störungsfälle) pro Tag. Diese Grenze wird somit durch die wachsende Anzahl Endkunden erreicht. Ist dies der Fall, sind Weiterentwicklungen im Sinne von Investitionen nötig, wodurch die Skalenerträge reduziert werden.

24. Weitere Fixkosten neben den für den Aufbau der BBCS-Plattform notwendigen Investitions-, Betriebs- und Kapitalkosten sind Vertriebs-, Marketing-, Administrations- und Verwaltungskosten. Variable Kosten sind die Prozesskosten, das heisst alle direkten Produktekosten wie Service- und Management-Fees. Im Oktober 2002 stellten die Fixkosten [...]% der Gesamtkosten des BBCS dar (siehe A.3.2.16).

25. Skaleneffekte, die in Zusammenhang mit der Anzahl Endkunden pro ISP erfolgen, treten in den Bereichen BBCS Edge Seite ISP, Marketing & Sales und Billing (Fakturierung) auf. [...].

A.5 Die Preise des BBCS

26. Für die Benutzung des Netzes der Swisscom mittels BBCS-Produkt wird zwischen Swisscom und den ISP ein Vertrag auf der Wholesale-Ebene abgeschlossen. Damit werden die Kosten der Benutzung des Netzes unmittelbar vom ISP und folglich nur mittelbar vom Endkunden getragen. Die Preise für die Benutzung des BBCS unterscheiden sich in Access- und Connectivity-Preise.

27. Die Kosten für den "Access" entsprechen der Benutzung der Hochfrequenzen der Kupferlinie, die den Endkunden mit der nächsten Quartierzentrale der Swisscom verbindet. Diese Leitung misst in der Regel einige Kilometer. In jeder dieser Zentralen befindet sich ein so genannter DSLAM, der die verschiedenen Linien auf einer Leitung konzentriert. Die Preise werden pro angeschlossene Leitung (d.h. pro Endkunde) berechnet und sahen am 1. März 2002 wie folgt aus:

Einmalige Gebühren:

-	Anschluss eines Endkunden	CHF 100.-

Wiederkehrende Gebühren:

-	Zugang zum Endkunde 256Kbps (Access 256)	CHF 39.-/Monat
-	Zugang zum Endkunde 512Kbps (Access 512)	CHF 54.-/Monat
-	Zugang zum Endkunde 1Mbps (Access 1024)	CHF 82.-/Monat

- Zugang zum Endkunde 2Mbps (Access 2048) CHF 145.-/Monat

28. Es ist zu bemerken, dass Swisscom im November 2002 ihre Produktgestaltung geändert hat. Die Preise für die 256- und 512Kbps-Anschlüsse sind gleich geblieben, während die übrigen Produkte durch die Folgenden ersetzt worden sind:

- Zugang zum Endkunde 512/512 Kbps (symmetrisch) CHF 155.-/Monat
- Zugang zum Endkunde 1024/512Kbps CHF 195.-/Monat
- Zugang zum Endkunde 2048/512Kbps CHF 260.-/Monat

Rabatte:

Tabelle 1: Rabattsätze "Access"

Anzahl Endkunden des ISP	**% Rabatt**
< 1'000	0%
1'000 - 2'999	3%
3'000 - 4'999	5%
5'000 - 9'999	7%
10'000 - 14'999	10%
15'000 - 19'999	15%
> 20'000	20%

29. Die Preise für "Connectivity" entsprechen der Inanspruchnahme des Netzwerkes der Swisscom zwischen den Quartierzentralen und der Verbindung des ISP ans Netzwerk der Swisscom für die Übertragung der Daten. Diese Preise bemessen sich nach der Kapazität (Mbps).

Einmalige Gebühren:

- Erster Anschluss eines ISP (PoP) ans Netzwerk der Swisscom CHF 55'000.-
- Jeder weitere Anschluss eines ISP CHF 45'000.-

Wiederkehrende Gebühren:

- Connectivity Premium CHF 715.-/Mbps
- Connectivity Basic CHF 650.-/Mbps

Rabatte:

- 0,5% pro 10Mbps, bis maximal 25%
- 1% pro Point of Presence (PoP) des ISP

30. Die Kosten pro Endkunde, die ein ISP zu tragen hat, entsprechen einer Addition der Access- mit dem Anteil der Connectivity-Kosten.

31. Der Anteil an den Connectivity-Kosten kann durch die so genannte Überbuchungsrate (Overbooking rate) beeinflusst werden. Die ISP rechnen damit, dass ihre Kunden nicht alle die volle Kapazität ihres Anschlusses gleichzeitig ausnutzen, und verteilen somit die notwendige Kapazität auf mehrere Kunden (in der Regel zwischen 10 und 50 Kunden). Mit einer hohen Überbuchungsrate können die Connectivity-Kosten wesentlich gesenkt werden. Allerdings ist dies mit dem Risiko verbunden, dass zu gewissen Hauptbenutzungszeiten nicht alle Kunden über die gesamte Kapazität (Bandbreite) verfügen können.

32. Abhängig von der jeweiligen Überbuchungsrate betragen die Connectivity-Kosten in der Regel zwischen 10% und 25% der Gesamtkosten für BBCS. Diese Kosten können somit bei einem 256Kbps-Anschluss bis zu CHF 16.25 pro Endkunde betragen, wenn der ISP von keinem Rabatt profitieren kann und eine tiefe Überbuchungsrate aufweist.

A.6 Die Preissenkung der Bluewin

33. Am Ende des Monats Februar 2002 waren für das Produkt BBCS folgende Unternehmen die wichtigsten Kunden der Swisscom:

Tabelle 2: Wichtigste ISP am 28. Februar 2002

Firma	Anzahl Kunden	Rabatt
Bluewin	[...]	20%
TDC Switzerland	[...]	7%
Tiscali	[...]	5%
VTX	[...]	3%
Green	[...]	3%
Cybernet	[...]	3%

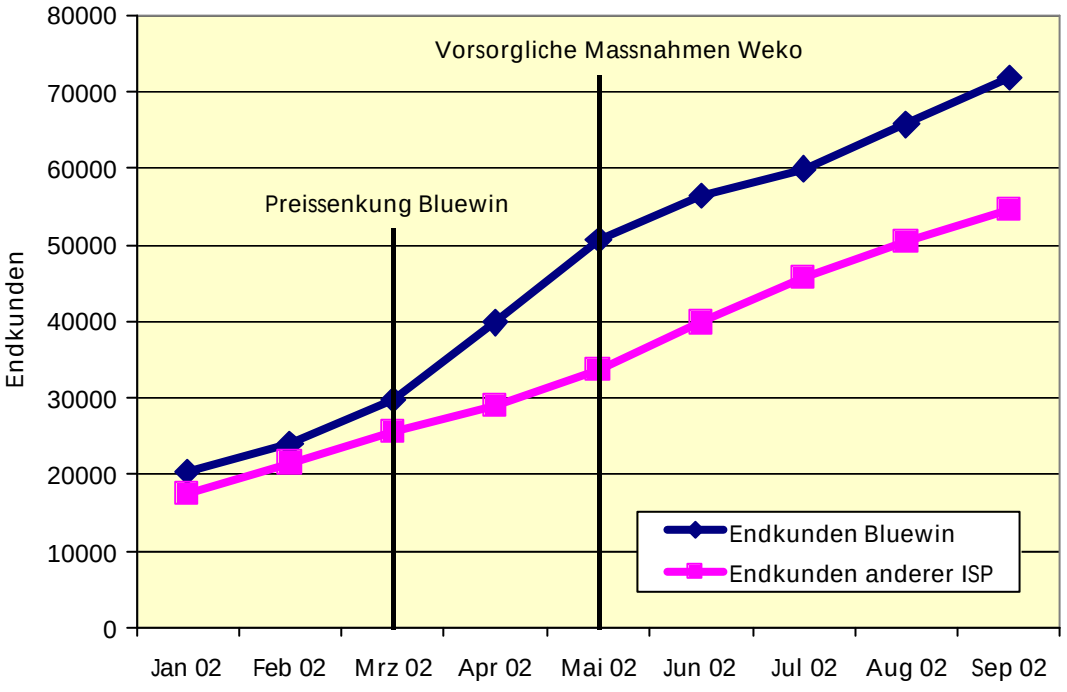
34. Daneben waren 13 weitere ISP mit je weniger als 1'000 Kunden auf dem Markt tätig. Die Bluewin ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Swisscom Fixnet, die selber eine 100% Tochtergesellschaft der Swisscom ist. Die Bluewin betreute zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung mehr als 20'000 Kunden, womit sie in den Genuss der

höchsten Rabattstufe (20%) kam. Aus Tabelle 2 wird ersichtlich, dass die Kosten der Bluewin in Zusammenhang mit dem BBCS deswegen wesentlich tiefer als diejenigen ihrer Konkurrenten waren. Diese konnten von Rabatten in der Höhe von 7% oder weniger profitieren.

35. Am 1. März 2002 setzte die Bluewin ihre Endkundenpreise für ADSL-Dienstleistungen herab. Zum Beispiel kostete ein 256Kbps-Anschluss für einen Endkunden neu CHF 49.- pro Monat (inkl. MWSt) anstatt CHF 64.-, während ein 512Kbps-Anschluss für monatlich CHF 79.- anstatt CHF 94.- erhältlich war. Dieses Angebot wurde mit einer landesweiten Werbekampagne begleitet.

36. Aufgrund ihrer tieferen Rabattsätze waren die Konkurrenten der Bluewin nicht in der Lage, auf die Preissenkung der Bluewin zu reagieren, ohne unter Umständen nur mit Verlusten anbieten zu können. Wie sich der Markt als Folge dieser Preissenkung weiter entwickelte, ist aus Abbildung 3 ersichtlich.

Abbildung 3: Entwicklung Januar bis September 2002



(Quelle: Swisscom)

37. Nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen der Weko vom 6. Mai 2002, welche die Swisscom verpflichteten, allen ISP die gleich hohe Rabattstufe wie der Bluewin zu gewähren, wurde diese Entwicklung gestoppt.

A.7 Verfahren

38. Nachfolgend sind die wichtigsten Verfahrensschritte zu erwähnen.

39. Am 7. März 2002 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: das Sekretariat) eine erste summarische Eingabe der TDC Switzerland betreffend der am 1. März 2002 von der Bluewin bekannt gegebenen Preissenkung ihrer ADSL-Produkte. Am gleichen Tag erhielt das Sekretariat eine ähnliche Anzeige von Profitel. Am 27. März 2002 reichte TDC Switzerland eine umfassende Stellungnahme zur Sache ein. Diese enthielt einen Antrag bezüglich Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

40. Am 27. März 2002 liess sich die Swisscom ein erstes Mal in der Sache vernehmen. In der Folge eröffnete das Sekretariat am 28. März 2002 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG gegen Swisscom. Dies wurde der Swisscom, der TDC Switzerland sowie dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) mitgeteilt.

41. Am 12. April 2002 nahm TDC Switzerland wieder Stellung und beantragte die Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs der Swisscom zur Stellungnahme zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen der TDC Switzerland. Da diese Frist vom Sekretariat am 9. April 2002 schon erstreckt worden war und Swisscom am 25. April 2002 Stellung nahm, wurde der Antrag der TDC Switzerland um Abweisung des Fristerstreckungsgesuchs gegenstandslos.

42. Am 16. April 2002 erhielt das Sekretariat eine Stellungnahme des Verbands Inside Telecom (VIT), welche den Antrag der TDC Switzerland um Erlass vorsorglicher Massnahmen unterstützte.

43. Am 25. April 2002 liess sich die Swisscom ein zweites Mal detailliert vernehmen. Sie beantragte im Wesentlichen die Abweisung des Gesuchs der TDC Switzerland um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie die Einstellung der Vorabklärung.

44. Mit Entscheid vom 6. Mai 2002 verfügte die Weko unter anderem Folgendes:

1. Es wird eine Untersuchung im Sinne vom Artikel 27 Absatz 1 KG gegen die Swisscom AG eröffnet.
2. Die Swisscom AG wird verpflichtet, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG ab sofort allen ihren Kunden auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste die gleich hohe Rabattstufe zu gewähren, wie sie sie ihrer Tochterfirma Bluewin AG gewährt.
3. Die unter Ziffer 2 beschriebene Massnahme ist zeitlich begrenzt, bis die Wettbewerbskommission den Hauptentscheid in der Sache trifft.

45. Diese Verfügung wurde der Swisscom eröffnet und TDC Switzerland sowie der Profitel mitgeteilt. Gegen die Verfügung wurde keine Beschwerde erhoben.

46. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt. Gewisse Unternehmen haben die Möglichkeit genutzt, sich zur Sache zu äussern. Keines der Unternehmen verlangte jedoch, am Verfahren formell beteiligt zu sein.

47. Im Laufe der Untersuchung versandte das Sekretariat am 11. Juni 2002 Fragebogen an 18 ISP, die ADSL anbieten. Im Anschluss daran wurde am 26. Juni 2002 ein umfassender Fragebogen an Bluewin versandt.

48. Am 21. Juni 2002 stellte TDC Switzerland ein Begehren um Erläuterung der Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002. Fraglich war, ob gewisse bilaterale Abmachungen zwischen einzelnen ISP und der Swisscom betreffend Preis des BBCS von der Verfügung nicht betroffen seien. Nach Abklärung der Situation zog TDC Switzerland am 23. September 2002 ihre Anträge zurück.

49. Per 1. Juli 2002 hat sich die Swisscom-Gruppe intern reorganisiert (vgl. Rz. 7).

50. Im Laufe der Untersuchung wurden Verhandlungen zwischen der Swisscom und dem Sekretariat im Hinblick auf den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Artikel 29 KG durchgeführt. Zu diesem Zweck haben mehrere Besprechungen zwischen der Swisscom und dem Sekretariat stattgefunden. Eine Lösung, welche die wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausgeräumt hätte, konnte jedoch nicht gefunden werden. Dies wurde am 6. Dezember 2002 schriftlich mitgeteilt.

51. Am gleichen Tag sind weitere Fragebogen an Swisscom und Bluewin versandt worden. Am 8. Januar 2003 sind die Cablecom GmbH und der Verein Swisscable befragt worden. Die Antworten von Swisscom erhielt das Sekretariat am 17. Februar 2003.

52. Am 8. Januar und 31. März 2003 wurde Swisscom Akteneinsicht gewährt.

53. Mit Schreiben vom 4. August 2003 wurden die Parteien nach Artikel 30 Absatz 2 KG eingeladen, zum Verfügungsantrag des Sekretariats an die Weko Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde der Swisscom ein vollständiges Aktenverzeichnis zugesandt. Die fristgerecht eingereichten Stellungnahmen der Parteien wurden am 22. Oktober 2003 zusammen mit dem Antrag des Sekretariates den Mitgliedern der Wettbewerbskommission zugestellt.

54. Am 1. Dezember 2003 fand eine Anhörung der Swisscom durch die Wettbewerbskommission statt.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

55. 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).

56. 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 Unterstellung unter den Unternehmensbegriff beantwortet jedoch die Frage nach den Verfügungsadressaten nicht. Diese Frage wird unten in Abschnitt B.2 behandelt.

57. Im vorliegenden Fall sind drei Gesellschaften in das abzuklärende Verhalten involviert: die Swisscom als Muttergesellschaft, die Swisscom Fixnet sowie die Bluewin. Sie bilden zusammen mit anderen Gesellschaften einen Konzern im Sinne des Obligationenrechts.[2] Die Abhängigkeitsverhältnisse sind in Randziffer 7 und 32 dargestellt worden.

58. Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG haben rechtlich wie auch wirtschaftlich selbstständig zu sein. Diese Voraussetzung wird in der Regel von den Tochtergesellschaften wegen deren wirtschaftlichen Abhängigkeit zur herrschenden Gesellschaft nicht erfüllt. Sofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren vermag und die Möglichkeit tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten, wird der Konzern als Ganzes kartellrechtlich erfasst (selbstständige Wirtschaftseinheit), so dass die Tochtergesellschaften keine Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG darstellen.[3] Zur selben Lösung kommt im Übrigen das europäische Recht, das ebenfalls auf den Begriff des Unternehmens abstellt. Nach dem EU-Recht bilden mehrere, demselben Konzern angehörende Unternehmen - insbesondere Muttergesellschaft und eine oder mehrere Tochtergesellschaften, aber auch mehrere Tochtergesellschaften untereinander - eine wirtschaftliche Einheit, wenn die Tochtergesellschaften ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmen können sondern den Weisungen der Konzernspitze folgen müssen.[4] Im schweizerischen Recht kann mutatis mutandis dasselbe gelten.

[2] Vgl. R. VON BÜREN, "Der Konzern", Schweizerisches Privatrecht Band VIII/6, Basel Frankfurt a.M. 1997, S. 78 ff.
[3] Vgl. R. H. WEBER, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 Kartellrecht (nachfolgend SIWR V/2), Basel Genf München 2000, S. 38.
[4] Vgl. insbesondere H. SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, S. 110.

59. Es bleibt abzuklären, ob die beiden Gesellschaften Swisscom Fixnet und Bluewin von der Swisscom wirtschaftlich abhängig sind. Dies ist aus folgenden Gründen zu bejahen.

60. Was die Swisscom Fixnet anbelangt, eine 100%-Tochtergesellschaft der Swisscom, sind zwei Punkte zu berücksichtigen: Erstens bestehen zahlreiche Personenverflechtungen zwischen den Geschäftsleitungen der Swisscom und der Swisscom Fixnet. Insbesondere ist der Vorsitzende der Geschäftsleitung der Swisscom Verwaltungsratspräsident der Swisscom Fixnet, während der Vorsitzende der Geschäftsleitung der Swisscom Fixnet ebenfalls Mitglied der Geschäftsleitung der Swisscom ist. Zweitens ist der Gruppenstruktur der Swisscom zu entnehmen, dass wesentliche Bereiche der Gruppe wie Group Communications, Group Operations & Related Business, Group Human Resources, Group Finance & Controlling, Group Information Systems sowie Strategy & Group Steering weiterhin in der Swisscom integriert sind.[5] All dies deutet darauf hin, dass die Swisscom Fixnet tatsächlich von der Swisscom beherrscht wird und somit als wirtschaftlich unselbstständig zu betrachten ist.

61. Für die Bluewin gilt dieselbe Betrachtungsweise. Insbesondere ist zu bemerken, dass der Verwaltungsratspräsident der Bluewin gleichzeitig Vorsitzender der Geschäftsleitung der Swisscom Fixnet ist. Die Bluewin wird somit von der Swisscom Fixnet und von der Swisscom kontrolliert und ist daher ebenfalls als wirtschaftlich unselbstständig zu qualifizieren.

62. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass weder die Swisscom Fixnet noch die Bluewin als selbstständige Unternehmen im Sinne vom Artikel 2 KG qualifiziert werden können. Als Unternehmen ist vielmehr die Swisscom-Gruppe, deren Leitung von der Swisscom übernommen wird, als Ganzes zu betrachten.

63. Für die Unterstellung unter den Geltungsbereich des KG ist weiter die Ausübung von Marktmacht notwendig. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt gemäss Artikel 7 KG (Ziffer B.4.1.2). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachstehend die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird inhärent auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

[5] Vgl. unter http://www.swisscom.com/pr/content/corporatestructure/index_FR.html.

B.2 Verfügungsadressaten

64. Nachdem die Unternehmensqualität der verschiedenen involvierten Gesellschaften abgeklärt wurde und sich ergeben hat, dass sowohl das Verhalten der Swisscom Fixnet wie auch dasjenige der Bluewin der Swisscom-Gruppe zuzurechnen ist, bleibt zu prüfen, an welche Gesellschaften sich die vorliegende Verfügung richten soll.

65. Verfügungsadressaten sind diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch die Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden. Mit anderen Worten sind materielle Verfügungsadressaten die vom Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen.

66. Das Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG ist Adressat der Gebote und Verbote des materiellen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen. Dementsprechend ist die die Qualifizierung als Unternehmen tragende Person auch verfahrensmässig ins Recht zu fassen. Vorliegend wurde das Untersuchungsverfahren, das infolge eines bestimmten Verhaltens der Swisscom veranlasst wurde, gegen die Swisscom eröffnet, die sich im Verlauf der Untersuchung umstrukturierte und bestimmte Unternehmensteile an Tochtergesellschaften abtrete. Verfügungsadressatin ist somit die Swisscom-Gruppe. Durch diese Verfügung wird sie in erster Linie in ihren Rechten und Pflichten berührt. Nachfolgend bleibt abzuklären, welche Personen als formelle Vergügungsadressatinnen zu betrachten sind.

67. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass massgebende strategische Entscheide betreffend die Geschäftstätigkeit der Swisscom Fixnet auf Ebene der Muttergesellschaft Swisscom beziehungsweise - aufgrund der erwähnten personellen Verflechtungen - sowohl der Swisscom als auch der Swisscom Fixnet getroffen werden, die operative Ausführung dieser Entscheide aber auf Ebene der Swisscom Fixnet erfolgt, so greift eine Verfügung der Weko, mit der das fragliche Verhalten untersagt werden soll, sowohl in die Rechte und Pflichten der Swisscom als auch in diejenigen der Swisscom Fixnet ein. Demnach sind - in Anbetracht der kürzlich erfolgten Umstrukturierung der Swisscom-Gruppe - sowohl die Swisscom als auch die Swisscom Fixnet als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

68. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere sind dies Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen,

die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

69. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

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

72. Um festzustellen, ob sich die Swisscom tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1.1 Der relevante Markt

B.4.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

73. 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. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

74. Ausgangspunkt für die Definition und Festlegung von Märkten ist eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite. Damit werden, unabhängig der Marktgegenseite der Swisscom, die aus Sicht der Endkunden (Retail-Märkte) substituierbaren Produkte bestimmt. Erst nach der Beschreibung und Definition der Endkundenmärkte sind unter Umständen die relevanten Grosskundenmärkte (Wholesale-Märkte) festzulegen, was eine Abklärung der Marktgegenseite der Swisscom im vorliegenden Fall bedingt. Dabei handelt es sich um Märkte für die Bereitstellung von Produkten an Unternehmen, die Endbenutzer bedienen möchten, während auf Endkundenmärkte gerade Endkunden Dienste von den dort tätigen Un-

ternehmen nachfragen.[6] Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet.[7] Wholesale-Märkte können damit erst nach der Bestimmung der Retail-Märkte abgegrenzt werden.

B.4.1.1.1.1 Endkundenmärkte

75. Ausgegangen werden kann vom Untersuchungsgegenstand und somit vom ADSL-Produkt der Swisscom. Swisscom bietet mit ihren ADSL-Diensten ein Mittel zur Übertragung von Internet-Daten zwischen dem Endkunden und dem ISP an. Aus Sicht des Endkunden dienen also die ADSL-Dienste dazu, den Zugang zum Internet zu gewähren. Es gilt also, alle zum Produkt der Swisscom substituierbaren Mittel zu bestimmen, die aus der Sicht der Endkonsumenten dazu dienen könnten, einen mit vergleichbaren Eigenschaften aufweisenden Zugang zum Internet bereitzustellen.

76. Mittels ADSL kann ein Endkunde zu folgenden Geschwindigkeiten ans Internet angeschlossen werden: 256Kbps downstream/64Kbps upstream, 512/128Kbps, 512/512Kbps, 1024/512Kbps sowie 2048/512 Kbps. Die drei letztgenannten Angebote sind eher auf Geschäftskunden zugeschnitten, während die zwei ersten die Bedürfnisse der Privatkunden decken sollen. Der klassische Internet-Zugang, der über die tieferen Frequenzen der Kupferlinie läuft, so genannte Dial-up, erlaubt lediglich Geschwindigkeiten bis 128Kbps, sofern der Kunde über einen ISDN-Anschluss verfügt. Der Standard-Zugang über eine analoge Leitung erlaubt eine Geschwindigkeit von 56Kbps. Das wichtigste Merkmal der ADSL-Technologie ist daher die relativ hohe Geschwindigkeit der Datenübertragung. Internetdienste, die höhere Bandbreiten aufweisen als der Dial-up Zugang, lassen sich in der Regel als Breitbanddienste (Broadband) bezeichnen.

77. Ein weiteres Merkmal von ADSL ist, dass diese Technologie die höheren Frequenzen des Kupferkabels benutzt, so dass die tieferen Frequenzen frei bleiben. Dies erlaubt, dass der Endkunde gleichzeitig über dieselbe Telefonlinie telefonieren und das Internet benutzen kann, was mit einem Dial-up Anschluss nicht möglich ist.

[6] EMPFEHLUNG DER KOMMISSION der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45 ff.
[7] RPW 2002/1, S. 118 f.

78. Ausserdem sind die Preise für einen Internet-Anschluss mittels ADSL bei den meisten ISP so ausgestaltet, dass der Endkunde einen Pauschalpreis pro Monat bezahlt, unabhängig von der Benutzungsdauer oder der bezogenen Menge von Daten. Im Unterschied hiezu erfolgt die Berechnung beim Zugang über Dial-up in der Regel nach der Benutzungsdauer.

79. Hinzu kommt, dass der Anschluss ans Internet mittels ADSL nie unterbrochen wird. Dies erlaubt dem Endkunden, ständig im Internet eingewählt zu bleiben (sog. "always on"), ohne dass ihm dabei höhere Kosten entstehen.

80. Die Eigenschaften des Zugangs zum Internet über ADSL bewirken, dass gewisse Dienstleistungen praktisch nur über einen ADSL- oder vergleichbaren Anschluss erbracht werden können. Bei diesen Dienstleistungen handelt es sich beispielsweise um Download von grossen Datenmengen wie Bilder, Filme oder Musikdateien, um Video-on-demand oder Telefonieleistungen über Internet (sog. "Voice over IP"). Diese Dienstleistungen zeichnen sich durch ihre hohen Bedürfnisse an Bandbreite aus.

81. Aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften und des unterschiedlichen Verwendungszwecks ist festzuhalten, dass Internetzugänge mittels Dial-up - so genannte Schmalbanddienste - keine Substitute zu Breitbanddienstleistungen darstellen. Im Folgenden werden alle Produkte, welche die oben beschriebenen Merkmale aufweisen, als Breitbanddienste bezeichnet.

82. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob Produkte existieren, welche vergleichbare Eigenschaften wie ADSL aufweisen. Swisscom zitiert eine Reihe von solchen Technologien, die ADSL vollumfänglich substituieren und daher ADSL unter einen erheblichen Wettbewerbsdruck setzen würden. Bei diesen Technologien handle es sich um Internet über Fernsehkabel, Satelliten oder Stromnetze. Ausserdem befänden sich zurzeit mehrere Technologien in der Entwicklungsphase, die in näherer Zukunft als Substitute für die bestehenden Breitbandinfrastrukturen bestens geeignet wären. Bei diesen Technologien handle es sich um UMTS (Universal Mobile Telecommunications System), Wireless Local Loop (WLL) sowie W-LAN (Wireless Local Area Network). Nachstehend ist zu prüfen, inwiefern die obgenannten Technologien aus Sicht der Endkunden tatsächlich als Substitute qualifiziert werden können.

83. Aus der Sicht der Endkonsumenten ist das geeignetste technologische Substitut zu ADSL der Anschluss ans Internet über das Fernsehkabel. Dies wurde von den befragten ISP und den Kabelnetzbetreibern bestätigt. Der Anschluss über das Fernsehkabel weist hinsichtlich seiner Eigenschaften und Verwendungszwecke aus der Sicht des Endkunden eine relativ gute Substituierbarkeit zu ADSL auf. Er erlaubt vergleich-

bare Bandbreiten und ähnliche Angebote. Der Endkunde kann ständig das Internet benutzen, ohne den Anschluss unterbrechen zu müssen, und gleichzeitig telefonieren. Die Bezahlung erfolgt ebenfalls unabhängig von der Benutzungsdauer oder der bezogenen Datenmenge. Allerdings ist Folgendes zu bemerken: Zum einen besteht beim Kabel eine erhebliche technische Beschränkung: Die Kunden müssen die Bandbreite des Kabels untereinander teilen. Befindet sich eine grosse Anzahl Kunden gleichzeitig auf dem Netz, reduziert sich die Bandbreite entsprechend. Dieser Nachteil ist beim Telefonnetz nicht vorhanden, da jeder Kunde über seine Leitung mit der Zentrale direkt verbunden ist. Unter Umständen kann dies nachteilig wirken.

84. Weiter wäre gemäss Swisscom die Übertragung von Internet-Daten über die Elektrizitätsnetzwerke - so genannte Powerline-Technologie - als Substitutionstechnologie zu betrachten. Diese weist im Vergleich zu ADSL relativ ähnliche Eigenschaften auf. Sie erlaubt insbesondere die konstante, ununterbrochene Übertragung von Daten mit ADSL vergleichbaren Geschwindigkeiten. Sie benutzt ein schon bestehendes Netzwerk, auch wenn erhebliche Investitionen zur Anpassung der bestehenden Installationen erforderlich sind. Hinsichtlich ihrer technischen Eigenschaften ist daher diese Technologie als Substitut zu ADSL zu betrachten. Allerdings ist zu bemerken, dass sie sich, auch wenn sie schon begrenzt an Endkunden angeboten wird, immer noch in der Testphase befindet. Ihre Zukunftschancen werden generell als gering eingestuft.[8] Ob sie also in der Lage ist, jetzt oder zukünftig einen Wettbewerbsdruck auf ADSL aufzuüben, ist im Rahmen der Analyse der Marktstellung abzuklären.

85. Breitbanddienste können ebenfalls mit einer Satellitenleitung bezogen werden. Solche Dienste werden in der Schweiz insbesondere durch Tiscali und Europeonline angeboten und sie weisen zum Teil ähnliche Eigenschaften wie ADSL auf. Allerdings ist zu bemerken, dass diese Dienste vom Endkunden relativ umfangreiche Investitionen in der Höhe von mehreren tausend Franken für die Hardware (u.a. eine Satelliten-Antenne) erfordern. In der Regel ist auch der Preis für die Benutzung bedeutend höher als für ADSL, was auf eine begrenzte Substituierbarkeit hindeutet. Der Internet-Zugang über Satellit ist in der Regel nur dann interessant, wenn aus technischen Gründen weder ADSL noch CATV am Anschlussort verfügbar ist. Diese Technologie ist daher aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften und des unterschiedlichen Verwendungszwecks nur sehr begrenzt als Substitut zu betrachten.

[8] Vgl. WIK Consult, Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des BAKOM, April 2002, S. 51.

86. Es werden von der Swisscom noch weitere Technologien erwähnt. Mittels einer Glasfaserleitung können technisch sehr hohe Bandbreiten erreicht werden. Solche Anschlüsse sind technisch geeignet, eine Alternative zu ADSL anzubieten. Mehrere Anbieter betreiben Glasfasernetzwerke im Backbone-Bereich, jedoch existieren im Anschlussbereich nur sehr wenige Glasfaseranschlüsse. Diese einzelnen Glasfaseranschlüsse mussten von den Fernmeldedienstanbietern eigens errichtet werden und stehen einzig in Ballungsgebieten zu Verfügung. Diese für einen Glasfaseranschluss anfallenden Kosten können sich nur Unternehmen leisten, deren Bedarf an Bandbreite weit über 2Mbps liegt. Glasfaserleitungen richten sich ausschliesslich an grössere Geschäftskunden mit hohem Verkehrsaufkommen.[9] Ein Substitut zu ADSL bildet die Glasfaserleitung aus diesen Gründen nur in sehr begrenztem Umfang.

87. Weiter wird von Swisscom die Technologie des drahtlosen Teilnehmeranschlusses (Wireless Local Loop, WLL) als potenzielles Substitut für ADSL erwähnt. Mit WLL kann die Verbindung zwischen einem Hausanschluss und einer Vermittlungsstelle (Zentrale) mittels einer Funkverbindung hergestellt werden.[10] WLL weist im Vergleich zu ADSL ähnliche Eigenschaften auf, vor allem was die Bandbreite anbelangt. Nachteilig wirkt sich jedoch aus, dass die Gebäude mit einer speziellen Antenne ausgestattet werden müssen. Diese Technologie ist zurzeit ausschliesslich auf Unternehmen ausgerichtet und deckt die Bedürfnisse der Privatkunden weit weniger ab als ADSL. Eine Studie kommt zum Schluss, dass WLL, welches in der Schweiz nur noch von einem Anbieter vermarktet wird, keine aktuelle und keine erkennbare künftige Marktrelevanz hat.[11] Daher stellt die WLL-Technologie nur in sehr begrenztem Umfang ein Substitut zu ADSL dar.

88. In Betracht kommt weiter das Wireless Local Area Network (WLAN). Diese Technologie ermöglicht den breitbandigen drahtlosen Zugang zum Internet mittels Verbindung zwischen dem Computer und einer Antenne, die in der Regel eine Reichweite bis zu 100 Meter aufweist (so genannte "Hotspots"). Solche Hotspots sind in der Regel in öffentlichen Räumlichkeiten wie Bahnhöfen, Flughafen, Hotels, Kongresszentren usw. zu finden. WLAN ist somit schon aufgrund seines Verwendungszweckes nicht als Substitut für ADSL sondern eher als Ergänzung zu sehen. Ein WLAN kann beispielsweise dazu benutzt werden, um einen ADSL-Anschluss zwischen mehreren Computern zu teilen. Hinzu kommt, dass WLAN primär für mobile Dienste konzipiert wurde und ausgerichtet ist.

[9] WIK Consult, a.a.O, S. 50.
[10] Vgl. Faktenblatt WLL des BAKOM, abrufbar unter http://www.ofcom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/factsheets/13.pdf.
[11] WIK Consult, a.a.O., S. 51.

89. Die Laserübertragung (Free Space Laser) ist eine sehr selten angewandte Technologie, welche die Übertragung von Daten in einer sehr hohen Geschwindigkeit erlaubt. Die Datenübertragung ist jedoch nur zwischen zwei gegeneinander ausgerichteten Geräten mit Sichtverbindung möglich. Diese Technologie ist daher eher geeignet, zwei Standorte eines Unternehmens miteinander zu verbinden. Sie ist nicht in der Lage, einen Wettbewerbsdruck auf ADSL auszuüben.

90. Die UMTS-Technologie (Universal Mobile Telecommunications System) ist die Mobilfunktechnologie dritter Generation und befindet sich noch in der Entwicklungsphase. Die erste Inbetriebnahme wird Ende 2004 erwartet. Mit UMTS können theoretische Bandbreiten bis 2 Mbps erreicht werden, was mit ADSL durchaus vergleichbar ist. In einer ersten Phase ist jedoch nur mit viel tieferen Bandbreiten zu rechnen. Ansonsten weist UMTS unterschiedliche Merkmale auf. Es ist nicht zu erwarten, dass die Berechnung unabhängig von der Datenmenge oder der Dauer erfolgen wird, und die Preise für eine vergleichbare Dienstleistung werden wahrscheinlich wesentlich höher als jene des ADSL sein. Daher ist UMTS nur in sehr begrenztem Masse ein Substitut zu ADSL. Kommt hinzu, dass UMTS erst 2004 in Betrieb genommen wird und daher zurzeit wohl kaum in der Lage ist, einen wirksamen Wettbewerbsdruck auf ADSL auszuüben. Für UMTS gilt auch, dass diese Technologie für mobile Dienste konzipiert wurde und ausgerichtet ist.

91. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass aus Sicht des Endkunden das einzige Substitut zu ADSL die Fernsehkabeltechnologie ist. Kabelbetreiber sind in der Lage, vergleichbare Dienstleistungen zu vergleichbaren Preisen und Konditionen zu erbringen. Die Powerline-Technologie scheint technisch geeignet, ein Substitut zu ADSL zu werden. Auch wenn in Zukunft nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich diese Technologie verbreiten wird, ist sie zurzeit geografisch nur sehr begrenzt verfügbar. All diese Technologien sind für einen Massenmarkt konzipiert, indem sie es erlauben, auf dem grössten Teil der Schweiz mittels einer schon vorhandenen Infrastruktur (Telefon-, Fernsehkabel- oder Elektrizitätsnetzwerk) über Breitbanddienste zu verfügen. In diesem Sinne unterscheiden sie sich wesentlich von den anderen Technologien, die also nicht allgemein sondern nur in sehr seltenen Fällen als Substitut für ADSL zu betrachten sind. Eine ähnliche Betrachtungsweise gilt ausserdem auch in anderen europäischen Ländern.[12]

[12] Vgl. Beispielsweise für Grossbritannien: Oftel (Office of Telecommunications), International benchmarking study of Internet Access, Dezember 2002, S. 48.

92. Aus der Sicht der Endkunden ist daher von einem Markt für Breitbanddienste auszugehen, der insbesondere die Technologien erfasst, welche die Datenübertragung auf die Telefon-, Fernsehkabel- oder Elektrizitätsnetzwerke erlauben.

B.4.1.1.1.2 Wholesale-Märkte

93. Gemäss Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der relevante Markt ist somit aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen. Wie oben unter Randziffer 74 erwähnt, ist - der Praxis der Wettbewerbskommission in Sachen Mobilfunkuntersuchung folgend - zwischen Retail- und Wholesale-Märkten zu unterscheiden, falls sich die Nachfrage in den beiden Bereichen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet. Mit der Abklärung der Marktgegenseite geht es letztendlich darum, zu bestimmen, ob das Produkt BBCS an Endkunden oder an "Wiederverkäufer" gerichtet ist.

94. Eine Differenzierung zwischen Wholesale- und Retail-Märkten ist wettbewerbsrechtlich vorzunehmen, wenn sich die Nachfrage wie oben erwähnt in wesentlichem Ausmass unterscheidet[13], und es für ein auf einer Marktstufe tätiges Unternehmen wegen hohen Marktzutrittsschranken nicht möglich ist, in die andere Marktstufe einzusteigen.[14] Für ein auf dem Wholesale-Markt tätiges Unternehmen ist es in der Regel kein Problem, sich auf dem Retail-Markt zu etablieren. Hingegen ist ein Einstieg in den Wholesale-Markt für ein Unternehmen aus dem Retail-Markt, wegen der in Netzwerkindustrien üblichen erheblichen Investitionen, in der Regel praktisch unmöglich. Nachfolgend ist also zu prüfen, ob die Unternehmen, welche das Produkt BBCS beziehen, tatsächlich auf dem Retail-Markt tätig sind und ob für diese Unternehmen die Möglichkeit besteht, auf dem Wholesale-Markt einzusteigen. Die Interdependenz zwischen Wholesale- und Retail-Märkten ist indessen bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigen.[15]

[13] RPW 2002/1, S. 118.
[14] Vgl. J. GUAL, Market Definition in the Telecoms Industry, Aufsatz im Auftrag der Europäischen Kommission (DGCOMP), COMP/2001/7050/PSE/02, 2002.
[15] RPW 2002/1, S. 118.

95. Am 30. November 2002 hatte Swisscom nach eigenen Angaben Verträge für das Produkt BBCS mit folgenden Unternehmen abgeschlossen: [...]. Sämtliche dieser Unternehmen bieten Lösungen im Bereich des Zugangs zum Internet an. Dies geschieht jeweils mit einer gewissen Spezialisierung, die sich je nach Kundensegment ergibt. In diesem Sinne beziehen sie das Produkt BBCS, um ihre Kunden ans Internet anschliessen zu können. Selber sind diese Unternehmen nicht Endkunden sondern vielmehr "Wiederverkäufer" des Produktes von Swisscom.

96. Weiter anzumerken ist die Tatsache, dass Swisscom Fixnet selber keinen Zugang zum Internet an Endkunden anbietet. Vielmehr wird diese Leistung durch ihre Tochtergesellschaften Bluewin oder Swisscom Enterprise Solutions übernommen. Das Produkt BBCS wurde für die ISP konzipiert und wird effektiv nur von den ISP bezogen. Mittels BBCS kann grundsätzlich kein Zugang zum Internet für Endkunden hergestellt werden, da dieses Produkt selber den Anschluss ans Internet nicht ermöglicht. Es ermöglicht nur die Übertragung der Daten zwischen dem Endkunden und einem vom ISP bestimmten Standort (sog. Point of Presence des ISP). Der ISP stellt die Verbindung zum Internet her. Die Nachfrage der beiden Märkte unterscheidet sich somit in erheblichem Masse.

97. Hinzu kommt, dass die Kunden der Swisscom Fixnet für das Produkt BBCS in der Regel über kein eigenes Netzwerk verfügen, das ihnen erlauben würde, ohne erhebliche Investitionen auf dem Wholesale-Markt einzusteigen. Einzig Fernmeldedienstanbieter wie zum Beispiel TDC Switzerland, MCI und Colt verfügen über ein sehr begrenztes Anschlussnetzwerk, das einige Kunden in den Ballungszentren zu erschliessen vermag. Diese vereinzelten Anschlüsse sind jedoch nicht in der Lage, das schweizweite Anschlussnetzwerk der Swisscom zu konkurrenzieren.

98. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nur ISP in Zusammenhang mit dem Produkt BBCS als Marktgegenseite der Swisscom Fixnet zu betrachten sind. Hinzu kommt, dass keiner dieser ISP in der Lage ist, auf den Wholesale-Markt einzusteigen. Daher ist es gerechtfertigt, zum Zweck der wettbewerbsrechtlichen Analyse den Wholesale- vom Retail-Markt zu unterscheiden. Nachfolgend wird deshalb von einem Wholesale-Markt für Breitbanddienste gesprochen. Ob die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Retail-Markt die Situation auf dem Wholesale-Markt zu beeinflussen vermögen, ist im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung abzuklären.

B.4.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

99. 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). Auszugehen ist vom Tätigkeitsgebiet der Swisscom und deren Marktgegenseite, das heisst im vorliegenden Fall die ISP. Es ist somit abzuklären, auf welchem Gebiet die im Abschnitt B.4.1.1.1.2 definierten Breitbanddienste nachgefragt und angeboten werden.

100. Die Swisscom bietet ihr Produkt BBCS in der ganzen Schweiz an, während die ISP das Produkt ebenfalls auf dem gesamtschweizerischen Gebiet beziehen und zum Teil gesamtschweizerisch wieder verkaufen. Auch wenn gewisse ISP ihre Tätigkeit auf gewisse Regionen konzentrieren[16], gibt es keinen ISP, der seine Dienstleistungen nicht in der ganzen Schweiz anbietet.

101. Swisscom bringt in ihren Eingaben vom 27. März 2002 und wiederum am 17. Februar 2003 vor, die Wettbewerbsverhältnisse seien in Ballungszentren wesentlich anders als in Randregionen. In Ballungszentren seien mehrere Technologien verfügbar, welche die Wettbewerbsverhältnisse derart beeinflussen würden, dass eine nationale Marktabgrenzung der Realität nicht entsprechen würde. Es wird vor allem vorgebracht, der Internetzugang über Fernsehkabel sei in den Ballungszentren viel mehr verbreitet als in Randregionen, was die ADSL-Technologie vor allem dort einem erheblichen Wettbewerbsdruck aussetzen würde.

102. Innerhalb des räumlich relevanten Marktes müssen die Wettbewerbsverhältnisse eine gewisse Homogenität aufweisen. Ansonsten sind mehrere unterschiedliche räumlich relevante Märkte abzugrenzen und die Wettbewerbverhältnisse entsprechend zu beurteilen.[17] Im vorliegenden Fall sind jedoch die Hauptkonkurrenten der Swisscom nicht nur in den Ballungszentren tätig, wie im Jahr 2001, sondern überall in der Schweiz. Die Intensität der Wettbewerbsverhältnisse ist somit in der ganzen Schweiz in einer Weise ähnlich, dass eine differenzierte geografische Marktabgrenzung in verschiedenen Regionen keinen Sinn macht. Auch wenn es zutrifft, dass gewisse Alternativtechnologien wie WLL nur in Grossstädten verfügbar sind, sind diese so wenig verbreitet, dass dieser Umstand an der Homogenität der Wettbewerbsverhältnisse nichts zu ändern vermag.

103. Aus diesen Gründen ist von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

[16] Vgl. beispielsweise das Angebot von Ticino.com.
[17] Vgl. R. ZÄCH, in: SIWR V/2, Kartellrecht, p. 157.

B.4.1.1.3 Zwischenergebnis

104. Aus den oben genannten Gründen, ist von einem sachlich relevanten Markt für Breitbanddienste auf der Wholesale-Ebene auszugehen. Diese Ansicht teilte im Übrigen auch Swisscom in ihrer Eingabe vom 27. März 2002, bevor sie diese Marktabgrenzung insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 17. Februar 2003 bestritt.

B.4.1.2 Beurteilung der Marktstellung

105. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht. Im vorliegenden Fall ist insbesondere der Einfluss der Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt (Retail-Markt) abzuklären.

B.4.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

106. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

107. Auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste lässt sich feststellen, dass Swisscom über einen Marktanteil von fast 100% verfügt. Swisscom ist die einzige Anbieterin eines die ganze Schweiz umfassenden Angebots, welches den ISP offen steht. Ein entsprechendes Wholesale-Angebot ist bei keinem Kabelnetzbetreiber vorhanden. Allein die Tatsache, dass gewisse Kabelnetzbetreiber ihr Netzwerk einer begrenzter Anzahl ISP geöffnet haben, bedeutet noch nicht, dass ein Wholesale-Angebot besteht. Der Marktanteil der Swisscom von nahezu 100% ist im Jahr 2002 trotz des rasanten Wachstums der ADSL-Dienste in den letzten Jahren stabil geblieben.

108. Die ISP stellen im vorliegenden Fall die Marktgegenseite der Swisscom dar. Um die Kunden mit ihrem ADSL-Dienstleistungsangebot erreichen zu können, kommen für die ISP nur die Wholesale-Dienste der Swisscom in Frage. Andere Netzwerke wie Kabelnetze oder die Powerline-Technologie kommen zurzeit als Ausweichmöglichkeiten für die ISP ausser Betracht. Die ISP sind daher mangels anderer Angebote gegenüber der Swisscom in einer relativ schwachen Stellung.

109. Hinzu kommt, dass der schnell wachsende Markt der ADSL-Dienste der Swisscom eine noch grössere Kontrollmöglichkeit eröffnet. So kann sie ihre bereits existierende Führungsposition im Bereich der Breitbanddienste auf der Wholesale-Ebene zusätzlich verstärken.

110. Swisscom macht geltend, es gebe mehrere alternative Infrastrukturen, welche sich für die Erbringung von Breitbanddiensten auf der Wholesale-Ebene eignen, namentlich die Kabelnetzwerke, die Powerline-Technologie, die WLL, die Satelliten-Übertragung sowie den direkten Anschluss ans Netzwerk eines alternativen FDA. Entgegen die-

ser Ansicht ist festzuhalten, dass alle diese Technologien, mit Ausnahme der bereits behandelten Kabelnetz- und Powerline-Technologien, nur in sehr begrenztem Umfang als Substitute zu ADSL betrachtet werden können (vgl. oben Abschnitt B.4.1.1.1.1). Da diese Technologien auf der Endkundenebene aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszweckes keine Substitute darstellen, können sie auf Ebene Wholesale nicht substituierbar sein. Zudem sind die obgenannten Technologien für ein alternatives Netzwerk auf der Wholesale-Ebene auch nicht verfügbar. Im Übrigen wird der Einfluss anderer Technologien anschliessend im Rahmen der Analyse des potenziellen Wettbewerbs und des Einflusses des nachgelagerten Marktes berücksichtigt werden.

111. Abschliessend ist festzuhalten, dass die disziplinierende Wirkung des aktuellen Wettbewerbs auf das Verhalten von Swisscom beim Angebot von Breitbanddiensten auf der Wholesale-Ebene als gering bis nahezu inexistent einzustufen ist, da diese faktisch als einzige Anbieterin im Markt tätig ist.

B.4.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb

112. 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. Im Entscheid "Interkonnektionsverfahren diAx/Swisscom AG" (RPW 2001/2, S. 248 ff.) stellte die Weko fest, dass der Telekommunikationsmarkt durch eine rasante Entwicklung geprägt sei. Daher können Prognosen in diesem Bereich nur mit Vorsicht gemacht werden. In der Zwischenzeit hat sich jedoch der Markt so entwickelt, dass sich verschiedene Technologien wie ADSL oder CATV auf dem Markt etabliert haben, während sich die damals als zukunftsträchtig betrachteten Technologien nicht wirksam etablieren konnten. Letzteres trifft beispielsweise für Powerline und WLL zu. Trotz einer gewissen Unsicherheit aufgrund des rasanten Wachstums in der Branche sind heute Prognosen einfacher als vor ein paar Jahren.

113. 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, grösseren Unternehmen, da ihnen die Abnehmer nur sehr beschränkt ausweichen können.

114. Damit ein Marktzutritt erfolgreich sein kann, braucht es im Bereich der Breitbanddienste ein bestehendes Netzwerk. Solche Netz-

werke werden zurzeit von den Fernsehkabelunternehmen betrieben. Daher gilt es abzuklären, ob die Kabelnetzwerke eine hinreichende potenzielle Konkurrenz zu Swisscom darstellen. Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass ein Wholesale-Angebot auf Kabelnetzen technisch möglich ist. Die Unmöglichkeit eines solchen Angebots wird von den Kabelnetzbetreibern nicht geltend gemacht. Und Erfahrungen im Ausland zeigen, dass dieser Konkurrenzdruck unter Umständen möglich ist.

115. Am 31. Dezember 2001 gab es in der Schweiz insgesamt 444 Kabelnetzbetreiber, die 2'671'330 Anschlüsse bedienten (Quelle: Swisscable). 259 dieser Netzbetreiber waren Mitglieder des Branchenverbands Swisscable. In der Schweiz sind zirka 85% der Haushalte an Kabelnetze angeschlossen. Von den gesamten Anschlüssen waren zirka 2'000'000 internettauglich, von denen waren am 31. März 2003 zirka 290'000 effektiv für Breitbanddienste in Anspruch genommen.[18] Die Firma Cablecom GmbH betrieb alleine [...] Anschlüsse, wovon [...] internettauglich und per Ende November 2002 zirka [...] effektiv benutzt waren. Cablecom hielt damals einen Marktanteil von zirka [40-50]%. Die verbleibenden [50-60]% teilten sich die anderen Kabelnetzbetreiber, wovon nur zehn mehr als 22'000 Kunden und eine Vielzahl von Kabelnetzbetreibern eine sehr kleine Anzahl Kunden (weniger als 10'000) bedienten. Im Vergleich dazu ist die von Swisscom eingesetzte ADSL-Technologie auf zirka 3,8 Millionen Telefonanschlüssen verfügbar, was einer Abdeckung von 95% der Schweizer Bevölkerung entspricht. Wegen des zurzeit sehr stark wachsenden Marktes ist davon auszugehen, dass die Zahl der effektiven Kunden rasch steigen wird. Die Zahl der breitbandfähigen Anschlüsse wird dagegen mehr oder weniger stabil bleiben, auch wenn eine gewisse Zunahme aufgrund der laufenden Investitionen von Swisscom und den Kabelnetzbetreibern nicht auszuschliessen ist. Auch wenn mittels CATV wesentlich weniger Anschlüsse erreichbar sind, würde die Einführung eines Wholesale-Angebots auf diesen Netzen einen nicht zu unterschätzenden Wettbewerbsdruck auf die Swisscom erzeugen. Daher ist nachfolgend die Wahrscheinlichkeit der raschen und erfolgreichen Einführung eines solchen Produktes zu prüfen. Zu bemerken ist jedoch, dass kein Kabelnetzbetreiber in der Lage ist, ein schweizweites Wholesale-Angebot anzubieten, das konkurrenzfähig wäre zum Wholesale-Angebot der Swisscom.

[18] Swisscable, Die Kabelfernsehnetze in Zahlen, abrufbar unter www.swisscable.ch.

116. Mit einem Marktanteil von [40-50]% ist Cablecom mit Abstand der grösste Kabelnetzbetreiber in der Schweiz. Die Einführung eines Wholesale-Angebots auf den Kabelnetzen ohne die Teilnahme von Cablecom würde die Wirksamkeit dieses Angebots wesentlich schwächen. Laut eigenen Angaben sieht Cablecom aber zurzeit davon ab, ein solches Angebot einzuführen. Zur Begründung dieser Entscheidung werden infrastrukturelle und organisatorische Gründe genannt. Die Einführung eines Wholesale-Angebots seitens der Cablecom ist daher in naher Zukunft nicht zu erwarten.

117. Abzuklären ist ebenfalls die Wirkung der Einführung eines Wholesale-Angebots der übrigen Kabelnetzbetreiber, die zusammen [50-60]% des Marktes ausmachen. Wie oben aufgezeigt wurde, bedienen diese mehr als 400 Unternehmen zusammen zirka 1,4 Millionen Kunden, was eine durchschnittliche Kundenzahl von zirka 3'300 Kunden pro Unternehmen ergibt. Allerdings bestehen grosse Unterschiede. Obwohl die grosse Mehrheit dieser Unternehmen ihre Interessen im Rahmen des Branchenverbandes Swisscable vertreten lässt und gewisse Netzbetreiber ein Internet-Angebot gemeinsam offerieren, treten sie immer noch alleine auf dem Markt auf. Diese völlig zersplitterte Marktstruktur, die sich innerhalb der nächsten Jahre kaum verändern wird, hat zwei Folgen:

118. Einerseits hätte die Einführung eines Wholesale-Angebots von einem einzigen oder von wenigen Netzbetreibern kaum Auswirkungen auf den Wettbewerb, da mit einem solchen Angebot nur eine sehr begrenzte geografische Abdeckung erreicht werden könnte. Ein gemeinsames Auftreten mehrerer Kabelnetzbetreiber zur Einführung eines flächendeckenden oder geografisch bedeutsamen Wholesale-Angebots ist daher als eher unwahrscheinlich zu betrachten.

119. Andererseits, selbst wenn ein solches flächendeckendes Angebot entstehen könnte, wäre dies nur mit erheblichen Kosten sowohl für die Netzbetreiber als auch für die ISP verbunden. Der ISP müsste sich mit einem so genannten Point of Presence (PoP) praktisch an jedes Kabelnetz, das er bedienen möchte, anschliessen. Dies bedingt erhebliche Investitions- und Transaktionskosten, welche mit der Wholesale-Lösung von Swisscom gespart werden können.

120. Im Weiteren können die Kabelnetzbetreiber wesentlich weniger Kunden erreichen als die Swisscom, da sie lediglich zirka 2 Millionen Anschlüsse betreiben, während Swisscom zirka 3,8 Millionen bedienen kann. Die Zahl der von den Kabelnetzbetreibern betriebenen Anschlüsse könnte in den kommenden Jahren nur unter der Voraussetzung steigen, dass die Kabelunternehmen erhebliche Investitionen tätigen. All diese Einschränkungen deuten darauf hin, dass ADSL für den Endkunden eine höhere Attraktivität als CATV aufweist. Diese Annahme wird durch Statistiken unterstützt, die nachweisen, dass ADSL

eine bedeutend höhere Wachstumsrate als CATV hat[19]. Wegen des "first mover advantage" der CATV-Anbieter, welche früher als ADSL-Anbieter auf dem Markt aktiv wurden, waren am 31. Dezember 2002 zwar immer noch mehr Kunden durch CATV am Internet angeschlossen als mit ADSL. Die Lage hat sich jedoch gegenwärtig umgekehrt.

121. Insgesamt ist also festzuhalten, dass die Einführung eines Konkurrenzangebots auf der Wholesale-Ebene entweder nicht in nächster Zeit oder zumindest nicht erfolgreich zu erwarten ist. Daher ist der potenzielle Wettbewerb der Kabelnetzbetreiber als äusserst gering einzustufen.

122. Weiter erwähnt Swisscom als potenzielle Konkurrentin die Powerline-Technologie, welche die Datenübertragung auf den bestehenden Elektrizitätsnetzwerken erlaubt (vgl. oben, Rz. 84). Auch wenn diese Technologie geeignet scheint, ADSL zu substituieren, befindet sie sich immer noch in einer Entwicklungsphase. Zurzeit wird sie nur auf einem Teil des Gebiets der Freiburger Elektrizitätswerke (FEW) eingesetzt. Ihre Ausdehnung ist mit erheblichen Investitionen für die Ausrüstung des Elektrizitätsnetzwerks verbunden. Hinsichtlich der Marktstruktur erzeugt namentlich die augenfällige Zersplitterung des Marktes in eine Vielzahl von kleinen, lokalen Unternehmen dasselbe Problem, mit welchem sich wie erwähnt auch der CATV-Markt konfrontiert sieht. Diese Technologie scheint also auch nicht geeignet, innerhalb von ein oder zwei Jahren einen bedeutenden Wettbewerbsdruck auf ADSL auszuüben.

123. Swisscom erwähnt weitere Technologien, die eine potenzielle Konkurrenz zu ADSL darstellen sollen. Es handelt sich um die Datenübertragung über Satelliten und, wie bereits erwähnt, um WLL (vgl. Rz. 85). Obwohl diese Technologien aufgrund ihrer bestehenden Charakteristiken nicht zum relevanten Markt gehören, ist die Wahrscheinlichkeit eines raschen Markzutritts aufgrund sich entwickelnder Bedingungen zu klären.

124. Mittels der Satellitenübertragungs-Technologie sind die ISP offenbar in der Lage, ihre Kunden zu erreichen. Wie oben dargelegt, ist aber diese Technologie wegen ihren hohen Kosten für den Endkunden heute wie auch in Zukunft nur begrenzt in der Lage, einen wirksamen Wettbewerbsdruck auf ADSL zu erzeugen.

125. WLL ist ebenfalls nicht geeignet, auf dem Wholesale- oder Retail-Markt eine potenzielle Konkurrenz darzustellen. Zum einen ist diese Technologie in erster Linie auf Geschäftskunden ausgerichtet, zum anderen ist sie zurzeit nur in gewissen Ballungsgebieten verfürbar, und

[19] Vgl. die Fernmeldestatistik 2002 des BAKOM, abrufbar unter www.bakom.ch.

dies nur auf der Retail-Ebene. Nach der relativ hoffnungsvollen Verteilung der WLL-Lizenzen hat eine Phase der Restrukturierung stattgefunden, welche zur Folge hatte, dass nur noch ein Anbieter auf dem Markt verblieben ist. Die Erwartungen hinsichtlich einer schnellen Entwicklung der WLL haben sich kaum verwirklicht. Dies wird sich in den folgenden Jahren mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht ändern.

126. WLAN wird von Swisscom als weitere potenzielle Konkurrenztechnologie angesehen. WLAN ist jedoch nicht als tatsächliches Substitut sondern eher als Ergänzung zu ADSL (vgl. dazu Rz. 88) zu betrachten.

127. UMTS als weitere potenzielle Konkurrenztechnologie zu ADSL von Swisscom soll in den kommenden Monaten auf dem Schweizer Markt eingeführt werden. Allerdings wird UMTS kaum in der Lage sein, einen nennenswerten Druck auf ADSL auszuüben. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die Preisgestaltung mit grosser Wahrscheinlichkeit wesentlich von ADSL unterscheiden wird, und dass die Betreiber von UMTS-Netzen kein Wholesale-Angebot unterbreiten werden.

128. Da Marktzutritte von den erwähnten neuen Technologien (Satellit, WLAN, UMTS und WLL) auf Ebene Retail kaum zu erwarten sind, erübrigt sich in diesem Fall eine weiter gehende Überprüfung von Marktzutritten auf der Wholesale-Ebene.

129. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass trotz der zahlreichen Unsicherheiten in Zusammenhang mit der Entwicklung des Marktes für Breitbanddienste die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutrittes, der die Swisscom rasch und wirksam einem Wettbewerbsdruck aussetzen würde, als gering einzustufen ist. Solange nicht mit einer gewissen Sicherheit feststeht, dass mit ernst zu nehmenden Marktzutritten zu rechnen ist, wird das etablierte Unternehmen im Rahmen seiner Produktegestaltung diesen potenziellen Wettbewerb nur am Rande berücksichtigen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Wirkung des potenziellen Wettbewerbs nicht genügt, um Swisscom ein unabhängiges Verhalten zu verunmöglichen.

B.4.1.2.3 Einfluss des nachgelagerten Marktes

130. In diesem Kapitel ist zu überprüfen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt[20] disziplinierende Einflüsse auf den entsprechenden Grosskundenmarkt auszuüben vermögen. Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass gerade wegen der Präsenz der Fernsehkabelnetzbetreiber zwischen ADSL und CATV eine gewisse Konkurrenz auf dem Retail-Markt herrscht.

[20] Vgl. die Definition im Rz. 74.

131. Swisscom bringt in ihrer Stellungnahme vom 17. Februar 2003 vor, der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt verhindere ein unabhängiges Verhalten auf dem Wholesale-Markt. Dieses Vorbringen wird insbesondere durch die so genannte "Spiegelbildtheorie" unterstützt.[21] Nach dieser Theorie kann ein Unternehmen auf einem Beschaffungsmarkt nur marktbeherrschend sein, wenn es gleichzeitig auch auf dem Endkundenmarkt (Absatzmarkt) eine marktbeherrschende Stellung innehat. Wegen der von den Kabelnetzbetreibern ausgeübten Konkurrenz würde es an einer solchen marktbeherrschenden Stellung auf dem Endkundenmarkt fehlen, und eine Marktbeherrschung auf dem Wholesale-Markt wäre somit auszuschliessen.

132. Dem Argument der Swisscom ist entgegenzuhalten, dass diese "Spiegelbildtheorie" in Fällen von Nachfragemacht, insbesondere im Bereich der Grossverteilung, entwickelt wurde und allenfalls dort anwendbar ist. Im vorliegenden Fall ist keine Nachfragemacht festzustellen sondern vielmehr eine Angebotsmacht. Swisscom bietet den ISP gegen Entgelt eine Dienstleistung an, welche ihnen erlaubt, ihre Kunden zu erreichen und die ADSL-Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen. In diesem Sinne ist die Leistung der Swisscom mit den Diensten der Post vergleichbar, die eine Zeitung an ihre Abonnenten verschickt. Im Gegensatz zu einem Verteiler von Waren oder Dienstleitungen (beispielsweise Migros oder Coop) bestimmt die Swisscom weder die Menge noch den Preis der von den ISP erbrachten Produkten. Diese Produkte werden ebenfalls von den ISP selber, also nicht von der Swisscom, an den Kunden vertrieben. In diesem Fall ist daher die Spiegelbildtheorie nicht anwendbar, weil es sich, wie im oben genannten Beispiel erläutert, um einen Fall von Angebotsmacht der Swisscom handelt.

133. Dennoch ist der Einfluss des nachgelagerten Marktes abzuklären, allerdings nicht anhand der Spiegelbildtheorie. Es ist festzuhalten, dass Swisscom durchaus ein Interesse hat, sich gegen die Angebote der Kabelnetzbetreiber zu behaupten, damit ihre Investitionen so rasch wie möglich amortisiert werden können. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass sie in der Festlegung der Preise ihres Wholesale-Angebots nicht völlig frei sein kann. Aus folgenden Gründen ist jedoch zu verneinen, dass die auf der Retail-Ebene ausgeübte Konkurrenz der Kabelnetzbetreiber eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom auf der Wholesale-Ebene verhindern kann.

[21] Vgl. RPW 1997/3, S. 380 ff.; R. ZÄCH, in: SIWR V/2, S. 179; E. CLERC, in: Commentaire romand, S. 240.

134. Wie oben dargestellt, ist die Swisscom mit ihrer Tochtergesellschaft Bluewin auf dem Retail-Markt für Breitbanddienste vertreten. Mit einem Anteil von mehr als 50% der ADSL-Anschlüsse ist Bluewin bei weitem Marktführerin unter den Anbietern von ADSL-Dienstleistungen. Aufgrund dieser besonderen Stellung der Bluewin ist Swisscom überhaupt in der Lage, einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Endkundenpreise auszuüben.

135. Es ist davon auszugehen, dass Bluewin in kurzer Zeit die grösste Anbieterin von Breitbanddiensten in der Schweiz sein wird. Dies ist auf verschiedene Gründe zurückzuführen. Zum einen ist Bluewin wegen der Abdeckung des Swisscom-Netzwerkes in der Lage, eine weit grössere Anzahl Kunden zu erreichen. Während die Kabelnetzbetreiber in der Lage sind, zirka 2'000'000 Endkunden zu erreichen, haben zirka 3'800'000 Endkunden Zugang zur ADSL-Technologie. Dies bedeutet nicht nur, dass mehr Kunden erreicht werden können, sondern auch, dass im Falle einer Preiserhöhung der ADSL-Dienste weniger Kunden in der Lage wären, auf Fernsehkabel zu wechseln, als wenn die Kabelnetzbetreiber ihre Preise anheben würden. Mit Blick auf die Zukunft ist davon auszugehen, dass ADSL deswegen über einen erheblichen Vorteil profitiert.

136. Dieser Vorteil zeigt sich auch darin, dass ADSL im Vergleich zum CATV schneller wächst. Während ADSL auf Ende Juni 2002 zirka 105'000 Kunden hatte, zahlten die Kabelnetzbetreiber 190'000 Kunden. Ende Juni 2003 waren mehr als 340'000 Kunden mittels ADSL angeschlossen, was wesentlich höher als die Anzahl Internet-Anschlüsse über die Kabelnetze lag.[22] Wie sich bereits hier zeigt, hat die ADSL-Technologie die Marktführerschaft im Bereich Breitbanddienste bereits übernommen und wird diese mittelfristig wahrscheinlich auch noch ausbauen.

137. Weiterhin ist die Struktur der Kabelnetzbetreiber als Grund für ihre gegenüber ADSL relative Schwäche zu erwähnen. Obwohl der Verein der Kabelnetzbetreiber, Swisscable, auch im Marketing für den Anschluss über CATV tätig ist, treten die mehr als 400 Kabelnetzbetreiber immer noch selbstständig auf den Markt. Dies schwächt ihre Position im wesentlichem Masse gegenüber der Swisscom, welche ihre einheitliche Plattform selbstständig und schweizweit vermarkten kann.

138. Hinzu kommt, dass Bluewin zurzeit von der Finanzkraft der Swisscom profitiert. Dadurch kann sie sich erfolgreich auf dem Markt etablieren und eine gute Kundenbasis aufbauen.

[22] Vgl. Pressemitteilung der Swisscom vom 8. Juli 2003, abrufbar unter www.swisscom.com.

139. All diese Elemente sprechen dafür, dass Swisscom auch im Retail-Markt über eine nicht zu unterschätzende Marktmacht verfügt und somit dass der Einfluss der Kabelnetzbetreiber auf die Preisgestaltung der Swisscom im Wholesalemarkt als nicht sehr hoch einzustufen ist.

B.4.1.2.4 Zwischenergebnis

140. Aufgrund des mangelnden aktuellen sowie potenziellen Wettbewerbs und des ungenügenden Einflusses des nachgelagerten Marktes ist die Swisscom in der Lage, sich auf dem relevanten Markt von den anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten. Swisscom ist deshalb als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

B.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen

141. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ohne sachliche Gründe behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 KG). Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob Swisscom ihre Tochtergesellschaft Bluewin durch eine diskriminierende Rabattgestaltung oder eine Quersubventionierung unberechtigterweise bevorzugt und somit die anderen ISP in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (so genannter Behinderungstatbestand).

B.4.2.1 Diskriminierung durch die Rabattgestaltung

142. Wettbewerbsrechtlich ist grundsätzlich zwischen Treuerabatten und solchen Rabatten zu unterscheiden, welche ein Unternehmen bevorzugt, das sich auf dem nachgelagerten Markt befindet.

143. Treuerabatte entfalten eine gleichlautende Wirkung wie Abreden, nach welchen sich Abnehmer verpflichten, einen Teil oder die Gesamtheit ihrer Waren oder Dienstleistungen bei einem marktbeherrschenden Lieferanten zu beziehen. Reine Treuerabatte von marktbeherrschenden Unternehmen können als missbräuchlich betrachtet werden. Es sind aber immer die gesamten Umstände zu prüfen.[23]

144. Rabatte, welche ein Unternehmen, das sich auf dem nachgelagerten Markt befindet, unberechtigterweise bevorzugen (nachstehend "bevorzugende Rabatte"), sind dann unzulässig, wenn die Auslöseschwellen der verschiedenen Rabattstufen verbunden mit den Rabattsätzen dazu führen, dass der Vorteil des Rabatts oder des höheren

[23] Vgl. im schweizerischen Recht den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko) i.S. "PTT-Fachhändlerverträge", RPW 1998/4, S. 675; Im Recht der EG, vgl. Entscheid der Kommission i.S. "Virgin/British Airways", Abl L 30 vom 4.2.2000, S. 1 ff. sowie Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften i.S. "Michelin" I, Rs. 322/81, Slg. 1983, S. 3461 ff.

Rabattsatzes gewissen Marktpartnern vorbehalten wird, so dass ihnen ein nicht durch eine entsprechende Kostensenkung gerechtfertigter Vorteil zukommt.[24]

145. Im vorliegenden Fall ist die Weko nicht mit einem Treuerabatt konfrontiert. Das Verhalten der Swisscom äussert sich für die ISP nicht in der Verpflichtung, einen Teil oder die Gesamtheit ihrer Bedürfnisse an der Benutzung des Netzes der Swisscom bei der Swisscom zu beziehen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass zum einen die Rabattsätze nicht nach dem Anteil des Bezugs des ISP bei Swisscom bemessen werden, und zum anderen, dass die ISP praktisch keine Ausweichmöglichkeit haben. Ein Treuerabatt hätte daher keinen Sinn. Die Rechtsprechung der REKO/WEF und die entsprechende Praxis der europäischen Gerichte finden hier keine Anwendung. Vielmehr handelt es sich im vorliegenden Fall um einen bevorzugenden Rabatt.

146. Bevorzugende Rabatte sind dann missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG und als unzulässig zu betrachten, wenn die Auslöseschwellen der verschiedenen Rabattstufen verbunden mit den Rabattsätzen dazu führen, dass der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes gewissen Marktpartnern vorbehalten wird, so dass ihnen ein nicht durch eine entsprechende Kostensenkung gerechtfertigter Vorteil zukommt. Durch solche Rabatte werden die Konkurrenten des bevorzugten Unternehmens in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert.

147. Nachstehend ist zu prüfen, ob der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes effektiv einem oder mehreren bestimmten Unternehmen auf dem relevanten nachgelagerten Markt vorbehalten wird. Ausserdem ist zu prüfen, ob dieser Rabatt durch das Tätigkeitsvolumen dieses Unternehmens oder durch Skalenerträge zu rechtfertigen ist und ob die Konkurrenten tatsächlich in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert worden sind.

148. Am 1. März 2002 kam Bluewin wegen ihrer [> 20'000] Kunden in den Genuss eines Rabattsatzes von 20% (vgl. Tabelle 2, Rz. 33). Die zweitgrösste Anbieterin von ADSL-Dienstleistungen war TDC Switzerland mit [...] Kunden, was ihr einen Rabatt von nur 7% bescherte. Andere Anbieter kamen nur in den Genuss von Rabatten zwischen 0% und 5%.

[24] Vgl. den Entscheid des Gerichthofs der Europäischen Gemeinschaften i.S. "Portugiesische Flughäfen", Rs. C-163/99, Slg. 2001, S. I-2613 ff.

149. Im April 2002 trafen sich die ISP mit der Swisscom anlässlich einer so genannten "ISP Roundtable". In diesem Rahmen wurde ein Vertragszusatz unterschrieben, wonach ein zusätzlicher Rabatt von 13% zugesichert wurde. Dieser Umstand vermag jedoch an der Lage nichts zu ändern, denn es war mit gewissen Bedingungen verbunden, wovon insbesondere diejenige hervorzuheben ist, wonach der Rabatt nur bei einem gewissen Zuwachs der Kundenzahl gewährt würde. Dieser Zuwachsrabatt blieb für die ISP ohne Wirkung.

150. Das Vorbringen der Swisscom, wonach andere ISP die Zahl von 20'000 Kunden angesichts des rasanten Wachstums des ADSL-Marktes innerhalb kürzester Zeit hätten erreichen können, ist nicht stichhaltig. Die Entwicklung der ADSL-Abonnenten hat gezeigt, dass der zweitgrösste ADSL-Anbieter, TDC Switzerland, diese Zahl erst [...] erreichen konnte. Dies wurde dadurch begünstigt, dass der durch den Rabatt verursachte Preisunterschied aufgrund der vorsorglichen Massnahmen abgeschafft wurde. Ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen liegt die Vermutung nahe, dass kein anderer ADSL-Anbieter die Zahl von 20'000 Kunden vor Ende 2002 oder überhaupt jemals erreicht hätte. Aus Abbildung 3 lässt sich ersehen, wie sich der Markt ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die Weko entwickelt hätte.

151. Damit wird veranschaulicht, dass einzig Bluewin in der Lage war, ihre Preise zu senken. Sie konnte aufgrund des hohen Rabattes von einem bedeutenden Wettbewerbsvorteil profitieren. Der Vorteil des Rabatts war effektiv Bluewin vorbehalten.

152. Rabatte lassen sich wettbewerbsrechtlich nicht beanstanden, wenn sie durch das Tätigkeitsvolumen des Unternehmens oder durch Skalenerträge gerechtfertigt werden können. Solche Rechtfertigungsgründe sind demnach mit einer Kostensenkung beim marktbeherrschenden Unternehmen verbunden. Skalenerträge treten auf, wenn die durchschnittlichen Kosten mit der zunehmenden Anzahl der an einen gewissen Kunden gelieferten Waren oder Dienstleistungen abnehmen. Dies ist der Fall, wenn die Kostenstruktur des Unternehmens von bedeutenden Fixkosten geprägt ist, was im vorliegenden Fall zutrifft. Diese Fixkosten müssen ausserdem mit der zunehmenden Menge gelieferter Waren oder Dienstleistungen an einen bestimmten ISP abnehmen. Nachstehend ist zu prüfen, ob die Kosten der gelieferten ADSL-Leitung an einen bestimmten ISP in Zusammenhang mit der zunehmenden Anzahl Endkunden dieses ISP abnehmen.

153. Wie vorne unter Randziffer 15 bis 25 dargestellt wurde, treten unter den Kostenposten der Swisscom für den Betrieb des BBCS Skaleneffekte, die in Zusammenhang [...] auf. Skaleneffekte, welche in anderen Bereichen der BBCS-Plattform festzustellen sind, sind [...]. Der Beitrag solcher Skaleneffekte zur Minderung der Gesamtkosten ist wettbewerbsrechtlich nicht an dieser Stelle abzuklären, sondern könnte als

sachlicher Rechtsfertigungsgrund (legitimate business reason) angesehen werden (vgl. Abschnitt B.4.2.3 unten).

154. Gemäss Angaben der Swisscom ist davon auszugehen, dass die Kosten für Vertrieb, Marketing, Administration und Verwaltung, welche die Marketing- und Billingkosten enthalten, im Oktober 2001 CHF [...], im April 2002 CHF [...] und im Oktober 2002 CHF [...] betrugen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Zahlen die Kosten des Endkunden- sowie des ISP-Anschlusses umfassen. Sie entsprechen jeweils [...] und [...] der Gesamtkosten des BBCS.

155. [...] (vgl. Rz. 22). Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Investitionen im Vergleich zu den anderen Bereichen sehr gering sind. Die Kosten werden durch den Einsatz neuer Technologien laufend vermindert. Dazu kommt, dass die ISP für ihren ersten Anschluss ans Netzwerk der Swisscom einen Betrag von CHF 55'000.- bezahlen müssen. Auch wenn Skalenerträge mit der wachsenden Anzahl Endkunden eines bestimmten ISP auftreten, sind diese zu relativieren. Durch das Wachstum des ISP muss die Infrastruktur hinsichtlich der Kapazität zum Anschluss des ISP ans Netzwerk der Swisscom laufend angepasst werden. Dies verursacht zusätzliche Kosten.

156. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Kosten des BBCS mit der zunehmenden Anzahl Kunden eines ISP nur in sehr geringem Masse abnehmen. Skaleneffekte bestehen daher in diesem Bereich kaum. Rabatte bis zu 20% beim Access beziehungsweise bis 25% bei der Connectivity können aus diesen Gründen nicht anhand des Vorliegens von Skaleneffekten begründet werden.

157. Es bleibt zu prüfen, welche Wirkungen diese Rabattgestaltung auf den Wettbewerb entfaltet. Dies lässt sich anhand der Entwicklung der Kundenzahl jedes ISP bemessen.

158. Im März 2002 war Bluewin wegen des Rabatts in der Lage, die Endkundenpreise ihrer ADSL-Dienstleistungen zu senken (vgl. Rz. 35). Dies brachte ihr einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten. Diese hätten ihre Dienstleistungen möglicherweise unter dem Einstandspreis verkaufen müssen, um konkurrenzfähige Preise zu offerieren. Aus Tabelle 3 wird ersichtlich, dass sich dieser Wettbewerbsvorteil auch in der Marktentwicklung wiederspiegelte. Ab März 2002 erhöhte Bluewin bis zum Inkrafttreten der von der Weko erlassenen vorsorglichen Massnahmen laufend und erheblich ihren Marktanteil. Im Gegensatz dazu erhöhten ihre Konkurrenten die Kundenzahlen langsamer als vor dem 1. März 2002. Aufgrund des Erlasses vorsorglicher Massnahmen durch die Weko hat sich diese Entwicklung geändert. Auch lassen sich die tieferen Preise von Bluewin mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht durch eine bessere Effizienz dieses Unternehmens rechtfertigen: Als nämlich die Preise des BBCS durch die vorsorglichen Massnahmen auf ein gleiches Niveau für alle ISP gesetzt

wurden, konnten alle ISP ihre Preise auf ein ähnliches Niveau wie Bluewin senken.

159. Durch die Senkung des Preises der Breitbanddienste der Bluewin und durch die Ungleichbehandlung der alternativen ISP gegenüber Bluewin konnte Swisscom die Kosten der Konkurrenten der Bluewin wesentlich erhöhen. Dadurch wurde der wirksame Wettbewerb zwischen Bluewin und den ISP behindert. Damit ist aufgezeigt, dass die Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste missbräuchlich ausnutzte, um die Konkurrenten der Bluewin in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern. Dieses Verhalten ist kartellrechtlich unzulässig, sofern es sich durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen lässt.

B.4.2.2 Quersubventionierung von Bluewin

160. Quersubventionierung liegt vor, wenn ein Unternehmen Erträge aus einem Bereich benutzt, um auf einem anderen Markt die Verluste eines anderen Dienstes abzudecken.[25] Ein solches Verhalten ist in der Regel kartellrechtlich unbedenklich. Es kann aber als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert werden, wenn die Erträge aus einem Monopolbereich die Verluste eines nachgelagerten Dienstes abdecken, welcher ein strukturelles Defizit aufweist. Damit ist gemeint, dass die Einnahmen dieses Dienstes auf Dauer die eigenen Grenzkosten nicht decken, und dass dieses Defizit durch die zusätzlichen Erträge aus dem Monopolbereich kompensiert werden muss.[26] Es ist nicht erforderlich, dass die nachgelagerten Dienste von Anfang an rentabel sind. Vorübergehende Verluste für Investitionen in der Aufbauphase sind durchaus erlaubt. Solche Dienste müssen aber auf Dauer zumindest selbsttragend sein. Wann genau der so genannte "Break-even" eintritt, ist indessen nicht relevant. Es muss lediglich feststehen, dass er in absehbarer Zukunft zu erwarten ist.

161. Für eine prospektive Beurteilung des Tatbestands der Quersubventionierung ist die Wettbewerbskommission auf die Auswertung von Dokumenten der Bluewin angewiesen, welche Auskunft über die Strategie dieses Unternehmens geben, insbesondere den Business Plan. Deren Würdigung stellt naturgemäss auf eine Vielzahl von Prognosen und Annahmen ab und ist mit den damit verbundenen Unsicherheiten behaftet. Ob ein Geschäft auf Dauer selbstragend ist, kann mit Sicherheit erst retrospektiv festgestellt werden. Im vorliegenden Fall ist deshalb eine prospektive Analyse durchzuführen. Diese erfordert eine Zukunftsprognose über die voraussichtlichen Ergebnisse der Bluewin und

[25] Vgl. RPW 1997/2, S. 168.
[26] Vgl. Verfügung der europäischen Kommission vom 20. März 2001 i.S. Deutsche Post AG.

deren künftigen Entwicklung. Bei diesen künftigen Tatsachen läuft der Beweis auf eine Einschätzung künftiger Entwicklungen hinaus. Das kann nur aufgrund von Sachkunde, Erfahrungswissen oder Erfahrungssätzen geschehen.[27]

162. Nachstehend wird abgeklärt, ob die Erbringung von ADSL-Diensten durch Bluewin zukünftig einmal rentabel sein kann. Um diese Frage zu beantworten, ist der Business Plan der Bluewin eingehend zu analysieren. Es ist jedoch zu bemerken, dass der Markt für ADSL-Dienstleistungen sich in einer starken Wachstumsphase befindet, was zusätzliche Unsicherheiten mit sich bringt. Die Wahrscheinlichkeit, dass diese Zahlen aufgrund einer wesentlichen Änderung der Umstände in einigen Monaten nicht mehr gelten, ist zu berücksichtigen.

163. Ebenfalls anzumerken ist, dass der Weko von Bluewin zwei Business Pläne aus verschiedenen Jahren zugestellt worden sind, welche in ihren Prognosen nicht übereinstimmen. Der Business Plan 2003 wurde anhand der im Jahre 2002 gesammelten Markterfahrungen entsprechend angepasst. Gewisse Kostenposten sind jedoch von variablen in Fixkosten umgewandelt worden, was einen Einfluss auf das Endergebnis hatte. Im Zweifelsfall ist die Weko von den höchsten Kosten beziehungsweise von den geringsten Einnahmen ausgegangen.

164. Der Business Plan der Bluewin stellt insbesondere auf folgende Faktoren ab: Kundenzahl (segmentiert nach Produkt), Einnahmen aus Abonnementen sowie Anschluss- oder Migrationgebühren, Kosten für BBCS (Access und Connecti-vity). Ausserdem bezieht er sich auf folgende Kostenposten: Anschluss ans Internet (IP-Plus), Marketing & Verkauf, Betrieb & Plattformen, Dienstleistungen, Billing & Inkasso. Diese Faktoren sind nachstehend näher zu umschreiben.

165. Hinsichtlich der Kundenzahl geht die Bluewin von einem linearen Zuwachs von zirka [...] Kunden pro Jahr aus. Ende 2005 würde die Bluewin dementsprechend zirka [...] Kunden zählen. Angesichts der Marktentwicklung im letzten Jahr erscheint diese Annahme für die Weko als plausibel und kann für die Berechnungen übernommen werden.

166. Was die Einnahmen aus ADSL-Dienstleistungen anbelangt, unterscheidet die Bluewin zwischen Einnahmen aus Abonnementen (Subscription) und Einnahmen aus Anschluss oder Migration (Setup & Migration). [...].

167. Hinsichtlich der Kosten für BBCS [...].

[27] F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 273.

168. Die Kosten von Bluewin für den Anschluss ans Internet (IP-Plus), welcher ihr erlaubt, als ISP tätig zu sein, sind im Business Plan 2002 als variable Kosten und im Business Plan 2003 als Fixkosten aufgeführt worden. Der Grund dieser Änderung ist der Weko nicht bekannt. Die Qualifikation dieser Kostenpunkte als Fixkosten ist indessen relevant, weil mit der Erhöhung der gesamten Anzahl Kunden eine grössere Senkung der Durchschnittskosten pro Endkunde erfolgen würde. Deshalb ist davon auszugehen, dass die IP-Plus Kosten als variable Kosten zu betrachten sind.

169. Die bereits erwähnten Kosten wie Marketing & Verkauf, Betrieb & Plattformen, Dienstleistungen sowie Billing & Inkasso sind dem Business Plan zu entnehmen. In der Regel handelt es sich um Fixkosten. Eine Ausnahme bilden Billing & Inkasso, welche mit der zunehmenden Anzahl Endkunden ebenfalls steigen und deshalb als variable Kosten zu betrachten sind.

170. Zusammenfassend lässt sich dieser Business Plan, wie er von den Wettbewerbsbehörden überarbeitet wurde, wie folgt darstellen:

Tabelle 3: Business Plan Bluewin

	2002	2003	2004	2005
Kundenzahl	[...]	[...]	[...]	[...]
Einnahmen	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]				
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Total der Kosten	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

171. Der obigen Tabelle ist zu entnehmen, dass das ADSL-Geschäft von Bluewin [...] Gewinn bringend sein sollte. Auch wenn diese Zahlen mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind, zeigen sie, dass Bluewin in Zusammenhang mit der Erbringung von ADSL-Diensten mit grosser Wahrscheinlichkeit kein strukturelles Defizit aufweist. Es ist somit da-

von auszugehen, dass keine unzulässige Quersubventionierung von Bluewin vorliegt.

172. Wegen der oben erläuterten Unsicherheiten in Zusammenhang mit dem Business Plan ist jedoch davon auszugehen, dass je nach Entwicklung des Marktes eine Quersubventionierung von vornherein nicht ausgeschlossen werden kann. Um sicherzustellen, dass eine solche Quersubventionierung nicht vorkommt, behält sich die Weko ausdrücklich vor, die Ergebnisse des Profit Center ADSL der Bluewin regelmässig zu verlangen. Damit wird die Weko überprüfen können, ob tatsächlich keine unzulässige Quersubventionierung vorliegt.

B.4.2.3 Vorliegen sachlicher Gründe

173. Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen sind nur dann unzulässig, wenn sie Konkurrenten behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen und sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Als sachliche Gründe kommen insbesondere kaufmännische Grundsätze in Betracht. Als sachliche Gründe macht die Swisscom ihre Kostenstruktur sowie den angeblich harten Infrastrukturwettbewerb mit den Kabelnetzbetreibern geltend.

174. Die Kostenstruktur der Swisscom in Zusammenhang mit [...].

175. Weiter soll die Rabattgestaltung des BBCS dazu dienen, für die ISP einen Anreiz zu schaffen, alles zu unternehmen, um sich gegen die Kabelnetzbetreiber behaupten zu können. Diejenigen ISP, die sich besser als andere behaupten können, sollen dafür entsprechend belohnt werden.

176. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob die Rabattgestaltung für das Produkt BBCS für die ISP einen wirksamen Anreiz darstellen konnte, innert kürzester Zeit möglichst viele Kunden zu akquirieren. Dies würde zur Senkung der Durchschnittskosten und schliesslich zum Erfolg von ADSL beitragen. Diese Argumentation ist im vorliegenden Fall zu verwerfen. Für die Wettbewerbskommission ist nicht nachvollziehbar, wie ein Rabatt, von dem im Wesentlichen nur ein einziger Kunde profitieren kann, geeignet sein soll, andere Kunden zur möglichst schnellen und umfangreichen Akquisition zu ermuntern. Wenn es der Rabatt diesem bevorzugten Kunden erlaubt, Endpreise festzusetzen, die wesentlich unter dem Einstandspreis seiner Konkurrenten liegen, so lässt das darauf schliessen, dass es nicht um eine reine Anreizschaffung zur Kundenakquisition handelt. In diesem Fall bewirkt der Rabatt nämlich ausschliesslich die Behinderung der anderen ISP.

177. Aus diesen Gründen kommt die Weko zum Schluss, dass sich die Verhaltensweisen der Swisscom durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen lassen.

B.4.3 Ergebnis

178. Demnach ist erstellt, dass die Rabattgestaltung der Swisscom in Zusammenhang mit dem Produkt BBCS eine Diskriminierung darstellt, die von der Swisscom aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste gegenüber den ISP erzwungen wird. Mangels sachlicher Gründe ist die Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 KG missbräuchlich und damit unzulässig. Die Rabattgestaltung der Swisscom ist daher in Zusammenhang mit dem Produkt BBCS zu untersagen.

179. Eine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin durch die Swisscom konnte hingegen nicht festgestellt werden. Anhand der Tatsache, dass sich diese Feststellung durch das rasante Wachstum des ADSL-Marktes in naher Zukunft ändern kann, behält sich die Wettbewerbskommission ausdrücklich vor, jederzeit zu prüfen, ob eine unzulässige Quersubventionierung der Bluewin vorliegt.

C. Kosten

180. 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 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatinnen.

181. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Dagegen besteht eine Gebührenpflicht, wenn eine Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546, E. 6.1). Im vorliegenden Fall sind daher die Verfügungsadressatinnen unter solidarischer Haftung gebührenpflichtig.

182. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung 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 KG-Gebührenverordnung).

183. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

184. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu

erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom AG mittels Swisscom Fixnet AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Es wird festgestellt, dass die Swisscom AG mittels Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 missbrauchte, indem sie mittels Rabattgestaltung in Zusammenhang mit ihrem Produkt BBCS die ISP gegenüber Bluewin diskriminierte.

3. Der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG wird untersagt, die Rabattgestaltung des Produktes BBCS im Sinne von Ziffer 2 in den bestehenden Verträgen mit den ISP oder anderweitig durchzusetzen.

4. Die Swisscom AG respektive die von ihr kontrollierten Gesellschaften werden verpflichtet, während zwei Jahren ab Rechtskraft dieser Verfügung alle Änderungen der Preis- und Rabattgestaltung des Produkts BBCS vorgängig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mitzuteilen.

5. Die Swisscom Fixnet AG wird verpflichtet, die ISP, die das Produkt BBCS beziehen, über den Inhalt dieses Dispositivs innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils zu informieren.

6. Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 3 bis 5 dieses Dispositives können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

7. [Kosten]

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]

B 2.2	**2. ErfahrungsMedizinisches Register (EMR): Eskamed AG**

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 26. April 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend ErfahrungsMedizinisches Register: Eskamed AG wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

Die im Jahre 2002 eröffnete Untersuchung hatte zum Ziel herauszufinden, ob das durch die Eskamed AG im Auftrag von mehreren Krankenversicherern eingeführte ErfahrungsMedizinisches Register (EMR) das Kartellgesetz verletzt. Es wurde untersucht, ob die Eskamed AG eine marktbeherrschende Position innehatte und diese auch missbrauchte, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behinderte oder die Marktgegenseite benachteiligte (Art. 7 Abs. 1 KG). Das Register stellt eine private Regelung auf dem Markt für Komplementärmedizin dar. Im Verlaufe der Untersuchung wurden die von der Wettbewerbskommission aus wettbewerbsrechtlicher Sicht beanstandeten Verhaltensweisen durch die Eskamed AG angepasst. Das Verfahren wurde eingestellt.

L'enquête ouverte en 2002 avait pour but de déterminer si le système RME, mis sur pieds par Eskamed AG sur mandat d'un certain nombre d'assureurs, violait la loi sur les cartels. Il s'agissait de déterminer si Eskamed AG avait une position dominante et elle en abusait en entravant l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou à son exercice, ou désavantageant les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Ce registre constitue une réglementation privée du marché de la médecine alternative. Au cours de l'enquête de la Comco, les comportements qui auraient pu être problématiques d'un point de vue de la concurrence ont été corrigés par Eskamed AG. L'enquête a été clôturée sans suite.

L'inchiesta, aperta nel corso del 2002, aveva quale scopo di determinare se il sistema RME, realizzato da Eskamed AG su mandato di un certo numero di assicuratori, violava la legge sui cartelli. Si trattava di determinare se Eskamed AG deteneva una posizione dominante e se ne abusava ostacolando l'accesso o l'esercizio della concorrenza delle altre imprese o svantaggiando i partner commerciale (art. 7 cpv. 1 LCart). Questo registro è da considerare una regolamentazione privata del mercato della medicina alternativa. Nel corso dell'inchiesta della Comco, i comportamenti che avrebbero potuto essere problematici da un

punto di vista della concorrenza sono stati corretti da Eskamed AG. L'inchiesta è quindi stata chiusa.

ASCA	Fondation pour la reconnaissance et le développement des thérapies alternatives et complémentaires
EMR	"ErfahrungsMedizinisches Register"
FMH	"Foederatio Medicorum Helveticorum"
IGQSK	Interessengemeinschaft für Qualitätssicherung in der Komplementärmedizin
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG/SR 251) vom 6. Oktober 1995
KLV	Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV/SR 832.112.3) vom 29. September 1995
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG/SR 832.10) vom 18. März 1994
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung (KVV/SR 832.102) vom 27. Juni 1995
NVS	Naturärztevereinigung der Schweiz
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU/SR 251.4) vom 17. Juni 1996
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG/SR 221.229.1) vom 2. April 1908
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG/SR 172.021) vom 20. Dezember 1968
ZSR	Zahlstellenregister der Versicherer für Leistungserbringer

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand des Verfahrens

1. Im Januar 1999 wurde die "Interessengemeinschaft für Qualitätssicherung in der Komplementärmedizin"(IGQSK) - ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB - von den fünf Krankenversicherern Helsana, CSS, Swica, Concordia und Wincare gegründet. Vereinszweck war gemäss Statuten die Wahrung der "Interessen der Mitglieder in Zusammenhang mit der Qualitätssicherung im Bereich der Komplementärmedizin". Zur Verwirklichung dieses Zwecks wurde im März 1999 eine externe Qualitätssicherungsstelle mit der Prüfung und Anerkennung

von Leistungserbringern/innen[1] (z.B. Ärzte/innen, Naturärzte/innen, Zahnärzte/innen, Heilpraktiker/innen und Therapeuten/innen) für Methoden der Komplementärmedizin und Naturheilkunde beauftragt. Die Beauftragte mit der Firma Eskamed AG und Sitz in Basel liess den Auftrag durch ihre Abteilung "ErfahrungsMedizinisches Register" (EMR) ausführen. Seit dem 1. Januar 2003 ist die IGQSK als solche nicht mehr Auftraggeberin der Eskamed AG. Anstelle des Auftrags der IGQSK (und weiter dazu gekommenen Versicherern) traten nun einzeln ausgehandelte Verträge der Eskamed AG mit Versicherern. Bis zum 31. März 2003 hatte die Eskamed AG direkte Verträge mit acht bis 15 Versicherern abgeschlossen.

2. Im Wesentlichen besteht die Dienstleistung der Eskamed AG darin, ein Registrierungsverfahren, mit welchem die Qualität der Therapeuten/innen (Ausbildung, Praxis, Fortbildung) überprüft wird, anzubieten und durchzuführen. Die Versicherer bestimmen die Methoden (Therapien, die nicht zur Schulmedizin gehören), die sie in ihrem Zusatzversicherungsangebot versichern wollen. Die Kriterien, welche die Therapeuten/innen erfüllen müssen, um sich registrieren lassen zu können, werden von der Eskamed AG nach Rücksprache mit der IGQSK ausgearbeitet. Die Eskamed AG legt die Vorgehensweise zur Gewährleistung der Qualität der Therapeuten/innen selbstständig fest. In diesem Sinne ist die Eskamed AG von den Auftraggebern - ehemals die IGQSK, heute die verschiedenen Versicherer, die direkte Verträge mit Eskamed AG abgeschlossen haben - unabhängig und trifft ihre Entscheidungen in Eigenverantwortung (vgl. Rz. 79). Anhand der eingeforderten Dokumenten wird überprüft, ob die sich bewerbenden Therapeuten/innen diejenigen Therapiemethoden, die sie praktizieren, auch wirklich erlernt haben. Wenn die Prüfung durch die Eskamed AG ergeben hat, dass die Therapeuten/innen die Kriterien gemäss den neuen Registrierungsbestimmungen (bis zum 31. Dezember 2002: EMR Anerkennungskriterien für Therapeuten/innen der Komplementärmedizin) erfüllen, werden sie für die entsprechenden Methoden registriert. Die Listen mit den relevanten Daten der Therapeuten/innen werden den Versicherern gemäss den Vertragsbedingungen zugestellt. Anfangs wurden die Listen nur den in der IGQSK zusammengeschlossenen Krankenversicherern zugestellt. Mittlerweilen haben weitere 30 Schweizer Krankenversicherer (vgl. *www.emr.ch*) - teilweise via die Krankenkassenvereinigung Unimedes - entsprechende Verträge mit der Eskamed AG abgeschlossen.

[1] Im Text wird das allgemeine Wort «"-Therapeuten/innen"» gebraucht, um Personen zu definieren, die alternativmedizinische Leistungen anbieten. Gegebenenfalls wird eine spezielle Definition verwendet (zum Beispiel Arzt/Ärztin, Naturarzt/ärztin, Naturheilpraktiker/in usw.).

3. Die registrierten Therapeuten/innen werden in die EMR-Liste aufgenommen und bekommen eine ZSR-Nummer (ZSR = Zahlenstellenregister der Versicherer), die ihnen beziehungsweise ihren Kunden/innen die Vergütung der Rechnungen durch die Versicherer erleichtert. Im Weiteren fordert die Eskamed AG von den Therapeuten/innen einen jährlichen Fortbildungsnachweis.

4. Die Eskamed AG teilt den Therapeuten/innen mit, dass die Registrierung im Register des EMR keine Garantie auf Rückvergütung der Kosten durch die Versicherer gibt. In der Tat behalten sich die Versicherer vor, unabhängig von Eskamed AG zu entscheiden, welche der in der Liste aufgeführten Methoden und Therapeuten/innen sie anerkennen und im Rahmen ihrer Versicherungsprodukte rückvergüten wollen. In diesem Zusammenhang hat eine Prüfung der Angaben der Methodenliste des EMR gezeigt, dass die Versicherer lediglich 9% von den vorgeschlagenen Methoden der Eskamed AG deckungsgleich anerkennen. Jene Versicherer, die Mitglied bei der IGQSK sind, anerkennen rund 35% von den vorgeschlagenen Methoden der Eskamed AG deckungsgleich. Diese Situation zeigt, dass die Unabhängigkeit der Versicherer bei der Wahl der Methoden der Komplementärmedizin, welche sie ihren Versicherten anbieten, gewahrt ist.

5. Sowohl das beschriebene Verhalten der beteiligten Krankenversicherer als auch das Verhalten des EMR bei der Durchführung der Registrierung von Therapeuten/innen ist auf mannigfache Kritik gestossen. Dem EMR wird vorgeworfen, es wende unsachliche Kriterien bei der Registrierung der Therapeuten/innen an, es käme zu Ungleichbehandlungen und zudem seien die Gebühren für das Registrierungsverfahren des EMR zu hoch. Auch der interne Instanzenzug, den das EMR zur Schlichtung von Streitfällen vorsieht, vermöge hier keine Abhilfe zu schaffen. All dies erscheine aus wettbewerbsrechtlicher Sicht deshalb problematisch, weil gleichzeitig davon ausgegangen werden müsse, dass der Eskamed AG eine marktbeherrschende Stellung zukomme.

6. Beklagt haben sich zahlreiche einzelne Therapeuten/innen sowie diverse komplementärmedizinische Verbände - allen voran die "Naturärztevereinigung der Schweiz" (NVS). Die NVS ist eine seit längerer Zeit bestehende Organisation, in der komplementärmedizinisch tätige Therapeuten/innen zusammengeschlossen sind. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört die Interessenvertretung in der Öffentlichkeit und in der Politik, die Schulung und die Prüfung ihrer Mitglieder, sowie die Kontrolle und Einhaltung verschiedener Standards, insbesondere im Bereiche der Qualitätssicherung. Die NVS hat selbst zu Beginn der neunziger Jahre mit zahlreichen Krankenkassen Vereinbarungen zur Qualitätskontrolle getroffen und hat ebenfalls versucht, mit den Versicherern einen Vertrag zur Errichtung eines Qualitätssicherungssystems ab-

zuschliessen. Dieser Versuch schlug fehl, woraufhin die IGQSK entschied, die Eskamed AG in dieser Angelegenheit zu beauftragen.

A.2 Verfahrensablauf

7. Am 15. März 2001 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission von Amtes wegen eine Vorabklärung nach Artikel 26 KG in Sachen Zertifizierung von Therapiemethoden beziehungsweise Therapeuten/innen im Bereich der Komplementärmedizin durch das EMR.

8. In der Vorabklärung waren zweierlei Schwerpunkte festzustellen. Es drängte sich sodann angesichts der verschiedenen relevanten Gesetzesbestimmungen und vor allem auch zur Wahrung der Übersichtlichkeit eine Zweiteilung des Verfahrens auf. Einerseits ist zu beurteilen, ob die Eskamed AG eine marktbeherrschende Stellung hat und ob es Hinweise auf einen Missbrauch dieser Stellung gibt. Andererseits stellt sich sowohl die Frage einer allfälligen Wettbewerbsabrede zwischen den Versicherern (Mitglieder sowie Nichtmitglieder der IGQSK) betreffend den Gebrauch der Liste, als auch die Frage einer Diskriminierung der durch die Eskamed AG nicht registrierten Therapeuten/innen. Die Vorabklärung betreffend die Verhaltensweise der Versicherer wurde sistiert, da vorgehend der Ausgang der Untersuchung gegen das EMR abzuwarten ist.

9. Im Rahmen der Vorabklärung wurden folgende Marktteilnehmer befragt: die Eskamed AG, die fünf Gründungsmitglieder der IGQSK (Helsana, CSS, SWICA, CONCORDIA und Wincare), Krankenversicherer, welche (via Unimedes) ebenfalls die Eskamed AG mit der Qualitätssicherung beauftragt haben, ohne aber Mitglied der IGQSK zu sein, sowie Krankenversicherer, die keine vertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich Qualitätskontrolle mit der Eskamed AG abgeschlossen haben. Schliesslich wurden auch die NVS und die "Fondation pour la reconnaissance et le développement des thérapies alternatives et complémentaires" (ASCA) befragt. Die Stiftung ASCA, die am 22. April 1991 gegründet wurde, ist eine neutrale, unabhängige Dienstleistungsorganisation, welche die Anerkennung und Weiterentwicklung der Alternativ- und Komplementärmedizin zum Ziel hat. Die ASCA bietet den Therapeuten/innen ein Konzept an, welches die Geschäftsführung der nicht ärztlichen Behandlungen durch die Krankenkassen erlaubt.

10. Die Auswertung der Antworten ergab, dass Hinweise auf eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens bestehen. Ferner war festzustellen, dass diese Verhaltensweise in einer Beseitigung des Wettbewerbs mit anderen Unternehmen auf demselben Markt oder in einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gegenüber der Marktgegenseite bestehen könnte.

11. Gestützt auf dieses Ergebnis eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 29. Januar 2002 eine Untersu-

chung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gegen Eskamed AG. Die Untersuchung sollte aufzeigen, ob die Eskamed AG ihre allenfalls marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG missbraucht.

12. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 26. Februar 2002 im Bundesblatt publiziert (BBl 2002 II 1680). Innerhalb der dreissigtägigen Frist (Art. 28 Abs. 2 KG) haben sich verschiedene Therapeuten/innen und Verbände gemeldet, um sich am Verfahren zu beteiligen. Ferner teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Betroffenen mit, dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen würden und klärte gleichzeitig deren fortbestehende Gültigkeit ab.

13. Dem Gesuch der Eskamed AG um Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht wurde am 4. Juni 2002 und am 1. November 2002 entsprochen.

14. Im Verlauf der Untersuchung hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission Fragebogen an die bereits in der Vorabklärung befragten Versicherer verschickt, wie auch an weitere Verbände sowie an die Eskamed AG. Ausserdem hielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 18. Juni 2002 ein Treffen mit der Eskamed AG sowie am 26. Juni 2002 mit dem Dachverband Xund ab. Diese Treffen haben die Möglichkeit gegeben, Informationen auszutauschen und die mit der Arbeit der Eskamed AG verbundene Problematik und deren Auswirkungen für die betroffenen Verbände und Therapeuten/innen besser zu verstehen.

15. Am 1. Juli 2002 beantragte die Eskamed AG - zusammen mit der Beantwortung des Fragebogens - die sofortige Einstellung des Verfahrens. Eventualiter stellte sie den Antrag, eine einvernehmliche Regelung gemäss Artikel 29 KG zu treffen.

16. Am 3. Oktober 2002 sowie am 16. Dezember 2002 stellte die Eskamed AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission jeweils eine geänderte Version ihrer "allgemeinen Geschäftbedingungen" (AGB) zu. Diese AGB regeln das Verhältnis zwischen den Therapeuten/innen und der Eskamed AG in Zusammenhang mit der Registrierung. Integrierter Bestandteil der AGB sind die aktuellen Versionen der Registrierungsbedingungen (RB), der Methodenliste (ML), der Fortbildungsordnung (FBO), der Gebührenordnung (GO), des Rekursreglements (RR) und der für einzelne Methoden geltenden speziellen Reglemente. Das Ziel der Änderungen der AGB war es, den Therapeuten/innen klarere Vorgaben zu geben. Diese Änderungen traten am 1. Januar 2003 in Kraft. Sie haben insbesondere auch Auswirkungen auf diejenigen Punkte, die für die Wettbewerbskommission von Interesse

sind. Auf die für die Schlussfolgerung dieses Verfahrens wichtigsten Änderungen wird in Kapitel B.3.2.2 Bezug genommen.

17. Am 3. Juni 2003 traf sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit einem Vertreter des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT), um sich über das Projekt betreffend Berufsdefinitionen im Bereich der Komplementärmedizin zu informieren. Ziel dieses Projektes ist es, im Bereich der Komplementärmedizin einen Berufsabschluss zu definieren, der eidgenössisch anerkannt wird. Das Bundesgesetz über die Berufsbildung (SR 412.10) bildet dafür die juristische Grundlage. Gemäss Einschätzung des BBT ist aber die Umsetzung des Projektes, insbesondere die Ausstellung der ersten Diplome eines solchen Berufsabschlusses, frühestens ab 2006 zu erwarten. Ausserdem wird mit einem eidgenössisch anerkannten Berufsabschluss nicht gleichzeitig auch die Rückvergütung der Leistungen durch die Zusatzversicherung garantiert. Das bedeutet, dass diese Vereinheitlichung der Berufsdefinitionen die Tätigkeit des EMR nur am Rande betrifft. Sie wird vor allem nicht zur Folge haben, dass eine Registrierung für die Therapeuten/innen entfallen würde oder nicht mehr von Interesse wäre.

18. Am 4. November 2003 führte das Sekretariat mit der Eskamed AG ein Gespräch betreffend einen möglichen Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29 KG. In diesem Gespräch unterbreitete das Sekretariat der Eskamed AG die ihr in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht problematisch erscheinenden Punkte. Dies sind:

1. der Ausschluss der Physiotherapeuten/innen vom Zugang zu allen Methoden
2. die Begrenzung auf die Ausübung von maximal drei Einzelmethoden
3. die undifferenzierte Verpflichtung, mindestens 250 Stunden praktische Erfahrung nachzuweisen, um beim EMR registriert werden zu können

19. Mit Schreiben vom 12. November 2003 teilte der Rechtsvertreter der Eskamed AG dem Sekretariat mit, dass Eskamed AG im Rahmen der per 1. Januar 2004 ohnehin geplanten Überarbeitung der Geschäftsbedingungen ihre Verhaltensweise in folgenden Punkten den Änderungsvorschlägen des Sekretariates anpassen wird:

1. Die Eskamed AG wird ab dem 1. Januar 2004 auf die Beschränkung der Anzahl Methoden, für die ein/e Therapeut/in das EMR-Qualitätslabel erwerben kann, verzichten.
2. Die Eskamed AG wird ab dem 1. Januar 2004 Physiotherapeuten/innen unter den gleichen Voraussetzungen wie alle übrigen Therapeuten/innen registrieren.

3. Die Eskamed AG wird ab 1. Januar 2004 den Therapeuten/innen sämtliche Praktika, die während und nach der Ausbildung absolviert wurden und gewissen minimalen Anforderungen genügen, als Klientenerfahrung anrechnen.

20. Der Antrag des Sekretariates der Wettbewerbskommission (Verfügungsentwurf) wurde den Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 14. November 2003 zugestellt. Dabei wurde auf das Recht zur Akteneinsicht verwiesen.

21. In Ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2003 beantragte die Eskamed AG die Einstellung des Verfahrens und die Befreiung von der Auflage von Verfahrenskosten, eventualiter eine Reduktion von 50%.

22. Zum Antrag des Sekretariates haben weiter die folgenden Verfahrensbeteiligten Stellung genommen: IKAT-Therapeuten (Intermodale Kunst- und Ausdruckstherapie), Schweizer Physiotherapie Verband (fisio), Naturärztevereinigung Schweiz (NVS), Herr [...] sowie Herr [...], beide Naturheilpraktiker. Allen gemeinsam ist der Antrag, die Untersuchung nicht einzustellen und das Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhaltes weiterzuführen.

23. Die IKAT-Therapeuten beantragten zudem, dass ihre Methode durch die Eskamed AG anzuerkennen sei, soweit Eskamed für die Prüfung und Anerkennung der Methode IKAT überhaupt zuständig sei. Zu diesem Zweck solle das Sekretariat der Weko eine einvernehmliche Regelung mit der Eskamed AG aushandeln. Für den Fall des Nichtzustandekommens einer Vereinbarung sei eine Feststellungsverfügung zu erlassen, wonach die Nichtanerkennung der IKAT-Therapeuten eine wettbewerbswidrige Diskriminierung darstelle und es seien in der Folge geeignete Massnahmen durch die Fortführung der Untersuchung zu ergreifen, um die Diskriminierung zu beseitigen. Eventualiter sei das Verfahren bis zum Entscheid im Verfahren gegen die Krankenversicherer auszusetzen, falls einzig sie für die Prüfung und Anerkennung neuer Behandlungs-Methoden zuständig sind.

24. Die fisio machte geltend, dass die marktbeherrschende Stellung der Eskamed und ihr missbräuchliches Verhalten (Beschränkung auf drei Methoden, Nachweis von 250 Stunden Praxiserfahrung, Ausschluss der Physiotherapeuten) im Dispositiv zum Ausdruck kommen müsse. Schliesslich sei das Verfahren gegen die Krankenversicherer weiterzuführen.

25. Letzteres verlangte auch die NVS. Darüber hinaus sei in der Verfügung festzuhalten, dass die Versicherer die Liste der Therapeuten des Vereins SPAK (Schulprüfungs- und AnerkennungsKommission) anerkennen müssten. Weiter sei Eskamed zu verpflichten, die kantonalen Ausbildungsabschlüsse im paramedizinischen Bereich ohne zusätzliche Erfordernisse anzuerkennen. Die Weko habe diesbezüglich ihre Über-

wachungskompetenz nach Artikel 8 Binnenmarktgesetz wahrzunehmen. Schliesslich sei der Preisüberwacher anzuhalten, die Gebührenordnung der Eskamed AG zu überprüfen und gegebenenfalls die notwendigen Anpassungen zu veranlassen.

26. Ergänzend zu den von NVS formulierten Anträgen beantragte Herr [...], Naturheilpraktiker, unter anderem auch die Anerkennung von Therapeuten mit hinreichender praktischer Ausbildung respektive hinreichender Patientenerfahrung. Herr [...], Naturheilpraktiker, bestreitet sinngemäss insbesondere die Notwendigkeit einer Registrierungsstelle. Die kantonalen Bewilligungen zur Ausübung einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Komplementärmedizin würden für die Qualitätssicherung ausreichen.

27. Auf die gestellten Anträge wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

29. 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). Wie schon anfangs dargelegt (Rz. 2 ff.), bietet die Eskamed AG Leistungen sowohl für Therapeuten/innen wie auch für Versicherer an und ist somit als solches Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Ausüben von Marktmacht

30. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 50 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2003/1, S. 63; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2, Rz. 14). Wird nachstehend also die marktbeherrschende Stellung bejaht, steht damit auch die Ausübung von Marktmacht fest. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

31. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbe-

sondere 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).

32. Es geht im vorliegenden Fall um Leistungen, die nicht in den Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehören. Dies ergibt sich aus Artikel 25 KVG in Verbindung mit Artikel 33 KVG und der Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV; SR 832.112.3) vom 29. September 1995.

33. Die alternativen Therapien, die seit dem 1. Juli 1999 (im Sinne einer Evaluation) in den Leistungskatalog der obligatorischen Krankenversicherung aufgenommen worden sind (Akupunktur, anthroposophische Medizin, chinesische Medizin, Homöopathie, Neural-, und Phytotherapie), können nur über die obligatorische Krankenversicherung rückerstattet werden, wenn sie von einem/einer Arzt/Ärztin praktiziert werden, dessen/deren Fortbildung in der entsprechenden Methode von der FMH anerkannt ist. Bei den komplementärmedizinisch tätigen Therapeuten/innen, welche sich beim EMR um eine Registrierung bewerben, handelt es sich in der Regel aber um Personen, die unterschiedliche Aus- und Fortbildungen für verschiedene Methoden im Bereich der Komplementärmedizin absolviert haben und hauptsächlich nicht um Ärzte/innen mit Fähigkeitsausweis FMH.

34. Der Zusatzversicherungsbereich, um den es hier gemäss den obigen Erwägungen geht, untersteht nach Artikel 12 Absätze 2 und 3 des KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) vom 2. April 1908. Das VVG gewährt weitgehende Vertragsfreiheit und kennt keine Vorschriften darüber, welche Versicherungsleistungen anzubieten sind. Somit statuiert es keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG, die den freien Wettbewerb ausschliessen würden (vgl. u.a. RPW/DPC 2001/4, S. 657).

35. Die Parteien haben das Vorliegen vorbehaltener Vorschriften im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

36. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Es wird zunächst die allenfalls marktbeherrschende Stellung der Eskamed AG behandelt (unter B.3.1) und danach werden mögliche unzulässige Verhaltensweisen beurteilt (unter B.3.2).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

38. Um festzustellen, ob sich die Eskamed AG tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen (unter B.3.1.1), um anschliessend eine Beurteilung der Marktstellung vorzunehmen (unter B.3.1.2) und schliesslich zu einem Zwischenergebnis zu gelangen (unter B.3.1.3).

B.3.1.1 Relevanter Markt

39. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Diese ergeben zusammen den relevanten Markt.

a. Sachlich relevanter Markt

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

41. Die Marktgegenseite zur Eskamed AG bilden die Therapeuten/innen, die im Bereich der Komplementärmedizin tätig sind. Sie bieten ihre Leistungen solchen Kunden an, die zusatzversichert sind oder solchen, welche die Kosten einer Behandlung selbst bezahlen. Diese Therapeuten/innen haben (mit Ausnahme der Physiotherapeuten/innen) keine Möglichkeit, die gleichen Leistungen direkt im Grundversicherungsbereich anzubieten (vgl. Rz. 33). Einzig die Physiotherapeuten/innen können ihre Leistungen auf Anweisung eines/r Arztes/Ärztin über die Grundversicherung abrechnen. Aufgrund dieser Tatsache ist der Grundversicherungsbereich für die Therapeuten/innen keine Alternative zur Erbringung von Leistungen und gehört deshalb nicht zum relevanten Markt.

42. Die Therapeuten/innen sind darauf angewiesen, ihre Leistungen im Zusatzversicherungsbereich erbringen zu können, damit diese von den Versicherern rückvergütet werden (vgl. Rz. 4). Die meisten Versicherer, die im Bereich der Zusatzversicherung tätig sind, verlangen von den Therapeuten/innen einen bestimmten Qualitätsnachweis, bevor sie ihnen die Kosten zu Gunsten der Versicherten vergüten. Gewisse Versicherer verlangen von den Therapeuten/innen noch zusätzlich, dass sie über eine kantonale Zulassung verfügen oder eine kantonale Bewilligung zur Ausübung ihrer Tätigkeit vorweisen können (vgl. Rz. 58).

43. Die Eskamed AG bietet einen solchen Qualitätsnachweis, indem die Therapeuten/innen, die registriert werden wollen, die EMR-

Qualitätskriterien (vgl. Rz. 73) erfüllen müssen. Für die Registrierung bezahlen die Therapeuten/innen eine Gebühr an die Eskamed AG gemäss der Gebührenordnung.

44. Auch die NVS und die ASCA bieten den Therapeuten/innen die Möglichkeit, sich registrieren zu lassen oder auf einer Liste zuhanden der Versicherer zu erscheinen, die ihnen aufgrund dessen ihre Leistungen rückvergüten (vgl. Rz. 51 ff.).

45. Die Eskamed AG bestreitet, dass sie und damit ein Registrierungsunternehmen den Therapeuten/innen den Zugang zur Zusatzversicherung überhaupt erst ermögliche, mit der Begründung, dass ein Registrierungsunternehmen den Entscheid der Versicherer bezüglich der Rückvergütung nicht beeinflusse. Die grosse Anzahl von Therapeuten/innen, die sich von 1999 bis heute beim EMR registrieren liess, zeigt aber, welche Bedeutung es für die Therapeuten/innen hat, registriert zu sein und für ihre Tätigkeit Zugang zum Zusatzversicherungsbereich zu haben, was folgende Zahlen belegen sollen: In der Zeit bevor Eskamed AG mit der Registrierung von Therapeuten/innen beauftragt wurde, hatten die Versicherer rund 12'000 Therapeuten/innen auf ihren Listen, 10'000 von diesen 12'000 Therapeuten/innen liessen sich nach der Einführung des EMR bei der Eskamed AG registrieren. Für mindestens 10'000 Therapeuten/innen ist somit die Möglichkeit im Bereich der Zusatzversicherung zu arbeiten, aus finanziellen Gründen wichtig beziehungsweise vorausgesetzt. Für diese Therapeuten/innen wird der "Kauf" des Zugangs zur Zusatzversicherung mittels einer Registrierung finanziell mehr als kompensiert, da ihre Einnahmen durch das Hinzukommen einer weitaus grösseren Anzahl von zusatzversicherten Kunden stärker ansteigen, als in dem Fall, wo die Kunden die Kosten ihrer Behandlung direkt bezahlen.

46. Aufgrund der Bedeutung der Rückvergütung der Therapiekosten durch die Krankenversicherer im Zusatzversicherungsbereich sind für die Kunden/innen Leistungen, die sie selbst bezahlen müssen, kein Ersatz für Leistungen, welche im Rahmen der Zusatzversicherung rückvergütet werden. Faktisch haben damit die meisten der Therapeuten/innen gar nicht die Wahl, ob sie diesen Qualitätsnachweis erbringen wollen oder nicht. Für die Therapeuten/innen ist der Zugang zum Zusatzversicherungsbereich durch die Registrierung von grosser Bedeutung, unabhängig davon, dass die Registrierungsunternehmen wie die Eskamed AG den Entscheid der Versicherer bezüglich der Rückvergütung nicht beeinflussen.

47. Zusammenfassend kann für das vorliegende Verfahren der relevante Markt als Markt der Gewährleistung des Zugangs zur Ausübung der Komplementärmedizin zulasten der Zusatzversicherung definiert werden.

b. Räumlich relevanter Markt

48. 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).

49. Da die Therapeuten/innen nur die Möglichkeit haben, sich in der Schweiz zu registrieren und eine solche Registrierung lediglich in der Schweiz gültig ist, handelt es sich beim relevanten geografischen Markt um einen nationalen. Die Frage nach der Definition eines regionalen Marktes (zum Beispiel: die Deutsch- oder die Westschweiz) kann offen gelassen werden, weil eine engere Auslegung des Marktes keine Änderung für das Verfahren bedeuten würde.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

50. Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes gilt es, die Marktstellung der Eskamed AG näher zu betrachten. Um festzustellen, ob sich die Eskamed AG von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, ist der aktuelle und potenzielle Wettbewerb zu überprüfen.

a. Aktueller Wettbewerb

51. Die Therapeuten/innen, die im komplementärmedizinischen Bereich Leistungen erbringen, sind darauf angewiesen, Zugang zum Markt der Zusatzversicherung zu haben (vgl. Rz. 42 ff.).

52. Wie bei der Definition des sachlich relevanten Marktes ausgeführt wurde, bieten die NVS und die ASCA als weitere Teilnehmer auf dem relevanten Markt den Therapeuten/innen analoge Leistungen wie die Eskamed AG an (vgl. Rz. 44). Die Leistungen der drei Anbieter unterscheiden sich jedoch bezüglich des Verfahrens und der Bedingungen der Registrierung. Im Folgenden wird von EMR, NVS und ASCA als von konkurrierenden Unternehmen gesprochen, und die verschiedenen Systeme der drei Unternehmen werden als EMR-, NVS- und ASCA-System bezeichnet.

53. Um den aktuellen Wettbewerb darzustellen, soll die folgende Tabelle die wichtigsten Informationen betreffend die Marktstellung der drei Systeme aufzeigen:

Tabelle 1:

Eckdaten betreffend EMR-, NVS- und ASCA-System für das Jahr 2001

	EMR	NVS	ASCA
Anzahl registrierte Therapeuten/innen	über 10'000	3'197	2'600
Anzahl registrierte Methoden/Therapien[2]	143	121	91
Anzahl "angeschlossene" Versicherer[3]	38	10	7
Anzahl Versicherte der angeschlossenen Versicherer im Grundversicherungsbereich am 1.1.2002[4]	66%	41%	18%

54. Am 31. Dezember 2001 betrug die Zahl der vom EMR-System provisorisch oder definitiv registrierten Therapeuten/innen über 10'000. Die bedeutendsten Konkurrenten in der Registrierung oder Zertifizierung von Therapeuten/innen sind die NVS und die ASCA. Bezüglich der aufgeführten Zahlen ist zu bedenken, dass die Eskamed AG die über 10'000 Registrierungen nur gerade innerhalb einer zweijährigen Aktivitätszeit erreicht hat. Während dieser Periode ist die Anzahl der registrierten Therapeuten/innen der Konkurrenten, die seit Jahren auf diesem Gebiet tätig sind, nur wenig angestiegen (um ungefähr 200 bei der NVS und 1'000 bei der ASCA). Die Differenz zwischen dem EMR-System und den zwei anderen Systemen wird noch grösser, wenn man berücksichtigt, dass nicht alle Therapeuten/innen, die NVS-Mitglieder sind oder die bei der ASCA registriert sind, Zugang zum Zusatzversicherungsmarkt wollen, was jedoch bei denjenigen, die bei der Eskamed AG registriert sind, aufgrund der Zweckbestimmung des EMR, der Fall ist. Weiter ist hervorzuheben, dass mehrere Therapeuten/innen, die von der ASCA anerkannt sind, ebenfalls in der Liste des EMR zu finden sind.

55. Was die Vielfalt der Methoden betrifft, für die sich die Therapeuten/innen registrieren lassen können, so ist diese - wie obige Tabelle zeigt - beim EMR-System grösser als beim NVS- oder ASCA-System. Diese beiden letztgenannten Systeme bieten den Therapeuten/innen somit nicht dieselben Möglichkeiten wie das EMR-System.

[2] Vgl. www.emr.ch; www.naturaerzte.ch und www.asca.ch, eigene Berechnung aufgrund dieser Daten.

[3] Vgl. www.emr.ch; www.naturaerzte.ch und www.asca.ch, eigene Berechnung aufgrund dieser Daten.

[4] ~~Eigene Berechnung aufgrund der Daten von~~Vgl. www.comparis.ch, eigene Berechnung aufgrund dieser Daten.~~.~~

56. Betrachtet man weiter die absoluten Zahlen der Versicherer, die diese Liste der registrierten Therapeuten/innen gebrauchen, scheint es bereits eindeutig, dass die Eskamed AG eine starke Stellung auf dem Markt einnimmt. Die Zahl der Versicherer, welche die Arbeit der Konkurrenten (NVS und ASCA) anerkennen, ist im Vergleich zur Eskamed AG relativ klein (10 bei der NVS und 7 bei der ASCA). Diese Zahlen sind aber zu relativieren, einerseits weil einige der Versicherer, die auf den Listen der Konkurrenten (NVS und ASCA) erscheinen, auch auf der Liste des EMR zu finden sind. Andererseits geben die relativen Zahlen, wie aus den letzten beiden Zeilen der Tabelle zu entnehmen ist, einen weniger markanten Unterschied zwischen den Systemen wieder. Gemäss Angaben der IGQSK beträgt die Prozentzahl der durch die IGQSK vertretenen versicherten Personen auf dem schweizerischen Versicherungsmarkt im Grundversicherungsbereich rund 80%. Im Zusatzversicherungsbereich ist der kumulierte Marktanteil gemäss Angabe der IGQSK nicht bestimmbar, da sich der Markt aus allen Bezügern von Versicherungsleistungen, welche im komplementärmedizinischen Bereich der Zusatzversicherung erbracht werden, zusammensetzt. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass der Marktanteil ähnlich gross ist wie im Grundversicherungsbereich. Betrachtet man die Marktanteile derjenigen Versicherer, welche sich dem System des EMR angeschlossen haben, wird ersichtlich, dass die Versicherer der NVS (41%) und der ASCA (18%) bei weitem nicht das Potenzial an Kunden/innen (Versicherten) bieten können, wie die Eskamed AG (66%). Dazu kommt, dass je eher ein Versicherer die EMR-Liste benutzt und je grösser sein Marktanteil ist, desto grösser wird auch der Anreiz der Therapeuten/innen, sich beim EMR registrieren zu lassen. Diese Situation verstärkt die so eben erwähnte "gate-keeper"-Funktion der Eskamed AG auf dem Markt noch.

57. Die oben genannten Erläuterungen zeigen, dass sich die Eskamed AG betreffend der Registrierung von Therapeuten/innen unabhängig von der Konkurrenz auf dem Markt verhalten kann. Zudem machte die Eskamed AG die Therapeuten/innen sogar selbst darauf aufmerksam, dass sie eine "Quasi-Monopolstellung" innehabe.

58. Was die kantonale Zulassung oder Bewilligung betrifft, so sind die Bedingungen von einem Kanton zum anderen sehr unterschiedlich geregelt. Einige Kantone verlangen eine Zulassung von den Therapeuten/innen, die durch den Abschluss einer Prüfung erlangt werden kann (so die Kantone: AI, AR, BL, BS, GR, SG, SH, TG), andere Kantone verlangen eine Bewilligung (so die Kantone: LU, NW, OW), wieder andere Kantone greifen gar nicht ein (so die Kantone: AG, BE, FR, GE, GL, JU, NE, SZ, SO, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH). Zudem ist ein solches kantonales Zertifikat nur von drei Versicherern (Allgemeine Krankenkasse Brugg, CSS und Agrisano) - unter denen, die im Rahmen dieser Untersuchung befragt worden sind - und nur für eine beschränkte Auswahl von Therapeuten/innen (hauptsächlich Naturärzte/innen und Ärzte/innen, die

ebenfalls Methoden der Alternativmedizin praktizieren) anerkannt. Ausserdem gibt die von einem Kanton vorgeschriebene Bewilligung, eine Tätigkeit als Therapeut/in ausüben zu können, keinen direkten Zugang zur Registrierung bei einem der oben erwähnten Systeme. Aus diesem Grund kann gesagt werden, dass die kantonale Zulassung oder Bewilligung der drei Systeme, die Zugang zum Markt der Zusatzversicherung geben, nicht gleichwertig ist.

59. Die Beurteilung der momentan vorhandenen Konkurrenz zeigt, dass die Eskamed AG auf dem relevanten Markt mit Abstand der stärkste Konkurrent ist.

b. Potenzieller Wettbewerb

60. Die Eskamed AG registriert seit 1995 Therapeuten/innen. Durch den Auftrag der IGQSK, der bis Ende 2002 gültig war, ist die Eskamed AG das stärkste Unternehmen geworden, welches Therapeuten/innen registriert, die ihre Leistungen von den Versicherern vergüten lassen möchten. Mehrere Versicherer würden es sodann als positiv einschätzen, wenn ein Konkurrent auf dem Markt auftreten würde, der von brancheninteressierten Kreisen unabhängig ist. Es ist aber eher unwahrscheinlich, dass sich ein neuer Konkurrent ohne die Unterstützung einer Gruppe von Versicherern - wie im Fall der Eskamed AG - auf dem relevanten Markt positionieren und vor allem eine Alternative zur Eskamed AG hinsichtlich der Realisierung einer Qualitätssicherung anbieten kann. Die Investitionen insbesondere in zeitlicher Hinsicht sind relativ gross, so dass es einem anderen Unternehmen nicht möglich sein würde, sich kurz- bis mittelfristig (innert 1 bis 3 Jahren) zu etablieren. Zudem muss auch bedacht werden, dass die Versicherer an die Vertragsbedingungen mit den Versicherten gebunden sind. Jede Änderung betreffend die Methoden und Therapeuten/innen muss angekündigt werden und kann erst im folgenden Jahr in Kraft treten.

61. Aufgrund der Tatsache, dass die Versicherer zudem bei Eskamed AG die Möglichkeit haben, neue Anforderungen für die Anerkennung der Therapeuten/innen festzulegen, ist das Erscheinen eines neuen Konkurrenzunternehmens oder die Verschiebung einer grossen Anzahl Versicherer zu einem bestehenden Konkurrenzsystem unwahrscheinlich. Es ist denkbar, dass ein Registrierungsunternehmen in den Markt eintritt, das ein Nischenprodukt anbietet (Registrierung eines bestimmten, beispielsweise nicht registrierten oder schwierig zu registrierenden Bereiches), welches von den Versicherern zusätzlich zu den bestehenden Registrierungssystemen in Anspruch genommen wird. Dafür spricht, dass in den Verträgen zwischen den Versicherern und der Eskamed AG explizit festgehalten ist, dass die Versicherer frei sind zu entscheiden, ob sie das EMR-System als Alternative oder als Ergänzung zu anderen Listen betrachten wollen. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Wegfall der Bindung zwischen der IGQSK und der Eskamed

AG den Wettbewerb unter den konkurrierenden Registrierungsunternehmen intensiviert (vgl. auch Rz. 70).

62. Unter den potenziellen Konkurrenten könnten die Kantone und der Bund in Zukunft eine wichtigere Rolle spielen. Wie bereits erwähnt, kann die kantonale Zulassung oder Bewilligung zurzeit jedoch nicht als Konkurrenzsystem zu den drei anderen oben genannten Systemen betrachtet werden (vgl. Rz. 58). Gleichwohl könnte eine mögliche Angleichung der kantonalen Bedingungen zur Ausübung einer Tätigkeit mit einer Qualitätsprüfung der Therapeuten/innen auf einem interkantonalen Niveau oder das Eingreifen des Bundes für die Eskamed AG eine starke Konkurrenz darstellen. Diese Möglichkeit ist aber im Moment nicht realistisch, da weder die Kantone noch der Bund Schritte in diese Richtung in Betracht ziehen.

63. Im Ergebnis zeigt sich, dass kein grosser Handlungsspielraum für einen potenziellen Konkurrenten besteht. Daher ist nicht zu erwarten, dass andere in der Registrierung tätige Unternehmen auf den Markt dringen werden.

64. Da die potenzielle Konkurrenz eher klein ist, kann sie keine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Eskamed AG ausüben.

B.3.1.3 Zwischenergebnis

65. Aus der aufgeführten Situation ist zu schliessen, dass die Eskamed AG sich unabhängig von den anderen Marktbeteiligten verhalten kann. Sie hat daher eine marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt des Zugangs zur Ausübung der Komplementärmedizin zulasten der Zusatzversicherung.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

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

B.3.2.1 Behinderung von Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs

67. Das Auftreten der Eskamed AG hatte grosse Auswirkungen für die Registrierungssysteme, die bereits auf dem Markt existierten. Einerseits wurden ihre Listen von den Versicherern immer weniger benutzt und andererseits haben die Therapeuten/innen teilweise zum System der Eskamed AG gewechselt oder haben sich doppelt registrieren lassen. Diese Situation könnte aus einer unzulässigen Verhaltensweise der Eskamed AG gegenüber den anderen Marktteilnehmern im Sinne einer Verletzung von Artikel 7 Absatz 1 KG resultieren.

68. Die im Rahmen dieser Untersuchung eingeholten Informationen haben ergeben, dass eine Verminderung des Wettbewerbs auf die

Wahl der Versicherer zurückzuführen ist, das EMR-System anderen Systemen vorzuziehen. Der grundsätzliche Entscheid der Versicherer, nur die Leistungen von Therapeuten/innen, die beim EMR registriert sind, zu vergüten, ist der eigentliche Grund für den Erfolg der Eskamed AG. Die Eskamed AG profitierte von dieser Bevorzugung und konnte somit die Qualitätskriterien (im Einverständnis mit der IGQSK und Fachexperten) festlegen, die Therapeuten/innen überprüfen und registrieren sowie eine EMR-Liste zusammenstellen und diese verkaufen. Sie konnte ihre Strategie unabhängig von anderen Konkurrenten festsetzen und erreichte in wenigen Jahren eine beherrschende Stellung auf dem Markt, ohne dass dies auf eine Behinderung anderer Wettbewerber zurückzuführen wäre.

69. Die Eskamed AG hat es vermieden, mit anderen Unternehmen (wie etwa der NVS oder der ASCA) zusammenzuarbeiten und hat deren Zertifikate auch nicht anerkannt, da diese nicht den gleichen Qualitätskriterien entsprechen. Es obliegt jedoch nicht der Wettbewerbsbehörde zu entscheiden, ob die Zertifizierung/Registrierung durch das EMR derjenigen der NVS oder der ASCA qualitativ entspricht. Weiter bleibt auch festzuhalten, dass die Eskamed AG selbst in ihrer marktbeherrschenden Stellung nicht gehalten ist, mit ihren Konkurrenten zusammenzuarbeiten.

70. Anstelle des Mandats der IGQSK schlossen die Versicherer der IGQSK einzeln direkte Verträge mit der Eskamed AG ab (vgl. Rz. 1). Dadurch könnte die privilegierte Stellung der Eskamed AG weiter bestehen. Jedoch ist in diesen Verträgen explizit festgehalten, dass die Versicherer in ihrer Entscheidung, ob sie das EMR-System als Alternative oder als Ergänzung zu anderen Listen betrachten wollen, frei sind. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Wegfall der Bindung zwischen der IGQSK und der Eskamed AG den Wettbewerb unter den konkurrierenden Registrierungsunternehmen intensiviert (so auch in Rz. 61).

71. Der Tatbestand der Behinderung von Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG ist somit nicht erfüllt.

B.3.2.2 Benachteiligung der Marktgegenseite

72. Nachdem die Stellung der Eskamed AG gegenüber ihren Konkurrenten dargestellt worden ist, soll nun das Verhalten dieses Unternehmens gegenüber den Therapeuten/innen, der Marktgegenseite, untersucht werden. Dabei wird insbesondere darauf abgestellt, ob die Geschäftsbedingungen der Eskamed AG wesentlich von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.[5] Anhaltspunkte unzulässiger Verhaltensweisen haben sich bei den Registrierungsbedingungen (unter B.3.2.2.1), der rückwirkenden Änderung der Qualitäts- und Aufnahmekriterien (unter B.3.2.2.2) und den Gebühren und Kosten (unter

B.3.2.2.3) ergeben. Diese Bestimmungen werden nachfolgend untersucht.

B.3.2.2.1 Registrierungsbedingungen

73. In Ausführung des Mandats der IGQSK hat Eskamed AG die Einzelregistrierung der Therapeuten/innen für die von den Versicherern bestimmten Methoden vorgenommen, ohne Berücksichtigung einer allfälligen Verbandszugehörigkeit der Therapeuten/innen oder ihrer Zugehörigkeit zu einem anderen System. Diese Entscheidung wurde getroffen, da mangels Vorlaufzeit eine rasch umsetzbare Lösung gefunden werden musste. Die Eskamed AG hat unabhängig von irgendwelchen Zertifikaten der Therapeuten/innen eine Liste von Kriterien erstellt, mit welchen eine angemessene Qualität der Therapeuten/innen sichergestellt werden sollte. Die Registrierungsbedingungen sind gemäss den neuen AGB die Folgenden:

1. Registrierbare Methode
2. Ausbildungsnachweis
3. Klientenerfahrung
4. Berufsmässige Tätigkeit
5. Auszug aus dem Zentralstrafregister
6. Berufshaftpflichtversicherung
7. Auskunftspflicht
8. Dokumentationspflicht
9. Fortbildungspflicht

74. Entsprechend den Ausführungen der Eskamed AG beruht jede seriöse Qualitätssicherung auf drei Säulen: **Ausbildung** (Gewährleistung, dass das notwendige theoretische Wissen erlernt wurde), **praktische Tätigkeit** (Gewährleistung, dass das durch die Aus- und Fortbildung erworbene theoretische Wissen in der Praxis umgesetzt und angewendet wird) und kontinuierliche **Fortbildung** (Gewährleistung, dass das theoretische Wissen periodisch aufgefrischt wird und neue Erkenntnisse aus der Wissenschaft berücksichtigt werden). Für die Schlussfolgerung dieses Berichtes ist es wichtig zu betonen, dass die Kriterien betreffend die praktische Tätigkeit gemäss Aussage der Eskamed AG einzig **zur Sicherung der Qualität** festgelegt wurden. Es sind dies folgende Kriterien:

[5] Botschaft zum Kartellgesetz vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 103.

1. Ein Therapeut kann sich für höchstens drei Einzelmethoden respektive eine Methodengruppe und zwei Einzelmethoden registrieren lassen (registrierbare Methode).

2. Der Therapeut hat zu bestätigen, dass er über ausreichende praktische Erfahrung verfügt. Diese praktische Erfahrung muss nach Abschluss der entsprechenden Ausbildung erworben worden sein (Klientenerfahrung).

3. Beim EMR werden nur Therapeuten/innen registriert, die ihre Tätigkeit berufsmässig ausüben. Als berufsmässig tätig gilt ein/e Therapeut/in, sofern er/sie bei mehr als einer registrierten Methode eine mindestens 20-prozentige therapeutische Tätigkeit pro Methode respektive bei nur einer registrierten Methode eine mindestens 30-prozentige therapeutische Tätigkeit ausübt. Die Prozentzahlen beziehen sich auf die Zeit, während der dem/der Klienten/in die Praxis des/der Therapeuten/in für diese Methode offen steht, unabhängig davon, ob eine Behandlung stattfindet (berufsmässige Tätigkeit).

75. Zu den Registrierungsbedingungen ist vorerst zu sagen, dass ihre Anwendung im Rahmen der laufenden Registrierung nicht dazu geführt hat, dass eine grosse Anzahl von Therapeuten/innen vom Markt der Zusatzversicherer ausgeschlossen worden ist. Es wurden nämlich nur gerade [8-15]% der über [10'000-15'000] Gesuche um eine Registrierung abgelehnt. Die diesbezüglichen Bedenken, die bereits vor der Eröffnung der Vorabklärung aufgekommen sind, haben sich somit als unbegründet erwiesen: die Mehrheit der Therapeuten/innen hat die Kriterien erfüllt und konnte sich beim EMR registrieren lassen.

76. Bei einzelnen Kriterien der Registrierungsbedingungen - der registrierbaren Methode, dem Ausbildungsnachweis, der Klientenerfahrung und der Fortbildung - sind jedoch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Vorbehalte anzubringen, die im Einzelnen nachfolgend behandelt werden.

a) Registrierbare Methode

77. Gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eines Unternehmens, dem eine marktbeherrschende Stellung zukommt, eine unzulässige Verhaltensweise, soweit diese Verhaltensweise als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG zu betrachten ist. Dabei sind sachliche Gründe (so genannte "legitimate business reasons") zu prüfen, die eine solche Verhaltensweise rechtfertigen können.

78. Es soll im Folgenden überprüft werden, ob ein allfälliger Ausschluss einer Methode oder die Nichtanerkennung einer Methode eine

Diskriminierung der Therapeuten/innen darstellt, die diese Methode praktizieren.

79. Gewisse Methoden der Komplementärmedizin sind in der Methoden-Liste des EMR nicht enthalten. Diesbezüglich ist aber zu erwähnen, dass die Methoden, für welche die Eskamed AG die Therapeuten/innen registriert, von den Versicherern bestimmt werden. Wenn ein Versicherer Leistungen einer neuen Methode vergüten will, kann er sich an die Eskamed AG wenden und die Registrierung der Therapeuten/innen, die diese Methode praktizieren, verlangen. Die Eskamed AG prüft dann die Anfrage und wenn die Grundlagen dieser neuen Methode nicht genügend klar sind, kann sie die Aufnahme dieser Methode auch abweisen. Die Eskamed AG könnte zudem Therapeuten/innen registrieren, die eine neue Methode praktizieren, welche von keinem Versicherer rückvergütet wird. Dieses Angebot hätte unseres Erachtens bei den Therapeuten/innen einer solchen neuen Methode jedoch kaum Erfolg, da sie die Registrierungskosten dennoch zu tragen hätten, ohne Zugang zur Rückvergütung im Rahmen der Zusatzversicherung zu erhalten.

80. Bei der Bestimmung der Methoden spielt die Eskamed AG keine aktive Rolle im Hinblick auf eine allfällige Diskriminierung einer Methode oder der Therapeuten/innen, die diese Methode praktizieren, da die Versicherer diese Methoden offenbar unabhängig voneinander und unabhängig von der Eskamed AG festlegen. Was den Ausschluss oder die Nichtregistrierung einer Methode betrifft, verletzt die Eskamed AG somit das Kartellgesetz nicht.

81. Gleichwohl stellen sich aber bezüglich der Methoden des EMR andere wettbewerbsrechtliche Fragen.

i) Zugang zur Registrierung durch die Methode

82. Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG.

83. Die Physiotherapeuten/innen sind nebst anderen Leistungserbringern/innen gemäss Artikel 25 Absatz 2 KVG berechtigt, einige gesetzlich festgelegte Methoden der Alternativmedizin zulasten der Grundversicherung zu praktizieren (vgl. Rz. 33). Dagegen ist aber die Registrierung beim EMR für diese Methoden nicht möglich. In der Methodenliste des EMR ist explizit festgehalten, dass Physiotherapeuten/innen, die gewisse, in der Liste aufgeführte Methoden mittels ZSR-Nummer über die Grundversicherung abrechnen, gemäss Artikel 44 KVG für diese Methoden beim EMR nicht registriert werden können (im Einzelnen: Bindegewebsmassage, Elektrotherapie, Fango, Hydrotherapie, Klassische Massage, Kneipp-Therapie/Hydrotherapie, Lymphdrainage, Wickel/Umschläge). Den Physiotherapeuten/innen wird da-

mit der Marktzutritt im Bereich der Zusatzversicherung für diese Methoden verweigert.

84. Der von der Eskamed AG gegebenen Erklärung zufolge können sich Physiotherapeuten/innen problemlos für jene Methoden registrieren lassen, die sie nicht gleichzeitig über die Grundversicherung abrechnen. Es gehe dabei darum, Artikel 44 KVG nicht zu verletzen, der den Leistungserbringern des KVG vorschreibt, ihre Leistungen nur über die Grundversicherung abzurechnen oder in den Ausstand zu treten (Ausschlussprinzip). Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde mag diese Erklärung für die Ärzte zutreffen, die im Bereich der ambulanten Leistungserbringung tätig sind, nicht aber für die Physiotherapeuten/innen. Diese können nämlich gemäss KVG nur Leistungen erbringen, die über die Grundversicherung rückvergütet werden, wenn sie auf Anordnung eines/einer Arztes/Ärztin tätig sind. Es ist aber in der Praxis häufig der Fall, dass ein/e Kunde/in eine Leistung wünscht, die nicht von einem/einer Arzt/Ärztin verordnet worden ist. Der/die Physiotherapeut/in kann die Leistung also nicht über die Grundversicherung abrechnen. Ein Grossteil der Kunden/innen wird eine solche Leistung jedoch nur wünschen, wenn ihre Zusatzversicherung die Kosten deckt, somit ist der/die Physiotherapeut/in in dem nicht ärztlich verordneten Bereich der Leistungserbringung darauf angewiesen, seine/ihre Leistungen über die Zusatzversicherung abrechnen zu können. Ob die jeweilige Versicherung in ihrem Zusatzversicherungsangebot eben diese Leistung versichert, die der/die Kunde/in wünscht, ist eine andere Frage.

85. Ausserdem ist eine Leistung nur dann eine "Leistung nach diesem Gesetz" (Art. 44 Abs. 2 KVG), wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Sie muss beispielsweise wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein, ferner muss die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein (Art. 32 KVG). Handelt es sich um eine umstrittene Leistung, so muss sie auf einer so genannten "Positivliste" erscheinen (Art. 33 Abs. 3 KVG), um nur einige Beispiele zu nennen. Dass eine Leistung eine "Leistung nach diesem Gesetz" ist, bedeutet insbesondere für die Physiotherapeuten/innen, dass die Leistung von einem/einer Arzt/Ärztin verordnet worden ist. Diese Überweisung durch einen/eine Arzt/Ärztin ist eine zusätzliche Voraussetzung die, nebst anderen gesetzlichen Voraussetzungen, gegeben sein muss, damit eine Leistung von der Grundversicherung gedeckt ist. Es handelt sich also nicht um dieselbe Leistung, wenn sie auf "ärztliche Anordnung" im Rahmen der Grundversicherung erbracht wird, oder wenn sie auf Wunsch des/der Kunden/in, der nicht von einem/einer Arzt/Ärztin überwiesen worden ist, im Rahmen der Zusatzversicherung erbracht wird.

86. Das bedeutet für die Physiotherapeuten/innen, dass sie nur insoweit unter Artikel 44 KVG fallen, als sie "Leistungen nach diesem Ge-

setz" erbringen, also auf Verordnung eines/einer Arztes/Ärztin eine Leistung erbringen. Besteht hingegen keine ärztliche Verordnung, so unterstehen die Physiotherapeuten/innen in dem Bereich auch nicht dem Tarifschutz von Artikel 44 KVG.

87. Der Ausschluss der Physiotherapeuten/innen von der Registrierung für gewisse Methoden des EMR (gemäss Rz. 83), soweit die Physiotherapeuten/innen die Kriterien zur Registrierung erfüllen, könnte demnach missbräuchlich sein und zu einer Diskriminierung der Physiotherapeuten/innen führen gegenüber anderen Therapeuten/innen, die dieselben Methoden anwenden.

88. Aus diesen Gründen könnte dieser Ausschluss der Physiotherapeuten/innen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG verletzen und folglich unzulässig sein. Da Eskamed AG aber ihr Verhalten diesbezüglich den Änderungsvorschlägen des Sekretariates angepasst hat, kann die Frage offen gelassen und von einer weiter reichenden Untersuchung abgesehen werden.

ii) Begrenzung der registrierbaren Methoden

89. Die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder anderen unangemessenen Geschäftsbedingungen ist eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

90. Eine Problematik, die bei der Wettbewerbsbehörde ebenfalls zu Beschwerden gegen Eskamed AG geführt hat, betrifft die Beschränkung der Registrierung auf drei Einzelmethoden respektive eine Methodengruppe und zwei Einzelmethoden. Gemäss den Anzeigern dient diese Bestimmung nicht der Qualitätssicherung, da sie einen häufigeren Therapeutenwechsel bedinge und damit der Qualität der komplementärmedizinischen Behandlungen gerade abträglich sei. Diese Situation könnte zu einer Beschränkung der Freiheit der Therapeuten/innen, in der Wahl und der Anzahl der Methoden, die sie anwenden wollen, führen und daher unangemessen sein. Lässt sich diese Bestimmung nicht aus objektiven Gründen rechtfertigen, wäre sie unzulässig im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

91. Die Eskamed AG begründet diese Voraussetzung damit, dass die Ausübung von mehr als drei Methoden mit einer guten Qualität (Aus- und Fortbildung) schlecht zu vereinbaren ist. Mit der Begrenzung auf drei Methoden soll sichergestellt werden, dass der/die Therapeut/in die registrierten Methoden beherrscht und regelmässig praktiziert (Qualitätssicherung).

92. Im Rahmen dieser Diskussion ist auch die Haltung der Verbände, die für diese Untersuchung befragt wurden, genauer zu betrachten. Es ist zu unterscheiden zwischen so genannten Fachverbänden, die eine einzelne Methode vertreten und deren Therapeuten/innen als methodenzentriert definiert werden können, und so genannten Mischver-

bänden, deren Mitglieder verschiedene Methoden praktizieren und als diagnosenzentriert definiert werden (diese Therapeuten/innen werden auch Naturheilpraktiker/innen genannt). Die Fachverbände haben nämlich im Allgemeinen bezüglich der erwähnten Problematik keine Bedenken geäussert. Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass sich diese Problematik auch weniger häufig stellt bei Therapeuten/innen, die methodenzentriert arbeiten. Gleichwohl wurde diese Bestimmung als überflüssig bezeichnet, solange die Therapeuten/innen neben dem Nachweis über die Ausbildung auch bei jeder praktizierten Methode den laufenden Qualitätskriterien und Fortbildungsansprüchen genügen und diese auch nachweisen können. Im Gegensatz dazu äusserte sich NVS - der einer der Mischverbände ist - sehr kritisch gegenüber dieser Beschränkung. NVS ist der Meinung, dass jede/r Therapeut/in die Methoden ausführen dürfen sollte, für die er/sie eine entsprechende Ausbildung nachweisen kann und für welche er/sie befähigt und geeignet ist.

93. Gemäss den eingeholten Informationen beschränkt sich die grosse Mehrheit der Therapeuten/innen bereits schon auf eine oder zwei Einzelmethoden. Diese Tatsache lässt vermuten, dass die Registrierungskriterien eine selbstregulierende Wirkung haben, in dem Sinn, dass es für eine/n Therapeuten/in schwierig ist, die Ausbildungs- und Fortbildungskriterien für mehr als zwei oder drei Einzelmethoden gleichzeitig zu erfüllen.

94. Die Eskamed AG hat für die Registrierung von Naturheilpraktikern/innen eine spezielle Lösung gefunden, indem für diese Therapeuten/innen eine Methodengruppe vorgesehen wurde, die aus einer Zusammensetzung von mehreren einzelnen Methoden besteht. Von den Naturheilpraktikern/innen wird eine tiefere Zahl von Ausbildungsstunden für jede einzelne der verschiedenen Methoden verlangt. Andernfalls hätte kaum ein/e Naturheilpraktiker/in registriert werden können. Die Eskamed AG hat diese Richtlinien für die Registrierung der Naturheilpraktiker/innen veröffentlicht.[6]

95. Was die Methodengruppe für Naturheilpraktiker/innen betrifft, stellt sich somit die oben ausgeführte Problematik gar nicht mehr. Sie bleibt aber nach wie vor bestehen, betreffend der Möglichkeit, sich für eine oder zwei der zusätzlichen Einzelmethoden registrieren zu lassen. Diese Beschränkung der Einzelmethoden führt zu einer Diskriminierung gewisser Therapeuten/innen, die in der Lage sind, alle anderen von der Eskamed AG festgesetzten Kriterien zu erfüllen und auf gleichem Qualitätsniveau mehr als zwei oder drei Methoden gleichzeitig

[6] Vgl. www.emr.ch "Richtlinien zur Registrierung der Methode Nr. 131".

zu praktizieren. Im Hinblick auf die Gesamtheit der in den Registrierungsbedingungen festgesetzten Kriterien, insbesondere der Aus- und Fortbildung, dient diese Beschränkung der Methoden nicht dazu, die Qualität der Therapeuten/innen zu garantieren, wie die Eskamed AG dies glaubhaft zu machen versucht (vgl. Rz. 74). Zu erwähnen ist weiter, dass selbst ein Versicherer der IGQSK der Meinung ist, dass die Reduktion auf maximal drei Einzelmethoden willkürlich sei. Schlussfolgernd kann gesagt werden, dass es genügen würde, die entsprechenden Qualitätsnachweise der gewählten Methoden zu verlangen.

96. Aus diesen Gründen könnte diese Bestimmung Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG verletzen und folglich unzulässig sein. Da Eskamed AG aber ihr Verhalten diesbezüglich den Änderungsvorschlägen des Sekretariates angepasst hat, kann die Frage offen gelassen und von einer weiter reichenden Untersuchung abgesehen werden.

b) Ausbildungsnachweis

97. Im Laufe der Anfangsphase der Auftragsausführung, in der hauptsächlich Einzelregistrierungen von Therapeuten/innen vorgenommen wurden, war die Eskamed AG nicht in der Lage, die Qualität aller Aus- und Fortbildungen zu überprüfen. Erst heute kennt die Eskamed AG den grössten Teil der Ausbildungsnachweise. In diesem Zusammenhang stellen sich verschiedene Fragen möglicher Diskriminierungen.

i) Diskriminierung zwischen Ausbildungen

98. Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG.

99. Es kommt in der Praxis häufig vor, dass unter dem Begriff derselben Methode verschiedene Schulen Aus- und Fortbildungen anbieten, die in der Orientierung und auch vom Inhalt her verschieden sind. Oft sind die Schulen an Verbände angeschlossen, die ihre Interessen und die Interessen der Therapeuten/innen vertreten, die diese Ausbildung gewählt haben. Dies führt zu einer gewissen Rivalität zwischen den Verbänden, die dieselbe Methode vertreten.

100. Bei der Anerkennung von Aus- und Fortbildungen der verschiedenen Methoden besteht die Gefahr der Diskriminierung einzelner Therapeuten/innen. Die ausschliessliche Anerkennung der Ausbildung einer bestimmten Schule, welche von einem bestimmten Verband vertreten wird, hat automatisch den Ausschluss von Therapeuten/innen zur Folge, die eine Ausbildung derselben Methode bei einer anderen Schule absolviert haben und die deshalb oft auch Mitglied eines anderen Verbandes sind. Der Ausschluss dieser Therapeuten/innen von der EMR-Liste dauert zwar nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Niveau auch ihrer Ausbildung geprüft und anerkannt worden ist oder der Ausschluss definitiv ist. Aber selbst wenn der Ausschluss zeitlich limi-

tiert ist, bis die Eskamed AG über die Gültigkeit der Ausbildung entschieden hat, besteht die Gefahr einer Verschiebung von Therapeuten/innen zu den Schulen oder Verbänden, die eine Ausbildung anbieten, die bereits anerkannt ist. Es ist deshalb von grosser Bedeutung, eine Lösung zu finden, die eine Diskriminierung von Therapeuten/innen und verschiedenen Schulen verhindert.

101. Gemäss den erhaltenen Angaben besteht im Bereich Kinesiologie folgende Situation: Die verschiedenen Verbände sind wegen divergierender Interessen bis anhin nicht in der Lage gewesen, gemeinsame minimale Standards für eine Ausbildung der Kinesiologen/innen zu definieren. Entsprechend gibt es auch nur wenige Schulen, die eine allgemein akzeptierte Ausbildung in dieser Methode anbieten können. Als Übergangslösung hat die Eskamed AG vorgeschlagen, dass die Therapeuten/innen, welche mit Kursbelegen nachweisen können, dass sie einen substanziellen Teil der gemäss der Definition der Eskamed AG notwendigen Ausbildung absolviert haben, sich provisorisch registrieren lassen können, verbunden mit der Auflage, innerhalb einer bestimmten Zeit (i.d.R. 1-2 Jahre) einen Schulabschluss einer anerkannten Schule beizubringen. Als Alternative dazu akzeptiert die Eskamed AG auch den Nachweis einer bestimmten Prüfung der grossen Verbände. Aus diesem Grund hat die Eskamed AG für die Kinesiologie separate Richtlinien entworfen.[7] Eine ähnliche Lösung hat die Eskamed AG auch für die Naturheilpraktiker/innen gefunden (vgl. Rz. 94).

102. Schlussfolgernd kann gesagt werden, dass aus Sicht der Wettbewerbsbehörde die bevorzugte Lösung in diesem Zusammenhang diejenige wäre, dass sich die Verbände und die Schulen einer Methode einigen könnten auf eine oder mehrere allgemeine Aus- und Fortbildungsprogramme basierend auf objektiven, nicht diskriminierenden und transparenten Kriterien, welche auch von neuen Verbänden und Schulen erfüllt werden könnten. Es würde keine Diskriminierung der Ausbildung mehr stattfinden und folglich auch nicht mehr der Therapeuten/innen, die diese Ausbildung abgeschlossen haben. Zudem könnten sich diese Therapeuten/innen unabhängig von einer Verbandszugehörigkeit (keine Zwangsmitgliedschaft) registrieren lassen.

103. Mangels Bestehen einer solchen Lösung ist es unumgänglich, dass besonders im Fall eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Beurteilung von Ausbildungen möglichst objektive, nicht diskriminierende und transparente Kriterien angewendet werden. Die Schulen haben so die Möglichkeit, ihr Ausbildungsangebot an die Kriterien des EMR anzupassen. Zudem sollte die Anerkennung von Ausbildungen in einem

[7] Vgl. www.emr.ch "Richtlinien zur Registrierung der Methode Nr. 100".

Mal erfolgen, damit gewisse Schulen oder Verbände nicht vorübergehend bevorzugt werden. Ist dies nicht möglich, müssen die Therapeuten/innen, die eine andere Ausbildung absolviert haben, registriert bleiben können bis zu dem Zeitpunkt, in dem - wie die Eskamed AG vorschlägt - ihre Ausbildung definitiv anerkannt ist oder sie im Stande sind, in einem angemessenen Zeitrahmen ihre Ausbildung den Kriterien anzupassen. Weiter muss die Anerkennung einer neuen Aus- oder Fortbildung für jede Methode allen Schulen und ihren Verbänden offen stehen, welche die von der Eskamed AG vorgegebenen Kriterien zu erfüllen vermögen und darf nicht etwa nur auf die grossen Verbände beschränkt sein oder - wie befürchtet wird - auf die Verbände, die der Eskamed AG am nächsten stehen.

104. Die auf Bundesebene vom BBT vorgesehene Ausstellung einer gewissen Anzahl von Diplomen im Bereich der Alternativmedizin wird diesen Stand der Dinge nicht beeinflussen, da die Therapeuten/innen eine Prüfung abzulegen haben werden, die unabhängig von der absolvierten Ausbildung sein wird. Nach erfolgreichem Bestehen einer solchen Prüfung wird ein eidgenössisches Diplom erteilt.

105. Zum jetzigen Zeitpunkt und unter Berücksichtigung der oben genannten Voraussetzungen verletzt die Eskamed AG das Kartellgesetz bezüglich der verschiedenen Ausbildungen nicht.

ii) Ausschluss "älterer" Therapeuten/innen

106. Von verschiedenen Seiten wurde geltend gemacht, dass institutionalisierte Ausbildungseinrichtungen im Bereich der Komplementärmedizin verhältnismässig jung sind und zu Zeiten, als ältere Therapeuten/innen (üblicherweise) ihre Ausbildung genossen, keine eigentlichen "Diplome" erworben werden konnten beziehungsweise kein Nachweis der anlässlich der Ausbildung absolvierten Unterrichtsstunden abgegeben wurde. Ein Aufschulungszwang mit den damit verbundenen (Folge-)Kosten scheint in manchen Fällen unzumutbar und bedeutet faktisch den Ausschluss mancher älterer Therapeuten/innen. Dies könnte eine unzulässige Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG darstellen.

107. In Zusammenhang mit dieser Problematik hat die Eskamed AG versucht, die Qualität der Therapeuten/innen mit Hilfe einer Selbstdeklaration und weiteren Hilfsmitteln (z.B. bisherige Kassenlisten, langjährige Praxis) zu eruieren. Nur für jene Fälle, die trotz Hilfsmittel problematisch bleiben, wurden Regeln - eine provisorische Registrierung verbunden mit der Durchführung einer Aufschulung innerhalb einer bestimmten Frist - entwickelt. Gemäss Eskamed AG trat dieses Problem hauptsächlich im ersten Jahr der EMR-Registrierung auf.

108. Daraus lässt sich schliessen, dass die Eskamed AG die Therapeuten/innen, die keine Möglichkeit haben, ihre Ausbildung nachzuweisen, weder zu Beginn noch heute in systematischer Weise zu diskrimi-

nieren versucht. Das Verhalten der Eskamed AG verstösst folglich nicht gegen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG.

iii) Andere mögliche Diskriminierungen

109. Zahlreiche Betroffene werfen dem EMR vor, im Rahmen des Registrierungsverfahrens das Gebot der Gleichbehandlung[8] zu verletzen. Therapeuten/innen mit denselben Registrierungsvoraussetzungen (mit identischer Ausbildung) würden in unnachvollziehbarer Weise registriert, nur provisorisch registriert oder gar nicht registriert. Zudem wurde auch geltend gemacht, dass ein Teil der registrierten Therapeuten/innen die Registrierungsanforderungen nicht erfüllen würden, die Registrierung also willkürlich erfolge. Diese Fälle könnten ebenfalls unter Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG fallen.

110. Es gab jedoch nur wenige solche Fälle, die der Wettbewerbsbehörde bekannt geworden sind. Sie betrafen hauptsächlich die Naturheilpraktiker/innen und sie traten hauptsächlich zu Beginn der Tätigkeit der Eskamed AG auf. Folglich ist dieses Problem einerseits auf gewisse Anlaufschwierigkeiten und andererseits auf das System an sich zurückzuführen. Das schnelle Anwachsen der Zahl von Therapeuten/innen, die sich beim EMR registrieren lassen wollten (vgl. Rz. 54) und die Unkenntnis betreffend einiger Ausbildungen sind die Gründe gewisser Unstimmigkeiten bei der Registrierung der Therapeuten/innen. Im Hinblick auf die grosse Anzahl der registrierten Therapeuten/innen sind aber solche Fälle bis zu einem gewissen Grad nicht auszuschliessen. Insoweit die Naturheilpraktiker/innen betroffen sind, hat die Eskamed AG diese Probleme mittels Bekanntgabe von Richtlinien gelöst (vgl. Rz. 94).

111. Das Vorhandensein oder das Fehlen von Informationen über Ausbildungen, Schulen und Diplome ist, wie die Eskamed AG selbst sagt, ein wichtiger Faktor betreffend den finanziellen Aufwand. Doch obwohl die Eskamed AG gemäss eigenen Angaben das Ausmass der ihr von den Versicherern überbundenen Aufgabe unterschätzt hat und dadurch zuwenig Ressourcen für die Ausführung dieser Aufgabe eingesetzt hat, sind diese Fälle quantitativ gesehen als unbedeutend einzuschätzen.

112. In Zusammenhang mit anderen möglichen Diskriminierungen hat auch das Rekurssystem des EMR zu Beschwerden geführt. Ziffer 6 der älteren EMR-Geschäftsbedingungen beinhaltete das Rekursverfahren für abgelehnte Therapeuten/innen gegen Beschlüsse des EMR. Gemäss

[8] S. ZÄCH in SIWR V/2, S. 193.

Ziffer 6.5 entschied der "Fachbeirat" als zweite Instanz letztinstanzlich, während die so genannte Task Force als erste Instanz bezeichnet wurde. Grundsätzlich ist die Tatsache, dass eine Schiedsabrede getroffen wird, nicht als Ausschluss des Rechtsweges zu betrachten.[9] Bisher problematisch war eigentlich nur die Formulierung des Rekurssystems, da die Rekursinstanz von einigen irrtümlicherweise als einzige Instanz verstanden wurde. In den neuen Geschäftsbedingungen wird schon im Titel zu Ziffer 9 deutlich darauf hingewiesen, dass die EMR-eigene Rekursmöglichkeit freiwilliger Natur ist.

113. Was das Rekursverfahren betrifft, verletzt die Verhaltensweise der Eskamed AG das Wettbewerbsrecht somit nicht.

c) Klientenerfahrung

114. Die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder anderen unangemessenen Geschäftsbedingungen ist eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

115. Voraussetzung für die erstmalige Registrierung ist, dass der/die Therapeut/in betreffend jene Methoden, für die er/sie sich registrieren lassen will, vorgängig insgesamt 250 Behandlungen à 60 Minuten durchgeführt haben muss. Die Voraussetzung einer gewissen Anzahl von Behandlungsstunden ist von den IGQSK-Versicherern gewollt und von der Eskamed AG übernommen und auf 250 Stunden festgelegt worden. Das Ziel dieses Kriteriums ist, wie die Eskamed AG erklärt (vgl. Rz. 74), die Sicherstellung der Qualität der Dienstleistung. Der/die Therapeut/in muss nachweisen, dass er/sie die Ausbildung durch eine praktische Tätigkeit ergänzt und vervollständigt hat (keine Abrechnung von Behandlungen durch "Hobby-Therapeuten/innen" zulasten der Zusatzversicherung). Die Eskamed AG hat im Frühling 2002 beschlossen, die 250 Stunden Klientenerfahrung nur bei der ersten Methode zu verlangen (was im Widerspruch mit den aktuellen Bestimmungen der Registrierungsbedingungen stehen könnte). Therapeuten/innen, die sich für eine zweite oder dritte Methode anmelden, müssen somit für die weitere(n) Methode(n) keine spezielle Klientenerfahrung mehr nachweisen. Die 250 Stunden werden vom EMR via Selbstdeklaration überprüft. Nach den neuen Geschäftsbedingungen werden Stunden in Ambulatorien von Schulen oder an Praktikumsplätzen von klinischen Instituten (Spital, Poliklinik) während der Ausbildung (als Praktika) als praktische Erfahrung angerechnet.

[9] Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung "Gema" vom 2. Juni 1971 ~~"Gema"~~ entschieden, ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung dürfe seinen Vertragspartnern nicht den vertraglichen Ausschluss des Rechtswegs aufoktroyieren (Amtsblatt Nr. L 134 vom 20/06/1971 S. 0015 ff. ~~0029~~).

116. Auch wenn die Absicht der Eskamed AG der Wettbewerbsbehörde sinnvoll erscheint, so lässt die praktische Umsetzung aber doch Zweifel offen betreffend ihrer Stichhaltigkeit. Entgegen der Beispiele, die die Eskamed AG vorgebracht hat, welche die medizinischen Berufe und die Anwälte betreffen, sind die Therapeuten/innen im Rahmen von Ausbildung und Berufserfahrung einerseits weder verpflichtet ein Praktikum bei einem/einer Therapeuten/in, der/die mehr Erfahrung hat, zu absolvieren (in dieser Hinsicht wurde vorgebracht, dass kaum Praktikumsplätze zur Verfügung stehen), noch müssen sie sich am Ende dieser 250 Stunden Praxiserfahrung einer Prüfung unterziehen. Schlussfolgernd kann gesagt werden, dass diese Bestimmung, so angewendet, nicht ausschliesst, dass "schlechte" Therapeuten/innen, auch nach den 250 Stunden, weiterhin auf Kosten der Versicherer praktizieren können.

117. Andererseits werden diese 250 Stunden Klientenerfahrung von allen Therapeuten/innen in gleicher Weise verlangt, selbst wenn ein Verband die praktische Tätigkeit ihrer Mitglieder nach deren Grundausbildung überprüft. Unter diesen Bedingungen ist die Voraussetzung der undifferenzierten Anwendung von 250 Behandlungsstunden allenfalls unzulässig und könnte möglicherweise nicht durch sachliche Gründe (so genannte "legitimate business reasons") gerechtfertigt werden.

118. Die undifferenzierte Anwendung dieser Bestimmung für alle Therapeuten/innen könnte diskriminierend sein und Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG verletzen. Da Eskamed AG aber ihr Verhalten diesbezüglich den Änderungsvorgaben des Sekretariates angepasst hat, kann die Frage offen gelassen und von einer weiter reichenden Untersuchung abgesehen werden.

d) Fortbildung

119. Die Verpflichtung der Therapeuten/innen, eine jährliche Fortbildung zu besuchen, wurde im Rahmen dieser Untersuchung nicht zur Diskussion gestellt.

120. Es könnte sich jedoch in Zukunft diesbezüglich ein Problem stellen. Bis heute konnte die Eskamed AG nicht alle Verbände systematisch auf ihre Seriosität überprüfen, vor allem, weil in der Schweiz mehrere hundert Verbände als potenzielle Gesprächspartner existieren. In der Zwischenzeit hat die Eskamed AG aufgrund von zwölf "Muss-Kriterien" einigen Verbänden den Status "Partnerverband Level 1" (PVL1) gegeben. Dies bedeutet, dass die Eskamed AG diese Verbände als wichtige Gesprächspartner betrachtet und sie in Vernehmlassungen und Abklärungen einbezieht. Zusätzlich sind einige dieser Verbände zu "Partnerverband Level 2" (PVL2") ernannt worden. Gemäss der Eskamed AG ist es denkbar, dass PVL2-Verbände in Zukunft ihren Mitgliedern, deren Fortbildung sie überprüft haben, ein Fortbil-

dungszertifikat ausstellen können, das die Eskamed AG dann als Fortbildungsnachweis vollumfänglich anerkennen wird (erleichterte Fortbildungskontrolle).

121. Das Verfahren zur Evaluation von Partnerverbänden ist ein offener und fortlaufender Prozess, so dass alle Verbände sich von der Eskamed AG überprüfen lassen und den Status PVL1 oder PVL2 bekommen können.

122. In diesem Zusammenhang könnten sich Probleme ergeben im Hinblick auf eine allfällige Diskriminierung der Therapeuten/innen, wie bei der oben erwähnten Frage bezüglich der Ausbildung. Auch hier wäre die bevorzugte Lösung, aus Sicht der Wettbewerbsbehörde, wenn die Schulen und die Verbände sich einigen könnten, worin diese Fortbildung bestehen muss. Andernfalls ist auch hier eine pragmatische Vorgehensweise denkbar, basierend auf objektiven, nicht diskriminierenden und transparenten Kriterien, wie dies betreffend der Ausbildung bereits ausgeführt wurde (vgl. Rz. 103). Im konkreten Fall ist es aber notwendig, die folgenden zwei Punkte formell zu gewährleisten:

- Die Überprüfung der Fortbildung, wie sie von den Verbänden mit dem Status PVL2 vorgenommen wird, muss für dieselbe Methode auch für Therapeuten/innen, die einem Verband angehören, der nicht den Status PVL2 hat oder die überhaupt keinem Verband angehören, gleich durchgeführt werden. Diesbezüglich hat Eskamed AG bereits betont, dass die Verbandszugehörigkeit für die EMR-Registrierung nicht relevant sei. Die Therapeuten/innen können sich auch bei der Eskamed AG registrieren lassen und die Fortbildung direkt durch diese kontrollieren lassen.
- Der Preis oder der Beitrag, der für die Überprüfung verlangt wird, muss wirtschaftlich gerechtfertigt sein, unabhängig von der Situation der Therapeuten/innen. Die Verbände mit dem Status PVL2 könnten nämlich verleitet sein, unterschiedliche Preise von den Therapeuten/innen zu verlangen, die Mitglied eines anderen Verbandes sind oder die keinem Verband angehören, um sie zu einem Beitritt zu ihrem Verband zu bewegen, unter anderem auch zulasten der Verbände, die ebenfalls den Status PVL2 erhalten werden.

123. Da die Gefahr besteht, dass die Zusammenarbeit mit den Verbänden zu Problemen wettbewerbsrechtlicher Art führen kann, hat die Eskamed AG beschlossen, die beschriebene Vorgehensweise einzustellen und einen Entscheid der Wettbewerbsbehörden abzuwarten, welcher die diesbezüglichen Möglichkeiten und Grenzen aufzeigen wird. Davon ausgehend, dass die Eskamed AG die obigen Voraussetzungen beachten wird, stellt sich momentan kein wettbewerbsrechtliches Problem.

B.3.2.2.2 Rückwirkende Änderung der Qualitäts- und Aufnahmekriterien

124. Gemäss Ziffer 12.8 und im Besonderen gemäss Ziffer 11.3 der älteren Version der EMR-Geschäftsbedingungen behielt sich die Eskamed AG eine rückwirkende Änderung der Qualitäts- und Aufnahmekriterien vor. Es stellt sich die Frage, ob es nach erfolgter Anerkennung - jährlich nachgewiesene Fortbildung vorausgesetzt - nicht einen gewissen Bestandesschutz geben müsste; mit anderen Worten, ob eine gegenteilige Regelung nicht eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG darstellt.

125. Laut Eskamed AG war bereits die ältere Regelung so zu verstehen, dass bei noch ungenügenden Qualifikationen beziehungsweise wenn nachträglich höhere Anforderungen gestellt wurden, die betroffenen Therapeuten/innen noch die Möglichkeit hatten, Kurse nachzuholen. Der Eindruck einer eigentlichen Rückwirkung entstand nur aufgrund der Formulierung in den AGB. Die Qualitätsbestimmungen sollten bereits in der älteren Version der Geschäftsbedingungen nur für neu hinzukommende Therapien gelten.

126. Diese Bestimmung wurde jedoch nie angewendet und zudem wurde in den neuen Geschäftsbedingungen eine andere Formulierung gewählt. Gemäss Ziffer 1 Buchstabe d der aktuellen Geschäftsbedingungen treten Änderungen für die registrierten Therapeuten/innen in der folgenden Registrierungsperiode in Kraft, und zwar ab dem Fälligkeitsdatum der Fortbildungskontrolle. In Ziffer 5 Buchstabe b der neuen AGB wird festgehalten, dass Änderungen der Registrierungsbedingungen für Neuregistrierungen gelten sollen. Gemäss Ziffer 8 Buchstabe b kommt für Therapeuten/innen, welche noch nicht alle Anmeldungsanforderungen erfüllen, eine provisorische Registrierung in Frage. Diese ist zeitlich befristet und ermöglicht es dem/der Therapeuten/in, innert der angesetzten Frist die restlichen Registrierungsbedingungen nachträglich zu erfüllen. Eine eigentliche Rückwirkung findet also nicht statt.

127. Die Bestimmungen über die Registrierungsbedingungen, wie sie in der aktuellen Version der AGB enthalten sind, die seit dem 1. Januar 2003 in Kraft ist, verstossen somit nicht gegen Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

B.3.2.2.3 Gebühren und Kosten

128. Die meisten Therapeuten/innen, die sich entschieden haben, sich beim EMR registrieren zu lassen, mussten verschiedene zusätzliche Gebühren übernehmen. Dieser Punkt war dann auch Gegenstand von mehreren Beschwerden. Es ist deswegen unausweichlich zu prüfen, ob die Gebührenpolitik der Eskamed AG von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe

c KG erfasst wird. Zu unterscheiden ist einerseits die Erhebung bestimmter Gebühren an sich und andererseits die Höhe der Gebühren.

129. Was die Gebührenerhebung betrifft, ist insbesondere festzuhalten, dass die Therapeuten/innen, die ihre Nachweispflichten im Rahmen der alljährlichen Fortbildungskontrolle nicht rechtzeitig erfüllen, eine so genannte Reaktivierungsgebühr zu bezahlen haben. Früher mussten die Therapeuten/innen diese Gebühr nicht an die Eskamed AG leisten sondern einer karitativen Institution überweisen. An der Zulässigkeit eines solchen Verhaltens seitens eines marktbeherrschenden Unternehmens haben starke Bedenken bestanden. Seit dem 1. Juli 2002 fliessen diese Gebühren aber nicht mehr an karitative Organisationen, sondern werden lediglich zur Deckung der zur Reaktivierung benötigten Kosten und des administrativen Aufwandes verwendet. Die Problematik bezüglich der Reaktivierungsgebühr ist somit behoben.

130. Aus den anderen Arten von Gebühren oder Beiträgen ergibt sich kein spezieller Vorbehalt und deswegen werden diese auch nicht weiter untersucht.

131. Die Angemessenheit der Höhe der Gebühren wurde bereits in einem Verfahren der Preisüberwachung untersucht. Die Preisüberwachung hat von einer vertieften Überprüfung der EMR-Registrierungsgebühren zwar vorläufig abgesehen, stellte aber in ihrem Schreiben vom 23. Januar 2001 an die Eskamed AG fest, dass die zum damaligen Zeitpunkt aktuell gültigen Gebühren unzureichend begründet seien.

132. Gemäss Schlussfolgerung dieses Schreibens bleibt es der Preisüberwachung vorbehalten, die Höhe der Beiträge zu beurteilen.

B.3.3 Ergebnis

133. Insgesamt ergibt sich, dass folgende Verhaltensweisen der Eskamed AG:

- der Ausschluss der Physiotherapeuten/innen vom Zugang zu allen Methoden;
- die Begrenzung auf die Ausübung von maximal drei Einzelmethoden;
- die undifferenzierte Verpflichtung, mindestens 250 Stunden praktische Erfahrung nachzuweisen, um beim EMR registriert werden zu können,

die Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Beanstandungen gegeben haben, seit dem 1. Januar 2004 nicht mehr praktiziert werden.

134. Das Verfahren kann somit eingestellt werden (vgl. CS/BL, RPW 2003/3, S. 514 ff.).

135. Es bleibt dem Preisüberwacher vorbehalten, die Höhe der Beiträge zu beurteilen.

136. Eine allfällige Abrede unter den Versicherern, welche die oben genannten Punkte betrifft, wäre im Rahmen der sistierten Vorabklärung (vgl. Rz. 8) neu zu untersuchen.

C. Kosten

137. 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.

138. 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 gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatin.

139. 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.

140. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Artikel 4 Absätze 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). Aufgrund des geringen Jahresumsatzes der Eskamed AG, der den Schluss auf eine beschränkte wirtschaftliche Bedeutung des Verfahrensgegenstandes zulässt, erkennt die Wettbewerbskommission eine Verminderung der Gebühr von 20%.

141. Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt [...] Stunden. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Diese ist um 20% zu reduzieren und beträgt demnach CHF [...].

142. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige unter anderem separat die Auslagen der

Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex- und Telegrammkosten, Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

143. 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).

144. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss des Verfahrens beträgt [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf CHF [...].

145. Der Vollständigkeit halber sei schliesslich darauf hingewiesen, dass, entgegen der Auffassung der IKAT-Therapeuten, im vorliegenden Verfahren kein Anspruch auf Parteikostenentschädigung besteht. Weder das KG noch das VwVG und die zugehörige Kostenverordnung (Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969, SR 172 041 0) sehen für das nichtstreitige 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, vgl. Entscheid i.S. Telekurs Holding AG, Europay (Switzerland) SA, Payserv AG/Erdölvereinigung, publiziert in RPW 2000/4, S. 703) 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.

146. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die REKO/WEF bei den Kartellverwaltungsverfahren nicht von einem Zwei-Parteien-Verfahren ausgeht. Aus diesem Grund kann die Einladung der Wettbewerbsbehörde an das betroffene Unternehmen, zu den Vorbringen der Antragsteller Stellung zu nehmen - wie dies auch im vorliegenden Fall geschehen ist - lediglich als Ausfluss der Gewährung des rechtlichen Gehörs gewertet werden (vgl. RPW 2000/4, S. 703).

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission stellt fest, dass die Eskamed AG gemäss Schreiben vom 12. November 2003 folgende Verhaltensweisen per 1. Januar 2004 angepasst hat:

a) der Ausschluss der Physiotherapeuten/innen vom Zugang zu allen Methoden

b) die Begrenzung auf die Ausübung von maximal drei Einzelmethoden

c) die undifferenzierte Verpflichtung, mindestens 250 Stunden praktische Erfahrung nachzuweisen, um beim EMR registriert werden zu können

2. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.

3. [Kosten]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese**
B 2.3	**1. NZZ-Espace-Bund**

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 19. Januar 2004

A. Sachverhalt

1. Gegenstand

1. Espace Media Groupe (Espace) beabsichtigt, 40% des Aktienkapitals der Bund Verlag AG (BVA) von der Freie Presse Holding (FPH), welche zu 100% der AG für die Neue Zürcher Zeitung AG (NZZ) gehört, zu erwerben. Bisher hält die FPH 80% und Publigroupe S.A. 20% an der BVA, während Espace an der BVA nicht beteiligt ist.

2. Die am 23. Juli 2003 geschlossene Vereinbarung zwischen FPH, Espace und Publigroupe sieht weiter unter anderem vor: Für sämtliche Beschlüsse der Generalversammlung ist ein qualifiziertes Mehr von 2/3 der vertretenen Aktienstimmen erforderlich. Bei der Bestellung des aus fünf Mitgliedern bestehenden BVA-Verwaltungsrates bestimmen Espace und FPH je zwei und Publigroupe einen Vertreter. Einer der

Vertreter der FPH ist ein unabhängiger Dritter, welcher als Präsident, Verleger und Ansprechperson der Redaktion der Zeitung "Der Bund" amtet. Espace hat das Recht, den von der FPH vorgeschlagenen Präsidenten unbegründet abzulehnen. Weiter hat Espace das Recht, das Verwaltungsratssekretariat zu bestimmen.

3. Espace ist eine Holdinggesellschaft und hält namentlich Beteiligungen an Medienunternehmen und Unternehmen der grafischen Industrie.

4. Espace hält 51% an der Berner Zeitung AG, welche die Berner Zeitung und entsprechende Splitt-Ausgaben herausgibt und ihrerseits zahlreiche Beteiligungen hält. Über die Berner Zeitung AG hält Espace Mehrheitsbeteiligungen an:

?? Radio ExtraBern AG: Betreiberin Radiosender "Radio ExtraBern"

?? TeleBärn AG: Betreiberin Fernsehsender "TeleBärn"

?? Verlag Murtenbieter AG: Herausgeberin "Murtenbieter" und "Anzeiger von Kerzers"

sowie Minderheitsbeteiligungen an:

?? Burgdorfer Tagblatt AG (30%): Herausgeberin "Burgdorfer Tagblatt"

?? Verlag-AG Sonntags-Zeitung (15%): Herausgeberin "SonntagsZeitung"

5. Espace hält 100% der Büchler Grafino AG, welche zahlreiche Fachmedien aus den Bereichen Automobil und Landwirtschaft herausgibt und Dienstleistungen für den Zeitungsdruck erbringt. Über die Büchler Grafino AG hält Espace Mehrheitsbeteiligungen an:

?? Bantiger Post AG: Herausgeberin "Bantiger Post"

?? "Lokalanzeiger Bern-West"-Verlags AG: Herausgeberin "Bümplizer Woche - Lokalanzeiger Bern-West"

?? SOWO Wochenblatt AG: Herausgeberin "Solothurner Woche"

?? Berner Bär Verlags-AG: Herausgeberin "Berner Bär"

?? Einfache Gesellschaft Druckzentrum: Zeitungsdruck

6. Weiter hält Espace 100% an der Benteli Hallwag Druck AG (Akzidenzdruck) und 66% an der Schäer Thun AG. Schäer Thun AG ist im Bereich Akzidenzdruck tätig, hält 50% an der Berner Oberland Medien AG BOM, welche das Thuner Tagblatt und den Berner Oberländer herausgibt, und gibt zusammen mit Vetter Druck AG als Konzessionärin den Thuner Amtsanzeiger heraus.

7. NZZ ist die Holdinggesellschaft der NZZ-Gruppe und hält Beteiligungen an Medienunternehmen und Unternehmen der grafischen Industrie.

8. NZZ hält 100% an der Neuen Zürcher Zeitung AG, zur deren Tätigkeiten die Herausgabe der Zeitungen "NZZ" und "NZZ am Sonntag", Fernsehsendungen, Internetaktivitäten, das Verlegen von Büchern sowie Zeitungsdruck gehört.

9. NZZ hält 100% der FPH, welche über Beteiligungen an folgenden Unternehmen verfügt:

- 80% an Bund Verlag AG (BVA),
- 70% an St. Galler Tagblatt AG: Tätigkeiten (z.T. über Tochterunternehmen) namentlich in den Bereichen Zeitungen, Druck, Anzeiger, Radio und Fernsehen in der Ostschweiz,
- 45,59% an der LZ Medien Holding AG (mit faktischer Kontrollmöglichkeit): Tätigkeiten (z.T. über Tochterunternehmen) namentlich in den Bereichen Zeitungen, Druck, Anzeiger, Radio und Fernsehen in der Zentralschweiz.

10. Die BVA ist Herausgeberin der Zeitung "Der Bund" sowie Konzessionärin für die Herausgabe des "Anzeigers Region Bern". Weiter ist sie im Druckbereich tätig und hält eine 97%-Mehrheitsbeteiligung an der Radig AG, welche den Lokalradiosender BE1 betreibt und in der Produktion und im Vertrieb von Werbe- und anderen Produktionen für andere Radiostationen tätig ist.

2. Verfahren

11. Am 20. August 2003 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben betreffend NZZ, Espace und BVA erhalten.

12. Am 25. August 2003 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) mit, dass die Meldung unvollständig ist.

13. Mit Schreiben vom 27. August, welches am 29. August 2003 bei der Wettbewerbskommission eintraf, wurden zusätzliche Angaben eingereicht.

14. Mit Schreiben vom 29. August 2003 bestätigte das Sekretariat gestützt auf die zusätzlichen Angaben im Schreiben vom 27. August 2003 die Vollständigkeit der Meldung und teilte mit, dass die Frist für die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens am 30. August 2003 beginnt und bis zum 30. September 2003 dauert.

15. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung holte das Sekretariat bei den Parteien zusätzliche Auskünfte ein und versandte Auskunftsbegehren an folgende Unternehmen beziehungsweise Ämter oder Gemeinden: Ringier AG, Jean Frey AG, Tamedia AG, Basler Mediengruppe, Mittellandzeitung, Gossweiler Media AG, Burgdorfer Tagblatt AG, Freiburger Nachrichten, W. Gassmann AG, Radio Berner Oberland AG, Canal 3, Radio Freiburg, Radio Emme, Radio 32, Stadtverwaltung Bern, Bundesamt für Kommunikation (BAKOM).

16. Am 29. September 2003 beschloss die Kammer Infrastruktur im Zirkularverfahren, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung zu unterziehen. Mit Schreiben des gleichen Tages wurde den Parteien die Prüfungseröffnung mitgeteilt und der Antrag des Sekretariats vom 25. September 2003 unter Abdeckung möglicher Geschäftsgeheimnisse zugestellt.

17. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2003 stellten die Parteien ein Gesuch um Zulassung des vorläufigen Vollzugs ihres Zusammenschlussvorhabens mit folgenden Anträgen:

> *"Es sei den Parteien im Sinne eines vorläufigen Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens zu gestatten:*
>
> *a) die Zusammenarbeit der BVA mit den Gesellschaften der Espace Media Groupe bezüglich der Herausgabe des Bundes gemäss den Bestimmungen der Vereinbarung mit Wirkung per 1. Januar 2004 aufzunehmen;*
>
> *b) die vereinbarte Beteiligungsnahme der EM-Groupe an der BVA per 1. Januar 2004 zu vollziehen;*
>
> *c) die beiden von Espace Media Groupe gestellten Vertreter mit Wirkung per 1. Januar 2004 in den Verwaltungsrat der BVA zu wählen.*
>
> *Es sei eine Verfügung, welche einen vorläufigen Vollzug im Sinne der vorstehenden Anträge erlaubt, sobald als möglich, in jedem Fall aber vor Ende Oktober 2003, zu erlassen."*

18. Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2003 gestattete die Wettbewerbskommission den Parteien, vorläufig die Zusammenarbeit der BVA mit den Gesellschaften der Espace Media Groupe bezüglich Herausgabe der Zeitung "Der Bund" gemäss den Bestimmungen der Vereinbarung vom 23. Juli 2003 per 1. Januar 2004 aufzunehmen. Die weiteren Anträge im Gesuch vom 13. Oktober 2003 um Zulassung des vorläufigen Vollzugs wurden abgewiesen.

19. Im Rahmen des Prüfungsverfahrens befragt das Sekretariat Drittunternehmen aus der Werbe- und Medienbranche und holte bei den Parteien weitere Auskünfte ein.

20. Am 12. November 2003 reichten die Parteien eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 25. September 2003 und zur Zwischenverfügung vom 3. November 2003 ein.

21. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2003 stellte das Sekretariat den Parteien die vorläufige Beurteilung der Kammer Infrastruktur vom 15. Dezember 2003 zur Stellungnahme zu.

22. Die Parteien reichten mit Schreiben vom 22. Dezember 2003 ein Gesuch um Verlängerung der Frist zur Stellungnahme bis zum 14. Ja-

nuar 2003 ein, welchem das Sekretariat mit Schreiben vom 22. Dezember 2003 entsprach.

23. Mit Schreiben vom 6. Januar 2004 stellt das Sekretariat den Parteien ein Aktenverzeichnis zu.

24. Mit Schreiben vom 14. Januar 2004 reichten die Parteien die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung der Kammer Infrastruktur vom 15. Dezember 2003 ein.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

25. 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

26. 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

27. Als Unternehmenszusammenschluss gilt insbesondere jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, 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).

28. Bis anhin hält Espace weder eine Beteiligung an der BVA noch verfügt sie auf andere Weise über einen Einfluss auf dieselbe. Bei der BVA handelt es sich demnach um ein bis anhin von Espace unabhängiges Unternehmen.

29. Durch das vorliegende Vorhaben erwirbt Espace 40% an der BVA. Aufgrund der Vereinbarung mit den anderen Aktionären FPH und Publigroupe, wonach für sämtliche Beschlüsse der Generalversammlung ein qualifiziertes Mehr von 2/3 erforderlich ist, ermöglicht ihr diese Beteiligung, Beschlüsse der Generalversammlung zu blockieren. Aufgrund der Eigentümerstruktur und der genannten vertraglichen Bestimmung sind Beschlüsse der Generalversammlung nur möglich, wenn die FPH und Espace gemeinsam zustimmen.

30. Im Verwaltungsrat erhält Espace zwei von fünf Verwaltungsratssitzen und das Recht, den von der FPH vorgeschlagenen Verwaltungs-

ratspräsidenten ohne Begründung abzulehnen. Dadurch ist der Verwaltungsrat in der Mehrheit mit der Espace genehmen Personen besetzt.

31. Weiter sieht die Vereinbarung zwischen der FPH, Espace und Publigroupe vor, dass Espace die operative und personelle Leitung der BVA in allen Verlags- und Produktionsbelangen - mit Ausnahme der Redaktion - aufgrund von Dienstleistungsverträgen und Organisationsreglement wahrnimmt.

32. Espace erlang somit durch das vorliegende Vorhaben die Kontrolle über ein von ihr bislang unabhängiges Unternehmen. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

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.

B.3 Meldepflicht

34. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG meldepflichtig, 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.

35. In den Medienbereichen ist das Zwanzigfache der betreffenden Umsätze massgebend (vgl. Art. 9 Abs. 2 KG).

36. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2002 in der Schweiz folgende Umsätze:

?? NZZ: CHF 481 Mio.

?? Espace: CHF 233 Mio.

?? BVA: CHF 54 Mio.

37. Das Zwanzigfache der im Geschäftsjahr 2002 in den Medienbereichen in der Schweiz getätigten Umsätze der Unternehmen stellt sich wie folgt dar:

?? NZZ: CHF [...] Mio.

?? Espace: CHF [...] Mio.

?? BVA: CHF [...] Mio.

38. Demnach sind unabhängig davon, ob es sich vorliegend um den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch NZZ und Espace oder um den Erwerb der alleinigen Kontrolle durch Espace handelt, die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 KG erreicht.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

39. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den 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; und

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

40. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

41. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

42. Hiezu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.a Sachlich relevante Märkte

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).

43. Gemäss ständiger Praxis unterscheidet die Wettbewerbskommission im Medienbereich insbesondere zwischen folgenden Märkten (vgl. Edipresse-Corbaz, RPW 2003/1, S. 177 ff.; Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 721 ff.; Mittelland Zeitung, RPW 2001/3, S. 540 ff.):

?? Markt für Zeitungsdruck

?? Markt für Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbedrucksachen, Bücher)

- Markt für Tageszeitungen, welche sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten (nachfolgend Lesermarkt)
- Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen (nachfolgend Markt für nationale Werbung)
- Markt für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger; nachfolgend Markt für regionale Werbung)
- Markt für regionale Radiowerbung
- Markt für regionale Fernsehwerbung

44. Inwieweit andere, nicht zum jeweiligen relevanten Markt gehörenden Informations- beziehungsweise Werbemöglichkeiten eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieter im betreffenden Markt ausüben, wird bei Beurteilung der Wirkung des Zusammenschlussvorhabens ebenfalls geprüft (vgl. auch Berner Oberland Medien AG, PPW 2000/3, S. 429, Ziff. 68).

45. Die Frage, ob und allenfalls wie bezüglich des Bereichs Radio Zuhörer- und bezüglich des Bereichs Fernsehen Zuschauermärkte abzugrenzen sind, ist nicht entschieden (vgl. Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 724 f.) und kann auch im vorliegenden Fall offen bleiben, da auf solchen Märkten aufgrund der starken Stellung der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann. Hingegen sind die Möglichkeiten, Informationen über Radio und Fernsehen zu beziehen, unter dem Blickwinkel einer möglichen disziplinierenden Wirkung auf die Anbieter auf dem Lesermarkt zu berücksichtigen.

B.4.1.b Räumlich relevante Märkte

46. 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).

47. Markt für Zeitungsdruck: Für die Herausgeber von Tageszeitungen ist es aus Zeitgründen notwendig, dass die Druckerei nicht allzu weit vom Hauptverbreitungsgebiet entfernt liegt. Entsprechend ist der Markt praxisgemäss überregional abzugrenzen (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 425, Ziff. 53).

48. Markt für Akzidenzdruck: Beim Akzidenzdruck spielt die Distanz eine untergeordnete Rolle. Der Markt ist daher mindestens überregional, wenn nicht gar national abzugrenzen (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 425, Ziff. 52).

49. Lesermarkt: Die Marktgegenseite fragt neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse solche über Ereignisse in ihrer Region nach, um so über die Geschehnisse in ihrer näheren und weite-

ren Umgebung informiert zu sein. Informationen über regionale und lokale Ereignisse sind für die Bewohner einer Region daher nicht durch Informationen über ähnliche Ereignisse in einer anderen Region substituierbar. Entsprechend sind die räumlichen Märkte tendenziell eng abzugrenzen. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist daher von räumlich relevanten Märkten auszugehen, welche nicht grösser sind als folgende Gebiete:

- Berner Oberland: Bezirke Oberhasli, Interlaken, Frutigen, Obersimmental, Niedersimmental, Saanen, Thun (WEMF-Wirtschaftsgebiet 22)
- Solothurn: Bezirke Bucheggberg, Wasseramt, Thal, Wangen, Gäu, Aarwangen, Zofingen, Olten, Gösgen, Lebern (WEMF-Gebiet 32)
- Berner Seeland: Bezirke Aarberg, Büren, Nidau, Biel, Erlach, Seebezirk (WEMF-Wirtschaftsgebiet 33)
- Berner Mittelland: Bezirke Bern, Burgdorf, Trachselwald, Signau, Konolfingen, Fraubrunnen, Seftigen, Schwarzenburg, Laupen, Sense (WEMF-Wirtschaftsgebiet 34)

50. Markt für nationale Werbung: Aufgrund der Sprachgrenzen, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können, ist der räumliche Markt auf das Gebiet der Deutschschweiz begrenzt.

51. Markt für regionale Werbung: Da regional Werbende die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen wollen, drängt sich tendenziell eine enge Marktabgrenzung auf. Der räumliche Markt für regionale Werbung ist daher analog zu demjenigen für Lesermärkte abzugrenzen.

52. Markt für regionale Radiowerbung: In Bezug auf Radiowerbung ist aus den Gründen, welche beim Markt für regionale Werbung dargelegt wurden, ein Markt abzugrenzen, welcher den Grossraum Bern beinhaltet, demnach maximal das Berner Mittelland (WEMF-Wirtschaftsgebiet 34) beziehungsweise das Sendegebiet von Radio BE1 und Radio ExtraBern umfasst.

53. Markt für regionale Fernsehwerbung: Analog zur Marktabgrenzung bezüglich regionaler Werbung und regionaler Radiowerbung ist auch in diesem Fall ein regionaler Markt abzugrenzen, welcher nicht grösser ist als das Berner Mittelland (WEMF-Wirtschaftsgebiet 34).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

54. 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 er-

reicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

Markt für Zeitungsdruck

55. Der Markt für Zeitungsdruck weist gesamtschweizerisch ein Volumen von zirka CHF 1,12 Mia. auf.

56. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2002 gemäss Angaben der Parteien folgende Umsätze (in CHF Mio.):

Espace		35,8
BVA	(inkl. Druck Bund und Anzeiger Region Bern)	14,1
	nur Kundendruck	5,7
NZZ-Gruppe (ohne BVA)[1]		9
Total		**64,6**

57. Bezogen auf die gesamte Schweiz ergibt sich entsprechend ein Anteil von zirka 5,25%.

58. Wird der Markt überregional, nicht aber national abgegrenzt, erhöht sich dieser Anteil. Dennoch wird durch das Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Zum einen verbleiben die Marktanteile auch in diesem Fall gering. Zum anderen wird die Wettbewerbsintensität zwischen dem Druckbereich der NZZ-Gruppe (mit Ausnahme BVA) und demjenigen von Espace durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verändert.

Markt für Akzidenzdruck

59. Im Markt für Akzidenzdruck kann gesamtschweizerisch von einem Umsatz von CHF 4,19 Mia. ausgegangen werden.

60. Die beteiligten Unternehmen erzielten gemäss Angaben der Parteien im Jahr 2002 folgende Umsätze (in CHF Mio.):

[1] Die Neue Luzerner Zeitung wird extern von der Ringier Print Adligenswil AG gedruckt.

Espace	73,8
BVA	0,2
NZZ-Gruppe	111,8
Total	**185,8**

61. Bezogen auf den Akzidenzdruck der gesamten Schweiz ergibt sich ein Anteil von zirka 4,4%.

62. Wird der Markt für Akzidenzdruck räumlich enger abgegrenzt, erhöht sich dieser Anteil. Aus den bereits im Abschnitt über den Markt für Zeitungsdruck ausgeführten Gründen vermag das Zusammenschlussvorhaben dennoch keine marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu verstärken.

Markt für nationale Werbung

63. Gemäss Angaben der Parteien besitzen die beteiligten Unternehmen bezogen auf die Gesamtschweiz bei der kommerziellen Werbung in Zeitungen und (Gratis-)Anzeigern folgende Marktanteile: NZZ-Gruppe (einschliesslich Bund und NLZ) zirka 7%, Berner Zeitung zirka 4%.

64. Wird - bewusst tief angesetzt - davon ausgegangen, dass die Hälfte des gesamtschweizerischen Umsatzes in der Deutschschweiz erzielt wird, würden diese Werte auf 14% beziehungsweise 8% steigen. Unter dieser Annahme würde ein betroffener Markt vorliegen.

65. Dennoch bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte. Zum ersten verbleiben auch unter der getroffenen Annahme die Marktanteile bescheiden. Zum zweiten werden sich die NZZ-Gruppe und Espace bezüglich nationaler Werbung trotz des Zusammenschlusses weiterhin in weiten Bereichen konkurrenzieren. Als Drittes bestehen neben Zeitungsanzeigen im Bereich nationaler Werbung andere Werbeträger, welche mit erstgenannten teilweise substituierbar sind und entsprechend eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieter von Zeitungsanzeigen ausüben.

66. Eine wettbewerbsrechtliche Problematik könnte jedoch bezüglich nationaler Werbekunden entstehen, welche mit ihren Kampagnen den Grossraum Bern abdecken wollen. In Bezug auf diesen Bereich ist die Stellung der beteiligten Unternehmen zweifellos grösser als es die gesamtschweizerischen Umsätze bezogenen Marktanteile suggerieren. Auf eine möglicherweise daraus entstehende Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann jedoch bei der Analyse der regionalen Werbemärkte eingegangen werden.

Lesermarkt Berner Mittelland

a) aktuelle Konkurrenz

67. Gemäss Angaben der Parteien bestehen im Berner Mittelland folgende Zeitungen, welche neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse berichten: Berner Zeitung, Bund, Berner Rundschau, Burgdorfer Tagblatt, Freiburger Nachrichten.

68. In ihrer Meldung vom 19. August 2003 bezifferten die Parteien den Marktanteil der Berner Zeitung im Wirtschaftsgebiet 34 auf 13,8% und denjenigen des "Bund" auf 5,6%. Dabei wurden die Marktanteile aufgrund der Gesamtauflage (unabhängig vom WG) berechnet, wodurch ein - wie die Parteien selbst einräumen - verfälschtes Bild entsteht. Zudem wurden für die Marktanteilsberechnung der Parteien zahlreiche Gratisanzeiger einbezogen, welche aufgrund ihrer beschränkten Berichterstattung keine Substitute zu BZ und Bund auf dem Lesermarkt darstellen.

69. Um die aktuelle Konkurrenz auf dem Lesermarkt Berner Mittelland beurteilen zu können, stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission daher auf eigene Berechnungen und Befragungen ab.

70. Die Herausgeber derjenigen Zeitungen, welche gemäss Angaben der Parteien neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse im Berner Mittelland berichten, schätzen die Zahl der verkauften Exemplare ihrer Zeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet Berner Mittelland gemäss Befragung durch das Sekretariat wie folgt ein:

Berner Zeitung	95'000
Bund	43'700
Freiburger Nachrichten	10'100
Burgdorfer Tagblatt	2'500
Berner Rundschau	1'418

71. Die aufgrund der geschätzten verkauften Exemplare ermittelten Marktanteile stellen sich wie folgt dar:

Berner Zeitung	62,2%	90,8%
Bund	28,6%	
Freiburger Nachrichten	6,6%	
Burgdorfer Tagblatt	1,6%	
Berner Rundschau	0,9%	

72. Nach der Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens werden die beteiligten Unternehmen demnach einen Marktanteil von zirka 90% besitzen.

73. Dabei ist zu beachten, dass die Berner Zeitung AG 30% an der Burgdorfer Tagblatt AG (Herausgeberin des "Burgdorfer Tagblatts") und 60% an der Betriebsgesellschaft Burgdorfer Tagblatt hält. Zudem besteht zwischen den Freiburger Nachrichten und der Berner Zeitung auf Redaktionsebene seit Herbst 2001 eine Kooperation. In dieser Kooperation beziehen die Freiburger Nachrichten die Seiten aus den Ressorts Ausland, Inland, Wirtschaft und letzter Seite von der Berner Zeitung.

74. Die aktuelle Konkurrenz wird aufgrund der vorliegenden Marktanteilsverhältnisse und Verflechtungen nach dem Zusammenschlussvorhaben daher keine genügend disziplinierende Wirkung auf die beteiligten Unternehmen ausüben.

75. Zur Überprüfung der Marktanteile gemäss den geschätzten verkauften Exemplare hat das Sekretariat die Marktanteile aufgrund der Reichweiten und Streudichten der betreffenden Zeitungen im Wirtschaftsgebiet Berner Mittelland ermittelt. Die Streudichte bezeichnet den prozentualen Anteil der Haushalte, welche mit einem bestimmten Titel beliefert werden, an der Gesamtzahl von Haushalten in einem bestimmten Gebiet. Die Reichweite in Prozent gibt an, wie hoch der prozentuale Anteil der Leser einer Zeitung gemessen an den Personen eines Wirtschaftsgebietes ist.

76. Die Streudichte der genannten Zeitungen im Berner Mittelland präsentiert sich wie folgt:[2]

[2] Dabei werden bei Freiburger Nachrichten und Burgdorfer Tagblatt die Werte der Standardauflage und nicht diejenigen der Grossauflage verwendet, da für den Lesermarkt nicht die Zahl der gratis breit gestreuten Auflage relevant ist.

Berner Zeitung (gesamt)	36,04%
Bund	18,26%
Freiburger Nachrichten	3,78%
Burgdorfer Tagblatt	1,06%
Berner Rundschau	0,54%

77. Aus diesen Streudichten werden die Marktanteile wie folgt geschätzt: Die Summe aller Streudichten wird gleich hundert Prozent gesetzt. Der Marktanteil ergibt sich aus dem Anteil der Streudichte eines Titels an der Summe der Streudichten sämtlicher Titel. Die daraus abgeleiteten Marktanteile stellen sich wie folgt dar:

Berner Zeitung (gesamt)	60,4%	91%
Bund	30,6%	
Freiburger Nachrichten	6,3%	
Burgdorfer Tagblatt	1,8%	
Berner Rundschau	0,9%	

78. Die Reichweiten der genannten Zeitungen im Berner Mittelland präsentieren sich wie folgt:

	2002	2003
Berner Zeitung (gesamt)	41%	44,3%
Bund	25,6%	25,3%
Freiburger Nachrichten	6,4%[3]	5,9%
Burgdorfer Tagblatt	5,4%	5%
Berner Rundschau	3,3%[4]	3%

[3] Nur deutschsprachige Leser.
[4] Wert unbekannt - aufgrund der Streudichte und der geschätzten Zahl der verkauften Exemplare geht das Sekretariat davon aus, dass die Reichweite der Berner Rundschau nicht höher als 60% der Reichweite des Burgdorfer Tagblattes beträgt.

79. Die gestützt auf die Reichweiten ermittelten Marktanteile stellen sich wie folgt dar:

	2002	2003	
Berner Zeitung (gesamt)	50,2%	53,1%	81% - 83%
Bund	31,3%	30,3%	
Freiburger Nachrichten	7,8%	7,1%	
Burgdorfer Tagblatt	6,6%	6%	
Berner Rundschau	4%	3,6%	

80. Zusammenfassend bestätigen die aufgrund von Reichweite und Streudichte ermittelten Werte die Marktanteile gemäss den geschätzten Zahl der verkauften Exemplare.

81. Nach dem Zusammenschlussvorhaben wird daher die aktuelle Konkurrenz keine genügend disziplinierende Wirkung auf die beteiligten Unternehmen mehr ausüben.

b) potenzielle Konkurrenz

82. Als nächstes ist die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz auf den Lesermarkt zu beurteilen.

83. Ein Marktzutritt auf dem Lesermarkt ist mit anfänglichen Verlusten verbunden, welche von beträchtlichem Umfang sein können (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Tagblatt, RPW 2003/1, S. 62 ff., Ziff. 17). Dies wurde im vorliegenden Fall durch die vom Sekretariat befragten Unternehmen erneut bestätigt. So führt Tamedia aus, dass ein neues Zeitungsprojekt in "gut besetzten" Räumen enorm viel Geld kostet und veranschlagt die Investitionen für die Verwirklichung eines solchen Projekts in einem oder mehreren der WEMF-Wirtschaftsgebiete 22, 32, 33 oder 34 auf zirka CHF 50 Mio. Vogt-Schild/Habegger stuft die jährlichen Anfangsinvestitionen eines entsprechenden Titels auf CHF 6 Mio. ein. Dies ist bei einer mehrjährigen Verlustphase mit einer Anfangsinvestition von CHF 50 Mio. gleichzusetzen. Ringier AG schätzt die entsprechenden Investitionen gar auf CHF 50 Mio. bis 100 Mio.[5] Diese Anfangsinvestitionen

[5] Von den befragten Unternehmen stuft einzig Gossweiler Media AG die notwendigen Anfangsinvestitionen tiefer ein, nämlich auf CHF 500'000.- pro Mikrokosmos (Teilgebiet eines Wirtschaftsraumes), wobei aber zu beachten ist, dass die von Gossweiler Media AG herausgegebene und entsprechend als Referenzgrösse dienende Jungfrauzeitung nur zweimal wöchentlich erscheint. Jean Frey AG und die Basler Mediengruppe schliessen das Projekt eines Neuzutritts grundsätzlich aus. Die Freiburger Nachrichten AG kann sich eine Ausweitung ihrer Berichterstattung im Einzugsgebiet des Espace Media Groupe nicht vorstellen und verfügt gemäss eigenen Angaben nicht über die hiefür notwendigen Ressourcen.

beziehungsweise -verluste sind bei einem Misslingen des Zutrittes oder einem späteren Ausscheiden verloren und stellen somit Marktzutrittsschranken in Form so genannten "Sunk costs" dar.

84. Ein potenzieller Konkurrent, der einen Markteintritt in Erwägung zieht, hat bei seinem Entscheid die darauf folgenden Reaktionen der etablierten Anbieter zu berücksichtigen (vgl. auch Untersuchung Bahnhofskioske, RPW 1999/3, S. 412, Ziff. 75). So ist nicht auszuschliessen, dass die beteiligten Unternehmen auf einen Marktzutritt mit Preisreduktionen und anderen Kampfmassnahmen (Werbung, Gratisabonnemente) reagieren würden. So nennt die Gassmann AG als schwergewichtige Schwierigkeit bei der Ausweitung der regionalen und lokalen Berichterstattung des Bieler Tagblattes neben der Finanzierung die zu vermutende starken Gegenreaktionen der Konkurrenz. In dieselbe Richtung gehen die Befürchtungen von Vogt-Schild/Habegger. Espace Media Groupe hat mit ihrem Verhalten bei der Lancierung des Solothurner Tagblattes in der Tat gezeigt, dass sie in bestimmten Situationen bereit sein kann, länger andauernde Defizite zu tragen und sich dadurch möglicherweise den Ruf eines aggressiven Marktteilnehmers aufgebaut (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Tagblatt, RPW 2003/1, S. 62 ff.). Die hohen Anfangsverluste, welche von den befragten Unternehmen erwartet werden, erscheinen somit auch aufgrund dieser Überlegungen als plausibel.

85. Bei der Analyse der potenziellen Konkurrenz ist weiter die Anreizstruktur der potenziellen Konkurrenten zu betrachten. Für mögliche Marktzutritte fallen in erster Linie die etablierten Verlagshäuser der deutschsprachigen Schweiz in Betracht, das heisst: Tamedia AG, Ringier AG, AG für die Neue Zürcher Zeitung, Basler Mediengruppe, sowie eventuell Mittelland Zeitung-Verbund und Jean Frey AG. Von diesen Unternehmen schliessen Jean-Frey AG und die Basler Mediengruppe eine Ausweitung der Aktivitäten kategorisch aus. Tamedia AG ist zu 49% an der Berner Zeitung AG beteiligt, was ihren Anreiz für einen Markt-
eintritt erheblich mindert. Ebenso ist der Anreiz für die AG für die Neue Zürcher Zeitung für einen Marktzutritt nach Verwirklichung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erheblich geschwächt, da die NZZ zu 40% an der BVA beteiligt bleibt. Es verbleiben daher nach dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kaum Unternehmen, welche sowohl die Möglichkeit (Finanzkraft, branchenspezifische Kenntnisse) als auch den Anreiz zu einem Marktzutritt besitzen.

86. Als weiteres Indiz für die Stärke der potenziellen Konkurrenz können die bisher erfolgten Marktzutritte herangezogen werden. Gemäss Aussagen der Parteien sind in den letzten fünf Jahren im Verbreitungsgebiet der Zeitung "Bund" keine neuen Tageszeitungen hinzugekommen. Der Markt ist unbestrittenermassen gesättigt.

87. Die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz auf dem Lesermarkt ist aufgrund der dargelegten Überlegungen als gering einzustufen.

c) andere Medien

88. Aufgrund der spezifischen Eigenschaften der Medienmärkte ist zu prüfen, inwiefern nicht zum sachlich relevanten Markt gehörende Medien disziplinierende Einflüsse auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ausüben können (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 437, Ziff. 111). Zu diesen Medien gehören überregionale Zeitungen, regionale Zeitungen aus anderen Regionen, Gratiszeitungen, Fernsehen, Radio und Internet.

89. Die Reichweiten überregionaler Tageszeitungen, regionaler Zeitungen aus anderen Gebieten und Gratiszeitungen präsentieren sich wie folgt:

	2002	2003
20 Minuten	21,5%	28,4%
Blick	17,4%	19%
NZZ	5,6%	4,9%
Tagesanzeiger	3%	2,3%
Mittellandzeitung	1,2%	1%
Basler Zeitung	0,7%	0,5%

90. NZZ, Tagesanzeiger, Basler Zeitung und Mittellandzeitung scheinen aufgrund ihrer geringen Reichweiten nicht geeignet, eine disziplinierende Wirkung auf den Lesermarkt Berner Mittelland auszuüben. Bezüglich NZZ und Tagesanzeiger sind des Weiteren die weiter oben gemachten Vorbehalte anzubringen.

91. Blick weist zwar eine hohe Reichweite auf, verfügt jedoch über ein anderartiges Leseangebot als regionale Zeitungen (Boulevardzeitung) und informiert aufgrund der nationalen Ausrichtung nur beschränkt über regionale und lokale Ereignisse im Berner Mittelland. Aus diesen Gründen dürfte der Blick trotz der beachtlichen Reichweite nur eine geringe disziplinierende Wirkung auf die Produkte der Zusammenschlussparteien ausüben.

92. 20 Minuten verfügt über eine Berner Splitt-Ausgabe und berichtet somit zielgerichtet über regionale und lokale Ereignisse. Zudem weist sie eine kontinuierlich steigende Reichweite auf, welche inzwischen mit 28,4% über derjenigen des "Bund" liegt. Von den überregionalen

Tageszeitungen, regionalen Zeitungen aus anderen Gebieten und Gratiszeitungen ist 20 Minuten daher am besten geeignet, das Verhalten der Zusammenschlussparteien zu disziplinieren. Allerdings befindet sich 20 Minuten AG unter der Kontrolle von Tamedia, welche zu 49% an der Berner Zeitung beteiligt ist. Hiedurch wird der Konkurrenzdruck von 20 Minuten auf die Berner Zeitung gemindert. Weiter ist zu beachten, dass 20 Minuten mit ihrem Informationsangebot hinter den herkömmlichen Tageszeitungen ansteht und somit kaum geeignet sein dürfte, BZ und Bund *vollständig* zu ersetzen. Aufgrund der Gratiszeitung 20 Minuten dürften sich nach dem Zusammenschluss die Zusammenschlussparteien demnach auf dem relevanten Markt zwar nicht *vollständig* unabhängig, aber - falls nicht genügende, nachfolgend zu prüfende disziplinierende Einflüsse bestehen - *im wesentlichen Umfang* unabhängig verhalten können. Dies gilt für die Situation, dass Espace keinen Einfluss auf 20 Minuten erlangt - sollte Espace auch Einfluss auf 20 Minuten erlangen, würde der Grad der Unabhängigkeit im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG selbstredend weiter steigen.

93. Zu den Medien, welche möglicherweise eine disziplinierende Wirkung auf die beteiligten Unternehmen ausüben könnten, sind weiter Radio, Fernsehen und Internet zu zählen.

94. Gemäss Meinung der internen Fachleute von SRG SSR idée suisse ergänzen sich die verschiedenen Medien gegenseitig, jedoch könne nicht das eine das andere ersetzen. Es seien die typischen Eigenschaften der verschiedenen Medien, welche ihre eigene Stärke ausmachen und sie deshalb, je in ihrem Markt, gegenseitig unersetzbar machen: Die Schnelligkeit des Begleitmediums/Wortmediums Radio; die Attraktivität und Anschaulichkeit des Bildmediums Fernsehen; die zeitliche Disponibilität und die Möglichkeit der Ausführlichkeit und der Kommentierung des Schriftmediums Zeitung. Dieser Ansicht ist zu folgen, weshalb Radio und Fernsehen nur als entfernte Substitute zu Zeitungen anzusehen sind.

95. Im Berner Mittelland können folgende Radiosender empfangen werden, welche über regionale und lokale Ereignisse berichten: Schweizer Radio DRS, Canal 3, Radio Freiburg, Radio 32, Radio Emme AG, Radio BeO, Radio BE1 und Radio ExtraBern.

96. Schweizer Radio DRS hat für die regionale und lokale Berichterstattung das Gefäss der täglichen Regionaljournale geschaffen. Dabei werden werktags Wortbeiträge im Umfang von 44 Minuten gesendet, samstags im Umfang von 21,5 Minuten und sonntags von 25 Minuten. Das Regionaljournal, welches über regionale und lokale Ereignisse im Berner Mittelland berichtet, umfasst das geografische Gebiet Bern, Freiburg, Wallis. Das Gebiet, welches durch die Berichterstattung der Regionaljournale abgedeckt wird, ist demnach weitaus grösser als das Berner Mittelland. Entsprechend ist der zeitliche Umfang der regionalen und lokalen Berichterstattung aus dem Berner Mittelland durch

Radio DRS zu relativieren. Weiter kann der Hörer von Radio DRS nicht darauf vertrauen, umfassend und zielgerichtet über regionale und lokale Ereignisse aus seiner Region informiert zu werden, da es gemäss Aussage von Radio DRS die redaktionelle Absicht ist, die Interessen aller Hörer des Gebiets abzudecken, das heisst auch ein Thema aus dem Kanton Freiburg sollte den Berner Oberländer ansprechen. Mit anderen Worten werden bei den Regionaljournalen von Radio DRS die regionale und lokale Ereignisse aufgrund ihrer überregionalen Bedeutung ausgewählt, welche nicht zwangsläufig mit der Bedeutung für den in der betreffenden Region ansässigen Hörer übereinstimmen muss.

97. Kernpublikum von Radio Canal 3 bildet die Bevölkerung der Städte Biel, Grenchen, Nidau, Lyss und Neuenstadt, des Berner Seelands, in Teilen des Freiburger Seebezirks, der westlichen Solothurner Bezirke und des südlichen Juras. Canal 3 berichtet demnach schwergewichtig nicht über regionale und lokale Ereignisse im Berner Mittelland, sondern vielmehr über diejenigen im Berner Seeland und den südlichen Teilen des WEMF-Gebiets Jura. Das Sendegebiet von Radio 32 erstreckt sich gemäss eigenen Angaben auf die Region zwischen Aarau, Bern und Biel, somit schwergewichtig auf das WEMF-Gebiet Solothurn und nicht auf dasjenige des Berner Mittellands. Auch Radio Berner Oberland ist nicht auf das Berner Mittelland ausgerichtet sondern vielmehr auf das Wirtschaftsgebiet Berner Oberland.

98. Für Informationen über regionale und lokale Ereignisse im Berner Mittelland bieten sich demnach Radio Emme, Radio Freiburg, Radio ExtraBern und Radio BE1 an, wobei Radio ExtraBern und Radio BE1 von diesen Radiostationen mit Abstand die stärkste Position innehaben. Radio ExtraBern befindet sich unter der Kontrolle von Espace, während Radio BE1 Teil des Zusammenschlussvorhabens bildet. Eine disziplinierende Wirkung von Radioinformationen auf den Lesermarkt ist daher im vorliegenden Fall zu verneinen.

99. Im Bereich regionale Fernsehberichterstattung ist festzuhalten, dass SF DRS über lokale und regionale Ereignisse nur dann berichtet, wenn sie von nationaler oder zumindest für den Sprachraum Deutschschweiz von Bedeutung sind. Eine solche zufällige und nicht vorhersehbare Berichterstattung ist nicht als Ausweichmöglichkeit zur Berichterstattung über regionale Zeitungen anzusehen. Im Bereich Fernsehberichterstattung besteht weiter das Lokalfernsehen TeleBärn, welches - wie auch die Parteien darlegen - der einzige regionale Sender im Berner Mittelland (WEMF-Gebiet 22) darstellt. TeleBärn befindet sich bereits heute unter der Kontrolle von Espace und ist aus diesem Grund nicht geeignet, eine disziplinierende Wirkung auf die Zusammenschlussparteien im Lesermarkt Berner Mittelland auszuüben.

100. Bezüglich Internet ist dem Geschäftsbericht 2002 der Espace Media Groupe zu entnehmen, dass espace.ch gemäss den Internetpanel

von Nielsen//NetRatings im Oktober 2002 das erfolgreichste regionale Medienportal der Deutschschweiz ist und nur von den nationalen Titeln wie tagesanzeiger.ch oder nzz.ch übertroffen wird. Espace verfügt demnach bei diesem Medium im Berner Mittelland über eine führende Stellung. Diese Stellung wird durch das Zusammenschlussvorhaben noch verstärkt, da die BVA auf ihrer Internetsite www.ebund.ch ebenfalls regionale und lokale Informationen anbietet.

101. Die genannten Medien vermögen aus den dargelegten Gründen daher das Verhalten der Zusammenschlussparteien auf dem Lesermarkt Berner Mittelland nicht genügend zu disziplinieren.

d) Einfluss der Werbemärkte

102. Bei der Prüfung, ob sich Unternehmen auf dem Lesermarkt unabhängig verhalten können, ist die Wirkung des Lesermarktes auf den Werbemarkt zu berücksichtigen: Durch einen geringeren Absatz eines Presseerzeugnisses auf dem Lesermarkt sinkt der Wert dieses Presseerzeugnisses auf den Werbemärkten. Aufgrund dessen ist der Werbemarkt unter Umständen in der Lage, das Verhalten eines Anbieters auf dem Lesermarkt bis zu einem gewissen Grad zu disziplinieren (vgl. Berner Oberland Medien, RPW 2000/3, S. 438 ff.).

103. Bindeglied zwischen den beiden Märkten ist der Umstand, dass als Folge einer Preiserhöhung oder Qualitätseinbusse auf dem Lesermarkt ein Reichweitenverlust eintritt, was aber nur der Fall ist, wenn den Lesern genügend Ausweichmöglichkeiten offen stehen. Fehlt es hingegen auf dem Lesermarkt an disziplinierenden Kräften, so kann sich eine Preiserhöhung oder Qualitätsverschlechterung auch nicht negativ auf die Lesernachfrage auswirken, und es fehlt an der für eine negative Rückkoppelung zwischen Leser- und Werbemarkt notwendigen Grösse (vgl. MATTHIAS AMMANN, Zeitungsfusionskontrollle, Zürich 200, S. 164). Der Einfluss der Werbemärkte kann daher eine bereits vorhandene disziplinierende Wirkung auf dem Lesermarkt zwar verstärken, vermag eine solche jedoch nicht zu begründen.

104. Wie oben ausführlich dargelegt wurde, bestehen im vorliegenden Fall kaum Ausweichmöglichkeiten für den Nachfrager auf dem Lesermarkt, insbesondere da die regionale Radio- und Fernsehberichterstattung in entscheidendem Ausmass ebenfalls in der Kontrolle der Zusammenschlussparteien liegen. Aus diesem Grund verbleibt auch der Einfluss der Werbemärkte auf das Verhalten im Lesermarkt gering.

105. Weiter ist zu beachten, dass der Werbemarkt nur dann eine disziplinierende Wirkung entfalten kann, wenn auf dem Werbemarkt Ausweichmöglichkeiten zum betreffenden Anbieter bestehen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Reaktion der Werbetreibenden auf einen Rückgang der Reichweite des Presseerzeugnisses. Die Befragungen des Sekretariates haben ergeben, dass die Mehrheit der Werbetreibenden bei einem Anstieg des Tausendkontaktpreises

von Bund beziehungsweise BZ mit mindestens dem gleichen Betrag weiter inserieren oder zu einem Medium der Zusammenschlussparteien abwandern würde. Diese Antworten lassen den Schluss zu, dass die für die Zusammenschlussparteien negative Reaktion der Werbetreibenden auf einen Rückgang der Reichweite der Berner Zeitung und des "Bund" bescheiden ausfallen dürfte.

e) Ergebnisse

106. Aus den genannten Gründen begründet der Zusammenschluss auf dem Lesermarkt Berner Mittelland eine beherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG).

Markt für regionale Werbung Berner Mittelland

107. Wie bereits in den Ausführungen über den Lesermarkt Berner Mittelland ausgeführt, bestehen nach dem Zusammenschlussvorhaben bei Tageszeitungen, welche über regionale und lokale Ereignisse in dieser Region berichten, kaum Ausweichmöglichkeiten. Dies trifft nicht nur auf Leser solcher Zeitungen zu sondern auch auf Werbetreibende, welche Inseratraum nachfragen.

108. Als Ausweichmöglichkeit kommen zum ersten (Gratis-)Anzeiger in Frage. Bezüglich dieser Anzeiger wird Espace jedoch nach dem Zusammenschlussvorhaben die beiden grössten der Region kontrollieren, dies sind der "Berner Bär" (Gesamtauflage 2003: 136'262 - Reichweite nicht bekannt) und die Stadt- und Agglomerationsausgabe des Anzeigers der Region Bern (Auflage des gesamten Anzeigers 2003: 139'296 - Reichweite 26%).

109. Die Umfrage des Sekretariats bei den bedeutendsten Zeitungen und Anzeigern betreffend ihre Werbeeinnahmen im Wirtschaftsgebiet 34 ergibt folgendes Bild:

Name	Werbeeinnahmen in CHF
Bund	[...]
Anzeiger Region Bern	[...]
Berner Zeitung	[...]
Berner Bär	[...]
Burgdorfer Tagblatt	[...]
Bümplizer Woche	[...]
Bantiger Post	[...]
Berner Landbote	[...]
Freiburger Nachrichten	[...]
Aemme Ziitig/Grauholz Post	[...]

Amt Seftigen	[...]
Schwarzenburger Anzeiger	[...]
Wochenzeitung Emmental/ Entlebuch	keine Angabe
Unter Emmentaler	[...]
Anzeiger Amt Trachselwald	[...]
Fraubrunner Anzeiger	[...]
Anzeiger Amt Signau	[...]
Lokalnachrichten, Gümmgen	[...]
Mitteilungsblatt Zollikofen	[...]

110. Diese Stärkenverhältnisse zeigen, dass im Bereich regionale Werbung im Berner Mittelland die Zeitungen und Anzeiger, welche von den Zusammenschlussparteien kontrolliert (BZ, Bund, Anzeiger Bern, "Berner Bär", Bümplizer Woche, Bantiger Post) oder teilweise kontrolliert (Burgdorfer Tagblatt) werden, dominieren.

111. Anzeiger haben den Nachteil, dass ihr Verbreitungsgebiet räumlich deutlich beschränkt ist und sie sich kaum für alle Werbetreibende als Plattform eignen. Insbesondere für Werbetreibende, welche den Grossraum Bern (Stadt und Agglomeration) abdecken wollen, bestehen nach dem Zusammenschluss keine Möglichkeiten, auf Anzeiger auszuweichen, welche nicht von den Zusammenschlussparteien kontrolliert werden, da die beiden Gratisanzeiger in diesem Gebiet - "Berner Bär" und Anzeiger der Region Bern - von den Zusammenschlussparteien herausgegeben werden.

112. Für den Herausgeber des "Anzeiger Region Bern" gilt ein Konkurrenzverbot. Es stellt sich daher die Frage, ob die BVA oder die Espace Media Groupe als Konzessionärin nach dem Zusammenschlussvorhaben überhaupt in Frage kommt, da Espace den "Berner Bär" als Gratiszeitung herausgibt. Erstens hat die Befragung der Stadt Bern ergeben, dass sie nicht zwingend an einem Konkurrenzverbot festhalten würde, da dem Entscheid betreffend Modalitäten der nächsten Ausschreibung nicht vorgegriffen werden soll. Zweitens bezeichnet die Offertausschreibung des Jahres 2000 als Konkurrenzprodukt, das dem Konkurrenzverbot unterliegt, namentlich Gratisanzeiger, welche einem wesentlichen Teil des Vertriebsgebietes des "Anzeiger Region Bern" periodisch und unentgeltlich abgegeben werden. Ein Anzeiger charakterisiert sich dadurch, dass er regelmässig und in bedeutendem Umfang amtliche Mitteilungen publiziert. Der "Berner Bär" stellt keinen Anzeiger in diesem Sinne dar. Der Geschäftsbericht 2002 der Espace Media Groupe charakterisiert den "Berner Bär" folgendermassen: ".... mit seinen personalisierten Themen und Nachrichten ist der 'Berner Bär' ein anregender Begleiter und verlässlicher Ratgeber in Stadt

und Region Bern, insbesondere für Freizeitgestaltung, Unterhaltung und Kulinarik". Der "Berner Bär" ist deshalb vom Konkurrenzverbot nicht erfasst.

113. Bezüglich des Anzeigers der Region Bern ist weiter anzumerken, dass die Konzession zur Herausgabe desselbigen von der Einwohnergemeinde Bern und dem Gemeindeverband "Anzeiger Region Bern" öffentlich ausgeschrieben wird. Entsprechend könnte sich um die Herausgabe dieses Anzeigers theoretisch jedes beliebige Unternehmen bewerben. In der Realität haben sich jedoch bei der letzten Ausschreibung im Jahre 2000 lediglich die von Espace kontrollierte Büchler Grafino AG und die BVA beworben. Um die Chancen von künftigen Drittbewerbungen einzuschätzen, hat das Sekretariat folgende Medienunternehmen befragt: Gassmann AG, Merkur Druck AG, St. Paul AG Freiburg, Tamedia, Ringier AG, Freiburger Nachrichten, Basler Mediengruppe, Vogt-Schild/Habegger. Von diesen acht Unternehmen sagte lediglich Merkur Druck aus, dass er sich mit Sicherheit daran beteiligen wird. Die Gassmann AG ist an solchen Aufträgen grundsätzlich immer interessiert und bei der nächsten Ausschreibung im Jahr 2005 wahrscheinlich "flexibler" als noch 2000, während Vogt-Schild/Habegger eine Beteiligung vom Verhalten von Publigroupe abhängig macht. Die übrigen fünf Medienunternehmen verneinen eine Beteiligung an der Ausschreibung. Die Konkurrenz bei der Bewerbung um die Herausgabe des "Anzeiger der Region Bern" fällt demnach gering aus.

114. Weiter ist zu beachten, dass ein Unternehmen, welches in der Agglomeration Bern über die entscheidenden regionalen Werbemöglichkeiten verfügt, eine höhere Zahlungsbereitschaft für die Herausgabe des "Anzeiger der Region Bern" besitzt, da er mit der Herausgabe dieses Anzeigers allfällige Abwanderungsbewegungen von seinen übrigen Medien zu diesem Anzeiger auffangen kann und somit bei den übrigen Medien durch die Herausgabe des Anzeigers grössere Preissetzungsspielräume erwirbt. Entsprechend wird ein solches Unternehmen tendenziell bereit sein, bei der Ausschreibung ein besseres Angebot einzureichen als seine Konkurrenten. Wie die Stadt Bern ausführt, erhielt die BVA bei der letzten Vergabe den Zuschlag, weil das Angebot einen höheren Konzessionsertrag enthielt.

115. Als weitere (nicht zum relevanten Markt gehörende, d.h. entferntere) Ausweichmöglichkeiten fallen Radio- und Fernsehwerbung in Betracht. Im Bereich der Radiowerbung kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu einem Konzentrationsprozess, wodurch nach dem Zusammenschluss die beiden lokalen Radiostationen Radio ExtraBern und Radio BE1 von Espace alleine oder gemeinsam mit der NZZ kontrolliert werden. In Bezug auf regionale Fernsehwerbung befindet sich bereits vor dem Zusammenschluss die - auch nach Meinung der Parteien - einzige in Frage kommende Fernsehstation (TeleBärn) unter der alleinigen Kontrolle von Espace. Für Werbetreibende stellen daher -

insbesondere in Bezug auf den Grossraum Bern - Radio- und Fernsehwerbung kaum Ausweichmöglichkeiten dar.

116. Als weitere, nicht zum relevanten Markt gehörende Ausweichmöglichkeiten fallen Plakatwerbung, adressierte und unadressierte Direktwerbung und Internet in Betracht.

117. Bezüglich Internet ist anzumerken, dass Espace Media Groupe mit espace.ch den grössten online-Rubrikenmarkt im Mittelland anbietet (vgl. Geschäftsbericht Espace Media Groupe 2001). Weiter kommt es im Bereich Internet durch das Zusammenschlussvorhaben zu einem Konzentrationsprozess, da der "Bund" mit www.ebund.ch ebenfalls ein Internetportal betreibt.

118. Inwieweit die Werbeträger Direct-Mailing und Plakatwerbung das Verhalten der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss zu disziplinieren vermögen, wurde im Rahmen der vertieften Prüfung abgeklärt. Bezüglich Direct-Mailing ist Folgendes anzumerken: Bei der unadressierten Direktwerbung ist die Reichweite besonders im Berner Mittelland beschränkt - 38,4% der Haushalte verfügen über einen so genannten "Werbestopp-Kleber" und sind somit für unadressierte Werbung unzugänglich. Im Berner Oberland sind es 32,1% aller Haushalte, im Seeland 34,1% und in der Region Solothurn 30,3%. Im Sinne einer dynamischen Betrachtung ist anzufügen, dass die Anzahl Haushalte, die unadressierte Werbung verweigern, stetig zunimmt. Eine Trendwende ist nicht zu erwarten. 1996 betrug der Anteil dieser Haushalte erst knapp 30%, während er im Jahr 2003 über 40% betrug. Besonders hoch ist der Anteil dieser Haushalte in der für die Werber wirtschaftlich interessantesten Agglomeration Bern. In der Agglomeration verweigern 47,9% der Haushalte unadressierte Werbesendungen, in der Stadt Bern 59% (vgl. Media Trend Journal Nr. 11, 2003, S. 38 ff.). Damit entfaltet die unadressierte Direktwerbung keine genügende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der am Zusammenschluss beteiligten Parteien.

119. Die adressierte Direktwerbung umgeht das Problem der Annahmeverweigerung, allerdings sind die Kosten für adressierte Werbesendungen hoch. Dadurch, dass diese Art Werbung mit hohen Kosten verbunden ist, schränkt sie die Preissetzungsspielräume der am Zusammenschluss beteiligten Parteien kaum ein.

120. Hinsichtlich Aussenwerbung ist festzuhalten, dass durchaus eine gewisse Substitutionsbeziehung besteht, allerdings ist das Plakat in Übereinstimmung mit der bisherigen konstanten Praxis der Wettbewerbskommission als entferntes Substitut zum Zeitungsinserat zu qualifizieren. Die Produkte zweier Presseunternehmen sind aus Sicht des Werbeauftraggebers viel besser austauschbar als die Produkte zum Beispiel eines Presseunternehmers und eines Anbieters von Plakatwerbung (vgl. J.C. Decaux/Affichage in RPW 2001/2, S. 318 f.).

121. Diese Einschätzungen werden von der vom Sekretariat durchgeführten Umfrage bei Werbetreibenden bestätigt. Die Ergebnisse der Umfrage zeigen, dass die Mehrheit der Befragten bei einer markanten Erhöhung der Preise nicht auf einen anderen Werbeträger ausweicht. Die Anzahl derjenigen Werbetreibenden, die den eingesetzten Frankenbetrag verringern würde, wird durch die Anzahl derjenigen, die den Betrag erhöhen würde, aufgewogen. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien würden deshalb bei einer Preiserhöhung einnahmeseitig keinen Nachteil erzielen. Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, dass von der Direkt- und Aussenwerbung kaum eine disziplinierende Wirkung ausgeht. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die am Zusammenschluss beteiligten Parteien bei den übrigen Werbeträgern über eine führende Marktstellung verfügen.

122. Aus den dargelegten Gründen begründet das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für regionale Werbung im Berner Mittelland demnach eine beherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann.

Markt für Radiowerbung

123. In Teilen des Sendegebiets von Radio BE1 und Radio ExtraBern, welche als Folge des Zusammenschlussvorhabens beide von Espace alleine oder gemeinsam mit der NZZ kontrolliert würden, sind folgende weitere Privatradiostationen empfangbar: Radio Freiburg, Radio Berner Oberland, Canal 3, Radio 32.[6] Dabei überschneiden sich die verschiedenen Sendegebiete in unterschiedlich starker Weise.

124. Um in dieser Situation die Marktstellung der einzelnen Stationen für regionale Radiowerbung im Grossraum Bern abschätzen zu können, wurde folgendes Vorgehen gewählt. Die Werbe- und Sponsoringeinnahmen (nationale und regionale) der einzelnen Radiostationen wurden entsprechend dem Höreranteil, welcher auf das Sendegebiet von Radio BE1 und Radio ExtraBern entfällt, gewichtet. Bezüglich des entsprechenden Höreranteils wurde auf die Angaben der jeweiligen Radiostationen abgestellt. Aufgrund dieser gewichteten Werbeeinnahme wurden die Anteile bei der regionalen Radiowerbung im Grossraum Bern ermittelt. Bei dieser Vorgehensweise ergibt sich folgendes Bild:

[6] Minimale Sendegebietsüberschneidungen finden auch bezüglich Radio Pilatus statt. Diese sind jedoch vernachlässigbar.

Radio-station	Werbeeinnahmen 2002 (in CHF Mio.)	auf Sendegebiet BE1/ ExtraBern fallender Hörerteil	gewichtete Werbeeinnahmen (in CHF Mio.)	Anteil an regionaler Radiowerbung
Radio ExtraBern	[...]	100%	[...]	31,1%-32,4%
Radio BE1	[...]	100%	[...]	31%-32,3%%
Radio 32	[...]	10%[7]	[...]	5,5%-5,7%
Canal 3	[...][8]	80%	[...]	12,4%-17,3%
Radio Berner Oberland	[...]	30%	[...]	11,5%-12%
Radio Freiburg	[...][9]	[...][10]	[...]	0,7%-0,8%
Radio Emme	[...][11]	60%[12]	[...]	3,7%-3,8%
Total			[...]	100%

125. Als Vergleichsgrösse wurde die Schätzung der einzelnen Privatradiostationen über ihre Marktanteile bezüglich regionaler Radiowerbung im Sendegebiet von Radio ExtraBern und Radio BE1 herangezogen. Radio 32 schätzt diesen Marktanteil auf 1%, Canal 3 auf 3%-5% (im Kerngebiet von Radio ExtraBern und Radio BE1), Radio Berner Oberland auf 7%, Radio Freiburg auf gegen 0%. Die geschätzten eigenen Marktanteile fallen demnach tendenziell geringer aus als die wie oben hergeleitete Marktstärke. Dies lässt sich möglicherweise dadurch erklären, dass die einzelnen Radiostationen "taktisch" geantwortet haben und ihre Marktanteile tendenziell tiefer angegeben haben.

[7] Angabe des Unternehmens: 5%-10%.
[8] Nur Werbung des deutschsprachigen Programms.
[9] Nur Werbeeinnahme des deutschsprachigen Programms.
[10] Der deutschsprachigen Hörer.
[11] Schätzung der Parteien in Bezug auf regionale Werbung. Keine Angaben des Unternehmens.
[12] Schätzung des Sekretariats der Wettbewerbskommission.

126. Die Berechnungen wurden weiter den Schätzungen der Parteien gegenübergestellt. Die Parteien schätzen den Marktanteil von Radio ExtraBern im Berner Mittelland (Wirtschaftsgebiet 34) auf rund 33% und denjenigen von Radio BE1 auf rund 31%. Die Angaben der Parteien sind daher mit dem Ergebnis der obigen Berechnungen vergleichbar.

127. Aufgrund der Schätzung des Sekretariats ergibt sich, dass der Marktanteil von Espace durch das Zusammenschlussvorhaben sprunghaft deutlich über 60% ansteigen dürfte. Dabei ist zu beachten, dass die regionale Marktabgrenzung tendenziell eher weit gefasst ist, da das Sendegebiet von Radio BE1 und Radio ExtraBern über den Grossraum Bern hinausreicht.

128. Bei der Beurteilung der Marktstellung ist neben der aktuellen Konkurrenz auch die potenzielle Konkurrenz zu berücksichtigen. Gemäss Auskunft des BAKOM hat der Bundesrat im Sommer 2001 den Grundsatzentscheid gefällt, dass in absehbarer Zeit keine neuen Versorgungsgebiete bewilligt werden sollen, und diesen Grundsatzentscheid seither mehrmals bestätigt.

129. Anders sieht die Situation gemäss BAKOM im Bereich reiner Kabelradios aus. Diesbezüglich besteht die Möglichkeit, jederzeit Gesuche zu bewilligen, falls die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt sind. Gemäss Einschätzung des BAKOM können reine Kabelradios jedoch nicht als echte Konkurrenz der UKW-Radios betrachtet werden, da ihre Reichweite wesentlich geringer ist.

130. Aufgrund dieser regulatorischen Rahmenbedingungen besteht daher praktisch keine potenzielle Konkurrenz.

131. Bei einer engen Marktabgrenzung, wie diese im vorliegenden Fall vorliegt, ist auch der Einfluss anderer Werbeträger zu berücksichtigen. Bei einer Preiserhöhung von Radio BE1 und/oder Radio ExtraBern besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass die Werbetreibenden zu anderen Werbeträgern abwandern. Dabei werden aber die meisten dieser Abwanderungsbewegungen zu Werbeträgern stattfinden, welche sich bereits heute beziehungsweise nach dem Zusammenschlussvorhaben unter der Kontrolle von Espace befinden, wie etwa TeleBärn, Berner Zeitung, "Bund", Berner Stadtanzeiger oder "Berner Bär". Der Einfluss anderer Werbeträger wird daher nach dem Zusammenschlussvorhaben nicht genügend stark sein, um das Verhalten von Radio ExtraBern und Radio BE1 zu disziplinieren. Diese Einschätzung wird durch die Aussage der Parteien bestätigt, wonach die wichtigsten Konkurrenten von Radio ExtraBern für regionale Werbung Radio BE1, Stadtanzeiger Bern, Plakat- und Aussenwerbung sowie TeleBärn sind. Von diesen nach Ansicht der Parteien wichtigsten Konkurrenzmedien befinden sich einzig die Plakat- und Aussenwerbung nach dem Zusammenschlussvorhaben nicht unter der Kontrolle von Espace.

132. Aus den dargelegten Gründen begründet das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für regionale Radiowerbung im Berner Mittelland eine beherrschende Stellung.

Lesermarkt Berner Oberland

133. Gemäss Angaben der Parteien bestehen im Berner Oberland folgende Zeitungen, welche neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse berichten: Berner Zeitung, Bund, Berner Oberländer und Thuner Tagblatt.

134. An der Berner Zeitung AG ist Espace zu 51% beteiligt. Der Berner Oberländer und das Thuner Tagblatt werden von der Berner Oberland Medien AG BOM herausgegeben, welche ebenfalls von Espace kontrolliert wird (vgl. Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG; RPW 2000/3, S. 416 ff.). Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erlangt Espace somit die (gemeinsame) Kontrolle über die einzige aktuelle Konkurrentin auf diesem Markt.

135. Bei der Beurteilung der Marktstellung ist neben der aktuellen auch die potenzielle Konkurrenz zu betrachten. Dabei ist zu prüfen, wie stark die Stellung nach einem Zusammenschluss durch die Möglichkeit von Neuzutritten diszipliniert wird.

136. Gemäss Aussagen der Parteien sind in den letzten fünf Jahren im Verbreitungsgebiet des "Bund" keine neuen Tageszeitungen hinzugekommen. Der Markt ist unbestrittenermassen gesättigt. Ein Marktzutritt auf dem Lesermarkt ist des Weiteren mit anfänglichen Verlusten verbunden, welche von beträchtlichem Umfang sein können (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG - Solothurner Zeitung, RPW 2003/1, S. 62 ff., Ziff. 17). Dies wurde im vorliegenden Fall durch die vom Sekretariat befragten Unternehmen erneut bestätigt. Weiter ist zu beachten, dass das Interesse der Verlageshäuser NZZ und Tamedia an einem allfälligen Marktzutritt durch ihre vorhandenen beziehungsweise nach dem Zusammenschluss verbleibenden Beteiligungen (NZZ: 40% an BVA, Tamedia: 49% an der Berner Zeitung AG) gemindert wird. Die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz ist daher als gering einzustufen.

137. Aufgrund der spezifischen Eigenschaften der Medienmärkte ist weiter zu prüfen, inwiefern nicht zum sachlich relevanten Markt gezählte Medien disziplinierende Wirkung auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ausüben. Zu diesen Medien gehören überregionale Tageszeitungen, Pendlerzeitungen, nicht täglich erscheinende Zeitungen mit regionalen Inhalten, Radio und Fernsehen sowie Internet.

138. Um den Einfluss überregionaler Zeitungen und Pendlerzeitungen abschätzen zu können, wird auf die Reichweiten der einzelnen Zeitungen in Prozent gemäss MACH Basis 2002, Media Analyse Schweiz,

WEMF im Berner Oberland abgestellt. Die Reichweite in Prozent gibt an, wie hoch der prozentuale Anteil der Leser einer Zeitung gemessen an den Personen eines Wirtschaftsgebietes ist.

Berner Zeitung Gesamt (inkl. Berner Oberländer, Thuner Tagblatt)	57,3%
Bund	9,8%
20 Minuten	8,2%
Tagesanzeiger	2,8%
NZZ	2,6%
Blick	22%

139. Blick dürfte aufgrund seines andersartigen Leseangebots (Boulevardzeitung) nur ein entferntes Substitut zu BZ und Bund darstellen und daher trotz der beachtlichen Reichweite nur eine geringe disziplinierende Wirkung ausüben. Tagesanzeiger und NZZ weisen im Berner Oberland nur sehr geringe Reichweiten auf. Zudem bleibt durch das Zusammenschlussvorhaben die NZZ weiterhin an der BVA beteiligt. Allfällige Abwanderungen von Bund zur NZZ werden daher nur abgeschwächt eine disziplinierende Wirkung auf die BVA ausüben. Dasselbe gilt für den Tagesanzeiger und 20 Minuten im Hinblick auf allfällige Abwanderungen bei der Berner Zeitung (Tamedia: 49%-Beteiligung an der Berner Zeitung AG).

140. Radio Berner Oberland, die zweimal wöchentlich erscheinende Jungfrauzeitung, Internet sowie der Einfluss der Werbemärkte dürften eine gewisse diszplinierende Wirkung auf das Verhalten der Zusammenschlussparteien auf dem Lesermarkt ausüben. Ob diese ausreicht, um zu verhindern, dass sich die Zusammenschlussparteien auf dem betreffenden Markt in wesentlichen Umfang unabhängig verhalten können, braucht jedoch nicht genauer abgeklärt zu werden, da oben bereits dargelegt wurde, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Lesermarkt Berner Mittelland, dem Markt für regionale Werbung im Berner Mittelland und dem Markt für Radiowerbung im Berner Mittelland eine beherrschende Stellung begründet.

Markt für regionale Werbung Berner Oberland

141. Beim Zusammenschlussvorhaben Berner Oberland Medien AG hat die Wettbewerbskommission im Jahr 2000 festgestellt, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für regionale Werbung im Berner Oberland vorliegen (RPW 2000/3, S. 432 f.).

142. In der Zwischenzeit hat sich die Struktur dieses Marktes dadurch geändert, dass Espace die Mehrheit an Schaer Thun AG erworben hat. Hiedurch erlangte Espace die Kontrolle über die übrigen Geschäftsfelder von Schaer Thun AG. Zu diesen gehört namentlich die gemeinsam mit Vetter Druck AG ausgeübte Kontrolle über die Verlagsgemeinschaft Thuner Amtsanzeiger, welche als Konzessionärin den Thuner Amtsanzeiger mit einer Reichweite von 42% im Berner Oberland herausgibt. Betreffend dieser Marktveränderung stellte die Wettbewerbskommission jedoch im Rahmen einer Vorprüfung ebenfalls fest, dass keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen (RPW 2000/4, S. 646 ff.).

143. BVA ist bisher in der regionalen Werbung im Berner Oberland nur äusserst marginal tätig. So erzielte der Bund gemäss Angaben der Parteien in diesem relevanten Markt im Jahr 2002 einen Umsatz von lediglich CHF [...]. Zum Vergleich erzielte - gemäss Angaben der Parteien - allein der Thuner Amtsanzeiger im Jahr 2002 auf diesem Markt einen Umsatz von CHF [...]. Aufgrund dieser äusserst geringen Marktanteilsaddition und der Tatsache, dass sich Espace bisher in diesem relevanten Markt nicht unabhängig zu verhalten vermochte, bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Lesermarkt Berner Seeland

144. Gemäss Angaben der Parteien bestehen im Berner Seeland (WEMF-Wirtschaftsgebiet 33) ausser BZ und Bund folgende Zeitungen, welche neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse berichten: Bieler Tagblatt, Freiburger Nachrichten.

145. In ihrer Meldung vom 19. August 2003 bezifferten die Parteien den Marktanteil der Berner Zeitung im Wirtschaftsgebiet 32 auf 20,4% und denjenigen des "Bund" auf 8,3%. Dabei wurden die Marktanteile aufgrund der Gesamtauflage (unabhängig vom WG) berechnet, wodurch ein - wie die Parteien selbst einräumen - verfälschtes Bild entsteht. Zudem wurden für die Marktanteilsberechnung der Parteien zahlreiche Gratisanzeiger einbezogen, welche aufgrund ihrer beschränkten Berichterstattung keine Substitute zu BZ und Bund auf dem Lesermarkt darstellen.

146. Um die aktuelle Konkurrenz auf dem Lesermarkt Berner Seeland beurteilen zu können, stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission daher auf eigene Berechnungen und Befragungen ab.

147. Die Herausgeber derjenigen Zeitungen, welche gemäss Angaben der Parteien neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse im Berner Seeland berichten, schätzen die Zahl der verkauften Exemplare ihrer Zeitungen im WEMF-Wirtschaftsgebiet Berner Seeland gemäss Befragung durch das Sekretariat wie folgt ein:

Berner Zeitung (gesamt)	6'000
Bund	5'350
Bieler Tagblatt	31'458
Freiburger Nachrichten	2'800

148. Die aufgrund der geschätzten verkauften Exemplare ermittelten Marktanteile stellen sich wie folgt dar:

Berner Zeitung (gesamt)	13,2%
Bund	11,7%
Bieler Tagblatt	69%
Freiburger Nachrichten	6,1%

149. Nach der Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens werden die beteiligten Unternehmen demnach einen Marktanteil von zirka 25% besitzen.

150. Zur Überprüfung der Marktanteile gemäss der geschätzten verkauften Exemplaren hat das Sekretariat die Marktanteile aufgrund der Reichweiten und Streudichten der betreffenden Zeitungen im Wirtschaftsgebiet Berner Seeland ermittelt.

151. Die Reichweiten dieser Zeitungen präsentieren sich wie folgt (nur deutschsprachige Leser):

	2002	2003
Berner Zeitung (gesamt)	18,2%	17%
Bund	13,3%	14,2%
Bieler Tagblatt	49,1%	53,9%
Freiburger Nachrichten	5%	6,3%

152. Aus diesen Reichweiten werden nun rudimentär die Marktanteile ermittelt. Hiezu wird erneut die Summe aller Reichweiten gleich hundert Prozent gesetzt. Der Marktanteil ergibt sich aus dem Anteil der Reichweite eines Titels an der Summe der Reichweiten sämtlicher Titel. Die entsprechend hergeleiteten Marktanteile stellen sich wie folgt dar:

	2002	2003	
Berner Zeitung (gesamt)	21,3%	18,6%	34% - 37%
Bund	15,5%	15,5%	
Bieler Tagblatt	57,4%	59%	
Freiburger Nachrichten	5,8%	6,9%	

153. Zum Vergleich werden analog die Marktanteile anhand der Streudichten ermittelt. Dabei werden bei Freiburger Nachrichten und Bieler Tagblatt die Werte der Standardauflage und nicht diejenigen der Grossauflage verwendet, da für den Lesermarkt nicht die Zahl der gratis breit gestreuten Auflage relevant ist.

154. Die Streudichte der Zeitungen präsentiert sich wie folgt:

Berner Zeitung (gesamt)	7,52%
Bund	6,41%
Bieler Tagblatt	31,27%
Freiburger Nachrichten	3,14%

155. Die daraus abgeleiteten Marktanteile stellen sich wie folgt dar:

Berner Zeitung (gesamt)	15,6%	29%
Bund	13,3%	
Bieler Tagblatt	64,7%	
Freiburger Nachrichten	6,5%	

156. Die Marktanteile nach dem Zusammenschlussvorhaben auf dem Lesermarkt Berner Mittelland können demnach auf 25%-34% veranschlagt werden. Die Berner Zeitung AG steht jedoch mit den Freiburger Nachrichten und dem Bieler Tagblatt in einem Kooperationsverhältnis. Die disziplinierende Wirkung der aktuellen Konkurrenz ist demnach tiefer einzustufen, als es die Marktanteilsverteilung an sich wiedergibt.

157. Dennoch ist nach dem Zusammenschlussvorhaben aufgrund der oben dargestellten Anteilsverhältnisse auf dem Lesermarkt Berner Seeland nicht Espace die stärkste Kraft sondern vielmehr Gassmann AG als Herausgeberin des Bieler Tagblattes. Weiter bestehen andere Medien,

welche eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von Espace ausüben werden, so etwa der Lokalradiosender Canal 3, dessen Kernpublikum sich im Berner Seeland befindet, und die Gratiszeitung 20 Minuten, welche in besagtem Wirtschaftsgebiet eine Reichweite von 14,5% (2002) aufweist.[13]

158. Aus diesen Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf dem Lesermarkt im Berner Seeland eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Markt für regionale Werbung Berner Seeland

159. Wie bereits bei der Analyse der Stellung auf dem Lesermarkt Berner Seeland ausgeführt, verfügt das Bieler Tagblatt in diesem geografischen Gebiet über eine hohe Reichweite. Diese - auch im Verhältnis zu anderen Tageszeitungen - hohe Reichweite macht es auch auf dem Markt für regionale Werbung zu einem starken Anbieter.

160. Weiter bestehen zahlreiche Amtsanzeiger (etwa Bieler Amtsanzeiger: Gesamtauflage 30'859 Exemplare; Nidauer Amtsanzeiger: Gesamtauflage 19'357 Exemplare), der Lokalradiosender Canal 3 und Tele Biellingue.

161. Aufgrund dieser Ausweichmöglichkeiten bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für regionale Werbung im Berner Seeland eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

Lesermarkt Solothurn

162. Gemäss Angaben der Parteien bestehen im Wirtschaftsgebiet Solothurn neben BZ und Bund folgende Zeitungen, welche neben nationalen und internationalen über regionale und lokale Ereignisse berichten: Solothurner Zeitung, Oltener Tagblatt, Langenthaler Tagblatt, Zofinger Tagblatt, Solothurner Tagblatt, wobei das Solothurner Tagblatt zur Berner Zeitung gehört.

163. Die Mittellandzeitung verfügt im Wirtschaftsgebiet über eine Reichweite von 58,2%, während die Berner Zeitung (gesamt) eine von 8,9% und "Bund" eine von 1,6% erzielt.

164. Ähnlich präsentiert sich das Bild gestützt auf die Streudichte: Die Mittellandzeitung weist eine Streudichte von 48,04% auf, die Berner Zeitung eine solche von 6,17% und Bund eine von 1,45%.

[13] Bezüglich 20 Minuten sind jedoch die weiter oben dargelegten Vorbehalte anzubringen.

165. Diese Verhältnisse werden auch durch die Eigenangaben der betreffenden Unternehmen gestützt. Die Unternehmen schätzen die Zahl der verkauften Exemplare wie folgt: Mittellandzeitung: 77'199 Exemplare, Berner Zeitung: 10'000 Exemplare, Bund: 1'510 Exemplare.

166. Angesichts dieser Kräfteverhältnisse bestehen keine Anhaltspunkte, dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf dem Lesermarkt Solothurn eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Markt für regionale Werbung Solothurn

167. Die Parteien schätzen bei ihren Produkten die Einnahmen aus regionaler Werbung im Wirtschaftsraum Solothurn (Jahr 2002) wie folgt: Bund: CHF [...], Berner Zeitung: CHF [...], Solothurner Woche CHF [...]. Nach dem Zusammenschluss belaufen sich die Einnahmen demnach auf rund CHF [...].

168. Die Situation der aktuellen Konkurrenten stellt sich wie folgt dar: Allein die Solothurner Zeitung erzielt gemäss eigenen Angaben im Wirtschaftsgebiet Solothurn regionale Werbeeinnahmen in der Höhe von CHF [...]. Hinzu kommen Gratisanzeiger und der lokale Radiosender Radio 32.

169. Bisher war der Bund im Markt für regionale Werbung Solothurn nur in geringem Ausmass tätig. Entsprechend kommt es zu geringen Marktanteilsadditionen. Aus den genannten Gründen - aktuelle Konkurrenten und geringe Marktanteilsadditionen - bestehen auf diesem Markt keine Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Markt für regionale Fernsehwerbung

170. Wie die Parteien darlegen, ist TeleBärn der einzige regionale Sender im Berner Mittelland (WEMF-Gebiet 22) und hält betreffend regionaler Fernsehwerbung einen Marktanteil von 100%. Es handelt sich demnach um einen betroffenen Markt.

171. Zu Marktanteilsadditionen kommt es durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht. Daraus lässt sich jedoch nicht - wie dies die Parteien tun - folgern, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinerlei Änderung der Marktstruktur führt. Wie bei den Erläuterungen über den Werbemarkt Berner Mittelland und dem Markt für regionale Radiowerbung dargelegt, kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben in den Bereichen Anzeigen in regionalen Zeitungen, Anzeigen in (Gratis-)Anzeigern und regionaler Radiowerbung zu erheblichen Anteilsadditionen zu Gunsten der beteiligten Unternehmen. Diese Anteilsadditionen mindern die Möglichkeiten der Nachfrager nach Fernsehwerbung, auf andere, wenn auch unter Umständen weniger geeignete Werbeträger auszuweichen.

172. Ob auf dem Markt für regionale Fernsehwerbung im Berner Mittelland durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, braucht jedoch nicht genauer abgeklärt zu werden, da, wie oben bereits gezeigt wurde, das Zusammenschlussvorhaben auf anderen Märkten eine beherrschende Stellung begründet.

B.5 Failing Company Defense

173. Die Failing Company Defense besagt, dass ein Unternehmenszusammenschluss unter folgenden Voraussetzungen nicht als eigentliche Ursache für die Verschlechterung der Struktur eines Marktes betrachtet werden kann:

1. Eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen würden ohne externe Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden.
2. Die anderen beteiligten Unternehmen würden die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.
3. Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

B.5.1 Verschwinden des Unternehmens innert kurzer Zeit

174. Per 31. Dezember 2002 verfügte die BVA bei einem Aktienkapital von CHF [...] und gesetzlichen Reserven von CHF [...] über ein Eigenkapital von CHF [...]. Für das laufende Jahr ist gemäss Budget ein Unternehmensverlust von CHF [...] vorgesehen, gemäss Trend wird mit einem Unternehmensverlust von CHF [...] gerechnet.

175. In den vergangenen Jahren erwirtschaftete die BVA folgende Betriebsergebnisse (vor Zinsen und Steuern):

2002: CHF [...]

2001: CHF [...]

2000: CHF [...]

1999: CHF [...]

176. Angesichts des Vorjahresverlustes und der anhaltend schlechten Konjunkturlage, welche sich im Anzeigenbereich besonders stark manifestiert - BVA erlitt 2002 einen Ertragsrückgang bei den Anzeigen von CHF [...] auf CHF [...] -, weist die BVA demnach Ende dieses Jahres voraussichtlich eine Überschuldung (d.h. Aktiven decken nicht sämtliche Forderungen der Gesellschaftsgläubiger), mit grösster Wahrscheinlichkeit jedoch zumindest eine Unterdeckung auf.

177. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass im Jahr 2002 bereits eine Sanierung stattgefunden hat. Dabei leisteten die Aktionäre einen Sanierungsbeitrag in der Höhe von CHF [...]. Zudem wurde eine

Aktienerhöhung im Umfang von CHF [...] zuzüglich CHF [...] Agio vorgenommen und das bisherige Aktienkapital von CHF [...] vollumfänglich herabgesetzt. Es ist davon auszugehen, dass die BVA ohne diese Sanierungsmassnahmen bereits Ende 2002 eine Unterdeckung aufgewiesen hätte.

178. Die BVA wird daher ohne Eingriffe Ende dieses oder zumindest im Verlauf des nächsten Jahres als überschuldetes Unternehmen in einem Konkursverfahren liquidiert und vom Markt verschwinden. Die erste Bedingung der Failing Company Defense ist für die BVA somit erfüllt.

179. Als Weiteres ist zu prüfen, ob diese Bedingung auch für die Radig AG, Betreiberin des Lokalradiosenders Radio BE1, erfüllt ist. Die Radig AG wies per 31. Dezember 2002 bei einem Aktienkapital von CHF [...] und gesetzlichen Reserven von CHF [...] ein Eigenkapital von CHF [...] aus. Das Betriebsergebnis 2002 (vor Zinsen und Steuern) betrug CHF [...], das Unternehmensergebnis CHF [...]. Eine Sanierung der Radig AG fand im Jahr 2001 statt.

180. Die Parteien bringen vor, dass die Rechnung der Radig nur dank Werbeausgaben der BVA für den "Bund" über Radio BE1 in der Höhe von CHF [...] ein ausgeglichenes Ergebnis erzielt. Triff diese Aussage zu, so ist in Bezug auf die Radig AG die erste Bedingung der Failing Company Defense als erfüllt anzusehen, da bei einem Verschwinden des "Bund" oder einer Loslösung des "Bund" von der Radig AG diese Gelder wohl grösstenteils oder ganz verschwinden würden. Allerdings sind von diesen Zahlungen unter anderem auch begleitende Werbespots für Kampagnen von eBund, BVA AG Druckerei, *Ticket-Corner* usw. erfasst. Es scheint, dass diese Zahlungen somit zumindest in einem gewissen Umfang auch indirekte Drittaufträge umfassen. Die Frage, ob in Bezug auf die Radig AG die erste Bedingung der Failing Company Defense erfüllt ist, kann jedoch ohnehin offen bleiben, da - wie nachfolgend gezeigt wird - diesbezüglich weder die zweite noch die dritte Bedingung erfüllt ist.

B.5.2 Absorption der meisten Marktanteile durch die beteiligten Unternehmen

181. Die Failing Company Defense erfordert als zweite Bedingung, dass die übrigen beteiligten Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.

182. Diese Bedingung ist im Hinblick auf ein allfälliges Verschwinden der Zeitung "Bund" zu bejahen. Aufgrund der herrschenden Wettbewerbssituation auf den Lesermärkten Berner Oberland und Berner Mittelland sowie auf denselbigen räumlich relevanten regionalen Werbemärkten ist zu erwarten, dass nach einem Verschwinden des "Bund" die Berner Zeitung beziehungsweise die von ihr kontrollierten Zeitungen die meisten, wenn nicht gar alle Marktanteile des Bunds absorbieren würden.

183. Anders präsentiert sich der Sachverhalt in Bezug auf ein allfälliges Verschwinden des Radio BE1. Gemäss Aussagen des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) wird im Falle eines Konkurses eines Veranstalters die Konzession für den Radiobetrieb entzogen. Für die frei gewordene Konzession würde daraufhin eine Ausschreibung durchgeführt, an welcher sich sämtliche Interessenten beteiligen könnten. Der Ausgang eines solchen Konzessionsverfahrens kann von der Wettbewerbskommission aus naheliegenden Gründen nicht vorausgesagt werden. Mit Sicherheit ist es jedoch nicht so, dass zwangsläufig Espace den Zuschlag für diese Konzession erhalten würde. Sollten keine Bewerbungen für die frei werdenden Frequenzen eingereicht werden, so würden die Marktanteile von Radio BE1 ebenfalls nicht zwangsläufig an Radio ExtraBern fallen, vielmehr würden sie sich voraussichtlich entsprechend der bestehenden Marktanteile im Sendegebiet von Radio BE1 auf die Sender Radio Berner Oberland, Radio Emme, Canal 3 und Radio 32 verteilen. Die zweite Bedingung der Failing Company Defense ist in Bezug auf die Radig AG somit nicht erfüllt.

B.5.3 Keine wettbewerbsfreundlichere Lösung

184. Als dritte Bedingung fordert die Failing Company Defense, dass keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben besteht.

185. In Bezug auf die Radig AG ist diese Bedingung nicht erfüllt. In der vorliegenden Situation wäre es aus Sicht des Wettbewerbs mit Sicherheit die vorteilhaftere Lösung, die Konzession von Radio BE1 - wie dies bei einem Konkurs der Fall wäre - neu auszuschreiben, als Radio BE1 unter dieselbe Kontrolle wie Radio ExtraBern zu geben. Im Rahmen dieser Ausschreibung könnte Wettbewerb um die frei gewordene Sendefrequenzen entstehen.[14]

186. Betreffend der BVA insgesamt ist zuerst zu prüfen, ob die Übernahme der BVA durch ein anderes Unternehmen, welches in den relevanten Märkten über eine geringere Marktstellung verfügt, möglich ist.

187. Die Basler Mediengruppe führt aus, dass sie keine Beteiligungsstrategie an Zeitungsverlagen ausserhalb des angestammten Gebiets der Nordostschweiz verfolgt. Zwischen Basler Mediengruppe und BVA würden sich aufgrund der räumlichen Entfernung keine Synergien ergeben.

[14] Wie im Kapitel über regionale Radiowerbung dargelegt, werden zusätzlich zu den bestehenden keine neuen Versorgungsgebiete bewilligt.

188. Die Jean Frey AG verneint ein Interesse an einer allfälligen Beteiligung oder Übernahme der BVA und sieht zudem keine Synergien zwischen der eigenen Gruppe und der BVA.

189. Ringier AG sieht ebenfalls keine Synergien zwischen den Unternehmen der eigenen Gruppe und der BVA und verweist darauf, dass Ringier ihre Beteiligung an der BVA 1995/1998 an die NZZ verkauft hat. Die Gründe, welche zum Verkauf führten, würden nach wie vor bestehen.

190. Mit der Mittellandzeitung führte die NZZ Gespräche über eine Zusammenarbeit im Hinblick auf den "Bund". Gemäss Angaben sowohl der Parteien als auch der Mittellandzeitung war vorgesehen, dass die Mittellandzeitung den Mantelteil (Inland, Ausland, Kultur, nationaler Sport etc.) liefert und den Druck übernimmt. Weiter sollte sich die Aargauer Zeitung mit maximal 20% und Vogt-Schild/Habegger mit maximal 10% beteiligen, wobei die Punkte gemäss Mittellandzeitung nie ausdiskutiert wurden. Das Interesse der Mittellandzeitung an einer Beteiligung an oder Übernahme der BVA erscheint aufgrund der Ausführungen des Delegierten des Verwaltungsrates der AZ Medien AG, [...], in der Werbewoche jedoch fraglich: "Für den 'Bund' hätten wir gerne und günstig den Mantel geliefert; eine Beteiligung haben wir hingegen immer als zu risikoreich abgelehnt. ... Eine Übernahme kam allerdings zu keinem Zeitpunkt in Frage. Und zwar nicht nur, weil sie ziemlich teuer gewesen wäre" (Werbewoche Nr. 32, 11.9.2003, S. 50).

191. Bei einer Kooperation mit der Mittellandzeitung hätte die NZZ demnach mindestens eine 50%-Beteiligung an der BVA behalten, während in der jetzigen Variante eine 40%-Beteiligung verbleibt. Zudem hat die FPH in der jetzigen Variante das Recht, jederzeit den Aktionärsbindungsvertrag aufzulösen; in diesem Fall ist Espace verpflichtet, die Beteiligung der FPH zu einem fest geschriebenen Preis zu kaufen. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die NZZ nicht verpflichtet werden kann, an einem Unternehmen, welches über Jahre hinweg Verluste schreibt, eine erhöhte Beteiligung zu halten. Weiter kann die Frage nach den sich aus einer Kooperation mit der Mittellandzeitung möglicherweise ergebenden Synergien offen bleiben, da die NZZ nicht verpflichtet werden kann, betreffend eines defizitären Unternehmens unter Beibehaltung einer Beteiligung neue, Synergien versprechende Betriebsformen zu testen.

192. Gestützt auf diese Informationen ist die Übernahme der BVA durch ein anderes Unternehmen, welches in den relevanten Märkten über eine geringere Marktstellung verfügt, nicht möglich. Bezüglich dieses Punktes ist die dritte Bedingung der Failing company Defense somit erfüllt.

193. Als nächstes ist die konkrete Ausgestaltung des Zusammenschlussvorhabens zu analysieren. Gemäss vorliegenden Zusammenschlussvorhaben werden Espace und NZZ (via FPH) je 40% an der BVA halten. Es

ist zu prüfen, ob diese gemeinsame Beteiligung die wettbewerbsfreundlichste Lösung darstellt.

194. Durch die verbleibende Beteiligung an der BVA wird der Anreiz der NZZ geschmälert, zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise wieder selbstständig - etwa mittels einer NZZ-Splittausgabe - im Raum Bern aktiv zu werden. Entsprechend mindert die vorliegende Variante im Vergleich zu einem vollständigen Verkauf der BVA an Espace die aus den weiter oben dargelegten Gründen ohnehin bereits geringe potenzielle Konkurrenz zusätzlich. Weiter besteht die Möglichkeit, dass für Espace durch die vorliegende Variante der Anreiz steigt, die Preise für Zeitungsanzeigen und -abonnemente zu erhöhen, da die aus den entsprechenden Abwanderungsbewegungen resultierenden Mehreinnahmen bei den anderen Espace-internen Werbeträgern unverändert der Espace zufallen, während die entstehenden Mindereinnahmen bei den BVA-Produkten aufgrund der Mitbeteiligung der NZZ nur teilweise getragen werden müssen.

195. Durch die verbleibende Beteiligung von NZZ an der BVA sinkt jedoch der Anreiz von Espace, die Preise für ihre bisherigen Produkte (TeleBärn, Radio ExtraBern, "Berner Bär") zu erhöhen, da die aus den Abwanderungsbewegungen resultierenden Mehreinnahmen der BVA nur teilweise Espace zufallen. Zusätzlich ist zu davon auszugehen, dass die NZZ im Raum Bern andere Interessen besitzt als Espace und deshalb innerhalb der BVA ein wettbewerbsförderliches Gegengewicht einnehmen wird (vergleiche hiezu auch NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 351 f., Ziff. 21).

196. In Abwägung dieser pro- und antikompetitiven Elemente kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die prokompetitiven Elemente des Verbleibs der NZZ in der BVA überwiegen.

Nebenabreden

197. Abreden, welche die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Zusammenschlussvorhaben erfüllen, sind als Nebenabreden ("ancillary restraints") zu bezeichnen. Abreden, welche diese Bedingungen nicht erfüllten und somit keine Nebenabreden darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionsrechtlichen Entscheid (vgl. Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 247, Ziff. 77 f., m.w.H.).

198. Unter diesem Gesichtspunkt ist insbesondere Punkt 7 der Vereinbarung zwischen FPH, Espace und Publigroupe vom 23. Juli 2003 kartellrechtlich zu würdigen. Dieser Punkt sieht vor, dass zwischen Publigroupe und Espace ein neuer Kommissionsvertrag für die Inseratevermittlung in der BZ-Gesamtsplittausgabe und Splittausgabe unterzeichnet wird. Ein Kommissionsvertrag zwischen Espace und Publigroupe ist für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht unbe-

dingt notwendig, auch kann höchstens von einem mittelbaren nicht aber unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Zusammenschlussvorhaben und dem Kommissionsvertrag gesprochen werden.

199. Aus diesen Gründen handelt es sich beim Kommissionsvertrag, welcher aufgrund Punkt 7 der genannten Vereinbarung zustande kommt, nicht um eine Nebenabrede. Der betreffende Kommissionsvertrag erhält daher keine Legalisierung durch den fusionsrechtlichen Entscheid und bleibt einer späteren kartellrechtlichen Überprüfung weiter zugänglich.

B.6 Ergebnis

200. Aus den genannten Gründen begründet der Zusammenschluss auf folgenden Märkten eine marktbeherrschende Stellung:

a. Lesermarkt Berner Mittelland

b. Markt für regionale und lokale Anzeigen im Berner Mittelland

c. Markt für regionale Radiowerbung im Berner Mittelland

201. Die Bedingungen für die Failing Company Defense sind in Bezug auf die Teil des Zusammenschlussvorhabens bildende Radig AG nicht erfüllt. Dadurch, dass die Radig AG Teil des Zusammenschlussvorhabens bildet, wird die marktbeherrschende Stellung auf den genannten Märkten begründet beziehungsweise zusätzlich verstärkt. Die Beteiligung an der Radig AG kann aus diesen Gründen nicht genehmigt werden.

202. In Bezug auf den Anzeiger Region Bern kann auf eine Auflage verzichtet werden, da mit 20 Minuten ein bezüglich des regionalen Werbemarktes besseres Substitut besteht, welches durch die Untersagung des Einstieges der Berner Zeitung AG bei selbiger (Zusammenschlussvorhaben) ausserhalb der Kontrolle von Espace verbleibt.

C. Kosten

203. 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 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Espace Media Groupe und AG für die Neue Zürcher Zeitung AG.

204. Im Zusammenschlussverfahren entfällt die Gebührenpflicht, wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KG-Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet,

ist die Gebührenpflicht der Unternehmen Espace Media Groupe und AG für die Neue Zürcher Zeitung AG gegeben.

205. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung 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 KG-Gebührenverordnung).

206. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

207. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

D. Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf den erwähnten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Das Zusammenschlussvorhaben NZZ-Espace-Bund wird unter der Bedingung zugelassen, dass vor Vollzug des Zusammenschlusses die Radig AG einer von der Espace Media Groupe unabhängigen Gesellschaft übertragen wird.
2. Der mit Zwischenverfügung vom 3. November 2003 gestattete vorläufige Vollzug wird längstens für sechs Monate ab Zustellung der vorliegenden Verfügung verlängert.
3. Die Verfügungsadressaten haben der Wettbewerbskommission über die Umsetzung der Bedingung und den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Bericht zu erstatten.
4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können - ausser den in Artikel 37 KG vorgesehenen Massnahmen - mit Sanktionen gemäss Artikel 51 und 55 KG belegt werden.
5. [Kosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Eröffnung]

B 2.3	**2. RTL Group S.A./Métropole Télévision S.A.**

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 15. März 2004

1. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 1. März 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben erwähnten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

2. RTL Group S.A. (nachfolgend RTL), Luxembourg, ist eine Aktiengesellschaft, die im Rundfunk- und Medienbereich tätig ist. Ihre Schwerpunkte liegen im gebührenfreien Fernsehen, in der Fernsehproduktion und bei Radiosendungen. Zusätzlich übt RTL einige Aktivitäten im Multimediasektor aus. RTL wird vollumfänglich von der Bertelsmann AG (nachstehend BAG), Gütersloh, kontrolliert. Die BAG ist Muttergesellschaft einer Gruppe von Unternehmen, welche international im Bereich der Publikation von Büchern und Zeitschriften, Musik, Fernsehen und in damit verbundenen Mediensektoren tätig sind.

3. Métropole Télévision S.A. (nachfolgend M6), Neuilly-sur-Seine Cedex, ist eine Aktiengesellschaft nach französischem Recht. M6 ist ein nationaler französischer Fernsehsender. Er ist auch tätig in verschiedenen Bereichen der audiovisuellen Industrie, inklusive Kino und audiovisuelle Produktion sowie in der Vermarktung von Rechten an audiovisuellen Programmen und Filmen usw. Des Weiteren hält M6 Anteile des pay-TV Senders Télévision par Satellite (TPS).

4. RTL erwirbt passiv die alleinige Kontrolle über M6. Bevor Suez Lyonnaise des Eaux S.A. (nachfolgend Suez) ihre Anteile bis auf 5% veräussert hatte, waren RTL mit 48,4% und Suez mit 37,6% Anteil die Hauptaktionäre von M6. Da die Anteile von Suez an mehrere Käufer veräussert wurden, gibt es keinen Aktionär mehr, welcher über ein annähernd so grosses Aktienpaket wie RTL verfügt. Mit 34% Stimmrechten[1] verfügt RTL ausserdem praktisch über ein Vetorecht.

[1] Die Stimmrechte von Suez wie auch diejenigen von RTL wurden durch Bestimmungen in den Statuten von M6 und durch ein Abkommen zwischen M6 und dem französischen Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) auf je 34% beschnitten.

2. Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

5. Der Tatbestand der Kontrollübernahme gemäss Artikel 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; nachfolgend: VKU) ist durch den beschriebenen Vorgang erfüllt und es liegt demnach ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (SR 251; nachfolgend: KG) vor.

6. Folgende Umsätze wurden von den beteiligten Unternehmen 2002 erzielt (alle Zahlen wurden von Euro in CHF mit einem Umrechnungsfaktor von 1,5 umgerechnet):

Weltweit:

Unternehmen	Umsatz in CHF
Bertelsmann Gruppe (inkl. RTL)	27'468 Mio.
M6	1'422,75 Mio
Kumuliert	**28'890,75 Mio.**

7. Die beteiligten Unternehmen erreichen somit die Umsatzschwelle von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG.

Schweiz:

Unternehmen	Umsatz in CHF
Bertelsmann Gruppe (inkl. RTL)	[...]
M6	[...]
Kumuliert	**[...]**

8. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG nach Multiplikation des relativen Umsatzes von M6 mit Faktor 20 gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG.

3. Beurteilung

9. Der Fernsehsender M6 übt in der Schweiz nur sehr begrenzt Tätigkeiten aus, das heisst, der sachliche Markt im vorliegenden Fall umfasst den Fernsehbereich beziehungweise den Verkauf von Fernsehwerbeminuten. Was den räumlich relevanten Markt betrifft, umfasst dieser mindestens den französischsprachigen Raum der Schweiz.

Marktanteil:

Sender	Deutschweiz	Romandie
RTL	9,5%	
RTL II	4,6%	
VOX	3,6%	
M6		14,2%
RTL 9		5
Kumuliert	**17,7%**	**19,2%**
Zum Vergleich SF1	ca. 27%	
Zum Vergleich SF2	ca. 9%	
Kumuliert	**ca. 36%**	
Zum Vergleich TSR1		ca. 28%
Zum Vergleich TSR2		ca. 5%
Kumuliert		**ca. 33%**

10. Die Angaben in vorstehender Tabelle wurden dem Geschäftsbericht der Publisuisse 2002 entnommen. Aus Gründen der Anschaulichkeit wurden noch die Marktanteile von TSR1 und TSR2 respektive SF1 und SF2 eingefügt.

11. Eine definitive Marktabgrenzung erübrigt sich also, da in keinem Fall die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU aufgeführten Schwellenwerte für Marktanteile überschritten werden; nach der Praxis der Wettbewerbskommission 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 von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da dies hier nicht der Fall ist, liegt kein betroffener Markt im Sinne der VKU vor.

4. Ergebnis

12. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

13. Das Sekretariat beantragt aus diesem Grund, auf eine eingehende Prüfung zu verzichten.

B 2.3	**3. CapVis/ABB Gebäudetechnik**

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 15. März 2004

1. Am 1. März 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach erwirbt CapVis (C.I) Ltd. (nachfolgend: CapVis) über die neu gegründete Tochtergesellschaft Polyusus II AG mit Sitz in Zürich die Kontrolle über die Gesellschaften des Geschäftsbereichs ABB Building Systems Switzerland (nachfolgend: ABB Gebäudetechnik).

2. Der Zusammenschluss wird aus folgenden Gründen keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken:

a. Der ABB-Geschäftsbereich besitzt einen Marktanteil in der Schweiz, der unter 30% liegt.

b. Die beteiligten Unternehmen CapVis üben in der Schweiz bisher keine Tätigkeiten aus, die die Bereiche Installationsdienstleistungen (Elektroinstallationen, Installation von Telekommunikationssystem und Datennetzwerken, Installation von Mobilfunkantennen), Wartung dieser Installationen sowie übrige Gebäudedienstleistungen (Facility Management und Total Technical Solutions) betreffen. Des Weiteren kommt es auf keinem der Märkte zu Marktanteilsadditionen.

Somit liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

3. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 15. März 2004 für unbedenklich erachtet.

B 2.3	**4. Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG**

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 19. Januar 2004

A. Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 24. April 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die (unvollständige) Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingegangen, wonach die Express Zeitung AG, handelnd als Gemeinschaftsunternehmen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG, die Kontrolle über 20 Minuten (Schweiz) AG erwerben soll. Die Meldung wurde mit Ergänzung vom 6. Mai 2003 vervollständigt.

2. Der Kontrollerwerb über 20 Minuten erfolgt durch folgende zwei Schritte:

a. Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter gleichzeitigem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages mit Tamedia, so dass die Unternehmen für wichtige Entscheidungen der Express Zeitung AG Übereinstimmung erzielen müssen.

b. Kontrollerwerb der Express Zeitung AG über die 20 Minuten (Schweiz) AG.

3. Aufgrund der Tatsache, dass diese beiden juristischen Schritte eine wirtschaftliche Einheit darstellen, kamen die Parteien mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) überein, dass im vorliegenden Fall nur eine Meldung durch Tamedia AG und Berner Zeitung AG zu verfassen sei.

4. 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 des "Tages-Anzeiger", der "SonntagsZeitung", der Zeitschrift "Facts", der Zeitschrift "Schweizer Familie" und der "Finanz und Wirtschaft".

5. Die Tamedia ist zudem unter anderem Alleinaktionärin der Radio 24 AG und Telezüri AG sowie Radio Basilisk Betriebs AG und hält Beteiligungen an verschiedenen Internetplattformen über die Partner Winner AG.

6. Die **Berner Zeitung AG** (nachfolgend: Berner Zeitung) bezweckt das Verlagsgeschäft in all seinen Formen und ist namentlich Herausge-

berin der "Berner Zeitung". Sie ist Konzerntochter der Espace Media Groupe, welche unter anderem die Splitausgaben der Berner Zeitung "Thuner Tagblatt", "Berner Oberländer" und "Solothurner Tagblatt" verlegt und mit 97,9% an der Berner Bär Verlags AG beteiligt ist. Sie hält zudem unter anderem Beteiligungen an der TeleBärn AG (81,1%) und an Radio ExtraBern AG (79,9%).

7. Die **20 Minuten (Schweiz) AG** (nachfolgend: 20 Minuten) bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Medienerzeugnissen sowie die Informationsvermittlung und Kommunikation auf allen Stufen und ist Herausgeberin der Pendlerzeitung "20 Minuten".

A.2 Das Verfahren

8. Am 5. Juni 2003 hat die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Artikel 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) zu unterziehen.

9. Im Laufe der Prüfung wurde eine Umfrage (bestehend aus qualitativen Fragen einerseits und einer quantitativen Erhebung zwecks empirischer Analyse von Substituierbarkeiten andererseits) an eine Vielzahl von Verlagen, Radiosendern, Privatfernseh-Gesellschaften und Kino-Betreibern gerichtet und später qualitativ und quantitativ ausgewertet.

10. Gleichzeitig fanden Gespräche/Interviews mit diversen Werbeauftraggebern sowie Werbe- und Mediaagenturen statt, deren Zweck in der Erhellung werbetechnischer Faktoren (insbesondere das Auswahlprozedere bei der Belegung von Werbeträgern; Titelwahl bei Presseerzeugnissen etc.) und der Auslotung allfälliger Bedenken der Werbebranche bezüglich des Zusammenschlussvorhabens dienten.

11. Am 5. August 2003 ist beim Sekretariat der Entwurf einer Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingegangen, wonach die Espace Media Groupe (Konzernmutter der Berner Zeitung AG) von der Freie Presse Holding AG (Tochtergesellschaft der AG für die Neue Zürcher Zeitung [NZZ]) eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG erwirbt.

12. Am 18. August 2003 hat die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission entschieden, dass die Beteiligung der Espace Media Groupe an der Bund Verlag AG in ihrer Wirkung auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine wesentliche Änderung der Verhältnisse im Sinne von Artikel 21 VKU darstellt und hat gestützt darauf am 25. August 2003 eine Zwischenverfügung erlassen, wonach die Frist zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens ab dem Zeitpunkt der Ergänzung der Meldung um die Tatsache des Zusammenschlussvorhabens Espace Media Groupe - Bund Verlag AG neu zu laufen beginnt.

13. Am 1. September 2003 hat die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission entschieden, die Frage der teilweisen Genehmigung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Kommission vorzulegen.

14. Mit Datum vom 15. September 2003 verfügte die Wettbewerbskommission die teilweise Genehmigung, indem Tamedia beziehungsweise deren Tochtergesellschaft Express Zeitung AG der Erwerb der Kontrolle über 20 Minuten ohne Auflagen und Bedingungen erlaubt wurde. Die Wettbewerbskommission verfügte weiter, dass der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag zwischen der Tamedia und der Berner Zeitung vom 21. März 2003 (vgl. Ziff. 30) weiterhin dem Vollzugsverbot von Artikel 32 Absatz 2 KG unterliegt, da gestützt auf Artikel 21 VKU die Beteiligung der Berner Zeitung am Zusammenschluss neu geprüft wird.

15. Die Parteien reichten am 18. September 2003 die Ergänzung ihrer Meldung vom 24. April 2003 beziehungsweise 6. Mai 2003 ein.

16. Das Sekretariat erklärte die Ergänzung der Meldung am 23. September 2003 für vollständig und teilte den Parteien mit, dass die Frist für die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens am 19. September 2003 beginnt und am 20. Oktober 2003 abläuft.

17. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung in Bezug auf die Märkte Bern holte das Sekretariat bei Ringier AG und 41 Anzeigern beziehungsweise Zeitungen im Grossraum Bern Auskünfte ein.

18. Am 16. Oktober 2003 entschied die Wettbewerbskommission, eine Prüfung des Zusammenschlussvorhabens in Bezug auf die Beteiligung der Berner Zeitung an der Express Zeitung und den Vollzug des Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrags zwischen der Tamedia und der Berner Zeitung vom 21. März 2003 durchzuführen.

19. Mit Datum vom 30. Oktober 2003 wurde den Parteien der Antrag des Sekretariats zur Stellungnahme zugestellt, auf dessen Grundlage die Wettbewerbskommission am 16. Oktober 2003 ihren Entscheid, ein Prüfungsverfahren einzuleiten, gefällt hatte.

20. Im Laufe der vertieften Prüfung wurden erneut 28 Werbeauftraggeber in der Region Bern, verschiedene Verlage und die Konzessionsgeber des "Anzeiger Region Bern" und "Thuner Amtsanzeiger" befragt.

21. Am 11. Dezember 2003 ging die Stellungnahme der Parteien, datiert 9. Dezember 2003, zur Einleitung der vertieften Prüfung ein (nachfolgend: Stellungnahme vom 9. Dezember 2003).

22. Am 15. Dezember 2003 erging die vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission, welche den Parteien am 18. Dezember 2003 zur Stellungnahme zugestellt wurde. Den Parteien wurde mitgeteilt, dass

nach vorläufiger Beurteilung das Zusammenschlussvorhaben nur zugelassen werden könne, wenn geeignete strukturelle Änderungen des Zusammenschlussvorhabens erfolgten.

23. Am 5. Januar 2004 fand eine Besprechung zwischen den Parteien und Vertretern der Wettbewerbskommission und des Sekretariats statt, um allfällige strukturelle Änderungen zu diskutieren.

24. Mit Datum vom 6. Januar 2004 wurden die Parteien und Ringier nochmals befragt.

25. Am 12. Januar 2004 ging die Stellungnahme der Parteien zur vorläufigen Beurteilung vom 15. Dezember 2003 ein (nachfolgend: Stellungnahme vom 12. Januar 2004). Auf die Vorbringen der Parteien wird nachfolgend in den Erwägungen eingegangen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

26. 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 KG).

B.1.1 Unternehmen

27. 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

28. Die Express Zeitung AG (nachfolgend: Express Zeitung), handelnd als Gemeinschaftsunternehmen der Tamedia und der Berner Zeitung soll die Kontrolle über 20 Minuten erwerben.

29. Der Kontrollerwerb über 20 Minuten erfolgt durch folgende zwei Schritte:

a. Beteiligung der Berner Zeitung an der Express Zeitung unter gleichzeitigem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages mit Tamedia, so dass die Unternehmen für wichtige Entscheidungen der Express Zeitung Übereinstimmung erzielen müssen.

b. Kontrollerwerb der Express Zeitung über 20 Minuten.

30. Die Berner Zeitung beteiligt sich in einem ersten Schritt mit dem Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen Tamedia und Berner Zeitung (nachfolgend: Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag Tamedia/Berner Zeitung vom 21. März 2003) mit 17,5% an der Express Zeitung, einer bis dahin 100%-igen Tochter-

gesellschaft der Tamedia. Der Aktionärbindungsvertrag macht eine Mehrheit von ¾ aller Stimmen für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat über folgende Gegenstände erforderlich:

- Beschlussfassung über die Eintragung der Eigentümer und Nutzniesser von Namenaktien im Aktienbuch
- Genehmigung des Jahresbudgets
- Aufnahme von Krediten sofern CHF 1 Mio. übersteigend
- Herausgabe zusätzlicher Regionalausgaben neben Basel, Bern und Zürich
- Änderungen des Organisationsreglements

31. Da beide Parteien Anspruch auf Bestimmung von zwei Verwaltungsratsmitgliedern haben und Tamedia den Präsidenten stellt, werden wesentliche Entscheidungen trotz Minderheitsbeteiligung der Berner Zeitung einvernehmlich getroffen.

32. Für den zweiten Schritt, den Kontrollerwerb der Express Zeitung über 20 Minuten, sieht der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen 20 Min Holding AG und Express Zeitung AG betreffend Verkauf und Erwerb aller Aktien der 20 Minuten (Schweiz) AG (nachfolgend: Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag) vor, dass der Aktienübergang in drei Schritten erfolgen soll. In einem ersten Schritt sollen [...]% der Aktien, in einem zweiten [...]% der Aktien und in einem letzen Schritt der Rest von 20 Minuten auf die Express Zeitung übertragen werden. Sinn dieser Staffelung ist gemäss den Parteien die Beteiligung der Verkäuferin an der erhofften konjunkturellen Erholung.

33. Aufgrund der Tatsache, dass diese beiden juristischen Schritte eine wirtschaftliche Einheit darstellen, kamen die Parteien mit dem Sekretariat überein, dass im vorliegenden Fall nur eine Meldung zu verfassen sei.

34. Die Express Zeitung dient Tamedia und der Berner Zeitung als Vehikel, um im Markt für Pendlerzeitungen aktiv zu werden (vgl. Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen 20 Min Holding AG und Express Zeitung AG betreffend Verkauf und Erwerb aller Aktien der 20 Minuten [Schweiz] AG). Als meldepflichtige Unternehmen gelten daher die Tamedia und die Berner Zeitung, obwohl formal betrachtet die Express Zeitung die Kontrolle über 20 Minuten übernehmen wird. Da der Kontrollerwerb durch die Express Zeitung definitiv feststeht und die entsprechenden Parameter im Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag feststehen, ist von einem Kontrollerwerb und nicht von einem Gemeinschaftsunternehmen auszugehen, womit 20 Minuten als kontrolliertes Unternehmen nicht meldepflichtig ist (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).

35. 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. In 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.

36. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Tamedia und die Berner Zeitung über die Express Zeitung in drei Schritten 100% der Aktien von 20 Minuten erwerben. Mit dem Erwerb sämtlicher Beteiligungsrechte liegt ein Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

37. 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

38. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für die Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend.

39. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind gemäss den Ausführungen in Ziffer 28ff. die Tamedia und die Berner Zeitung als kontrollierende Unternehmen und 20 Minuten als kontrolliertes Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

40. Die Aktienkauf- und Aktionärbindungsverträge als Verpflichtungsgeschäfte für das Zusammenschlussvorhaben datieren vom 21. März 2003. Demnach sind die Umsätze des Geschäftsjahres 2002 massgebend (Art. 9 Abs. 1 KG).

41. Mangels teilweiser Verfügbarkeit der Umsatzzahlen für das Geschäftsjahr 2002 und der Anerkennung der Meldepflicht durch die Parteien wurde auf die von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Umsatzzahlen 2001/2002 abgestellt. Diese im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VKU konsolidierten Zahlen übersteigen die Aufgreifkriterien gemäss Artikel 9 KG:

> Die Tamedia erzielte im Geschäftsjahr 2001 einen Umsatz von CHF 651'563'000.- im Verlagsbereich, welcher nach Multiplikation mit dem Faktor 20 CHF 13'031'260'000.- beträgt.
>
> Die konsolidierte Erfolgsrechnung der Espace Media Groupe im Jahre 2001 ergibt einen relevanten Umsatz von CHF

160'714'000.- beziehungsweise nach Multiplikation mit Faktor 20 CHF 3'214'280'000.-.

20 Minuten hat im Geschäftsjahr 2002 einen Umsatz von CHF [...] erzielt, nach Multiplikation mit Faktor 20 CHF [...].

Kumuliert betragen die relevanten Umsätze CHF [...].

42. Die Aufgreifschwellen von Artikel 9 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

43. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den 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 und

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

44. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

45. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

46. Hiezu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Märkte Bern, da der Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund lediglich erhebliche Auswirkungen auf die Berner Märkte hat, die eine Neubeurteilung der Beteiligung der Berner Zeitung über die Express Zeitung an 20 Minuten rechtfertigt.

B.4.1 Relevante Märkte

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

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).

49. Sowohl die kontrollierenden als auch das kontrollierte Unternehmen sind hauptsächlich in den Bereichen Herausgabe und Vertrieb von Druckmedien tätig und bieten Werbetreibenden Raum für die Publikation von Anzeigen in den verschiedenen Titeln an. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbskommission sind bei Medienzusammenschlüssen grundsätzlich Leser- und Werbemärkte sowie Druckereimärkte für den Druck von Tages- und Gratiszeitungen beziehungsweise für Akzidenzdruck zu unterscheiden (RPW 2000/3, S. 422, Rz. 33, "Berner Oberland Medien AG"; RPW 2002/2, S. 342, Rz. 12, "NZZ - LZ Medien Holding"; RPW 1997/2, S. 182, Rz. 33, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck"). Im Bereich des Zeitungs- und Akzidenzdrucks ist 20 Minuten weder als aktueller Konkurrent noch als potenzieller Konkurrent zu qualifizieren, und es werden durch den Zusammenschluss auch keinen Druckunternehmen Aufträge in derartigem Ausmass entzogen, dass diese aus dem Markt ausscheiden würden, was wiederum zu einem Erliegen des Wettbewerbs in den Druckmärkten führen würde. Aus diesem Grund entfällt im vorliegenden Fall eine Marktabgrenzung für den Bereich des Zeitungs- und Akzidenzdrucks.

B.4.1.a Lesermarkt

Sachlich relevanter Markt

50. 20 Minuten ist Herausgeberin der Pendlerzeitung "20 Minuten". Pendlerzeitungen charakterisieren sich unter anderem dadurch, dass sie gratis in Boxen entlang des öffentlichen Verkehrsnetzes verteilt werden.

51. Es stellt sich die Frage, ob es angesichts der Tatsache, dass es sich bei "20 Minuten" um eine Gratiszeitung handelt, gerechtfertigt ist, im vorliegenden Fall einen Lesermarkt abzugrenzen. Die Frage ist umstritten. Die Wettbewerbskommission hat diese Frage in ihrer bisherigen Praxis unterschiedlich beantwortet. Im Fall "Ziegler Druck- und Verlags-AG/Zürcher Oberland Medien AG - Kiebitz Verlag und Produktion AG", RPW 2001/3, S. 569 ff.) wurde in der vorläufigen Prüfung auf eine Abgrenzung eines Lesermarktes verzichtet. Im Fall "Tamedia/Belcom" (RPW 2001/4, S. 724 f.) wurde, bezogen auf Radio, mit Verweis auf die Monopolkommission[1] argumentiert, dass die ökonomische Gegenleistung für den Programmempfang in der "Opferung" der Zeit des Empfängers für den Fernseh- (oder Radio-)konsum besteht. Die Radio- und Fernsehveranstalter konkurrieren in diesem Sinne um das "Zeitbudget" der Empfänger. Die Frage wurde in Tamedia/Belcom mit der Begründung offen gelassen, dass auf allfälligen Hörermärkten keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

[1] (XI. Hauptgutachten 1994/95. Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, S. 69, Tz. 240, und S. 375, Rt. 936: Zitiert in SCHMIDT [vgl. Fn. 1], S. 474).

52. Im vorliegenden Fall konnte dieses Argument nach der vorläufigen Prüfung nicht ins Feld geführt werden. Zudem wird eine Abgrenzung eines Lesermarktes entsprechend der Praxis der Wettbewerbskommission bereits deshalb vorgenommen, weil zwischen dem Leser- und Anzeigenmarkt Interdependenzen bestehen, indem die Leserzahlen über den Erfolg im Werbebereich entscheiden (vgl. Tamedia/Belcom, a.a.O., S. 725). Insbesondere gilt es im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens zu beurteilen, ob "20 Minuten" im (aktuellen oder potenziellen) Wettbewerb mit den Titeln der Tamedia beziehungsweise der Berner Zeitung steht beziehungsweise gestanden hat. Für diese Beurteilung ist nicht von Belang, ob "20 Minuten" gratis abgegeben wird oder nicht (vgl. dazu auch die Studie, die im Auftrag der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission von "Europe Economics" im November 2002 erstellt wurde[2], welche sich aus ökonomischer Sicht ebenfalls für die Abgrenzung von Märkten bei Gratisinhalten ausspricht).

53. Es ist deshalb für die nachfolgende Abgrenzung der relevanten sachlichen Lesermärkte zu prüfen, welche Medienerzeugnisse aus der Sicht der Nachfrager (Leser) von "20 Minuten" mit dieser Zeitung substituierbar sind.

54. Die Parteien sind der Auffassung, bei Pendlerzeitungen sei von einem neuen Pressesegment auszugehen, das zu anderen Presseerzeugnissen grundsätzlich komplementär beziehungsweise nur in geringem Ausmasse substituierbar sei und damit einen "Markt für sich" darstelle. Diese Auffassung wird durch die von den Parteien eingereichten Doppelleserstudien gestützt: So sind nach dieser Studie die meisten Leser von "20 Minuten" Doppelleser, sehr wenige sind Exklusivleser. Nach Angabe der Parteien sind es sogar nur junge Leute, welche vor dem Marktzutritt von "20 Minuten" keine Zeitung gelesen haben, die teilweise als Exklusivleser einzustufen seien. Immerhin bleibt anzufügen, dass nach Angabe der Parteien der "Tages-Anzeiger" an 20 Minuten zirka 11% seiner Abgänger verloren hat. Der "Tages-Anzeiger" gewann nach eigenen Angaben keine Leser von "20 Minuten", gewann aber Leser von anderen Konkurrenztiteln.

55. Die Parteien machen geltend, wenn überhaupt sei der "Blick" nächstes Substitut, da auch dieses Blatt eine weitgehend schlagzeilenartig aufgebaute Information mit relativ starker Gewichtung des Sports, ähnlich wie dies auch bei "20 Minuten" der Fall sei, vermittle. Danach wäre ein Markt für Pendler- und Boulevardzeitungen abzugrenzen. Die Parteien stellen sich weiter auf den Standpunkt, der blos-

[2] Market Definition in the Media Sector - Economic Issues - Report by Europe Economics for the European Commission, DG Competition, November 2002, Rz. 2.4.20.

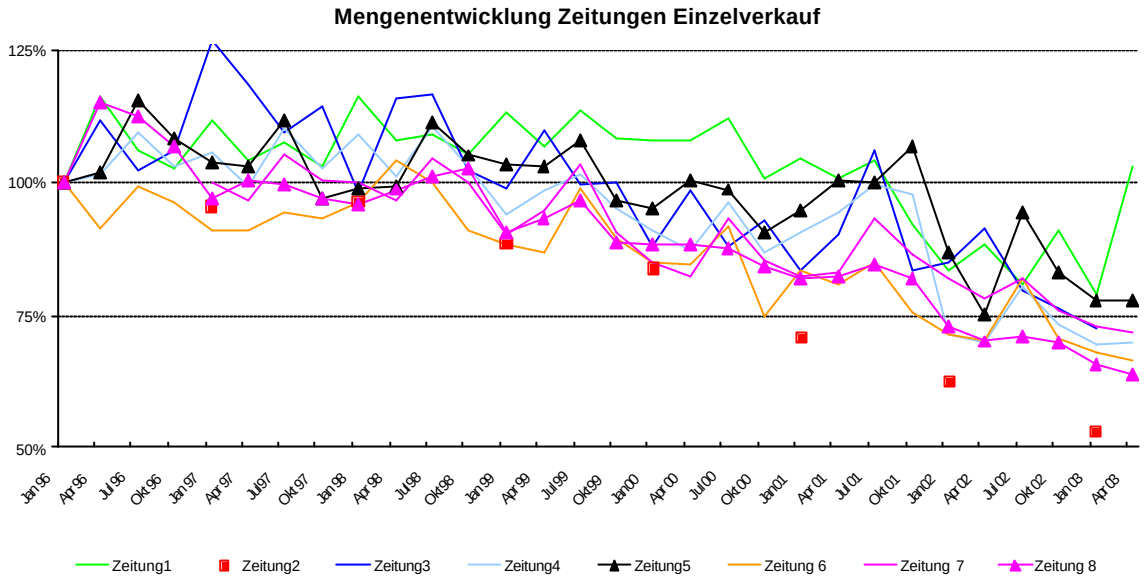
se Einbezug der typischen regionalen Tageszeitungen wäre abzulehnen, weil die Austauschbarkeit zu Pendlerzeitungen schlechter sei als bei Internet-Informationsangeboten, welche hinsichtlich Verfügbarkeit und journalistischem Konzept der Pendlerzeitung wesentlich näher kämen. Wenn die Marktabgrenzung weiter gefasst werden soll, wäre deshalb ein "Informationsmarkt" abzugrenzen, der Nachrichtenangebote schlechthin zu umfassen hätte. Gegen eine solche Marktabgrenzung spricht jedoch die zeitliche Disponibilität der Zeitungen, welche bei den Internet-Informationsangeboten nicht vorhanden ist.

56. Das Sekretariat ging nach Abschluss der vorläufigen Prüfung von der von den Parteien vorgeschlagenen Marktabgrenzung des "Pendlerzeitungsmarktes" aus, weil nach Durchführung der vorläufigen Prüfung zu wenig Anhaltspunkte dafür bestanden, einen Markt anzunehmen, der neben Presseerzeugnissen auch andere Nachrichtenangebote umfasst.

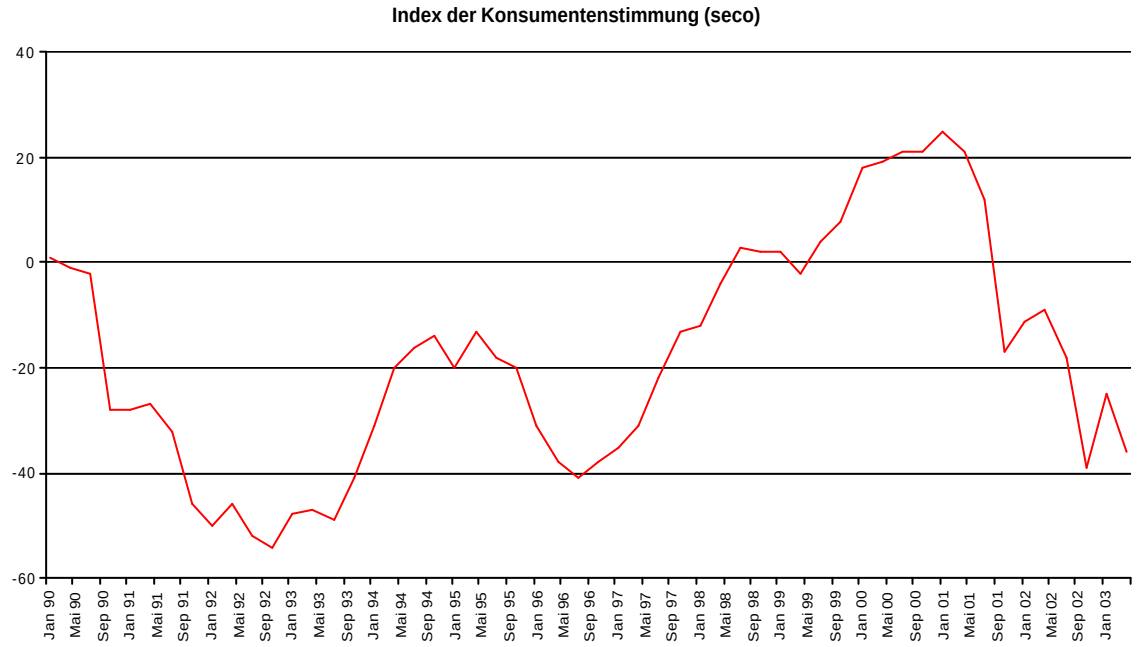
57. Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat das Sekretariat zur Überprüfung der in der vorläufigen Prüfung vorgenommen Marktabgrenzung eine empirische Prüfung durchgeführt. Verschiedene Verlagshäuser, Kinobetreiber, Radios und Fernsehgesellschaften sowie Kinobetreiber hatten anzugeben, welches der Einfluss des Markteintritts von "20 Minuten" im Jahr 2000 (bzw. von "Metropol", die jedoch 2001 wieder eingestellt wurde) leser- (bzw. hörer- und zuschauerseitig) als auch werbeseitig war. Für den Lesermarkt sollten anhand der zur Verfügung gestellten Daten Rückschlüsse auf die Substituierbarkeit von Pendlerzeitungen mit anderen Zeitungen und mit anderen Medien gezogen werden.

58. Da Pendlerzeitungen dem Konsumenten definitionsgemäss zum Preis von CHF 0.- zur Verfügung gestellt werden, sind im vorliegenden Fall die üblichen Methoden für die Bestimmung der Substituierbarkeit - wie zum Beispiel die Berechnung von Kreuzpreiselastizitäten - nicht ohne weiteres - anwendbar. Ein Indiz für die Substituierbarkeit von Pendlerzeitungen mit anderen Tageszeitungen dürfte vorliegen, wenn mit der Markteinführung von "20 Minuten" im Januar 2000 ein Verdrängungsprozess zulasten der im Einzugsgebiet von "20 Minuten" ansässigen Tageszeitungen eingesetzt hätte. Die Auswertung dieser Prüfung hat folgendes Bild ergeben:

59. In den letzten drei Jahren ist der Einzel- beziehungsweise Kioskverkauf von Tageszeitungen in der Deutschschweiz zum Teil stark zurückgegangen (vgl. unten stehende Grafik):

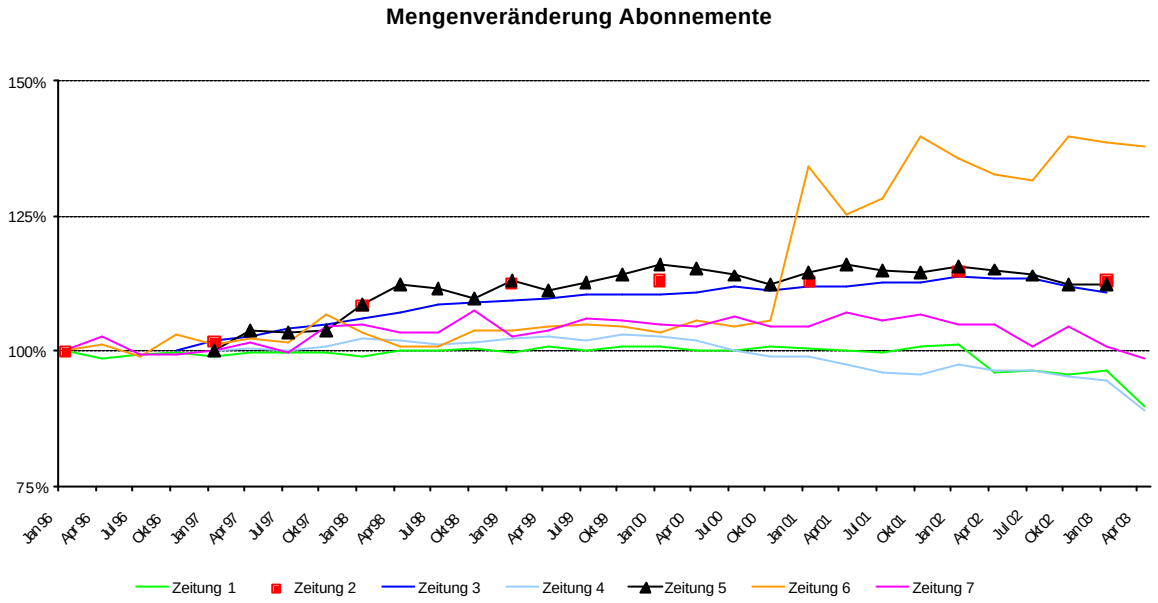


60. Auch wenn ein Rückgang des Einzelverkaufs als Folge der Markteinführung von "20 Minuten" plausibel erscheint, ist die oben stehende Grafik kein Beweis für einen eindeutigen Kausalzusammenhang. Indes kann der Rückgang des Einzelverkaufs wahrscheinlich nicht mit konjunkturellen Einflüssen erklärt werden, da der Rückgang des Einzelverkaufs bei guter Konjunkturlage und optimistischer Konsumentenstimmung eingesetzt hat:



61. Viel bedeutender als der Einzelverkauf sind bei den meisten Tageszeitungen die Abonnemente. In diesem Bereich konnte seit der

Markteinführung von "20 Minuten" kein negativer Trend ausgemacht werden:



62. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Substitutionswirkung von "20 Minuten" auf Abonnemente von Tageszeitungen im Laufe der Zeit zunimmt. Aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage kann davon ausgegangen werden, dass - insbesondere im Einzelverkauf - eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen "20 Minuten" und anderen Tageszeitungen besteht.

63. Das Sekretariat überprüfte ebenfalls allfällige Einflüsse des Markteintritts von "20 Minuten" auf mögliche andere Substitute: Internetseiten der Tageszeitungen, Radio- und Fernsehnachrichten. Hier konnte die - aufgrund der Datenlage rudimentäre - Analyse keinen Einfluss des Markteintritts von "20 Minuten" zu Tage fördern.

64. Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat das Sekretariat weiter ausgewählte Werbeauftraggeber und verschiedene Verlage nochmals unter anderem zur Substituierbarkeit von "20 Minuten" durch andere Presseerzeugnisse und andere Medien befragt. Die Befragung der in der Prüfung ausgewählten Werbeauftraggeber (grosse Unternehmen, die selber kommerzielle Werbung platzieren und solche, die dies über Medien- beziehungsweise Werbeagenturen tun, sowie grössere und kleinere Agenturen in Bern und Zürich) hat auf die Frage zur Substituierbarkeit von "20 Minuten" folgendes Bild ergeben: Innerhalb des gemäss Praxis der Wettbewerbskommission auf Zeitungen beschränkten Lesermarktes bejahen die befragten Unternehmen am ehesten eine Substituierbarkeit zu überregionalen Titeln, insbesondere zum "Blick", allenfalls auch zum "Tages-Anzeiger" in Zürich oder zum "Berner Bär" in Bern. Sie sind jedoch der Auffassung, dass "20 Minuten" innerhalb der Presselandschaft ein neues, eigenständiges Produkt darstellt. Die befragten

Unternehmen erachteten die Substituierbarkeit zu anderen Medien wie Jugendzeitschriften, Szeneheften oder Privat- beziehungsweise Lokalradios oder Privatfernsehen und Internet angesichts der mit "20 Minuten" besonders stark angesprochenen Zielgruppe der jungen, mobilen Leute, die sich eher oberflächlich informieren, als ebenso gross wie die Substituierbarkeit zu den erwähnten Printtiteln. Aus diesem Grund haben einige der befragten Werbeauftraggeber auch Werbevolumen seit dem Markteintritt von "20 Minuten" von letztgenannten Medien auf "20 Minuten" verschoben. Die in der vertieften Prüfung befragten Verlage gaben ähnliche Beurteilungen ab, wie sie die empirische Prüfung ergeben hat. So sind die Verlage der Auffassung, dass der Markteintritt von "20 Minuten" Einfluss auf die Leserzahlen der Tageszeitungen im Verteilgebiet von "20 Minuten", insbesondere im Einzelverkauf, weniger bei den Abonnementen, hatte. Dabei wurden insbesondere der "Tages-Anzeiger", die "Basler Zeitung", die "Berner Zeitung", verschiedene kleinere Zeitungen im Raum Zürich aber auch "Bund", "NZZ", "Blick" und "Tagblatt Zürich" genannt. Die Verlage sind demgegenüber mehrheitlich der Ansicht, dass elektronische Medien auch für "20 Minuten" kein Substitut darstellen.

65. In Berücksichtigung der oben erwähnten Resultate ergibt sich folgendes Bild: Der typische Zeitungsleser als Marktgegenseite der Zeitungsverlage fragt in der Regel sowohl internationale, nationale, regionale und lokale tagesaktuelle Informationen nach, somit den gesamten Inhalt einer Tageszeitung. Pendlerzeitungen charakterisieren sich durch eine schlagzeilenartige Informationsvermittlung mit weitgehendem Verzicht auf Analyse und Hintergrundberichterstattung. Pendlerzeitungen vermögen das beschriebene Informationsbedürfnis des Lesers einer herkömmlichen Tageszeitung nicht vollständig zu befriedigen. Sie werden daher grundsätzlich ergänzend zu Tageszeitungen nachgefragt. Allerdings deutet die gemachte provisorische empirische Analyse darauf hin, dass zu Boulevardzeitungen wie "Blick", aber auch zu anderen Tageszeitungen, besonders im Einzelverkauf wahrscheinlich Substitutionsbeziehungen bestehen. Dieses Resultat wurde auch durch befragte Verlage gestützt, die der Auffassung sind, dass der Markteintritt von "20 Minuten" Einfluss auf die Leserzahlen der Tageszeitungen im Verteilgebiet von "20 Minuten", insbesondere im Einzelverkauf, hat. Was die Abonnemente betrifft, kann es sein, dass sich allfällige Substitutionsbeziehungen erst in Zukunft zeigen könnten, da der Markteintritt von "20 Minuten" im Jahr 2000 erfolgte. Diese Ergebnisse sprechen eher gegen die Abgrenzung eines Lesermarktes für Pendlerzeitungen.

66. Die Auswertung der vom Sekretariat im Rahmen der vorläufigen Prüfung eingeholten Auskünfte zeigt, dass auch die elektronischen Versionen der Tageszeitungen möglicherweise Substitute zu "20 Minuten" bilden könnten. Die vertiefte Prüfung hat dies jedoch nicht bestätigt. Andere elektronische Medien wie Radio, Fernsehen und In-

ternet verhalten sich nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission im Wesentlichen komplementär, kaum aber substituierend zu Tageszeitungen (vgl. RPW 2003/1, S. 186, "Edipresse/Corbaz" mit Hinweisen und allgemein zur Abgrenzung der Lesermärkte RPW 2000/3, S. 427 ff., Rz. 62 ff., "Berner Oberland Medien AG", mit Hinweisen, sowie RPW 2002/2, S. 343 f., insb. Rz. 23 ff., "NZZ - LZ Medien Holding" und RPW 1997/2, S. 179 ff., Rz. 43 ff.). Die Auswertung der vom Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen der Prüfung eingeholten Auskünfte zeigt immerhin, dass elektronische Medien gegenüber "20 Minuten" erheblich nähere Substitute darstellen, als das gegenüber klassischen Printtiteln der Fall ist.

67. Wie bereits im Fall "Berner Oberland Medien AG" (RPW 2000/3, S. 429, Rz. 68) ausgeführt, ist die Marktabgrenzung jedoch bloss ein Hilfsmittel, um zusammen mit anderen Kriterien die Marktmacht eines Unternehmens abzuschätzen. Eine andere Möglichkeit wäre, auf die "Nähe" möglicher Substitute abzustellen. Inwiefern Informationsangebote anderer, nicht zum relevanten Markt gehörender Medien disziplinierende Wirkungen entfalten, wird unter der voraussichtlichen Stellung im betroffenen Markt zu prüfen sein.

68. Aufgrund der vorstehenden, nicht in eine eindeutige Richtung weisenden Argumente wird die Marktstellung einerseits auf dem Lesermarkt als Pendlerzeitungsmarkt und andererseits auf dem Lesermarkt als Markt für Tageszeitungen geprüft werden.

Räumlich relevanter Markt

69. 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).

70. Der räumlich relevante Markt erstreckt sich in der Regel auf das Erscheinungsgebiet der betreffenden Zeitungen unter Berücksichtigung der geografischen Lokalisierung der Leserschaft, welche die vermittelten Inhalte nachfragt (vgl. im Weiteren RPW 2000/3, S. 430, Rz. 74 f., "Berner Oberland Medien AG"). Der räumlich relevante Markt erstreckt sich auf das Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten". Dieses Verteilgebiet umfasst die Agglomeration und Pendlereinzugsgebiete der Stadt Bern beziehungsweise Berner Oberland, Solothurn, Berner Seeland, Berner Mittelland.

B.4.1.b Markt für regionale und lokale Werbung

Sachlich relevanter Markt

71. Inserate von regional Werbetreibenden sollen die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen. Regional und lokal Werbetreibende fragen daher den Werberaum in jenen Medien nach, die in dieser Region mit möglichst hoher Reichweite verbreitet werden und *geringe Streuverluste* aufweisen. Bei den regional Werbenden handelt es

sich hauptsächlich um in der Region ansässige Unternehmen oder Privatpersonen, die *Rubrikanzeigen* (Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate) und kommerzielle Werbung publizieren, aber auch um Grossunternehmen oder Unternehmen anderer Regionen, die Zielgruppen in einer bestimmten Region ansprechen wollen.

72. Regionale und lokale Werbung wird in der Regel in regionalen Tageszeitungen, lokalen oder regionalen Anzeigern, Lokalradios, Lokalfernsehen, mittels Direktwerbung, Plakatwerbung und über die Platzierung von Anzeigen bei Grossverteilern verbreitet. Eine Alternative zu den Tageszeitungen stellen insbesondere die Gratisanzeiger dar (vgl. RPW 2002/2, S. 341 f., Rz. 20, "NZZ - LZ Medien Holding"). Diese diversen Werbekanäle ergänzen und konkurrieren sich grundsätzlich gleichzeitig (vgl. RPW 1997/2, S. 191, Rz. 84, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck"). Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen regionalen beziehungsweise lokalen Anzeigern - besonders Gratisanzeigern - und regionalen Tageszeitungen, sowie in begrenzterem Umfang für die Direktwerbung und die Lokalradios. Da die Werbewirkung tendenziell verstärkt wird, je häufiger das Zielpublikum die Werbebotschaft wahrnimmt, wird ein Inserat (verstanden als Anzeige beliebigen Inhalts) vielfach gleichzeitig in Tageszeitungen und Anzeigern publiziert, welche den lokal und regional geprägten Bedürfnissen der Werbetreibenden entsprechen.

73. Bisherige Abklärungen der Wettbewerbskommission in regionalen und lokalen Werbemärkten haben ergeben, dass Anzeiger auf regionaler Ebene Tageszeitungen teilweise substituieren können; regionale Tageszeitungen und Anzeiger stehen auf dem Markt für lokale und regionale Werbung demnach in einem beschränkten Konkurrenzverhältnis und werden gemäss den jeweiligen Werbestrategien und den zu bewerbenden Gütern in unterschiedlichem Ausmass als Werbeträger verwendet (vgl. hiezu RPW 1997/2, S. 191 f., Rz. 84 ff., S. 194, Rz. 101, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck").

74. Es wird deshalb von einer Marktabgrenzung ausgegangen, welche den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger) umfasst. Die Parteien stellen sich in ihrer Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 (S. 2 ff.) auf den Standpunkt, dass lokale und "kleinregionale" Werbung im Fall von 20 Minuten nicht zum relevanten Markt gehört. Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass dies mindestens für das Wirtschaftsgebiet 34 nicht zutrifft, weil "20 Minuten" in diesem Wirtschaftsgebiet erstens über eine vergleichsweise hohe Reichweite verfügt und zweitens in diesem Gebiet auch über die Hälfte aller Leser von "20 Minuten" zu erreichen ist (vgl. im Einzelnen Ziff. 149). Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse werden mit Rücksicht auf diese relativ enge Marktabgrenzung allenfalls disziplinierende Einflüsse alternativer Werbeträger unter dem Aspekt der aktuellen Konkurrenz zu berücksichtigen sein (vgl.

RPW 2000/3, S. 424, Rz. 48, "Berner Oberland Medien AG"; RPW 2001/4, S. 732, Rz. 42, "Tamedia/Belcom", mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist der disziplinierende Effekt anderer Werbeträger eher grösser zu gewichten als bei Tageszeitungen. Die Befragung ausgewählter Werbeauftraggeber hat gezeigt, dass nach dem Marktzutritt von "20 Minuten" angesichts deren Leserschaft und damit des anvisierten Zielpublikums nicht nur Inseratevolumen in Zeitungen und Anzeiger zu Gunsten von "20 Minuten" verringert wurde, sondern dass insbesondere auch Inseratevolumen in Jugendzeitschriften, Veranstaltungskalendern, Kinos und Kinozeitschriften sowie Privat- und Jugendradios verkleinert wurden.

Räumlich relevanter Markt

75. Das Zielpublikum regional oder lokal Werbetreibender ist in einer bestimmten Region oder an einem bestimmten Ort angesiedelt. Werbetreibende als Marktgegenseite der Medienverlage sind bestrebt, nur Werberaum derjenigen Zeitungen und Anzeiger nachzufragen, die in der Region oder - je nach lokaler Ausprägung der zu bewerbenden Waren und Dienstleistungen - sogar nur am Ort selber erscheinen. Der räumliche Markt für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen und Anzeigern umfasst daher jeweils grundsätzlich das Verbreitungsgebiet der vom Zusammenschluss betroffenen Printmedien (RPW 2002/2, S. 343, Rz. 22, "NZZ - LZ Medien Holding"; RPW 1997/2, S. 192 f., Rz. 91, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck").

76. Unter Berücksichtigung der Praxis der Wettbewerbskommission umfasst der räumliche Markt einerseits das Verbreitungsgebiet der Titel der Berner Zeitung. Andererseits bestimmt das Verbreitungsgebiet von "20 Minuten" den räumlichen Markt. Da das Verbreitungsgebiet von "20 Minuten" beschränkter ist, umfasst der räumlich relevante Markt das Pendlereinzugsgebiet und die Agglomeration der Stadt Bern (vgl. Ziff. 70): Im Einzelnen umfasst der räumlich relevante Markt folgende Gebiete:

> WEMF-Wirtschaftsgebiet 22 Berner Oberland, WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn, WEMF-Wirtschaftsgebiet 33 Berner Seeland, WEMF-Wirtschaftsgebiet 34 Berner Mittelland.

77. Eine enge räumliche Marktabgrenzung im regionalen und lokalen Werbemarkt legt auch die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission nahe (vgl. RPW 1997/2, S. 192 f., Rz. 91, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck"; so im Ergebnis wohl auch RPW 2002/2, S. 345 f., Rz. 37, "NZZ - LZ Medien Holding", wo von den Verbreitungsgebieten der einzelnen Titel auf die jeweils relevanten räumlichen regionalen und lokalen Werbemärkte geschlossen wurde).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

78. 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.a Lesermärkte

B.4.2.a.1 Lesermarkt als Pendlerzeitungsmarkt

Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

79. "20 Minuten" verfügt im Markt für Pendlerzeitungen über einen Marktanteil von 100%. Damit liegt bei der engstmöglichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

80. Die Parteien stellen sich in ihrer Meldung sowie in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 und in der Stellungnahme vom 9. Dezember 2003 auf den Standpunkt, dass es beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zu keiner Marktanteilsaddition kommt und sich deshalb eine weitere Prüfung erübrige. Das Bundesrecht biete keine Grundlage, auch den reinen Eigentümerwechsel der Fusionskontrolle zu unterstellen.

81. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, denn nicht ausschliesslich Marktanteilsadditionen vermögen zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu führen. Die von den Parteien vertretene Sichtweise erfasst mögliche Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf dem Markt nur ungenügend.

82. Bei der Prüfung der Frage nach der Marktstellung spielen verschiedene Parameter neben der aktuellen Konkurrenz eine Rolle. Die Marktstellung ist namentlich auch abhängig von potenzieller Konkurrenz (Marktzutrittsschranken, Markteintritte und -austritte, Produktneueinführungen, vgl. PATRIK DUCREY in SIWR V/2, S. 278).

Potenzielle Konkurrenz

83. Potenzielle Konkurrenz existiert nach der Praxis der Wettbewerbskommission nur, wenn Marktzutritte wahrscheinlich sind, sofern sich die Zusammenschlussparteien missbräuchlich verhalten würden, solche Marktzutritte innerhalb von zwei bis drei Jahren erfolgen können, und die Zutritte in einem Ausmass beziehungsweise durch Unternehmen erfolgen, welche die Stellung der im Markt bereits tätigen

Unternehmen gefährden und damit zu einer tatsächlichen Veränderung der Marktverhältnisse führen können.

84. Die Auswertung der eingeholten Auskünfte hat ergeben, dass die von den Parteien mit Verweis auf verschiedene Quellen vertretene Auffassung, wonach in der Schweiz nur Platz für eine Pendlerzeitung besteht, von anderen Marktteilnehmern bestätigt wird. Die vertiefte Prüfung hat diese Auffassung nicht entkräftet.

85. Die Umfrage ergab auch, dass eine Einstellung von "20 Minuten" als unwahrscheinlich eingestuft wird, weil im Falle einer Einstellung von "20 Minuten" in der Tendenz davon ausgegangen wird, dass durch einen anderen (grösseren) Verlag sofort eine neue Pendlerzeitung etabliert würde. Dies dürfte voraussichtlich nicht im Interesse der Parteien liegen, da die Gratiszeitungen als einzige Printmedien eine positive Tendenz bei den Werbeeinnahmen verzeichnen. Auch betreffend die Leserzahlen hat "20 Minuten" den mit Abstand grössten Leserzuwachs aller durch die WEMF im Rahmen der MACH Basic Media Analyse 2003 erfassten Titel im Vergleich zur letztjährigen Ausgabe erzielt. Die Reichweite hat von 2002 bis 2003 um 4,7% in der Deutschschweiz zugenommen. Den zweitgrössten Leserzuwachs verzeichnet die "Berner Zeitung" mit 0,9%.

86. Mit "20 Minuten" könnte zudem eine neue Leserschaft gewonnen werden, welche bisher kaum eine Zeitung las, und eine interessante Werbezielgruppe könnte erschlossen werden. Möglicherweise führt "20 Minuten" für die kontrollierenden Unternehmen dazu, dass die junge Leserschaft von "20 Minuten" an die Tageszeitungen der kontrollierenden Unternehmen herangeführt wird.

87. Als wichtig wird die Verbreitung in den drei grossen Agglomerationen eingestuft, damit die notwendigen Einnahmen generiert werden können. Nach Auffassung der befragten Verlage erfordert die Lancierung einer Pendlerzeitung unter anderem aus diesem Grund eine gewisse Mindestgrösse eines entsprechenden Verlages. Für die befragten Verlage, die über die notwendige Grösse verfügen, kommt die Herausgabe einer Pendlerzeitung mit ähnlichem Verteilgebiet entgegen der in Ziffer 2 der Stellungnahme der Parteien vom 7. Juli 2003 geäusserten Auffassung zurzeit nicht in Frage [...].

88. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind deshalb einer sehr viel schwächeren potenziellen Konkurrenz als bisher ausgesetzt, die disziplinierend auf die Parteien wirken könnte.

89. Der Zusammenschluss eines aktuellen mit einem potenziellen Wettbewerber begründet (oder verstärkt) namentlich dann eine marktbeherrschende Stellung, wenn sich ein im relevanten Markt etabliertes Unternehmen (aktueller Wettbewerber) mit einem starken potenziellen Konkurrenten zusammenschliesst und wenn es im relevanten Markt bereits vor dem Zusammenschluss wenig oder keinen

Wettbewerb zwischen aktuellen Konkurrenten gab und die Handlungsspielräume dieses oder dieser Wettbewerber vornehmlich durch den am Zusammenschluss beteiligten Konkurrenten beschränkt waren.

90. In Bezug auf die vorliegend neu zu beurteilenden Marktverhältnisse im Grossraum Bern trifft dies auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund in besonders hohem Masse zu: Mit dem geplanten Zusammenschluss schliesst sich die Berner Zeitung als bisher einzige ernst zu nehmende potenzielle Konkurrentin von 20 Minuten auf dem Berner Regionalmarkt mit eben diesem Wettbewerber zusammen. Der vorliegende Zusammenschluss hält nicht nur die derzeit einzige mögliche Konkurrentin von 20 Minuten, sondern gemäss den Umfragen in der vorläufigen Prüfung auch die anderen Verlage davon ab, mit einem Konkurrenzprodukt in den Markt für Pendlerzeitungen zuzutreten. Damit verschwindet durch den geplanten Zusammenschluss mindestens kurzfristig die einzige potenzielle Konkurrenz von 20 Minuten. Auch mittel- und längerfristig ist die Lancierung eines Konkurrenztitels zu "20 Minuten" durch andere, grosse Verlage zwar möglich, aber unwahrscheinlich. Dies wird auch von den Parteien nur in Bezug auf Werbesplits in Frage gestellt, nicht aber bezüglich neuer Printangebote im Raum Bern (vgl. Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003, S. 18). Deshalb können auch die "Mikro-Zeitungen" entgegen der Darstellung der Parteien in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 keine potenziellen Substitute zu den Printangeboten der Parteien sein, umso mehr als sich solche "Mikro-Zeitungen" anders als die Regionalzeitungen auf exklusiv lokale Berichterstattung beschränken. Eine genügende disziplinierende Wirkung kann von diesen Zeitungen bereits deshalb nicht auf die Parteien ausgehen, weil die in der Stellungnahme vom 12. Januar 2004 genannten sehr kleinen Nischenangebote, nämlich Gemeinde- und Quartierzeitungen, nicht über das wirtschaftliche Potenzial verfügen, die am Zusammenschluss beteiligten Parteien zu disziplinieren.

91. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 weiter geltend, es sei schwer nachvollziehbar, wieso eine Beteiligung von 17,5% geeignet sein soll, die ohnehin eher marginale regionale Berichterstattung in einer Pendlerzeitung zu beeinflussen. Dieses Argument ist nicht stichhaltig: Die Berner Zeitung übt gestützt auf den Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 mit Tamedia die gemeinsame Kontrolle über 20 Minuten aus (vgl. Ziff. 30 ff.).

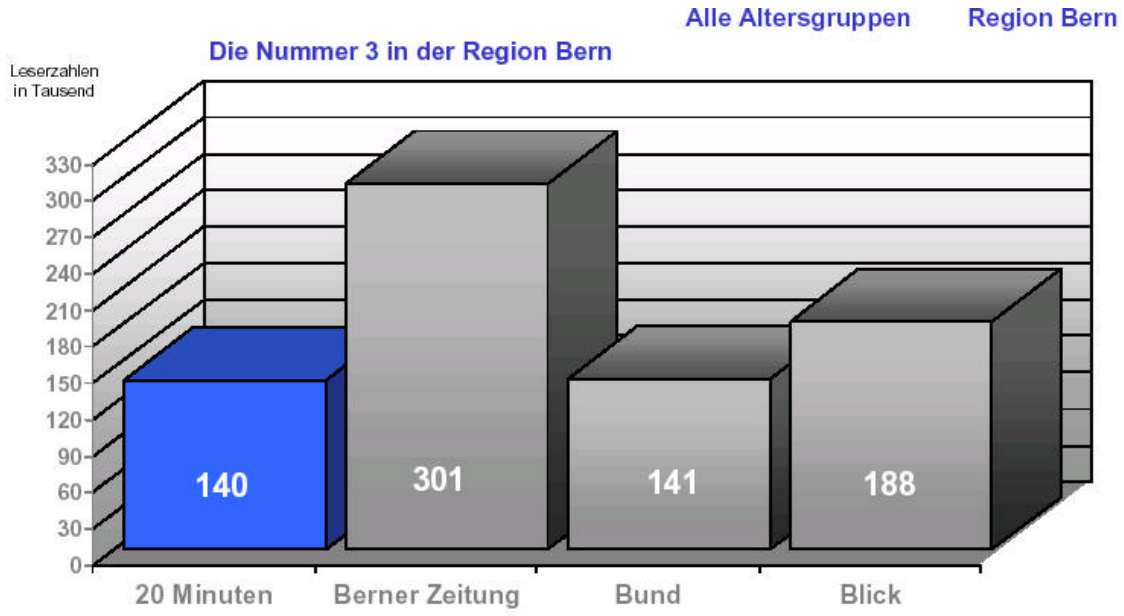
B.4.2.a.2 Lesermarkt als Markt für Tageszeitungen

Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

92. Die folgende Betrachtung zeigt die Verhältnisse unter der Annahme der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens NZZ-Espace-Bund. Gemäss den Angaben der Parteien in der Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 "... *ist unbestritten, dass es nach voll-*

zogenem Zusammenschluss von Espace Media Groupe und Bund Verlag AG keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige Regionalzeitung mehr gibt, welche im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" eine halbwegs befriedigende Reichweite erzielt....".

93. Unter Einbezug des "Blick", ergibt sich gemäss den von 20 Minuten im Internet präsentierten Zahlen folgendes Bild, allerdings noch gestützt auf die letztjährige WEMF Mediaanalyse MACH Basic 2002 (vgl. www.20min.ch/intern/mediadaten/media_bern.pdf):



94. Die Prüfung des Zusammenschlusses NZZ-Espace-Bund hat, jeweils aufgeteilt nach den vier WEMF-Wirtschaftsgebieten, welche das Verteilgebiet von "20 Minuten" umfasst, für die Titel der Berner Zeitung beziehungsweise Espace Media Groupe gestützt auf die von den Parteien eingereichten Zahlen sowie Reichweiten und Streudichten der MACH Basic 2003 folgende ungefähre Marktanteile ermittelt:

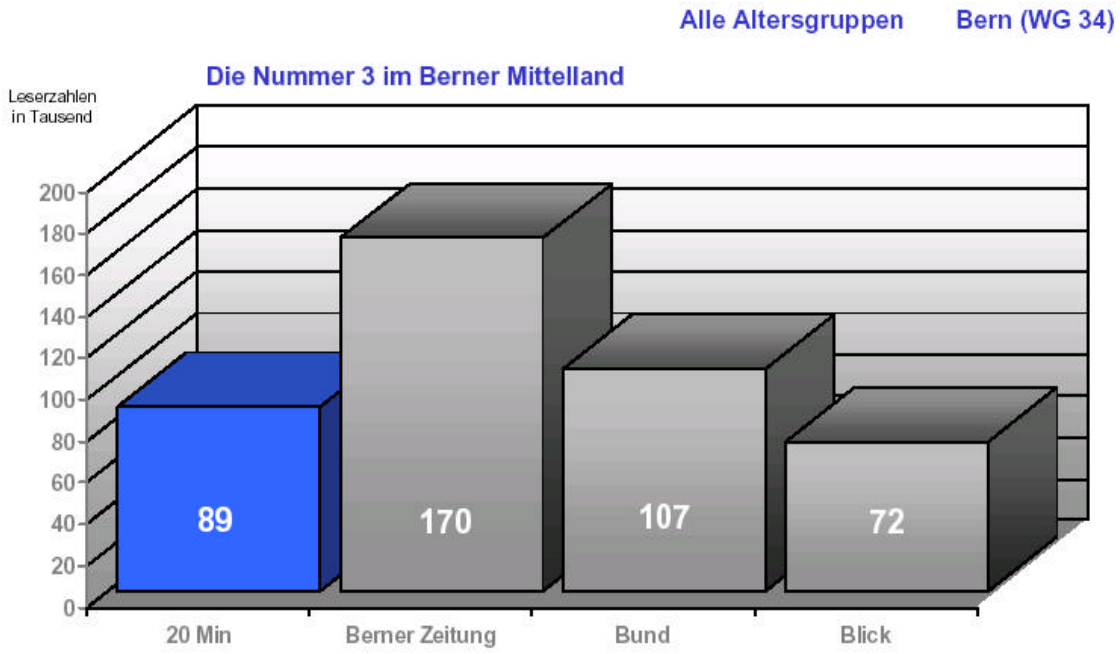
> WG 22 Berner Oberland: 100%, WG 34 Berner Mittelland: 80-90%, WG 33 Berner Seeland: 25-37%, WG 32 Solothurn: keine Marktanteilsangabe, jedoch unbedenkliche Stellung.

95. Im Berner Oberland verfügt der "Blick" über eine beachtliche Reichweite von 22% (2002 und 2003), "20 Minuten" über eine relativ geringe Reichweite von 8,2% beziehungsweise 11,1% (2003). Werden diese beiden Titel in die Betrachtung miteinbezogen, würde der geplante Zusammenschluss beziehungsweise die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten über die Express Zeitung angesichts dieser Zahlen für das Berner Oberland möglicherweise nicht zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Position führen, da das Radio Berner Oberland und die zweimal wöchentlich erscheinende Jungfrauzeitung zu-

sätzlich eine gewisse disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Zusammenschlussparteien auf dem Lesermarkt ausüben. Ob sich die am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem betreffenden Markt in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, braucht jedoch nicht genauer abgeklärt zu werden, da dargelegt werden kann, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem wichtigsten Teilmarkt, dem Lesermarkt Berner Mittelland und dem Lesermarkt im gesamten räumlich relevanten Markt eine beherrschende Stellung begründet.

96. Im Berner Mittelland verfügt der "Blick" über eine Reichweite von 17,4% (2002) beziehungswweise 19% (2003) und "20 Minuten" über eine Reichweite von 21,5% (2002) beziehungsweise 28,4% (2003). Bei einem Einbezug dieser beiden Titel würde der geplante Zusammenschluss im Wirtschaftsgebiet 34 zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Position führen.

97. Gemäss den von 20 Minuten (basierend auf der Medienanalyse MACH Basic 2002) im Internet präsentierten Zahlen ergibt sich folgendes Bild:



98. Die aktuellen Zahlen der MACH Basic 2003 ergeben folgende Leserzahlen in Tausend:

20 Minuten:	118
Berner Zeitung:	185
Bund:	105
Blick:	79

99. Diese aktuellen Zahlen zeigen auf, dass sich "20 Minuten" im Berner Mittelland seit letztem Jahr von der drittgrössten zur zweit-

grössten Zeitung hinter der Berner Zeitung und vor dem Bund etabliert hat. Auf dem wirtschaftlich bedeutendsten Teilmarkt, dem Berner Mittelland, führt der geplante Zusammenschluss ohne Berücksichtigung der allfälligen disziplinierenden Wirkung anderer Medien zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, da es keine von der Espace Media Groupe unabhängige Regionalzeitung für die Stadt und Agglomeration Bern mehr gibt. Die anderen regionalen Titel im räumlich relevanten Markt verfügen durchwegs über eine kleinräumigere Berichterstattung, die den Grossraum Bern und das wirtschaftlich interessanteste WG 34 jeweils nur teilweise abdeckt, so dass die disziplinierende Wirkung anderer regionaler Tageszeitungen als gering einzustufen ist.

100. Inwiefern Radio, Fernsehen und Internet sowie aufgrund des von "20 Minuten" angesprochenen Zielpublikums und der Eigenschaften dieser Zeitung möglicherweise noch weitere Medien wie Jugendzeitschriften und Szenehefte eine disziplinierende Wirkung auf den Lesermarkt entfalten, ist nachfolgend aufgezeigt. Allerdings wird das Lokalradio "ExtraBern" von Espace kontrolliert. Des Weiteren ist Espace mit dem Lokalfernsehen "TeleBärn" und dem Portal www.espace.ch zusätzlich in den Bereichen Fernsehen und Internet tätig.

Potenzielle Konkurrenz

101. Markteintritte sind bei den derzeitigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die die Zeitungsverlage kennen, unattraktiv. Auch die Parteien gehen in der Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 davon aus, dass es eher unwahrscheinlich ist, dass sich in den nächsten zwei bis drei Jahren im Verteilgebiet von "20 Minuten" neue Printangebote etablieren werden.

102. In ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 machen die Parteien im Widerspruch zu ihrer Meldung geltend, das Monopol der Pendlerzeitung "20 Minuten" bleibe angreifbar und verweisen zur Begründung auf Stockholm, wo zurzeit ein Verdrängungswettbewerb stattfinde. Die Verhältnisse sind jedoch nicht auf die Schweiz übertragbar. In der Schweiz hat der Verdrängungswettbewerb zwischen Metropol und 20 Minuten stattgefunden, woraus 20 Minuten als Sieger hervorgegangen ist. Der Verdrängungswettbewerb, den Tamedia kurz vor dem geplanten Zusammenschlussvorhaben lancieren wollte, kam hingegen nicht zustande. Die Aussagen der befragten grossen Verlage der Deutschschweiz, wonach für sie unter den bestehenden Marktverhältnissen kein Anreiz bestehe, in der nächsten Zeit einen Verdrängungswettbewerb zu lancieren, sind deshalb für die Wettbewerbskommission glaubhaft.

103. Ein Marktzutritt auf dem Lesermarkt ist mit anfänglichen Verlusten verbunden, welche von beträchtlichem Umfang sein können (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG - Solothurner Zeitung, RPW 2003/1, S. 62 ff., Ziff. 17). Dies wurde im vorliegenden

Fall durch die vom Sekretariat befragten Unternehmen erneut bestätigt. So führt Tamedia aus, dass ein neues Zeitungsprojekt in "gut besetzten" Räumen enorm viel Geld kostet und veranschlagt die Investitionen für die Verwirklichung eines solchen Projekts in einem oder mehreren der WEMF-Wirtschaftsgebiete 22, 32, 33 oder 34 auf zirka CHF 50 Mio. Vogt-Schild/Habegger stuft die jährlichen Anfangsinvestitionen eines entsprechenden Titels auf CHF 6 Mio. ein. Dies ist bei einer mehrjährigen Verlustphase mit einer Anfangsinvestition von CHF 50 Mio. gleichzusetzen. Ringier AG schätzt die entsprechenden Investitionen gar auf CHF 50 Mio. bis 100 Mio.[3] Diese Anfangsinvestitionen beziehungsweise -verluste sind bei einem Misslingen des Zutrittes oder einem späteren Ausscheiden verloren und stellen somit Marktzutrittsschranken in Form von so genannten "sunk costs" dar.

104. Ein potenzieller Konkurrent, der einen Markteintritt in Erwägung zieht, hat bei seinem Entscheid die darauf folgenden Reaktionen der etablierten Anbieter zu berücksichtigen (vgl. auch Untersuchung Bahnhofskioske, RPW 1999/3; S. 412, Ziff. 75). So ist nicht auszuschliessen, dass die beteiligten Unternehmen auf einen Marktzutritt mit Preisreduktionen und anderen Kampfmassnahmen (Werbung, Gratisabonnemente) reagieren würden. So nennt die Gassmann AG als schwergewichtige Schwierigkeit bei der Ausweitung der regionalen und lokalen Berichterstattung des Bieler Tagblattes neben der Finanzierung die zu vermutenden starken Gegenreaktionen der Konkurrenz. In dieselbe Richtung gehen die Befürchtungen von Vogt-Schild/ Habegger. Espace Media Groupe hat mit ihrem Verhalten bei der Lancierung des Solothurner Tagblattes in der Tat gezeigt, dass sie in bestimmten Situationen bereit sein kann, länger andauernde Defizite zu tragen und sich dadurch möglicherweise den Ruf eines aggressiven Marktteilnehmers aufgebaut (vgl. Vorabklärung Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG - Solothurner Zeitung, RPW 2003/1, S. 62 ff.). Die hohen Anfangsverluste, welche von den befragten Unternehmen erwartet werden, erscheinen auch aufgrund dieser Überlegungen als plausibel.

[3] Von den befragten Unternehmen stuft einzig Gossweiler Media AG die notwendigen Anfangsinvestitionen tiefer ein, nämlich auf CHF 500'000.- pro Mikrokosmos (Teilgebiet eines Wirtschaftsraumes), wobei aber zu beachten ist, dass die von Gossweiler Media AG herausgegebene und entsprechend als Referenzgrösse dienende Jungfrauzeitung nur zweimal wöchentlich erscheint. Die Basler Mediengruppe schliesst das Projekt eines Neuzutritts grundsätzlich aus. Die Freiburger Nachrichten AG können sich eine Ausweitung ihrer Berichterstattung im Einzugsgebiet des Espace Media Groupe nicht vorstellen und verfügen gemäss eigenen Angaben nicht über die hiefür notwendigen Ressourcen.

105. Bei der Analyse der potenziellen Konkurrenz ist weiter die Anreizstruktur der potenziellen Konkurrenten zu betrachten. Für mögliche Marktzutritte fallen in erster Linie die etablierten Verlagshäuser der deutschsprachigen Schweiz in Betracht, das heisst: Tamedia AG, Ringier AG, AG für die Neue Zürcher Zeitung und die Basler Mediengruppe. Von diesen Unternehmen schliesst die Basler Mediengruppe eine Ausweitung der Aktivitäten kategorisch aus. Tamedia AG ist zu 49% an der Berner Zeitung AG beteiligt, was ihren Anreiz für einen Markteintritt erheblich mindert. Ebenso ist der Anreiz für die AG für die Neue Zürcher Zeitung für einen Marktzutritt nach Verwirklichung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erheblich geschwächt, da die NZZ zu 40% an der BVA beteiligt bleiben soll. Es verbleiben daher nach dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kaum Unternehmen, welche sowohl die Möglichkeiten (Finanzkraft, branchenspezifische Kenntnisse) als auch das Interesse an einem Marktzutritt besitzen.

106. Als weiteres Indiz für die Stärke der potenziellen Konkurrenz können die bisher erfolgten Marktzutritte herangezogen werden. In den letzten fünf Jahren sind im Verbreitungsgebiet der Zeitung "20 Minuten" keine neuen Tageszeitungen hinzugekommen. Der Markt ist unbestrittenermassen gesättigt.

107. Die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz auf dem Lesermarkt ist aufgrund der dargelegten Überlegungen als gering einzustufen.

B.4.2.a.3 Abwanderung zu anderen Informationsträgern

108. Es entspricht der Praxis der Wettbewerbskommission, aufgrund der Eigenheiten der Medienmärkte zu prüfen, inwiefern nicht zum sachlich relevanten Markt gehörende Medien disziplinierende Einflüsse auf die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen ausüben können (RPW 2000/3, S. 437, Rz. 111, "Berner Oberland Medien AG").

109. Zu diesen Medien gehören insbesondere das Fernsehen, das Radio, die überregionalen, regionalen und lokalen Tageszeitungen sowie das Internet. Aufgrund des von "20 Minuten" angesprochenen Zielpublikums und der Eigenschaften dieser Zeitung sind im vorliegenden Fall möglicherweise noch weitere Medien in Betracht zu ziehen, wie Jugendzeitschriften und Szenehefte.

a) Printmedien

110. Im Fall von "20 Minuten" wurde von den befragten Unternehmen eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen "20 Minuten" und einigen klassischen Tageszeitungen, insbesondere zu Boulevardtiteln geltend gemacht. Die in der vertieften Prüfung durchgeführte empirische Prüfung hat ebenfalls Substitutionsbeziehungen auch zu anderen Tageszeitungen ergeben. Aus diesem Grund wurde vorstehend die de-

finitive Marktabgrenzung offen gelassen. Für die Marktverhältnisse im Grossraum Bern ist jedoch festzuhalten, dass auch die Parteien in der Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 anerkennen, dass es nach vollzogenem Zusammenschluss von Espace Media Groupe und Bund Verlag AG keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige Regionalzeitung mehr geben wird, welche im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" über eine Berichterstattung für dieses Gebiet verfügt. Die anderen regionalen Titel im räumlich relevanten Markt verfügen durchwegs über eine kleinräumigere Berichterstattung, die den Grossraum Bern jeweils nur teilweise abdeckt, so dass die disziplinierende Wirkung anderer regionaler Tageszeitungen als gering einzustufen ist. Der "Blick" weist zwar eine relativ hohe Reichweite auf, informiert aufgrund der nationalen Ausrichtung - anders als die am Zusammenschluss beteiligten Parteien - nur beschränkt über regionale und lokale Ereignisse aus dem Grossraum Bern. Aus diesen Gründen dürfte der Blick trotz der beachtlichen Reichweite nur eine geringe disziplinierende Wirkung ausüben.

111. Jugendzeitschriften und Szenenhefte haben deshalb eine geringe disziplinierende Wirkung, weil deren Erscheinungsweise und Inhalt nicht mit "20 Minuten" zu vergleichen ist.

b) Elektronische Medien

112. Der "NZZ" vom 5. April 2003 konnte entnommen werden, dass die SRG-Zahlen zur Mediennutzung Folgendes zeigen:

113. Die Regionalfernsehen haben in den vergangenen Jahren die Reichweite in ihren Empfangsgebieten klar verbessern können. Insgesamt hat die Dauer der täglichen Fernsehnutzung zugenommen. Ob dabei vor allem diejenigen Inhalte vermehrt nachgefragt worden sind, die eine Nähe zum Inhalt von "20 Minuten" haben, ist nicht bekannt. Während die Hörerschaft der Lokalradios im Jahr 2002 zurückgegangen ist, konnten die SRG-Radios ihre klare Führung weiter ausbauen, was gemäss Medienmitteilung des Forschungsdienstes der SRG vom 4. April 2003 auf die starke Nutzung von Informationsangeboten zwischen 7 Uhr und 8 Uhr, über Mittag sowie zwischen 17 Uhr und 19 Uhr zurückzuführen sei, also denjenigen Inhalten, die über eine gewisse Substitutionsbeziehung zur Pendlerzeitung verfügen.

114. Allerdings hat die Leserschaft von "20 Minuten" im letzten Jahr sehr stark zugenommen (vgl. MACH Basic Media Analyse 2003 und Ziff. 97 ff. und 147). Die elektronischen Medien haben demnach ihre Reichweite nicht zulasten von "20 Minuten" ausbauen können. Das ausgeprägte Wachstum an Lesern der Zeitung "20 Minuten" parallel zum Wachstum der elektronischen Medien ist eher ein Indiz dafür, dass die verschiedenen Medien nach wie vor nebeneinander konsumiert werden, sich also entsprechend der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission kaum substituieren. Dies wird auch durch die SRG selbst in ihrer Auskunft vom 17. November 2003 bestätigt: Nach Auf-

fassung der internen Fachleute von SRG SSR idée suisse ergänzen sich die verschiedenen Medien gegenseitig, jedoch könne nicht das eine das andere ersetzen. Es seien die typischen Eigenschaften der verschiedenen Medien, welche deren Stärke ausmachen und sie deshalb, je in ihrem Markt, gegenseitig unersetzbar machen: Die Schnelligkeit des Begleitmediums/Wortmediums Radio; die Attraktivität und Anschaulichkeit des Bildmediums Fernsehen; die zeitliche Disponibilität und die Möglichkeit der Ausführlichkeit und der Kommentierung des Schriftmediums Zeitung. Diese Argumente bestätigen die bisherige Praxis der Wettbewerbskommisison, wonach Radio und Fernsehen nur als entfernte Substitute zu Zeitungen anzusehen sind.

115. Was die allfällige disziplinierende Wirkung durch die verschiedenen elektronischen Medien betrifft, ist Folgendes festzuhalten:

b1) Radio

116. Schweizer Radio DRS hat für die regionale und lokale Berichterstattung das Gefäss der täglichen Regionaljournale geschaffen. Dabei werden werktags Wortbeiträge im Umfang von 44 Minuten gesendet, samstags im Umfang von 21,5 Minuten und sonntags von 25 Minuten Das Regionaljournal, welches über regionale und lokale Ereignisse im räumlich relevanten Markt berichtet, umfasst das geografische Gebiet Bern, Freiburg, Wallis. Das Gebiet, welches durch die Berichterstattung der Regionaljournale abgedeckt wird, ist demnach weitaus grösser als der Grossraum Bern. Entsprechend ist der zeitliche Umfang der regionalen und lokalen Berichterstattung aus dem Grossraum Bern durch Radio DRS zu relativieren. Weiter kann der Hörer von Radio DRS nicht darauf vertrauen, umfassend und zielgerichtet über regionale und lokale Ereignisse aus seiner Region informiert zu werden, da es gemäss Aussage von Radio DRS die redaktionelle Absicht ist, die Interessen aller Hörer des Gebiets abzudecken, das heisst, auch ein Thema aus dem Kanton Freiburg sollte den Berner Oberländer ansprechen. Mit anderen Worten werden bei den Regionaljournalen von Radio DRS die regionalen und lokalen Ereignisse aufgrund ihrer überregionalen Bedeutung ausgewählt, welche nicht zwangsläufig mit der Bedeutung für den in der betreffenden Region ansässigen Hörer übereinstimmen muss. Die disziplinierende Wirkung, welche von der SRG ausgeht, ist deshalb als gering einzustufen.

117. Hinsichtlich Lokalradios ist eine disziplinierende Wirkung auf den Lesermarkt aus folgenden Gründen zu verneinen. Obwohl durch das Zusammenschlussvorhaben NZZ-Espace-Bund das Lokalradio Radio "BE1" (Marktanteil im Grossraum Bern ca. 28%) gestützt auf die Bedingung der Wettbewerbskommission, das Radio an eine von Espace unabhängige Unternehmen zu veräussern, nicht unter die Kontrolle von Espace kommt, wird der andere Lokalradiosender "ExtraBern" von Espace kontrolliert (Marktanteil im Grossraum Bern ca. 28%). Diesem Radio steht dann als wichtigster Konkurrent Radio "BE1" gegenüber,

das über dasselbe Sendegebiet verfügt wie Radio "ExtraBern". Als weiterer Konkurrent verbleibt "Radio 32", das jedoch über ein Sendegebiet verfügt, das praktisch nur das WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 (Solothurn) umfasst. Der grösste Teil des räumlich relevanten Marktes ist mit "Radio 32" nicht zu erreichen. Als weiterer Konkurrent wird von den Parteien "Radio Berner Oberland" ("BeO") angeführt: Erstens verfügt das Radio über einen kleinen Marktanteil, zweitens ist auch Radio "BeO" auf das Wirtschaftsgebiet Berner Oberland ausgerichtet. Eine disziplinierende Wirkung des Bereichs Radio beschränkt sich demnach praktisch auf Radio "BE1". Wie bereits in Ziffer 114 hievor ausgeführt, ergänzen sich nach Auffassung der internen Fachleute von SRG SSR idée suisse die verschiedenen Medien gegenseitig, jedoch könne nicht das eine das andere ersetzen. Es seien die typischen Eigenschaften der verschiedenen Medien, welche ihre eigene Stärke ausmachen und sie deshalb, je in ihrem Markt, gegenseitig unersetzbar machen: Die Schnelligkeit des Begleitmediums/Wortmediums Radio; die Attraktivität und Anschaulichkeit des Bildmediums Fernsehen; die zeitliche Disponibilität und die Möglichkeit der Ausführlichkeit und der Kommentierung des Schriftmediums Zeitung. Dieser Ansicht ist zu folgen, weshalb namentlich Radio nur als entferntes Substitut zu Zeitungen anzusehen ist. Damit ist die disziplinierende Wirkung durch Radio "BE1" als schwach einzustufen.

b2) Fernsehen

118. SF DRS berichtet über lokale und regionale Ereignisse nur dann, wenn sie von nationaler oder zumindest für den Sprachraum Deutschschweiz von Bedeutung sind. Eine solche zufällige und nicht vorhersehbare Berichterstattung ist nicht als Ausweichmöglichkeit zur Berichterstattung über die Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" anzusehen. Zudem ist den nachfolgenden Ausführungen zum Werbemarkt Bern (Ziff. 158 ff.) zu entnehmen, dass im Grossraum Bern drei Regionalfernsehen bestehen: "Intro TV", "Tele M1" und "TeleBärn". Von "TeleBärn" als grösstes Regionalfernsehen geht kein Konkurrenzdruck aus, da das Fernsehen der Espace Media Groupe und damit der Muttergesellschaft einer der Zusammenschlussparteien gehört. "Intro TV", das von der Espace Media Groupe unabhängig ist, verfügt über ein Sendegebiet, das nur sehr marginal über das WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 (Solothurn) hinausgeht. "Tele M1" schliesslich, das von der AZ Medien Gruppe kontrolliert wird, verfügt über ein Sendegebiet, welches im Grossraum Bern lediglich Teile des WG 32 (Solothurn) abdeckt. Dies bedeutet, dass vom Regionalfernsehen für den Grossraum Bern keine disziplinierende Wirkung ausgeht, da die von der Espace Media Groupe unabhängigen Fernsehen in den grössten Teilen des Grossraums Bern nicht empfangbar sind.

b3) Internet

119. Betreffend Internetnutzung wurde auch festgestellt, dass diese weiterhin anwächst, wobei unter den Websites der Medien der "Blick" vor der "NZZ" und dem "SonntagsBlick" führt. Im Fall "Berner Oberland Medien AG" (RPW 2000/3, S. 428, Rz. 65) wurde bereits gesagt, dass Online-Informationsangebote zu punktuell und zu wenig umfassend informieren, um einen Ersatz für regionale Zeitungen zu bieten. Die redaktionelle Eigenleistung sowie die Recherchen würden sich in engen Grenzen halten, vorwiegend würden Informationen von kantonalen, kommunalen und eidgenössischen Behörden verwertet. Die "Berner Oberland-News" seien damit weder als Konkurrenz zu den regionalen/lokalen Tageszeitungen konzipiert noch wären sie dazu tauglich. Sie würden sich daher bestenfalls komplementär zum Angebot der regionalen und lokalen Tageszeitungen im Berner Oberland verhalten.

120. Diese für das Berner Oberland gemachten Aussagen gelten in der Tendenz auch für andere Online Informationsangebote beziehungsweise für andere regionale Märkte. Die oben beschriebenen Charakteristiken der Online-Zeitungsausgaben ähneln dem Konzept von "20 Minuten" und stellen zu dieser Zeitung ein erheblich näheres Substitut dar als zu den klassischen Tageszeitungen.

121. Was das Internet beziehungsweise die Online-Ausgaben der Tageszeitungen betrifft, gibt es nach vollzogenem Zusammenschluss von Espace Media Groupe und Bund Verlag AG keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige Regionalzeitung mehr, welche den Grossraum Bern mit regionaler Berichterstattung abdeckt, so dass die disziplinierende Wirkung anderer Online-Ausgaben von Tageszeitungen für den räumlich relevanten Markt als gering einzustufen ist. Dem Geschäftsbericht 2002 der Espace Media Groupe ist zudem zu entnehmen, dass espace.ch gemäss den Internetpanel von Nielsen//NetRatings im Oktober 2002 das erfolgreichste regionale Medienportal der Deutschschweiz ist und nur von den nationalen Titeln wie tagesanzeiger.ch oder nzz.ch übertroffen wird. Die Espace Media Groupe verfügt demnach bei diesem Medium im relevanten Markt über eine führende Stellung. Diese wird noch dadurch verstärkt, dass sie nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund über die Internetsite www.ebund.ch auch regionale und lokale Informationen aus dem Raum Bern anbietet.

122. Zudem ist die disziplinierende Wirkung auf die am Zusammenschluss beteiligten Parteien durch Internet-Informationsangebote dadurch beschränkt, dass "20 Minuten" als Pendlerzeitung konzipiert, während der Warte- beziehungsweise Reisezeit bei öffentlichen Verkehrsmitteln gelesen wird und damit teilweise Personen erreicht, die keine Online-Zeitungsausgaben lesen. Zudem ist die zeitliche Disponibilität der Online-Informationen nicht mit derjenigen von "20 Minu-

ten" zu vergleichen. Die Online-Ausgaben der Tageszeitungen dürften zudem zunehmend geringere disziplinierende Wirkung auf 20 Minuten entfalten, wenn sich der Trend zur zunehmenden Entgeltlichkeit der Online-Angebote fortsetzt.

123. Zusammenfassend ist betreffend Abwanderung zu anderen Informationsträgern festzuhalten, dass ein Verlag im Falle einer Preiserhöhung beziehungsweise einer Qualitätseinbusse zwar grundsätzlich zunehmend damit rechnen muss, dass ein Teil der Leser ihr Informationsbedürfnis mit anderen Medien wie Fernsehen, Radio, Internet, oder mit Zeitungen, die nicht demselben sachlichen Markt zugeordnet werden, abdeckt. Im Fall des vorliegenden Produktes Pendlerzeitung kann davon ausgegangen werden, dass dadurch sogar ein Wettbewerbsdruck entsteht, der den fehlenden disziplinierenden Einfluss aktueller oder potenzieller Wettbewerber grundsätzlich in einem höheren Ausmass zu ersetzen vermag, als dies bei herkömmlichen Tageszeitungen der Fall ist. Dafür spricht die grössere Nähe von "20 Minuten" zu elektronischen Informationsangeboten, die sich durch kurze und kostenlose Information ohne Hintergrundberichterstattung auszeichnen.

124. Diese disziplinierende Wirkung durch andere Medien fällt jedoch für den Grossraum Bern aus den oben dargelegten Gründen praktisch weg: Die zwar allgemein bestehende Tendenz zur zunehmenden Abwanderung von Lesern von Zeitungsinhalten zu anderen Informationsträgern dürfte für den Grossraum Bern nicht ausreichen, um auf die Parteien nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens und nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens NZZ-Espace-Bund eine disziplinierende Wirkung zu entfalten.

B.4.2.a.4 Einfluss der Werbemärkte

125. In ihrer Praxis hat die Wettbewerbskommission anerkannt, dass die Werbewirtschaft disziplinierende Wirkung auf das Verhalten eines Verlags auf dem Lesermarkt hat. Der Anzeigentarif hängt von der Leserschaft ab, die mit der Zeitung erreicht wird. Je mehr Leser eine Zeitung hat, desto teurer kann sie den Raum für Anzeigen verkaufen. Der finanzielle Erfolg auf dem Anzeigenmarkt hängt vom Erfolg auf dem Lesermarkt ab. Ein Verlag hat alles Interesse daran, dass seine Zeitung möglichst viele Leser hat. Um auf dem Werbemarkt erfolgreich zu sein, muss der Verlag versuchen, seine Zeitung den Ansprüchen der Nachfrager anzupassen und sie zu einem attraktiven Preis zu verkaufen. Zudem erzielt eine klassische Tageszeitung zirka 2/3 ihrer Einnahmen durch Anzeigen, und nur 1/3 durch Abonnemente oder Einzelverkauf.

126. Diese Zusammenhänge wurden jeweils aufgrund anderer beeinflussender Faktoren (Preiselastizität der Lesernachfrage, Reichweiten- und Preiselastizität der Inserentennachfrage) präzisiert. Im vorliegenden Fall ist dies nicht möglich, da "20 Minuten" definitionsgemäss gratis abgegeben wird und somit im vorliegenden Fall die üblichen Me-

thoden zur Berechnung von Elastizitäten nicht ohne weiteres anwendbar sind. Was die Reichweiten beziehungsweise Preiselastizität der Inserentennachfrage betrifft, wird dafür auf die Ausführungen zu den Werbemärkten verwiesen. Immerhin ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Reichweitendaten und Erhöhungen der Kontaktpreise von der Werbewirtschaft jährlich erhoben werden und in die Medienplanung des darauf folgenden Jahres einfliessen.

127. Bei einer Gratiszeitung wie "20 Minuten" sind die Werbeeinnahmen nicht nur die Haupteinnahmequelle, wie dies bei klassischen Tageszeitungen der Fall ist, sondern die einzige. Die in der bisherigen Praxis bei Zusammenschlüssen von klassischen Tageszeitungen grundsätzlich bejahte disziplinierende Wirkung der Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmärkten gilt deshalb bei einer Gratiszeitung wie "20 Minuten" in verstärktem Masse.

128. Anders als in den Regionen Basel und Zürich kann aus den nachfolgenden Ausführungen zu den Anzeigenmärkten in Bezug auf den regionalen Werbemarkt Bern jedoch nicht geschlossen werden, dass dieser aufgrund wirksamen Wettbewerbs das Verhalten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Lesermarkt zu disziplinieren vermag.

129. Denn Bindeglied zwischen den beiden Märkten ist der Umstand, dass als Folge einer Preiserhöhung oder Qualitätseinbusse auf dem Lesermarkt ein Reichweitenverlust eintritt, was aber nur der Fall ist, wenn den Lesern genügend Ausweichmöglichkeiten offen stehen. Fehlt es hingegen auf dem Lesermarkt an disziplinierenden Kräften, so kann sich eine Preiserhöhung oder Qualitätsverschlechterung auch nicht negativ auf die Lesernachfrage auswirken, und es fehlt an der für eine negative Rückkoppelung zwischen Leser- und Werbemarkt notwendigen Grösse (vgl. MATTHIAS AMMANN, Zeitungsfusionskontrolle, Zürich 2000, S. 164). Der Einfluss der Werbemärkte kann daher eine bereits vorhandene disziplinierende Wirkung auf dem Lesermarkt zwar verstärken, vermag eine solche jedoch nicht zu begründen.

130. Wie oben dargelegt wurde, bestehen im vorliegenden Fall kaum Ausweichmöglichkeiten für den Nachfrager auf dem Lesermarkt, insbesondere da die regionale Radio- und Fernsehberichterstattung ebenfalls praktisch gesamthaft unter der Kontrolle der Zusammenschlussparteien liegen. Aus diesem Grund verbleibt auch der Einfluss der Werbemärkte auf das Verhalten im Lesermarkt gering.

131. Weiter ist zu beachten, dass der Werbemarkt nur dann eine disziplinierende Wirkung entfalten kann, wenn auf diesem Ausweichmöglichkeiten zum betreffenden Anbieter bestehen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Reaktion der Werbetreibenden auf einen Rückgang der Reichweite des Presseerzeugnisses. Die Befragungen des Sekretariates haben ergeben, dass die Mehrheit der Werbetreibenden bei einem Anstieg des Tausendkontaktpreises von Bund

beziehungsweise BZ mit mindestens dem gleichen Betrag weiterinserieren oder mehrheitlich zu einem Medium der Zusammenschlussparteien abwandern würden. Diese Antworten lassen den Schluss zu, dass die für die Zusammenschlussparteien negative Reaktion der Werbetreibenden auf einen Reichweitenverlust für die Parteien bescheiden ausfallen dürfte.

B.4.2.a.5 Ergebnis

132. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei engst möglicher Marktabgrenzung auf dem "Pendlerzeitungsmarkt" nach dem geplanten Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz verbleibt. Die potenzielle Konkurrenz ist nach dem Zusammenschluss mindestens kurzfristig sehr viel schwächer als bisher. Immerhin ist mittel- und längerfristig die Lancierung eines Konkurrenztitels zu "20 Minuten" durch andere, grosse Verlage möglich, wenn auch unwahrscheinlich. Wird ein Lesermarkt abgegrenzt, der Tageszeitungen umfasst, besteht im Grossraum Bern keine Regionalzeitung, die die Produkte der am Zusammenschluss beteiligten Parteien zu disziplinieren vermag. Es gäbe nach dem Zusammenschluss keine von der Espace Media Groupe unabhängige Zeitung mehr, die den räumlich relevanten Markt mit regionaler Berichterstattung abdeckt, würde die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten bewilligt. Mit der Zulassung des Zusammenschlussvorhabens würde neben dem "Bund" auch noch "20 Minuten" als nächstes Substitut zu "Bund" und "Berner Zeitung" von der Espace Media Groupe kontrolliert. Der "Blick" mit seiner nationalen Ausrichtung kann nur einen geringen Konkurrenzdruck ausüben. Der Trend zur Abwanderung von Zeitungslesern weg von Tageszeitungen hin zu anderen Informationsangeboten, der insbesondere eine Pendlerzeitung dem Wettbewerbsdruck durch andere Medien aussetzt, ist für den Grossraum Bern praktisch inexistent, weil die am Zusammenschluss beteiligten Parteien auch bei den anderen Informationsangeboten führende Stellungen innehaben. Die nachfolgenden Ausführungen zu der Marktstellung auf dem Werbemarkt zeigen, dass die Verhaltensspielräume der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Leser- durch den Werbemarkt im Raum Bern nicht begrenzt werden.

133. Aus all diesen Gründen wird durch den vorliegenden Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem Lesermarkt im Grossraum Bern beseitigt werden kann (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG).

B.4.2.b Markt für regionale/lokale Werbung Bern (WG 22, 32-34)

Aktuelle Konkurrenz

134. Die beteiligten Parteien lieferten in ihrer Meldung vom 15. April 2003 folgende Übersicht bezüglich der von ihnen im Geschäftsjahr

2002 gehaltenen Marktanteile im regionalen/lokalen Werbemarkt Bern (nachfolgend: Regionalmarkt Bern):

BZ: ***45%*** *Tamedia: 2%*[4] *20 Minuten: [...]%*

135. In der Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 gaben die Parteien mit Verweis auf in der ursprünglichen Meldung nicht einberechnete Marktanteile von Anzeigern für die eigenen Titel tiefere Marktanteile an:

BZ (inkl. Bund): ***43%*** *Tamedia: 2%*[5] *20 Minuten: [...]%*

bzw.

BZ (inkl. Bund und ohne Anzeiger Bern): **38%** *Tamedia: 2%*[6] *20 Minuten: [...]%*

136. Es liegt somit ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

137. Die von den Parteien für die Berner Zeitung ausgewiesenen Marktanteile erzielt diese gemäss eigenen Angaben mit den Titeln "Berner Zeitung", "Solothurner Tagblatt", "Berner Oberländer", "Thuner Tagblatt", "Burgdorfer Tagblatt", "Berner Bär" und "Solothurner Woche", in der ergänzten Meldung mit "Bund" und bei der ersten Zahl mit dem "Anzeiger Region Bern". Dabei ist zu beachten, dass das "Solothurner Tagblatt", der "Berner Oberländer" und das "Thuner Tagblatt" Kopfblattausgaben der "Berner Zeitung" sind.

138. Für die aktuellen Konkurrenten liefern die beteiligten Parteien folgende Marktanteile auf dem Regionalmarkt Bern:

a. ursprüngliche Meldung

1.	Konkurrent: NZZ ("NZZ", "Bund", "Anzeiger Region Bern", "NZZ am Sonntag")	**15%**
2.	Konkurrent: Mittellandzeitung	**12%**
3.	Konkurrent: Ringier ("Blick", "SonntagsBlick")	**7%**

b. ergänzte Meldung

1.	Konkurrent: Mittellandzeitung	**10%**
2.	Konkurrent: Ringier ("Blick", "SonntagsBlick")	**5%**
3.	Konkurrent: Bieler Tagblatt	**4%**

[4] Die Marktanteile der Tamedia werden separat aufgeführt: Die Tamedia hält zwar eine 49,5%-Beteiligung an der Berner Zeitung AG, welche aber nicht mit direkten Kontrollmöglichkeiten verbunden ist.

[5] Die Marktanteile der Tamedia werden separat aufgeführt: Die Tamedia hält zwar eine 49,5%-Beteiligung an der Berner Zeitung AG, welche aber nicht mit direkten Kontrollmöglichkeiten verbunden ist.

[6] Die Marktanteile der Tamedia werden separat aufgeführt: Die Tamedia hält zwar eine 49,5%-Beteiligung an der Berner Zeitung AG, welche aber nicht mit direkten Kontrollmöglichkeiten verbunden ist.

139. Dabei fällt auf, dass die Parteien in der ergänzten Meldung tiefere Marktanteilszahlen ausweisen, obwohl die ursprünglich als 1. Konkurrentin aufgeführte NZZ in der Ergänzung der Meldung mit "Bund" und "Anzeiger Region Bern" der Berner Zeitung zugehörig ist. Die Parteien begründen diese neuen Zahlen damit, dass in der ursprünglichen Meldung die örtlichen Anzeiger unterschätzt worden seien. Zudem machen die Parteien geltend, der "Anzeiger Region Bern" könne dem Bund nicht länger zugeordnet werden, da der betroffene Trägerverein als Konzessionsgeber die Inseratetarife vorgebe. Damit fehle für die Parteien diesbezüglich die Preisautonomie, weshalb wirtschaftlich nicht von einer Kontrolle ausgegangen werden könne. Auf diese Argumente wird in Ziffer 150 f. eingegangen.

140. Die angeschriebenen Verlage schätzten die Marktanteile der beteiligten Parteien auf dem Regionalmarkt Bern wie folgt:

BZ (ohne "Bund" und ohne "Anzeiger Region Bern"): **50%-75%**,

wobei sich 70% derjenigen Verlage, die antworteten, zur Frage geäussert haben und davon wiederum 86% der Meinung waren, der Marktanteil liege bei 60% oder darüber. Die Frage, ob die Verlage "taktisch hoch" geantwortet haben oder die Parteiangaben zu tief angesetzt sind, wird in Ziffer 141 ff. zu erhellen versucht.

Tamedia: **0%-10%**[7]

"20 Minuten": **5%-10%**[8]

Ihre eigenen Anteile am Regionalmarkt Bern schätzten die angeschriebenen Verlage wie folgt:

NZZ: **0,5%**[9]

AZ Medien Gruppe (Mittellandzeitung): **1,0%**[10]

Ringier: **0%**[11]

[7] Diese Bandbreite wiederspiegelt in etwa die von den Parteien angegebenen Marktanteile und muss deshalb nicht hinterfragt werden.

[8] Diese Bandbreite wiederspiegelt in etwa die von den Parteien angegebenen Marktanteile und muss deshalb nicht hinterfragt werden.

[9] Diese Angabe ist nach Ansicht des Sekretariats nur nachvollziehbar, wenn die mit dem Bund und dem Anzeiger Region Bern erzielten Einnahmen an regionaler Werbung nicht enthalten sind (Die NZZ Verlagsgruppe hielt zum Zeitpunkt der Befragung an der Bund Verlag AG, Bern, eine Mehrheitsbeteiligung von 80%).

[10] Diese Marktanteilsschätzung liegt weit unterhalb der von den Parteien angegebenen Werten. Dies kann einerseits daran liegen, dass der Verlag "taktisch tief" geantwortet hat. Andererseits kann auch die Parteiangabe zu hoch angesetzt sein. Relativierende Erläuterungen zum Marktanteil der AZ Medien Gruppe finden sich in Ziff. 145.

[11] Diese Marktanteilsschätzung liegt weit unterhalb der von den Parteien angegebenen Werten. Dies kann einerseits daran liegen, dass der Verlag "taktisch tief" geantwortet hat. Andererseits kann auch die Parteiangabe zu hoch angesetzt sein. Relativierende Erläuterungen zum Marktanteil des Ringier Verlags finden sich in Ziff. 144.

141. Um die von den beteiligten Parteien und ihren Konkurrenten gelieferten Angaben etwas zu objektivieren, ist ein Blick auf die Streudichten der einzelnen Printtitel im Regionalmarkt Bern angezeigt:[12]

[12] Es sei an dieser Stelle nochmals in Erinnerung gerufen, dass die Stärke eines Titels in einer bestimmten Region entscheidend von seiner Reichweite (LpA= Leser pro Ausgabe) sowie seiner Streudichte ist (Prozentualer Anteil der Haushalte, welche mit einem bestimmten Titel beliefert werden, an der Gesamtzahl von Haushalten in einem bestimmten Gebiet); Datenquelle: www.mediaprint.ch bzw. www.mediaperformance.ch; vorliegend werden nur die Streudichten verwendet, da die Daten der WEMF zu den Reichweiten bloss nationale Werte darstellen und eine sekretariatsinterne Berechnung regionaler Reichweiten den zeitlichen Rahmen der vorläufigen Prüfung bei weitem sprengt. Ausserdem sei darauf hingewiesen, dass die Gebietsaufteilung bei www.mediaprint.ch bzw. www.mediaperformance.ch nicht derjenigen entspricht, die die WEMF mit ihren Wirtschaftsgebieten vornimmt. Die hier aufgeführten Bezirke wurden allerdings anhand einer WEMF-Gemeindeliste so ausgewählt bzw. abgestimmt, dass ein Bild entsteht, welches mit den Wirtschaftsgebieten der WEMF weitest gehend identisch ist.

Titel:	Bezirke:	Streudichten (in %):
"20 Minuten"	keine Angaben	keine Angaben
Titel BZ:		
"Berner Zeitung" (Gesamtausgabe)[13]	Aarberg (BE) Aarwangen (BE) Bern (BE) Biel (BE) Büren (BE) Burgdorf (BE) Erlach (BE) Fraubrunnen (BE) Frutigen (BE) Interlaken (BE) Konolfingen (BE) Laupen (BE) Nidau (BE) Niedersimmental (BE) Oberhasli (BE) Obersimmental (BE) Saanen (BE) Schwarzenburg (BE) Seftigen (BE) Signau (BE) Thun (BE) Trachselwald (BE) Wangen (BE) Bucheggberg (SO) Lebern (SO) Solothurn (SO) Wasseramt (SO)	20,87 27,89 33,63 1,52 5,39 42,07 11,68 39,25 55,18 44,32 45,80 40,13 2,91 51,38 25,51 47,86 24,11 39,73 41,95 52,55 50,81 38,14 18,61 7,41 1,39 6,52 3,77
"Burgdorfer Tagblatt"	Burgdorf (BE)	12,75
"Berner Bär"	keine Angaben	keine Angaben

[13] In den Werten der Gesamtausgabe enthalten sind u.a. diejenigen des "Solothurner Tagblatt", des "Berner Oberländer" und des "Thuner Tagblatt" (alles Kopfblattausgaben, vgl. Ziff. 137).

"Solothurner Woche"	Büren (BE) Burgdorf (BE) Fraubrunnen (BE) Wangen (BE) Bucheggberg (SO) Gäu (SO) Lebern (SO) Solothurn (SO) Tal (SO) Wasseramt (SO)	68,96 4,84 22,37 47,14 86,99 27,74 96,50 100 8,68 91,29
Bund, Anzeiger Region Bern und Konkurrenztitel:		
"Bund"	Aarberg (BE) Aarwangen (BE) Bern (BE) Biel (BE) Büren (BE) Burgdorf (BE) Erlach (BE) Fraubrunnen (BE) Frutigen (BE) Interlaken (BE) Konolfingen (BE) Laupen (BE) Nidau (BE) Niedersimmental (BE) Obersimmental (BE) Saanen (BE) Schwarzenburg (BE) Seftigen (BE) Signau (BE) Thun (BE) Trachselwald (BE) Wangen (BE) Lebern (SO)	11,45 4,01 25,07 6,02 4,71 9,99 8,37 15,30 7,41 4,74 14,16 13,72 5,08 11,06 5,34 6,60 8,69 15,77 4,77 11,01 4,13 3,39 2,22
"Anzeiger Region Bern"	Aarberg (BE) Bern (BE) Fraubrunnen (BE) Laupen (BE)	9,82 97,23 2,58 9,01

"NZZ"	Aarwangen (BE) Bern (BE) Biel (BE) Burgdorf (BE) Fraubrunnen (BE) Interlaken (BE) Konolfingen (BE) Nidau (BE) Seftigen (BE) Thun (BE) Lebern (SO) Olten (SO) Solothurn (SO) Wasseramt (SO)	1,64 5,31 1,94 1,53 1,68 1,70 1,44 1,49 1,80 1,44 1,95 3,18 6,31 1,32
"NZZ am Sonntag"	keine Angaben	keine Angaben
"Mittellandzeitung"	Aarwangen (BE) Büren (BE) Burgdorf (BE) Fraubrunnen (BE) Wangen (BE) Bucheggberg (SO) Gäu (SO) Gösgen (SO) Lebern (SO) Olten (SO) Solothurn (SO) Tal (SO) Wasseramt (SO)	28,80 9,95 3,47 5,24 30,63 42,31 52,59 50,04 47,07 50,36 60,06 52,50 47,51
"Blick"	keine Angaben	keine Angaben
"SonntagsBlick"	keine Angaben	keine Angaben
"Bieler Tagblatt"	Aarberg Bern Biel Büren Courtelary Erlach La Neuveville Lebern Nidau	31,51 0,30 28,78 39,22 2,88 38,98 7,01 1,67 48,42

142. Aufgrund oben stehender Übersicht über die Streudichten der einzelnen Titel sind die von den Parteien angegebenen Marktanteile somit nach Ansicht des Sekretariats in verschiedener Hinsicht zu relativieren:

143. Die Übersicht zeigt deutlich, dass die "Berner Zeitung" in dem den Regionalmarkt Bern umfassenden Gebiet diejenige Zeitung ist, die flächendeckend Streudichten aufweist, welche sie für das gesamte Gebiet als äusserst attraktiven Träger für regionale Werbung erscheinen lässt. Der "Bund" als nächstes Substitut weist durchwegs Streudichten auf, die deutlich unter denjenigen der Berner Zeitung liegen. Es ist fraglich, wie viel Wettbewerbsdruck auf dem Regionalmarkt Bern von diesem Titel tatsächlich auf die Berner Zeitung ausging. Im Falle der Genehmigung des Zusammenschlusses NZZ-Espace-Bund würden jedoch daraus zusätzliche Marktanteilsadditionen zu Gunsten der Berner Zeitung resultieren, welche die ohnehin schon beachtliche Marktanteilsdifferenz von ungefähr 30% zur NZZ Gruppe (als bisher stärkster Konkurrent) noch zusätzlich vergrössern würde.[14] Hinzu kämen allenfalls die Marktanteile des "Anzeiger Region Bern", da die Bund Verlag AG derzeit Konzessionsnehmerin für den "Anzeiger Region Bern" ist. Wettbewerbsdruck auf dem Regionalmarkt Bern von Seiten der NZZ Gruppe würde dann ausschliesslich über die "NZZ"[15] erfolgen. Die Parteien anerkennen in der Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 dementsprechend, "... *dass es nach vollzogenem Zusammenschluss von Espace Media Groupe und Bund Verlag AG keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige Regionalzeitung mehr geben wird, welche im Verteilungsgebiet von 20 Minuten eine halbwegs befriedigende Reichweite erzielt. Sobald das Bedürfnis besteht, mit einem Inserat das ganze Verteilungsgebiet von 20 Minuten abzudecken, besteht deshalb im Falle einer Beteiligung der Berner Zeitung an der Express Zeitung AG im Print-Bereich tatsächlich nicht eine wirtschaftlich unabhängige Alternative ...".*

144. Für den "Blick" und den "SonntagsBlick" existieren keine vergleichbaren, öffentlich zugänglichen Mediadaten. Beide Titel sind allerdings traditionell als national ausgerichtete Erzeugnisse bekannt, die deshalb auch vor allem im Rahmen nationaler Werbekampagnen belegt werden. Ein Marktanteil für die beiden Ringier-Titel von 7% auf dem Regionalmarkt Bern (Parteiangabe) erscheint deshalb eher als zu hoch gegriffen.

[14] Das Sekretariat geht davon aus, dass die von den beteiligten Parteien angegebenen Marktanteile der NZZ zu einem grossen Teil (ca. 55% gemäss auf Parteiangaben gestützte Berechnungen) auf "Bund" und ca. 45% auf den "Anzeiger Region Bern" zurückzuführen sind; die "NZZ am Sonntag" ist als nationales Werbegefäss bekannt und die "NZZ" weist zu grosse Streuverluste auf, um als regionaler Werbeträger signifikante Marktanteile zu generieren.

[15] Die von den Parteien ebenfalls aufgeführte "NZZ am Sonntag", zu der keine Mediadaten vorliegen, dürfte infolge ihres Charakters als Sonntagszeitung auf dem Regionalmarkt Bern nach Einschätzung des Sekretariats kaum Erträge abwerfen bzw. signifikante Marktanteile generieren.

145. Die zur AZ Medien Gruppe gehörende "Mittellandzeitung" erreicht praktisch ausschliesslich im WG 32 überzeugende Streudichten und mag dort für lokale/regionale Werbung in einem gewissen Konkurrenzverhältnis zur in dieser Region ebenfalls hohe Streudichten aufweisenden "Solothurner Woche" stehen. Mit einem Blick auf das gesamte Gebiet des Regionalmarktes Bern stellt sie aber ein eher schwaches Substitut zur "Berner Zeitung" dar. Ein Werbetreibender, der in der gesamten Region genügend Haushalte erreichen will, ist somit auf Titelkombinationen oder Anzeigenpools angewiesen, wobei er nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund über diese Pools wieder bei der Espace Media Groupe landet. Denn an denjenigen Titelkombinationen, die über eine hohe Reichweite verfügen, ist die Berner Zeitung mehrheitlich selbst beteiligt oder über Titel, an denen sie Beteiligungen hält. Eine wirkliche Ausweichmöglichkeit stellt die "Mittellandzeitung" zumindest alleine betrachtet sicherlich nicht dar. Die disziplinierende Kraft dieses Titels auf dem Regionalmarkt Bern erscheint somit als eher bescheiden. Auch hier scheinen die von den beteiligten Parteien aufgeführten Marktanteile demnach als sehr hoch gegriffen.

146. Dasselbe gilt für das "Bieler Tagblatt": Diese Zeitung erreicht ausschliesslich im WG 33, dem Berner Seeland, überzeugende Streudichten und steht dort für lokale/regionale Werbung in einem Konkurrenzverhältnis zur in dieser Region teilweise ebenfalls hohe Streudichte aufweisenden "Solothurner Woche" und "Berner Zeitung". Mit einem Blick auf das gesamte Gebiet des Regionalmarktes Bern stellt sie aber ein eher schwaches Substitut zur "Berner Zeitung" dar. Ein Werbetreibender, der in der gesamten Region genügend Haushalte erreichen will, ist somit auf Titelkombinationen oder Anzeigenpools angewiesen, wobei er nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund zwangsläufig über diese Pools wieder bei der Espace Media Groupe landet. Eine wirkliche Ausweichmöglichkeit stellt das "Bieler Tagblatt" alleine betrachtet sicherlich nicht dar. Die disziplinierende Kraft dieses Titels auf dem Regionalmarkt Bern erscheint somit als eher bescheiden. Auch hier scheinen die von den beteiligten Parteien aufgeführten Marktanteile demnach als sehr hoch gegriffen.

147. Gemäss Angaben der Parteien verfügt 20 Minuten auf dem Regionalmarkt Bern zurzeit über einen Marktanteil von [...]% beziehungsweise [...]%. Bei gegebener Definition des sachlich relevanten Markts (alle Printmedien; vgl. Ziff. 74) würde aus dem Zusammenschluss eine Marktanteilsaddition resultieren, welche den Anteil der BZ am Regionalmarkt Bern gemäss Parteiangaben auf 48% beziehungsweise gemäss Ergänzung der Meldung auf 40% beziehungsweise 45% erhöhen würde. Mit der Genehmigung des Zusammenschlusses NZZ-Espace-Bund beläuft sich der Marktanteil gemäss ursprünglicher Meldung sogar auf knapp 60%. Aber auch hier sei folgende Relativierung angebracht: Der Regionalmarkt Bern, bestehend aus den Wirtschaftsgebie-

ten 22, 32, 33 und 34 entspricht nach Auffassung der Parteien[16] demjenigen Verbreitungsgebiet von "20 Minuten", das in Bezug auf die erzielten Reichweiten "akzeptabel" sei. Diese Aussage impliziert nach Auffassung der Wettbewerbskommission, dass in diesen Gebieten über den Werbeträger "20 Minuten" regionale Werbung flächendeckend sinnvoll betrieben werden kann.[17] Es stellt sich somit die Frage, warum der von den Parteien angegebene Marktanteil von 20 Minuten zurzeit erst bei [...]% beziehungsweise [...]% liegt. Die Parteien machen geltend, nur sehr wenige Nachfrager seien an einem derart grossagglomeral konzipierten Werbeangebot, wie es 20 Minuten bietet, interessiert. Im Sinne einer dynamischen Betrachtung ist jedoch davon ausgehen, dass dieses Segment in der kurzen Zeit seit dem Markteintritt (2000) noch nicht genügend intensiv bearbeitet wurde. Eine mögliche Erklärung dafür wiederum könnte sein, dass eben gerade die Zusammenarbeit mit einem lokalen Verlag und damit die lokale Verankerung des Titels gefehlt hat. Dies dürfte sich nach Ansicht der Wettbewerbskommission in den nächsten Jahren angesichts der Split-Möglichkeit (Belegung bloss einer der drei Ausgaben) allerdings im Sinne eines markanten Marktanteilszuwachses ändern. "20 Minuten" wurde in der MACH Basic 2003 als Grosserfolg bezeichnet. Die WEMF Studie bezeichnet es aufgrund des seit der Lancierung im Jahr 2000 enormen Leserzuwachs als möglich, dass "20 Minuten" in einem Jahr die reichweitenstärkste Deutschschweizer Tageszeitung ist. Dafür spricht auch die Zunahme der Werbeumsätze bei "20 Minuten" in der jüngeren Vergangenheit, während die Werbeumsätze bei den Zeitungen generell rückläufig sind. So ist dem Media Trend Journal 9-2003 zu entnehmen, dass das positive Resultat bei den Werbeanzeigen auf "20 Minuten" zurückzuführen ist. "20 Minuten" hat in der Gesamtausgabe 28,4% mehr Werbeanzeigenseiten publiziert als im ersten Halbjahr 2002 und steht damit bereits auf Rang 15 aller Deutschschweizer Tageszeitungen. In dieser Hinsicht muss ebenfalls beachtet werden, dass sich die Berner Zeitung mit dem Kauf von 20 Minuten ein mobiles, junges Werbezielpublikum sichert, welches sie bis anhin über ihre Printtitel weniger gezielt erreichen konnte. Es ist aufgrund der bisher positiven Marktanteilsentwicklung davon auszugehen, dass die Marktanteile von 20 Minuten weiterhin stark ansteigen dürften.

[16] Vgl. zusätzliche Angaben der Parteien vom 8. Mai 2003

[17] Diese Auffassung deckt sich im Übrigen mit den Angaben, die das Sekretariat mittels Umfrage bei Werbetreibenden ermittelte (30 angeschriebene Mediaagenturen, 70 angeschriebene Direktinserenten; Rücklauf: 41=41%, davon Mediaagenturen: 12=29,3%): Alle 12 antwortenden Mediaagenturen und 21 der 29 antwortenden Direktinserenten gaben an, dass sie 20 Minuten als geeigneten Träger für regionale Werbung beurteilen würden (Daneben gab es 2 Enthaltungen und 6 negative Antworten auf die entsprechende Frage).

148. Die Parteien machen in der Ergänzung ihrer Meldung vom 18. September 2003 geltend, der Marktanteil der am Zusammenschluss beteiligten Parteien sei geringer als in der ursprünglichen Meldung angenommen, da die Marktanteile der örtlichen Anzeiger unterschätzt worden seien. Hiezu ist zu bemerken, dass diese Anzeiger vor allem für lokale Werbung geeignet sind, da sie nur in Teilen und häufig nur in sehr kleinen Teilen des räumlich relevanten Marktes erscheinen. Für regionale oder gar gross-agglomerale Werbung, wie sie in "20 Minuten" oder auch in der "Berner Zeitung" oder im "Bund" platziert wird, kommen diese Werbeträger nicht in Frage und vermögen deswegen auch keinen Wettbewerbsdruck zu erzeugen. Insbesondere für Werbetreibende, welche die Stadt und Agglomeration Bern abdecken wollen, bestehen nach dem Zusammenschluss keine Möglichkeiten, auf Anzeiger auszuweichen, welche nicht von Espace kontrolliert werden. Nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund, bestehen für Inserate in Printmedien keine valablen Alternativen mehr zu Titeln der BZ beziehungsweise Espace Media Groupe. Die Espace kontrolliert nicht nur sämtliche regionalen Tageszeitungen, sondern mit dem "Anzeiger Region Bern" und dem "Berner Bär" auch die bedeutenden Anzeiger beziehungsweise Gratiszeitungen. Hinzu kommen die Beteiligungen an der "Bümplizer Woche" und der "Bantiger Post", welche jedoch von geringerer Bedeutung sind.

149. Zudem dürfte sich "20 Minuten" für das Wirtschaftsgebiet 34 (Berner Mittelland) nicht nur für regionale und gross-agglomerale Werbung, sondern zusätzlich auch für kleinregionale oder gar lokale Werbung eignen. Im wirtschaftlich wichtigsten Teilmarkt, der Stadt und Region Bern, welche dem Wirtschaftsgebiet 34 entspricht, werden zirka [...]% aller Leser der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" erreicht. Dies bedeutet, dass auch für lokale oder regionale Werbung im Wirtschaftsgebiet 34 die Streuverluste relativ gering sind. Zudem verfügt "20 Minuten" im WG 34 über eine hohe Reichweite von 28,4%. Diese Reichweite wird nur noch von der Berner Zeitung übertroffen (44,3%) beziehungsweise von einigen Titelkombinationen, an denen die Berner Zeitung mehrheitlich selbst beteiligt ist oder über Titel, an denen sie Beteiligungen hält. Diese Umstände machen damit "20 Minuten" zu einem attraktiven Werbeträger selbst für lokale oder mindestens regionale Werbung im WG 34. Gerade in diesem Gebiet und speziell für die Stadt Bern sind die von den Parteien kontrollierten Gratiszeitungen und Anzeigern "Berner Bär", "Anzeiger Region Bern", "Bümplizer Woche" und "Bantiger Post" unumgehbar, sofern noch "20 Minuten" hinzukommt.

150. Die Parteien machen geltend, der "Anzeiger Region Bern" könne dem Bund nicht länger zugeordnet werden, da der betroffene Trägerverein als Konzessionsgeber die Inseratetarife vorgebe. Damit fehle für die Parteien diesbezüglich die Preisautonomie, weshalb wirtschaftlich nicht von einer Kontrolle ausgegangen werden könne. In Bezug auf

die gegenwärtige Marktposition (mindestens bis zur neuen Konzession ab 2006) ist dieses Argument jedoch unbehelflich. Zudem können die Zusammenschlussparteien mit der Herausgabe dieses Anzeigers allfällige Abwanderungsbewegungen von ihren übrigen Medien zu diesem Anzeiger auffangen. Damit verfügen sie bei den übrigen Medien durch die Herausgabe des Anzeigers über grössere Preissetzungsspielräume. Die Parteien machen weiter geltend, dass sie bei der nächsten Neuausschreibung des "Anzeiger Region Bern" den Zuschlag nicht mehr erhalten würden, da für den jeweiligen Verleger des Anzeigers ein Konkurrenzverbot gelte und die Espace Media Groupe den "Berner Bär" als Gratiszeitung herausgebe. Erstens hat die Befragung der Stadt Bern ergeben, dass sie nicht zwingend an einem Konkurrenzverbot festhalten würde, da dem Entscheid betreffend Modalitäten der nächsten Ausschreibung nicht vorgegriffen werden soll. Zweitens bezeichnet die Offertausschreibung des Jahres 2000 als Konkurrenzprodukt, das dem Konkurrenzverbot unterliegt, namentlich Gratisanzeiger, welche einem wesentlichen Teil des Vertriebsgebietes des "Anzeiger Region Bern" periodisch und unentgeltlich abgegeben werden. Ein Anzeiger charakterisiert sich dadurch, dass er regelmässig und in bedeutendem Umfang amtliche Mitteilungen publiziert. Der "Berner Bär" stellt keinen Anzeiger in diesem Sinne dar. Der Geschäftsbericht 2002 der Espace Media Groupe charakterisiert den "Berner Bär" folgendermassen: ".... mit seinen personalisierten Themen und Nachrichten ist der "Berner Bär" ein anregender Begleiter und verlässlicher Ratgeber in Stadt und Region Bern, insbesondere für Freizeitgestaltung, Unterhaltung und Kulinarik". Der "Berner Bär" ist deshalb vom Konkurrenzverbot nicht erfasst.

151. Bezüglich des Anzeigers der Region Bern ist weiter anzumerken, dass die Konzession zur Herausgabe desselbigen von der Einwohnergemeinde Bern und dem Gemeindeverband "Anzeiger Region Bern" öffentlich ausgeschrieben wird. Entsprechend könnte sich um die Herausgabe dieses Anzeigers theoretisch jedes beliebige Unternehmen bewerben. In der Realität haben sich jedoch bei der letzten Ausschreibung im Jahre 2000 lediglich die von Espace kontrollierte Büchler Grafino AG und die Bund Verlag AG beworben. Um die Chancen von künftigen Drittbewerbungen einzuschätzen, hat das Sekretariat folgende Medienunternehmen befragt: Gassmann AG, Merkur Druck AG, St. Paul AG Freiburg, Tamedia, Ringier AG, Freiburger Nachrichten, Basler Mediengruppe, Vogt-Schild/Habegger. Von diesen acht Unternehmen sagte lediglich Merkur Druck aus, dass er sich mit Sicherheit daran beteiligen wird. Die Gassmann AG ist an solchen Aufträgen grundsätzlich immer interessiert und bei der nächsten Ausschreibung im Jahr 2004 wahrscheinlich "flexibler" als noch 2000, während Vogt-Schild/Habegger eine Beteiligung vom Verhalten von Publigroupe abhängig macht. Die übrigen fünf Medienunternehmen verneinen eine Beteiligung an der Ausschreibung. Die Konkurrenz bei der Bewerbung

um die Herausgabe des "Anzeiger der Region Bern" fällt demnach gering aus.

152. Weiter ist zu beachten, dass ein Unternehmen, welches in der Agglomeration Bern über die entscheidenden regionalen Werbemöglichkeiten verfügt, eine höhere Zahlungsbereitschaft für die Herausgabe des "Anzeiger der Region Bern" besitzt, da er mit der Herausgabe dieses Anzeigers allfällige Abwanderungsbewegungen von seinen übrigen Medien zu diesem Anzeiger auffangen kann und somit bei den übrigen Medien durch die Herausgabe des Anzeigers grössere Preissetzungsspielräume erwirbt.

153. Die gemachten Ausführungen zeigen, dass weder die von den Parteien erwähnten Anzeiger das Verhalten der am Zusammenschluss beteiligten Parteien zu disziplinieren vermögen, noch dass der "Anzeiger Region Bern" als Konkurrent der Parteien zu würdigen ist. Der "Anzeiger Region Bern" verbleibt bis zum Ablauf der gegenwärtigen Konzession Ende 2005 ein Produkt der Parteien, und es ist aufgrund des Gesagten davon auszugehen, dass die Zusammenschlussparteien auch bei der nächsten Ausschreibung den Zuschlag erhalten. Ein Ausschluss der Parteien von der nächsten Ausschreibung gestützt auf das bestehende Konkurrenzverbot ist zudem unwahrscheinlich.

154. Mit Blick auf die von den beteiligten Parteien angegebenen Marktanteile (sowohl eigene als auch diejenigen der Konkurrenten) erscheint auch ein anderer Aspekt von entscheidender Tragweite zu sein:

155. Durch die Akquisition von 20 Minuten avanciert die Berner Zeitung auf dem Regionalmarkt Bern zum praktisch kompletten Multimediaanbieter.

156. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbskommission werden die Substitutionsbeziehungen zu anderen Werbeträgern und deren Wirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der aktuellen Konkurrenz gewürdigt (vgl. Ziff. 74). Gleichzeitig ist zu beachten, dass selbst diejenigen Werbeträger, welche vorläufig zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst wurden (Ziff. 74; Anzeigen in Printmedien), unterschiedlich starke beziehungsweise schwache Substitutionsbeziehungen aufweisen.

157. So wird zum Beispiel eine Pendlerzeitung wie "20 Minuten" aufgrund ihrer durchwegs jungen und mobilen Leserschaft auf dem Werbemarkt anders wahrgenommen als eine Tageszeitung vom Format der "NZZ".

158. Um die Wettbewerbsverhältnisse etwas differenzierter darstellen zu können, sei folgende Übersicht betreffend den von der BZ auf dem Regionalmarkt Bern kontrollierten Werbeträgern nach erfolgter Akquisition von 20 Minuten hilfreich. Die Angaben in der unteren Zeile entsprechen den Marktanteilen des von der BZ kontrollierten Medi-

ums, wobei die jeweilige Werbeträgerkategorie als eigener (Sub-) Markt anzusehen ist:

BZ als Multimediaanbieter im Regionalmarkt Bern				
Tages-zeitungen	**Gratis-anzeiger**	**Pendler-zeitungen**	**Radio**	**Fernsehen**
"BZ"	"Berner Bär"	"20 Minuten"	Radio "ExtraBern"	"TeleBärn"
keine Angaben, aber mit Abstand stärkster Titel in der Region (vgl. oben stehende Ausführungen)	Etwa von vergleichbarer Stärke wie der Anzeiger Region Bern[18]	**100%**	**28%**	**50%**

159. Die Marktanteilsangaben in der unteren Zeile entsprechen Parteiangaben. In den Sub-Märkten Radio und TV gaben die Parteien an, folgende Konkurrenten (inkl. Marktanteile) zu haben:

"Radio 32": **36%** ("Radio BE1": **28%**) "Radio BeO": **8%**

"Intro TV": **26%** "Tele M1": **24%**

"Radio 32" gehört der Radio 32 AG, Solothurn, einer unabhängigen Gesellschaft. "Radio BE1" wird von der NZZ Verlags Gruppe kontrolliert und "Radio BeO" wird von der Radio Berner Oberland AG, Interlaken, kontrolliert, welche ebenfalls unabhängig ist.

"Intro TV" gehört der Intro-TV AG, Zuchwil, einer unabhängigen Gesellschaft. "Tele M1" wird von der Tele M1 AG, Aarau, produziert, welche wiederum von der AZ Medien Gruppe kontrolliert wird.

160. Auf dem Regionalmarkt Bern existierten somit bisher folgende Multimedia-Anbieter, welche die Berner Zeitung konkurrenzieren:

NZZ (Print: "Bund", "Anzeiger Region Bern"; Radio: "Radio BE1")

AZ Medien Gruppe (Print: "Mittellandzeitung"; TV: "Tele M1")

[18] Zum "Berner Bär" existieren keine offiziellen Mediadaten. Aufgrund des Verteilgebiets und der Erscheinungshäufigkeit geht das Sekretariat aber davon aus, dass es sich um Titel vergleichbarer Stärke handelt, obwohl die Profile sich unterscheiden.

161. Diese beiden bisherigen Hauptkonkurrenten sind somit in bloss drei (NZZ) beziehungsweise zwei (AZ Medien) der oben definierten Sub-Märkte vertreten, während die Berner Zeitung über ein alle Sub-Märkte umfassendes Angebot verfügt. Bei Genehmigung des Zusammenschlusses NZZ-Espace-Bund würden die Marktanteile der bisher wichtigsten Konkurrentin wiederum der Berner Zeitung zufallen. Als einzige Konkurrentin verbliebe die AZ Medien Gruppe mit der "Mittellandzeitung" und "Tele M1", die erstens nur in zwei Teilmärkten und zweitens nur in einem Teilgebiet des räumlich relevanten Marktes als Konkurrentin auftreten kann.

162. Ausserdem ist die Berner Zeitung in den Sub-Märkten Tageszeitungen, Pendlerzeitungen und TV bereits vor dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund klar marktführend und in den beiden restlichen Sub-Märkten Gratisanzeiger und Radio in einer ihrem bisher jeweils stärksten Konkurrenten ebenbürtigen Position. Mit dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund verbleibt keine von der Espace Media Groupe unabhängige regionale Tageszeitung mehr, die über halbwegs befriedigende Reichweiten verfügt, sofern sich die Berner Zeitung an 20 Minuten beteiligen kann. Wird der Espace Media Groupe nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund weiterhin der Zuschlag für den Verlag des "Anzeiger Region Bern" erteilt, verfügen die Parteien auch über die wichtigsten Gratiszeitungen.

163. Hinsichtlich Lokalradios beschränkt sich eine disziplinierende Wirkung praktisch auf Radio "BE1", dessen Eigentümer für die Zukunft noch nicht feststeht (vgl. Ziff. 117 hievor). Der Lokalradiosender "ExtraBern" (mit gleichem Sendegebiet wie BE1) wird von Espace kontrolliert. Der Marktanteil im Grossraum Bern beträgt zirka 28%. Als weiterer Konkurrent verbleibt "Radio 32", das jedoch über ein Sendegebiet verfügt, das praktisch nur das WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 (Solothurn) umfasst. Der grösste Teil des räumlich relevanten Marktes ist mit "Radio 32" nicht zu erreichen. Als weiterer Konkurrent wird von den Parteien "Radio Berner Oberland" angeführt: Erstens verfügt das Radio über einen kleinen Marktanteil, zweitens ist auch Radio "BeO" auf das Wirtschaftsgebiet Berner Oberland ausgerichtet.

164. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 geltend, dass der Substitutionsdruck alternativer Werbeträger unterschätzt werde: Das Sekretariat anerkenne bei Rubrikanzeigen eine gewisse disziplinierende Wirkung, qualifiziere dieselbe unter dem Strich jedoch als unzureichend. Tatsache sei, dass die Rubrikanzeigen ins Internet verschwinden würden: Diese Abwanderungstendenz wird von der Wettbewerbskommission nicht bestritten. Sie vermag jedoch keine erhebliche Disziplinierung zu bewirken, da dieser Markt bereits durch die Parteien besetzt ist, da Espace Media Groupe mit espace.ch den grössten online-Rubrikenmarkt im Mittelland anbietet (vgl. Geschäftsbericht Espace Media Groupe 2001). In der Zwischenzeit konnte

die Espace Media Groupe auch im Raum Solothurn ein führendes Internetangebot aufbauen durch Kooperation mit solothurn.ch (vgl. Geschäftsbericht Espace Media Groupe 2002). Dem Geschäftsbericht 2002 ist weiter zu entnehmen, dass espace.ch gemäss den Internetpanel von Nielsen//NetRatings im Oktober 2002 das erfolgreichste regionale Medienportal der Deutschschweiz ist und nur von den nationalen Titeln wie tagesanzeiger.ch oder nzz.ch übertroffen wird. Durch den Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund kommt es zusätzlich zu einem Konzentrationsprozess, indem auch der Bund mit www.ebund.ch ein Internetportal betreibt.

165. Die Berner Zeitung verfügt somit als einzige Anbieterin über ein Portfolio von Werbeträgern. Die Titel beziehungsweise die elektronischen Medien der Berner Zeitung würden insbesondere im Fall der Genehmigung des Zusammenschlusses NZZ-Espace-Bund zu unverzichtbaren Werbeträgern speziell im Berner Mittelland aber wahrscheinlich auch im Verteilgebiet von 20 Minuten als Ganzes.

166. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens befürchtete das Sekretariat aufgrund obenstehender Tatsachen, dass es der Berner Zeitung auf dem Regionalmarkt Bern möglich sein könnte, ihr Portfeuille an Werbeträgern gezielt und mit einer beachtlichen Hebelwirkung mittels zum Beispiel rabattierter Bündelung von entsprechenden Angeboten zulasten ihrer verbleibenden Konkurrenten einzusetzen.

167. Die Abklärungen des Sekretariats haben indes ergeben, dass das Bündelungspotenzial verschiedener Werbeträger innerhalb eines Portfeuilles im Rahmen der vorläufigen Prüfung überschätzt wurde. Im Bereich der kommerziellen Werbung stellen nach Angaben der Werbewirtschaft gezielt gebündelte und mit Rabatten versehene Angebote eine Ausnahmeerscheinung dar. In den meisten Fällen, in denen eine Werbekampagne (i.S. eines Mediamix) gezielt "aus einer Hand" zusammengestellt werden, geschieht dies auf expliziten Wunsch und mittels Kontaktnahme durch den Kunden. Es handelt sich um zeitlich begrenzte Sonderaktionen und nicht strategisch langfristig ausgelegte Kampagnen mit entsprechend grossen Budgets. Insbesondere haben die Gespräche mit den Medienagenturen verdeutlicht, dass die Kundenbedürfnisse (bzw. die Eigenschaften der zu bewerbenden Produkte oder Dienstleistungen sowie die zur Verfügung stehenden Werbeetats) derart individuell ausfallen, dass es sich seitens der Medienhäuser im "Cross-Media"-Bereich gar nicht rechnen würde, standardisierte Angebotsbündel zu unterhalten, welche die vom Sekretariat befürchteten Auswirkungen auf das regionale Werbegeschehen entfalten könnten. Die Bündelung findet mit anderen Worten kaum auf Verlegerseite statt sondern höchstens auf Seite der Nachfrager, denn die Werbekampagnen sind im Allgemeinen zu heterogen, als dass sich standardisierte Angebotsbündel für die Verleger lohnen würden.

168. Die Gespräche mit den Vertretern der Medienbranche haben zwar gezeigt, dass der Wettbewerbsdruck, der von alternativen Werbeträgern (also solchen, die als "schlechtere Substitute" nicht dem hier eng abgegrenzten sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind; insbesondere: Plakat, Direct Mail, Internet) ausgeht, grundsätzlich nicht unterschätzt werden darf. Auch wenn in einer spezifischen Kampagne das Plakat zum Beispiel ein schlechtes Substitut zum "Tages-Anzeiger" darstellen mag, kann im nächsten Fall (anderes Produkt bzw. andere Zielgruppe) genau das Gegenteil der Fall sein. Aus diesem Grund kann davon ausgegangen werden, dass eine Art "Grundaustauschbarkeit" der einzelnen Werbeträger besteht, welche über alle Fälle hinweg für Wettbewerbsdruck sorgt, auch wenn die Austauschbarkeiten je nach Werbekampagne (detailliert betrachtet) ganz unterschiedlich auszufallen vermögen. Bezogen auf den Markt Bern hat das Verfügen der Parteien über ein dermassen komplettes Bündel von Werbeträgern folgende Auswirkungen: Während an dieser Stelle normalerweise geprüft würde, welche Werbeträger (die nicht zum sachlich relevanten Markt gehören, aber trotzdem bis zu einem gewissen Grad Substitute darstellen können) auf eine starke Stellung der beteiligten Parteien im sachlich und räumlich relevanten Markt disziplinierende Wirkung entfalten würden und somit den eventuell hohen Marktanteil relativieren würden, ist im vorliegenden Fall das Gegenteil der Fall. Der hohe Marktanteil wird verstärkt.

169. Die normalerweise vorhandene Vielfalt disziplinierender Werbeträger ist im vorliegenden Fall auf Aussenwerbung und Direct Mail reduziert. Inwieweit diese Werbeträger das Verhalten der beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss zu disziplinieren vermögen, wurde im Rahmen der vertieften Prüfung abgeklärt. Was Direct Mail betrifft, ist Folgendes anzumerken: Bei der unadressierten Direktwerbung ist die Reichweite besonders im Berner Mittelland beschränkt: 38,4% der Haushalte verfügen über einen so genannten "Werbestopp-Kleber" und sind somit für unadressierte Werbung unzugänglich. Im Berner Oberland sind es 32,1% aller Haushalte, im Seeland 34,1% und in der Region Solothurn 30,3%. Im Sinne einer dynamischen Betrachtung ist zudem anzufügen, dass die Anzahl Haushalte, die unadressierte Werbung verweigern, stetig zunimmt. Eine Trendwende ist nicht zu erwarten. 1996 betrug der Anteil dieser Haushalte erst knapp 30%, während er im Jahr 2003 über 40% betrug. Besonders hoch ist der Anteil dieser Haushalte in der für die Werber wirtschaftlich interessantesten Agglomeration Bern. In der Agglomeration verweigern 47,9% der Haushalte unadressierte Werbesendungen, in der Stadt 59% (vgl. Media Trend Journal Nr. 11, 2003, S. 38 ff.). Damit entfaltet die unadressierte Direktwerbung keine genügende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der am Zusammenschluss beteiligten Parteien. Die adressierte Direktwerbung umgeht das Problem der Annahmeverweigerung, allerdings sind die Kosten für adressierte Werbesendungen hoch.

Dadurch, dass diese Art Werbung mit hohen Kosten verbunden ist, schränkt sie die Preissetzungsspielräume der am Zusammenschluss beteiligten Parteien kaum ein.

170. Hinsichtlich Aussenwerbung ist festzuhalten, dass durchaus eine gewisse Substitutionsbeziehung besteht, allerdings ist das Plakat in Übereinstimmung mit der bisherigen konstanten Praxis der Wettbewerbskommission als entferntes Substitut zum Zeitungsinserat zu qualifizieren. Die Produkte zweier Presseunternehmen sind aus Sicht des Werbeauftraggebers viel besser austauschbar als die Produkte zum Beispiel eines Presseunternehmers und eines Anbieters von Plakatwerbung (vgl. J.C. Decaux/Affichage in RPW 2001/2, S. 318 f.)

171. Dies widerspiegelt auch die vom Sekretariat durchgeführte Umfrage bei Werbetreibenden. Die Ergebnisse der Umfrage zeigen, dass die Mehrheit der Befragten bei einer markanten Erhöhung der Preise nicht auf einen anderen Werbeträger ausweicht. Die Anzahl derjenigen Werbetreibenden, die den eingesetzten Frankenbetrag verringern würden, wird durch die Anzahl derjenigen, die den Betrag erhöhen würden, aufgewogen. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien würden deshalb bei einer Preiserhöhung einnahmeseitig keinen Nachteil erzielen. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 vor, sie hätten anhand von zehn Beispielen exemplarisch dokumentiert, dass Kampagnen für kommerzielle Werbung zumindest grösstenteils durch Plakat und Direct Mailing substituiert werden können, und das Sekretariat habe sich mit dieser Studie nicht auseinandergesetzt. Hiezu hält die Wettbewerbskommission fest, dass das Sekretariat zwei Umfragen bei weit über zehn Werbeauftraggebern durchgeführt hat. Da jedoch die Umfragen des Sekretariates umfangreicher und damit auch repräsentativer ausgefallen sind als diejenige der Parteien, kommt es keiner Rechtsverweigerung gleich, wenn die Wettbewerbskommission auf die Umfrage des Sekretariats abstützt. Zudem ergaben die eingereichten Beispiele aus der Umfrage der Parteien kein eindeutig anderes Bild als die Umfragen des Sekretariats: Nur gerade ein Unternehmen der sieben beigelegten Beispiele (betreffend den Grossraum Bern) würde bei einer 10%-Erhöhung der Inseratepreise (n.B. der Berner Zeitung) den dafür verwendeten Frankenbetrag reduzieren und mit erster Priorität auf Aussenwerbung oder Direktwerbung ausweichen. In "20 Minuten" würde auch dieses Unternehmen jedoch mit gleichem Frankenbetrag weiter inserieren.

172. Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, dass von der Direkt- und Aussenwerbung kaum disziplinierende Wirkung ausgeht. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die am Zusammenschluss beteiligten Parteien bei den übrigen Werbeträgern über eine führende Marktstellung verfügen.

173. Die Parteien machen schliesslich geltend, dass der nationale Werbemarkt den regionalen zu disziplinieren vermöge, weil keine unter-

schiedlichen Tarife für nationale und regionale Werbung bestünden. Diesem Argument ist zu entgegnen, dass national erwünschte Werbewirkungen mittels Belegung grosser, überregionaler Tages- und Wochenzeitungen und unter Nutzung der durch die jeweils zur Verfügung stehenden Werbepools ermöglichten Inseratekombinationen erzielt werden (vgl. RPW 1997/2, S. 193, Rz. 93, "Publicitas - Gasser – Tschudi Druck"). Die Pooltarife unterscheiden sich jedoch von den Tarifen für die Einzelbelegung einer Zeitung, insofern ist fraglich, inwiefern überhaupt gestützt auf die Argumentation der Parteien disziplinierende Wirkung vom nationalen Werbemarkt ausgehen kann. Dies anerkennen die Parteien in ihrer Stellungnahme vom 9. Dezember 2003 gleich selbst. Darin kündigen sie an: "... die Espace Media Groupe wird - um fortan zwei Redaktionen finanzieren zu können - ihre Werbepreise nicht unerheblich anheben müssen ...".

Potenzielle Konkurrenz

174. Die Parteien machen geltend, dass die Möglichkeit regionaler Werbesplits einen intensiven potenziellen Wettbewerb gewährleisten. Sie räumen allerdings ein, dass es eher unwahrscheinlich ist, dass sich in den nächsten zwei bis drei Jahren im Verteilgebiet von "20 Minuten" neue Printangebote etablieren werden. Dabei verweisen die Parteien auf Ringier mit dem Titel "Blick". Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurde Ringier dazu befragt. Ringier teilte dem Sekretariat mit, dass weder eine Regionalisierung des "Blick" noch des "SonntagsBlick" geplant sei, und zwar weder redaktionell noch anzeigenmässig. Ohne redaktionelle Begleitung würde ein regionaler Inseratesplit nach Auffassung von Ringier keinen Sinn machen. In einer erneuten Befragung im Rahmen der vertieften Prüfung hat Ringier die bisher gemachten Angaben bestätigt und darauf verwiesen, dass das Anzeigenpotenzial im Berner Markt für ein weiteres Produkt nicht vorhanden sei und der Berner Markt besetzt sei. Selbst eine 10%-Erhöhung der Anzeigenpreise würde an der Einschätzung von Ringier nichts ändern.

175. Die Parteien rügen in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004, dass eine Befragung derjenigen Verlage, die über die notwendige Grösse verfügen, um einen Werbesplit in Bern überhaupt lancieren zu können, ungenügend gewesen sei. Das Sekretariat habe die "Modellrechnung" der Parteien totgeschwiegen, die im Widerspruch zu den nach Auffassung der Parteien unglaubwürdigen Aussagen von Ringier stehe und die Aussagen von Ringier durch Herrn Kall, Vorsitzender der Konzernleitung von Tamedia, überprüfen lassen müssen. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Die Parteien wurden aufgefordert, eine Liste aller Werbesplits einzureichen, die in den letzten zehn Jahren in der Schweiz lanciert wurden. Die Parteien waren nicht in der Lage, Beispiele für Werbesplits in der Schweiz zu nennen. Die zur Stellungnahme vom 12. Januar 2004 eingereichte Liste enthält ausschliesslich Re-

gionalausgaben von Zeitungen. Die Parteien selber führen jedoch in der Ergänzung ihrer Meldung aus, dass es eher unwahrscheinlich sei, dass sich in den nächsten zwei bis drei Jahren im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" neue Printangebote etablieren werden. Darunter fallen auch Regionalausgaben von Zeitungen. Was die reinen Werbesplits betrifft, haben diese in der Schweiz im Gegensatz zum Ausland, und speziell zu den Ländern in Osteuropa, keine Tradition. Die Ausführungen der befragten Verlage sind deshalb für die Wettbewerbskommission überzeugend.

176. Die von den Parteien eingereichte "Modellrechnung" vermag die oben gemachten Ausführungen zur potenziellen Konkurrenz und die Angaben von Ringier und der anderen Verlage nicht zu entkräften: Die "Modellrechnung" besteht in einer Angabe von Kosten für die Lancierung eines Werbesplits durch Ringier von CHF 1,5 Mio. und von "kurzfristigen Mehreinnahmen" von CHF 1-2 Mio. Diese Grobschätzung wird nicht weiter substantiiert. Sie ist deshalb nicht nachvollziehbar oder gar überprüfbar. Im Hinblick auf die anderen Aussagen und Erfahrungen der Beteiligten vermag die Hypothese der Parteien daher die Behauptung nicht zu stützen, dass sich ein Werbesplit Bern für den Blick lohnen würde, wenn die Berner Zeitung oder 20 Minuten versuchen sollten, ihre regionalen Werbepreise zu erhöhen.

177. Die Tatsache, dass Ringier vor zirka zehn Jahren in Basel eine Regionalausgabe lanciert hat und damit nach Angabe der Parteien über CHF 10 Mio. Verlust erlitten hat und gleichzeitig in Osteuropa Gewinn bringende Projekte realisiert hat, sowie der Umstand, dass kein anderer Verlag Werbesplits in der Schweiz lanciert hat, zeigt, dass die Situation in der Schweiz mit derjenigen im Ausland nicht zu vergleichen ist. Der Beweisantrag auf ein Hearing mit Herrn Kall erübrigt sich aufgrund der vorstehenden Ausführungen. Die Wettbewerbskommission erachtet die rechtserheblichen tatsächlichen Rechtsgrundlagen im Hinblick auf die Lancierung eines Werbesplits als schlüssig.

178. Die potenzielle Konkurrenz ist aus diesen Gründen und aufgrund der derzeitigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Zeitungsverlage, die einen Markteintritt unattraktiv machen, als gering einzustufen.

B.5 Zwischenergebnis

179. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten hat ergeben, dass der Zusammenschluss in Bezug auf die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten auf dem Leser- und Werbemarkt im räumlich relevanten Markt Bern eine marktbeherrschende Stellung begründet beziehungsweise verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG).

B.6 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem nationalen Werbemarkt?

180. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b KG lässt die Wettbewerbskommission ein Zusammenschlussvorhaben zu, wenn sich durch den geplanten Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt ergibt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 eine solche überwiegende Verbesserung mit folgender Begründung geltend: Der schweizerische Medienmarkt sei in der Westschweiz durch Edipresse dominiert, in der Deutschschweiz durch die Züricher Grossverlage und bereits in St. Gallen und in Luzern seien die regionalen Verlage in Züricher Medienhäuser integriert worden. Deshalb sei es erwünscht, dass sich in Bern ein eigenständiger Verlag behaupten könne.

181. Mit dieser Argumentation verkennen die Parteien, dass sich die Situation in Bern von derjenigen in Zürich und der Westschweiz deutlich unterscheiden würde, wenn sich die Berner Zeitung mit 20 Minuten zusammenschliesse: Im Grossraum Zürich stehen verschiedene Verlage neben Tamedia mit der "NZZ" und den vier starken Regionalzeitungen "Zürcher Unterländer", "Zürcher Oberländer", "Zürichsee Zeitung" und "Landbote" im Wettbewerb. Der Tages-Anzeiger als reichweitenstärkste Zeitung verfügt denn im Raum Zürich über eine relativ schwache Reichweite von 36,5%. In der Westschweiz übt der Verlag "Hersant" mit "La Côte", "L'Express" und "L'Impartial" auf Edipresse nicht nur als aktueller sondern auch als starker potenzieller Konkurrent disziplinierende Wirkung aus (Edipresse/Corbaz, RPW 2003/1, S. 177 ff.).

182. Demgegenüber gibt es in Bern nach vollzogenem Zusammenschluss von Espace Media Groupe und Bund Verlag AG ausser "20 Minuten" keine andere, von der Espace Media Groupe unabhängige Regionalzeitung mehr, welche im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" eine befriedigende Reichweite erzielt, was die Parteien anerkennen (vgl. u.a. Ziff. 143 hievor). Zugleich besteht kein potenzieller Konkurrent, der die Espace Media Groupe zu disziplinieren vermag.

183. Zudem zeigt die Situation in der Region Zürich, wo Tamedia über eine relativ schwache Reichweite verfügt und angesichts ihrer Wettbewerber im Raum Zürich für nationale Kampagnen nicht unumgänglich sein dürfte, dass die Behauptung der Parteien in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004, wonach eine Regionalzeitung unentbehrlich sein muss, um auf dem nationalen Markt zu bestehen, nicht stichhaltig ist.

184. Eine nationale Werbekampagne bedingt die Abdeckung mindestens aller grösseren städtischen Zentren: Im Gegensatz zur Region Zürich, wo mehrere Verlage miteinander im Wettbewerb stehen, ist Espace Media Groupe für die Abdeckung der Region Bern unumgäng-

lich, sofern kein Wettbewerbsdruck durch 20 Minuten verbleibt. Die Argumentation der Parteien, wonach ohne Genehmigung des Zusammenschlusses die Zürcher Verlage zulasten der Espace Media Groupe gestärkt werden, so dass Bern zwischen den "Zentren Edipresse und Zürich" (Stellungnahme vom 12. Januar 2004) aufgerieben werde, ist deshalb nicht stichhaltig. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem nationalen Werbemarkt, die die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt, würde durch den geplanten Zusammenschluss aufgrund des Gesagten nicht erreicht.

185. In diesem Zusammenhang haben die Parteien in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 geltend gemacht, dass die Wettbewerbskommission die Medienmärkte nicht nach dem üblichen Raster hätte beurteilen dürfen, da diese in verschiedener Hinsicht sehr atypisch seien. Dazu ist zu bemerken, dass die Wettbewerbskommission seit der ersten Prüfung eines Medienzusammenschlusses nach Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes im Fall Publicitas-Gasser-Tschudi Druck 1997 in konstanter Praxis zahlreiche Zeitungsfusionen nach demselben Prüfungsprogramm beurteilt hat. Das übliche, nota bene durch das Kartellgesetz vorgegebene Prüfungsprogramm hat sich bewährt und gab bisher zu keiner substanziellen Kritik Anlass, auch nicht von den bereits mehrmals in solchen Prüfungen involvierten Parteien. Das Argument wurde denn auch erst nach Genehmigung der Übernahme von 20 Minuten durch Tamedia von den Parteien vorgebracht. Auf die einzelnen von den Parteien auf Seite 3 ff. zur Begründung ihrer Kritik angeführten Besonderheiten der Medienmärkte wird nachfolgend eingegangen:

1. Die Tatsache, dass die Regionalzeitungen ein rückläufiger Markt sind, vermag am Prüfungsraster der Zusammenschlusskontrolle nichts zu ändern. Dieser Tatsache wurde in der vorliegenden Verfügung unter dem Titel "Abwanderung zu anderen Informationsträgern" in Ziffer 108 ff. ausreichend Rechnung getragen.

2. Die Parteien behaupten, dass es in der Schweiz - ausser in Zürich - pro Region nur für eine Tageszeitung Platz habe. Zur Begründung verweisen sie auf das Schicksal des "Bund". Es ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht stichhaltig, vom Beispiel des "Bund" generell auf ein natürliches Monopol zu schliessen, umso weniger als die Parteien auch nach dem Zusammenschluss Espace-Bund an der Weiterführung der beiden Titel festhalten wollen.

3. Dass der Zwang besteht, dass eine Regionalzeitung unentbehrlich sein muss, um auf dem nationalen Markt bestehen zu können, wird durch die Situation in Zürich,

wo mehrere Zeitungen miteinander im Wettbewerb stehen, widerlegt (vgl. Ziff. 183 hievor).

4. Schliesslich machen die Parteien geltend, mit dem Aufkommen neuer Medien würden die Regionalzeitungen auf den Werbemärkten Marktanteile verlieren. Dies ist keine Besonderheit von Medienmärkten, sondern die grundsätzlich für alle Märkte zutreffende Aussage, dass Marktteilnehmer durch die Markteinführung von Substituten diszipliniert werden können. Gemäss den Parteien sei die Partizipation an diesen neuen Medien notwendig, um die Redaktion einer Regionalzeitung zu finanzieren und die Infrastruktur auszulasten. Wie die Parteien selbst einräumen, ist die Saldomethode nach dem geltenden Kartellgesetz nicht mehr anwendbar, so dass dieses Argument von der Wettbewerbskommission nicht gehört werden kann.

186. Keines dieser angeführten Argumente ist deshalb ein Grund, von dem in konstanter Praxis entwickelten Prüfungsraster bei der Prüfung von Medienzusammenschlüssen abzuweichen.

B.7 Schlussfolgerungen

187. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten hat ergeben, dass der Zusammenschluss in Bezug auf die Beteiligung der Berner Zeitung an 20 Minuten auf dem Leser- und Werbemarkt im räumlich relevanten Markt Bern eine marktbeherrschende Stellung begründet beziehungsweise verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG). Zugleich ergibt sich durch den Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

B.7 Bedingungen und Auflagen

B.7.1 Zusagen der Parteien

188. Damit der Zusammenschluss zugelassen werden kann, haben die Parteien in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2004 zugesagt, sich fortan nicht länger um die Konzession für die Herausgabe des "Anzeiger Region Bern" zu bewerben, wobei die Ausführung eines reinen Druckauftrages vorbehalten bliebe.

B.7.2 Beurteilung der Zusagen der Parteien

189. Diese Zusage ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht geeignet, die Bedenken gegen die Beteiligung der Berner Zeitung am geplanten Zusammenschluss zu beseitigen: Der "Anzeiger Region Bern" ist nur auf dem regionalen *Werbemarkt* ein Substitut zu den Printerzeugnissen der am Zusammenschluss beteiligten Parteien.

Zudem ist der "Anzeiger Region Bern" ein entfernteres und damit schlechteres Substitut zur "Berner Zeitung" und dem "Bund" als "20 Minuten": Der "Anzeiger Region Bern" verfügt über ein viel kleineres Verteilgebiet als die Printerzeugnisse der am Zusammenschluss beteiligten Parteien. Weiter verfügt er über praktisch keine redaktionelle Leistung. Auf dem *Lesermarkt* verfügt der "Anzeiger Region Bern" über keinerlei disziplinierende Wirkung, weshalb mangels anderer Zusagen der Parteien nur eine Untersagung des geplanten Zusammenschlusses in Betracht kommt. Demgegenüber verbleibt ohne den geplanten Zusammenschluss mit "20 Minuten" das einzige Konkurrenzprodukt auf dem Lesermarkt, das ein nahes Substitut zur "Berner Zeitung" und dem "Bund" bildet (vgl. zusammenfassend Ziff. 131 hievor).

C. Kosten

190. Gestützt auf die KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat (Artikel 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher sind im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, die Verfügungsadressaten, anzusehen.

191. Nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c KG-Gebührenverordnung entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorprüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben hat. Dies war im vorliegenden Verfahren nicht der Fall, so dass von der Gebührenpflicht der beteiligten Unternehmen auszugehen ist.

192. Gemäss Artikel 4 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 130.- gilt. Der Zeitaufwand für die Bearbeitung des Zusammenschlussvorhabens belief sich auf insgesamt [...] Stunden. Daraus ergibt sich eine Gebühr von CHF [...], zuzüglich einer Pauschale von CHF [...] gemäss Artikel 5 KG-Gebührenverordnung für Porti, Telefon und Kopien. Die Kosten belaufen sich damit insgesamt auf CHF [...]. Davon abzuziehen sind die von den Parteien bereits bezahlten Kosten von CHF [...] zuzüglich CHF [...] für Porti, Telefon und Kopien, ausmachend CHF [...]. Die Restanz beläuft sich demnach auf gerundet CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Berner Zeitung AG wird die Beteiligung an der Express Zeitung AG beziehungsweise 20 Minuten (Schweiz) AG untersagt; Der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen Tamedia AG und der Berner Zeitung AG darf somit nicht vollzogen werden.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 51 und 55 KG belegt werden.

3. [Kosten]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

B 2.3	**5. Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG**

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 vom 15. September 2003 betreffend die teilweise genehmigung des Zusammenschlusses

A. Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 24. April 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die (unvollständige) Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingegangen, wonach die Express Zeitung AG, handelnd als Gemeinschaftsunternehmen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG, die Kontrolle über 20 Minuten (Schweiz) AG erwerben soll. Die Meldung wurde mit Ergänzung vom 6. Mai 2003 vervollständigt.

2. Der Kontrollerwerb über 20 Minuten erfolgt durch folgende zwei Schritte:

a. Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter gleichzeitigem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages mit Tamedia, so dass die Unternehmen für wichtige Entscheidungen der Express Zeitung AG Übereinstimmung erzielen müssen.

b. Kontrollerwerb der Express Zeitung AG über die 20 Minuten (Schweiz) AG.

3. Aufgrund der Tatsache, dass diese beiden juristischen Schritte eine wirtschaftliche Einheit darstellen, kamen die Parteien mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) überein, dass im vorliegenden Fall nur eine Meldung durch Tamedia AG und Berner Zeitung AG zu verfassen sei.

4. 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 des "Tages-

Anzeiger", der "SonntagsZeitung", der Zeitschrift "Facts", der Zeitschrift "Schweizer Familie" und der "Finanz und Wirtschaft".

5. Die Tamedia ist zudem unter anderem Alleinaktionärin der Radio 24 AG und Telezüri AG sowie Radio Basilisk Betriebs AG und hält Beteiligungen an verschiedenen Internetplattformen über die Partner Winner AG.

6. Die **Berner Zeitung AG** (nachfolgend: Berner Zeitung) bezweckt das Verlagsgeschäft in all seinen Formen und ist namentlich Herausgeberin der "Berner Zeitung". Sie ist Konzerntochter der Espace Media Groupe, welche unter anderem die Splitausgaben der Berner Zeitung "Thuner Tagblatt", "Berner Oberländer" und "Solothurner Tagblatt" verlegt und mit 97,9% an der Berner Bär Verlags AG beteiligt ist. Sie hält zudem unter anderem Beteiligungen an der TeleBärn AG (81,1%) und an Radio ExtraBern AG (79,9%).

7. Die **20 Minuten (Schweiz) AG** (nachfolgend: 20 Minuten) bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Medienerzeugnissen sowie die Informationsvermittlung und Kommunikation auf allen Stufen und ist Herausgeberin der Pendlerzeitung "20 Minuten".

A.2 Das Verfahren

8. Am 5. Juni 2003 hat die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Artikel 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) zu unterziehen.

9. Im Laufe der Prüfung wurde eine Umfrage (bestehend aus qualitativen Fragen einerseits und einer quantitativen Erhebung zwecks empirischer Analyse von Substituierbarkeiten andererseits) an eine Vielzahl von Verlagen, Radiosendern, Privatfernseh-Gesellschaften und Kino-Betreibern gerichtet und später qualitativ und quantitativ ausgewertet.

10. Gleichzeitig fanden Gespräche/Interviews mit diversen Werbeauftraggebern sowie Werbe- und Mediaagenturen statt, deren Zweck in der Erhellung werbetechnischer Faktoren (insbesondere das Auswahlprozedere bei der Belegung von Werbeträgern; Titelwahl bei Presseerzeugnissen etc.) und der Auslotung allfälliger Bedenken der Werbebranche bezüglich des Zusammenschlussvorhabens dienten.

11. Am 5. August 2003 ist beim Sekretariat der Entwurf einer Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingegangen, wonach die Espace Media Groupe (Konzernmutter der Berner Zeitung AG) von der Freie Presse Holding AG (Tochtergesellschaft der AG für die Neue Zürcher Zeitung [NZZ]) eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG erwirbt.

12. Am 18. August 2003 hat die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission entschieden, dass die Beteiligung der Espace Media Groupe an der Bund Verlag AG in ihrer Wirkung auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine wesentliche Änderung der Verhältnisse im Sinne von Artikel 21 VKU darstellt und hat gestützt darauf am 25. August 2003 eine Zwischenverfügung erlassen, wonach die Frist zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens ab dem Zeitpunkt der Ergänzung der Meldung um die Tatsache des Zusammenschlussvorhabens Espace Media Groupe - Bund Verlag AG neu zu laufen beginnt.

13. Am 1. September 2003 hat die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission entschieden, die Frage der teilweisen Genehmigung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens der Kommission vorzulegen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

14. 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 KG).

B.1.1 Unternehmen

15. 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

16. Die Express Zeitung AG (nachfolgend: Express Zeitung), handelnd als Gemeinschaftsunternehmen der Tamedia und der Berner Zeitung soll die Kontrolle über 20 Minuten erwerben.

17. Der Kontrollerwerb über 20 Minuten erfolgt durch folgende zwei Schritte:

a. Beteiligung der Berner Zeitung an der Express Zeitung unter gleichzeitigem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages mit Tamedia, so dass die Unternehmen für wichtige Entscheidungen der Express Zeitung Übereinstimmung erzielen müssen

b. Kontrollerwerb der Express Zeitung über 20 Minuten.

18. Die Berner Zeitung beteiligt sich in einem ersten Schritt mit dem Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen Tamedia und Berner Zeitung (nachfolgend: Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag Tamedia/Berner Zeitung vom 21.3.2003) mit 17,5% an der Express Zeitung, einer bis dahin 100%-igen Tochterge-

sellschaft der Tamedia. Der Aktionärbindungsvertrag macht eine Mehrheit von ¾ aller Stimmen für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat über folgende Gegenstände erforderlich:

- Beschlussfassung über die Eintragung der Eigentümer und Nutzniesser von Namenaktien im Aktienbuch
- Genehmigung des Jahresbudgets
- Aufnahme von Krediten sofern CHF 1 Mio. übersteigend
- Herausgabe zusätzlicher Regionalausgaben neben Basel, Bern und Zürich
- Änderungen des Organisationsreglements

19. Da beide Parteien Anspruch auf Bestimmung von zwei Verwaltungsratsmitgliedern haben und Tamedia den Präsidenten stellt, werden wesentliche Entscheidungen trotz Minderheitsbeteiligung der Berner Zeitung einvernehmlich getroffen.

20. Für den zweiten Schritt, den Kontrollerwerb der Express Zeitung über 20 Minuten, sieht der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen 20 Min Holding AG und Express Zeitung AG betreffend Verkauf und Erwerb aller Aktien der 20 Minuten (Schweiz) AG (nachfolgend: Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag) vor, dass der Aktienübergang in drei Schritten erfolgen soll. In einem ersten Schritt sollen [...]% der Aktien, in einem zweiten [...]% der Aktien und in einem letzen Schritt der Rest von 20 Minuten auf die Express Zeitung übertragen werden. Sinn dieser Staffelung ist gemäss den Parteien die Beteiligung der Verkäuferin an der erhofften konjunkturellen Erholung.

21. Aufgrund der Tatsache, dass diese beiden juristischen Schritte eine wirtschaftliche Einheit darstellen, kamen die Parteien mit dem Sekretariat überein, dass im vorliegenden Fall nur eine Meldung zu verfassen sei.

22. Die Express Zeitung dient Tamedia und der Berner Zeitung als Vehikel, um im Markt für Pendlerzeitungen aktiv zu werden (vgl. Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen 20 Min Holding AG und Express Zeitung AG betreffend Verkauf und Erwerb aller Aktien der 20 Minuten (Schweiz) AG). Als meldepflichtige Unternehmen gelten daher die Tamedia und die Berner Zeitung, obwohl formal betrachtet die Express Zeitung die Kontrolle über 20 Minuten übernehmen wird. Da der Kontrollerwerb durch die Express Zeitung definitiv feststeht und die entsprechenden Parameter im Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag feststehen, ist von einem Kontrollerwerb und nicht von einem Gemeinschaftsunternehmen auszugehen, womit 20 Minuten als kontrolliertes Unternehmen nicht meldepflichtig ist (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).

23. 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. In 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.

24. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Tamedia und die Berner Zeitung über die Express Zeitung in drei Schritten 100% der Aktien von 20 Minuten erwerben. Mit dem Erwerb sämtlicher Beteiligungsrechte liegt ein Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

25. 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

26. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für die Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend.

27. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind gemäss den Ausführungen in Ziffer 16 ff. die Tamedia und die Berner Zeitung als kontrollierende Unternehmen und 20 Minuten als kontrolliertes Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

28. Die Aktienkauf- und Aktionärbindungsverträge als Verpflichtungsgeschäfte für das Zusammenschlussvorhaben datieren vom 21. März 2003. Demnach sind die Umsätze des Geschäftsjahres 2002 massgebend (Art. 9 Abs. 1 KG).

29. Mangels teilweiser Verfügbarkeit der Umsatzzahlen für das Geschäftsjahr 2002 und der Anerkennung der Meldepflicht durch die Parteien wurde auf die von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Umsatzzahlen 2001/2002 abgestellt. Diese im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VKU konsolidierten Zahlen übersteigen die Aufgreifkriterien gemäss Artikel 9 KG:

> Die Tamedia erzielte im Geschäftsjahr 2001 einen Umsatz von CHF 651'563'000.- im Verlagsbereich, welcher nach Multiplikation mit dem Faktor 20 CHF 13'031'260'000.- beträgt.
>
> Die konsolidierte Erfolgsrechnung der Espace Media Groupe im Jahre 2001 ergibt einen relevanten Umsatz von CHF

160'714'000.- beziehungsweise nach Multiplikation mit Faktor 20 CHF 3'214'280'000.-.

20 Minuten hat im Geschäftsjahr 2002 einen Umsatz von CHF [...] erzielt, nach Multiplikation mit Faktor 20 CHF [...].

Kumuliert betragen die relevanten Umsätze CHF [...].

30. Die Aufgreifschwellen von Artikel 9 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

31. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den 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 und

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

32. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

33. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

34. Hiezu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Relevante Märkte

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

36. 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).

37. Sowohl die kontrollierenden als auch das kontrollierte Unternehmen sind hauptsächlich in den Bereichen Herausgabe und Vertrieb von Druckmedien tätig und bieten Werbetreibenden Raum für die Publikation von Anzeigen in den verschiedenen Titeln an. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbskommission sind bei Medienzusammenschlüs-

sen grundsätzlich Leser- und Werbemärkte sowie Druckereimärkte für den Druck von Tages- und Gratiszeitungen beziehungsweise für Akzidenzdruck zu unterscheiden (RPW 2000/3, S. 422, Rz. 33, "Berner Oberland Medien AG"; RPW 2002/2, S. 342, Rz. 12, "NZZ - LZ Medien Holding"; RPW 1997/2, S. 182, Rz. 33, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck"). Im Bereich des Zeitungs- und Akzidenzdrucks ist 20 Minuten weder als aktueller Konkurrent noch als potenzieller Konkurrent zu qualifizieren und es werden durch den Zusammenschluss auch keinen Druckunternehmen Aufträge in derartigem Ausmass entzogen, dass diese aus dem Markt ausscheiden würden, was wiederum zu einem Erliegen des Wettbewerbs in den Druckmärkten führen würde. Aus diesem Grund entfällt im vorliegenden Fall eine Marktabgrenzung für den Bereich des Zeitungs- und Akzidenzdrucks**.**

B.4.1.a Lesermärkte

Sachlich relevanter Markt

38. 20 Minuten ist Herausgeberin der Pendlerzeitung "20 Minuten". Pendlerzeitungen charakterisieren sich unter anderem dadurch, dass sie gratis in Boxen entlang des öffentlichen Verkehrsnetzes verteilt werden.

39. Es stellt sich die Frage, ob es angesichts der Tatsache, dass es sich bei "20 Minuten" um eine Gratiszeitung handelt, gerechtfertigt ist, im vorliegenden Fall einen Lesermarkt abzugrenzen. Die Frage ist umstritten. Die Wettbewerbskommission hat diese Frage in ihrer bisherigen Praxis unterschiedlich beantwortet. Im Fall "Ziegler Druck- und Verlags-AG/Zürcher Oberland Medien AG - Kiebitz Verlag und Produktion AG", RPW 2001/3, S. 569 ff.) wurde in der vorläufigen Prüfung auf eine Abgrenzung eines Lesermarktes verzichtet. Im Fall "Tamedia/Belcom" (RPW 2001/4, S. 724 f.) wurde, bezogen auf Radio, mit Verweis auf die Monopolkommission[1] argumentiert, dass die ökonomische Gegenleistung für den Programmempfang in der "Opferung" der Zeit des Empfängers für den Fernseh- (oder Radio-)konsum besteht. Die Radio- und Fernsehveranstalter konkurrieren in diesem Sinne um das "Zeitbudget" der Empfänger. Die Frage wurde in Tamedia/Belcom mit der Begründung offen gelassen, dass auf allfälligen Hörermärkten keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

40. Im vorliegenden Fall konnte dieses Argument nach der vorläufigen Prüfung nicht ins Feld geführt werden. Zudem wird eine Abgrenzung eines Lesermarktes entsprechend der Praxis der Wettbewerbskommission bereits deshalb vorgenommen, weil zwischen dem Leser-

[1] (XI. Hauptgutachten 1994/95. Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, S. 69, Tz. 240, und S. 375, Rt. 936: Zitiert in SCHMIDT [vgl. Fn. 1], S. 474).

und Anzeigenmarkt Interdependenzen bestehen, indem die Leserzahlen über den Erfolg im Werbebereich entscheiden (vgl. Tamedia/Belcom, a.a.O., S. 725). Insbesondere gilt es im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens zu beurteilen, ob "20 Minuten" im (aktuellen oder potenziellen) Wettbewerb mit den Titeln der Tamedia beziehungsweise der Berner Zeitung steht beziehungsweise gestanden hat. Für diese Beurteilung ist nicht von Belang, ob "20 Minuten" gratis abgegeben wird oder nicht (vgl. dazu auch die Studie, die im Auftrag der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission von "Europe Economics" im November 2002 erstellt wurde[2], welche sich aus ökonomischer Sicht ebenfalls für die Abgrenzung von Märkten bei Gratisinhalten ausspricht).

41. Wie bereits in Ziffer 35 hievor grundsätzlich ausgeführt wurde, ist für die nachfolgende Abgrenzung der relevanten sachlichen Lesermärkte zu prüfen, welche Medienerzeugnisse aus der Sicht der Nachfrager (Leser) von "20 Minuten" mit dieser Zeitung substituierbar sind.

42. Die Parteien sind der Auffassung, bei Pendlerzeitungen sei von einem neuen Pressesegment auszugehen, das zu anderen Presseerzeugnissen grundsätzlich komplementär beziehungsweise nur in geringem Ausmasse substituierbar sei und damit einen "Markt für sich" darstelle. Diese Auffassung wird durch die von den Parteien eingereichten Doppelleserstudien gestützt: So sind nach dieser Studie die meisten Leser von "20 Minuten" Doppelleser, sehr wenige sind Exklusivleser. Nach Angabe der Parteien sind es sogar nur junge Leute, welche vor dem Marktzutritt von "20 Minuten" keine Zeitung gelesen haben, die teilweise als Exklusivleser einzustufen seien. Immerhin bleibt anzufügen, dass nach Angabe der Parteien der "Tages-Anzeiger" an 20 Minuten zirka 11% seiner Abgänger verloren hat. Der "Tages-Anzeiger" gewann nach eigenen Angaben keine Leser von "20 Minuten", gewann aber Leser von anderen Konkurrenztiteln.

43. Die Parteien machen geltend, wenn überhaupt sei der "Blick" nächstes Substitut, da auch dieses Blatt eine weitgehend schlagzeilenartig aufgebaute Information mit relativ starker Gewichtung des Sports, ähnlich wie dies auch bei "20 Minuten" der Fall sei, vermittle. Danach wäre ein Markt für Pendler- und Boulevardzeitungen abzugrenzen. Die Parteien stellen sich weiter auf den Standpunkt, der blos-

[2] Market Definition in the Media Sector - Economic Issues - Report by Europe Economics for the European Commission, DG Competition, November 2002, Rz. 2.4.20.

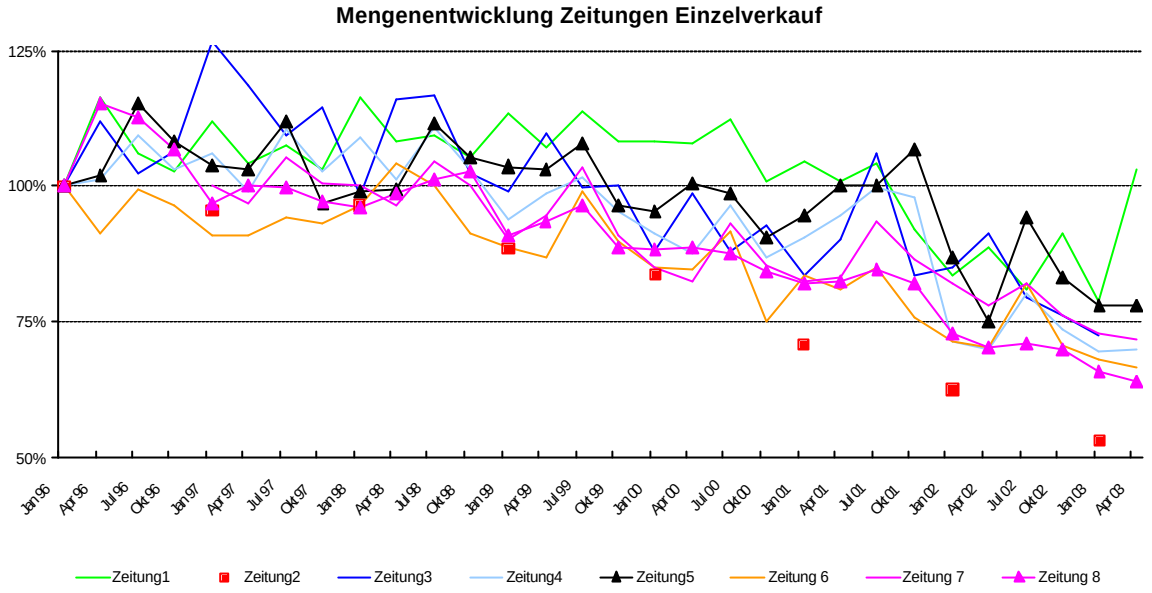
se Einbezug der typischen regionalen Tageszeitungen wäre abzulehnen, weil die Austauschbarkeit zu Pendlerzeitungen schlechter sei als bei Internet-Informationsangeboten, welche hinsichtlich Verfügbarkeit und journalistischem Konzept der Pendlerzeitung wesentlich näher kämen. Wenn die Marktabgrenzung weiter gefasst werden soll, wäre deshalb ein "Informationsmarkt" abzugrenzen, der Nachrichtenangebote schlechthin zu umfassen hätte.

44. Das Sekretariat ging nach Abschluss der vorläufigen Prüfung von der von den Parteien vorgeschlagenen Marktabgrenzung des "Pendlerzeitungsmarktes" aus, weil nach Durchführung der vorläufigen Prüfung zu wenig Anhaltspunkte dafür bestanden, einen Markt anzunehmen, der neben Presseerzeugnissen auch andere Nachrichtenangebote umfasst.

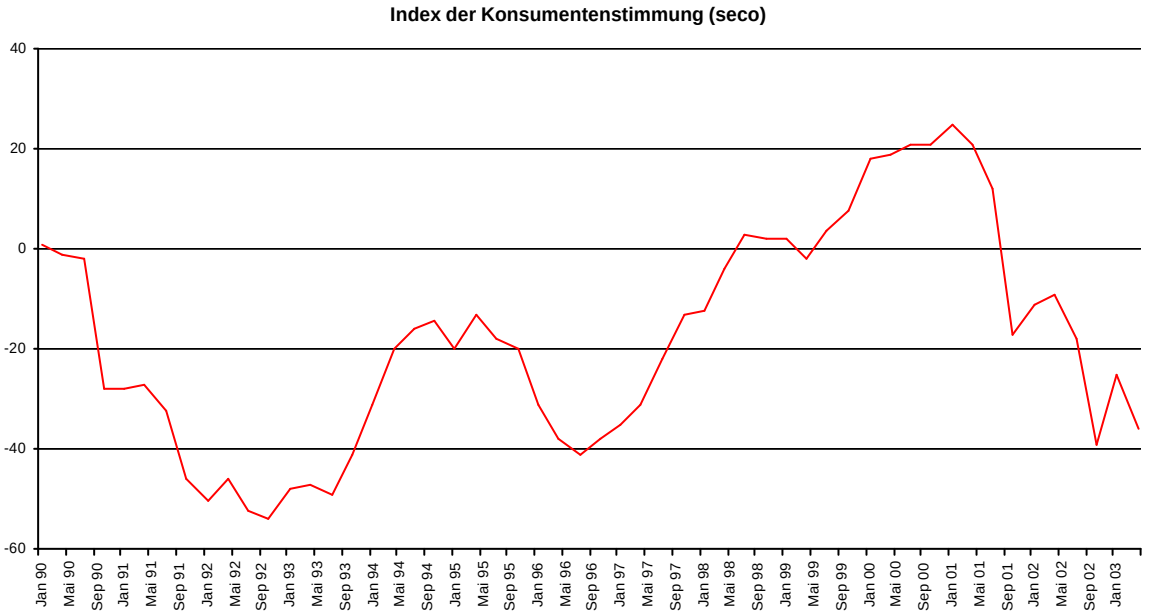
45. Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat das Sekretariat zur Überprüfung der in der vorläufigen Prüfung vorgenommen Marktabgrenzung eine empirische Prüfung durchgeführt. Verschiedene Verlagshäuser, Kinobetreiber, Radios und Fernsehgesellschaften sowie Kinobetreiber hatten anzugeben, welches der Einfluss des Markteintritts von "20 Minuten" im Jahr 2000 (bzw. von "Metropol", die jedoch 2001 wieder eingestellt wurde) leser- (bzw. hörer- und zuschauerseitig) als auch werbeseitig war. Für den Lesermarkt sollten anhand der zur Verfügung gestellten Daten Rückschlüsse auf die Substituierbarkeit von Pendlerzeitungen mit anderen Zeitungen und mit anderen Medien gezogen werden.

46. Da Pendlerzeitungen dem Konsumenten definitionsgemäss zum Preis von CHF 0.- zur Verfügung gestellt werden, sind im vorliegenden Fall die üblichen Methoden für die Bestimmung der Substituierbarkeit - wie zum Beispiel die Berechnung von Kreuzpreiselastizitäten - nicht ohne weiteres anwendbar. Ein Indiz für die Substituierbarkeit von Pendlerzeitungen mit anderen Tageszeitungen dürfte vorliegen, wenn mit der Markteinführung von "20 Minuten" im Januar 2000 ein Verdrängungsprozess zulasten der im Einzugsgebiet von "20 Minuten" ansässigen Tageszeitungen eingesetzt hätte. Die Auswertung dieser (mangels Vorhandenseins aller Daten) vorläufigen empirischen Prüfung hat folgendes Bild ergeben:

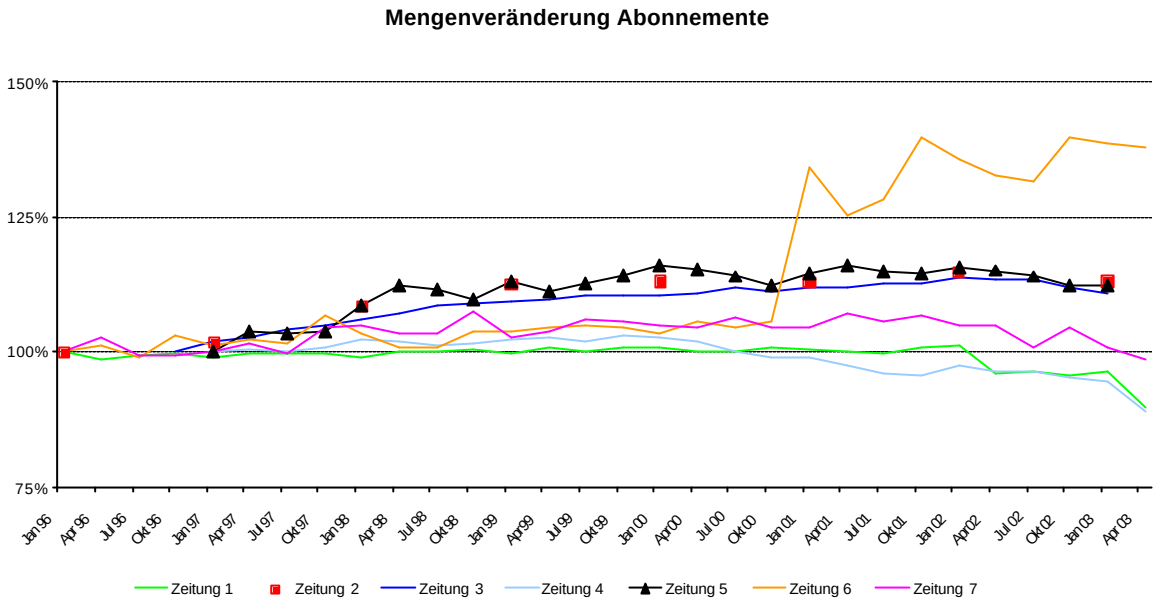
In den letzten drei Jahren ist der Einzel- beziehungsweise Kioskverkauf von Tageszeitungen in der Deutschschweiz zum Teil stark zurückgegangen (vgl. unten stehende Grafik):



47. Auch wenn ein Rückgang des Einzelverkaufs als Folge der Markteinführung von "20 Minuten" plausibel erscheint, ist die oben stehende Grafik kein Beweis für einen eindeutigen Kausalzusammenhang. Indes kann der Rückgang des Einzelverkaufs wahrscheinlich nicht mit konjunkturellen Einflüssen erklärt werden, da der Rückgang des Einzelverkaufs bei guter Konjunkturlage und optimistischer Konsumentenstimmung eingesetzt hat:



48. Viel bedeutender als der Einzelverkauf sind bei den meisten Tageszeitungen die Abonnemente. In diesem Bereich konnte seit der Markteinführung von "20 Minuten" kein negativer Trend ausgemacht werden:



49. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Substitutionswirkung von "20 Minuten" auf Abonnemente von Tageszeitungen im Laufe der Zeit zunimmt. Aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage kann davon ausgegangen werden, dass - insbesondere im Einzelverkauf - eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen "20 Minuten" und anderen Tageszeitungen besteht.

50. Das Sekretariat überprüfte ebenfalls allfällige Einflüsse des Markteintritts von "20 Minuten" auf mögliche andere Substitute: Internetseiten der Tageszeitungen, Radio- und Fernsehnachrichten. Hier konnte die - aufgrund der Datenlage rudimentäre - Analyse keinen Einfluss des Markteintritts von "20 Minuten" zu Tage fördern.

51. Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat das Sekretariat weiter ausgewählte Werbeauftraggeber und verschiedene Verlage nochmals unter anderem zur Substituierbarkeit von "20 Minuten" durch andere Presseerzeugnisse und andere Medien befragt. Die Befragung der in der Prüfung ausgewählten Werbeauftraggeber (grosse Unternehmen, die selber kommerzielle Werbung platzieren und solche, die dies über Medien- bzw. Werbeagenturen tun, sowie grössere und kleinere Agenturen in Bern und Zürich) hat auf die Frage zur Substituierbarkeit von "20 Minuten" folgendes Bild ergeben: Innerhalb des gemäss Praxis der Wettbewerbskommission auf Zeitungen beschränkten Lesermarktes bejahen die befragten Unternehmen am ehesten eine Substituierbarkeit zu überregionalen Titeln, insbesondere zum "Blick", allenfalls auch zum "Tages-Anzeiger" in Zürich oder zum "Berner Bär" in Bern. Sie sind jedoch der Auffassung, dass "20 Minuten" innerhalb der Presselandschaft ein neues, eigenständiges Produkt darstellt. Die befragten Unternehmen erachteten die Substituierbarkeit zu anderen Medien wie Jugendzeitschriften, Szeneheften oder Privat- beziehungsweise Lokalradios oder

Privatfernsehen und Internet angesichts der mit "20 Minuten" besonders stark angesprochenen Zielgruppe der jungen, mobilen Leute, die sich eher oberflächlich informieren, als ebenso gross wie die Substituierbarkeit zu den erwähnten Printtiteln. Aus diesem Grund haben einige der befragten Werbeauftraggeber auch Werbevolumen seit dem Markteintritt von "20 Minuten" von letztgenannten Medien auf "20 Minuten" verschoben. Die in der vertieften Prüfung befragten Verlage gaben ähnliche Beurteilungen ab, wie sie die empirische Prüfung ergeben hat. So sind die Verlage der Auffassung, dass der Markteintritt von "20 Minuten" Einfluss auf die Leserzahlen der Tageszeitungen im Verteilgebiet von "20 Minuten", insbesondere im Einzelverkauf, weniger bei den Abonnementen, hatte. Dabei wurden insbesondere der "Tages-Anzeiger", die "Basler Zeitung", die "Berner Zeitung", verschiedene kleinere Zeitungen im Raum Zürich aber auch "Bund", "NZZ", "Blick" und "Tagblatt Zürich" genannt.

52. In Berücksichtigung der oben erwähnten Resultate ergibt sich folgendes Bild: Der typische Zeitungsleser als Marktgegenseite der Zeitungsverlage fragt in der Regel sowohl internationale, nationale, regionale und lokale tagesaktuelle Informationen nach, somit den gesamten Inhalt einer Tageszeitung. Pendlerzeitungen charakterisieren sich durch eine schlagzeilenartige Informationsvermittlung mit weitgehendem Verzicht auf Analyse und Hintergrundberichterstattung. Pendlerzeitungen vermögen das beschriebene Informationsbedürfnis des Lesers einer herkömmlichen Tageszeitung nicht vollständig zu befriedigen. Sie werden daher grundsätzlich ergänzend zu Tageszeitungen nachgefragt. Allerdings deutet die gemachte provisorische empirische Analyse darauf hin, dass zu Boulevardzeitungen wie dem "Blick", aber auch zu anderen Tageszeitungen, besonders im Einzelverkauf wahrscheinlich Substitutionsbeziehungen bestehen. Dieses Resultat wurde auch durch befragte Verlage gestützt, die der Auffassung sind, dass der Markteintritt von "20 Minuten" Einfluss auf die Leserzahlen der Tageszeitungen im Verteilgebiet von "20 Minuten", insbesondere im Einzelverkauf, hat. Was die Abonnemente betrifft, kann es sein, dass sich allfällige Substitutionsbeziehungen erst in Zukunft zeigen könnten, da der Markteintritt von "20 Minuten" im Jahr 2000 erfolgte. Diese Ergebnisse sprechen eher gegen die Abgrenzung eines Lesermarktes für Pendlerzeitungen.

53. Dem Klein Report, dem Mediendienst der Schweizer Kommunikationsbranche, war am 8. August 2003 folgender Artikel zu entnehmen:

"USA: Gratis-Morgenzeitung für Jugendliche

Nach der "Chicago Tribune" und der "Chicago Sun-Times" geht nun auch die ehrwürdige "Washington Post" in die Offensive: Gegen sinkende Auflagen und lesefaule Jugendliche wollen die US-Zeitungen mit kostenlosen Zeitungen die Auflagen steigern. So hat die "Washington Post" diese Woche wie ihre Vorgänger in Chicago das Gratis-Blatt "Express" lanciert, wie die "Welt" schreibt. Ähnlich wie bei der Schweizer Pendlerzeitung "20 Minuten" serviert "Express" unter der Woche auf 24 Seiten schnell verdauliche Agentur-Meldungen, die nicht länger als 40 Zeilen sein dürfen. Die US-Zeitungen wollen damit nicht nur junge Leute zwischen 18 und 34 Jahren ans Zeitungslesen gewöhnen, sondern auch die Budgets der Werbetreibenden für diese Zielgruppe gewinnen. Die Rechnung könnte aufgehen, erklärte "Washington Post"-Verleger Donald Graham, da kein Geld in teure Recherchen fliesst."

54. Dieser Artikel spricht wiederum eher dafür, einen separaten Markt für Pendlerzeitungen auszuscheiden: Die Motivation dieser Zeitungen liegt einerseits in der Gewinnung eines jungen Lesersegments, das bisher keine Zeitungen las und andererseits darin, speziell auf diese Lesergruppe zugeschnittenes Anzeigenvolumen zu generieren.

55. Die Auswertung der vom Sekretariat im Rahmen der vorläufigen Prüfung eingeholten Auskünfte zeigt, dass auch die elektronischen Versionen der Tageszeitungen möglicherweise Substitute zu "20 Minuten" bilden könnten. Die vertiefte Prüfung hat dies jedoch nicht bestätigt. Andere elektronische Medien wie Radio, Fernsehen und Internet verhalten sich nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission im Wesentlichen komplementär, kaum aber substituierend zu Tageszeitungen (vgl. RPW 2003/1, S. 186, "Edipresse/Corbaz" mit Hinweisen und allgemein zur Abgrenzung der Lesermärkte RPW 2000/3, S. 427 ff., Rz. 62 ff., "Berner Oberland Medien AG", mit Hinweisen, sowie RPW 2002/2, S. 343 f., insb. Rz. 23 ff., "NZZ - LZ Medien Holding" und RPW 1997/2, S. 179 ff., Rz. 43 ff.). Die Auswertung der vom Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen der Prüfung eingeholten Auskünfte zeigt immerhin, dass elektronische Medien gegenüber "20 Minuten" erheblich nähere Substitute darstellen, als das gegenüber klassischen Printtiteln der Fall ist.

56. Wie bereits im Fall "Berner Oberland Medien AG" (RPW 2000/3, S. 429, Rz. 68) ausgeführt, ist die Marktabgrenzung jedoch bloss ein Hilfsmittel, um zusammen mit anderen Kriterien die Marktmacht eines Unternehmens abzuschätzen. Eine andere Möglichkeit wäre, auf die "Nähe" möglicher Substitute abzustellen. Inwiefern Informationsangebote anderer, nicht zum relevanten Markt gehörender Medien dis-

ziplinierende Wirkungen entfalten, wird unter der voraussichtlichen Stellung im betroffenen Markt zu prüfen sein.

57. Aus den nachfolgenden Ausführungen zur Marktstellung ergibt sich, dass durch den geplanten Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb auf den Lesermarkt beseitigt werden könnte. Deshalb kann eine definitive Marktabgrenzung auf dem Lesermarkt offen bleiben.

Räumlich relevanter Markt

58. 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).

59. Der räumlich relevante Markt erstreckt sich in der Regel auf das Erscheinungsgebiet der betreffenden Zeitungen unter Berücksichtigung der geografischen Lokalisierung der Leserschaft, welche die vermittelten Inhalte nachfragt (vgl. im Weiteren RPW 2000/3, S. 430, Rz. 74 f., "Berner Oberland Medien AG"). Der räumlich relevante Markt ist in die drei Verteilgebiete der Regionalausgaben von "20 Minuten" zu unterteilen. Diese umfassen die Agglomeration und Pendlereinzugsgebiete der Städte Bern, Zürich und Basel beziehungsweise Berner Oberland, Solothurn, Berner Seeland, Berner Mittelland, Zug, Glarus/Obersee, Aargau, Schaffhausen, Zürich, Thurgau sowie Basel.

B.4.1.b Markt für nationale Werbung

Sachlich relevanter Markt

60. Als nationale Werbung kann die Werbetätigkeit von Unternehmen verstanden werden, die gleichzeitig im gesamten Gebiet der Schweiz oder zumindest in einzelnen Sprachregionen werben (vgl. RPW 2000/3, S. 430, Rz. 74 f., "Berner Oberland Medien AG" m.w.H.). Mit nationalen Werbekampagnen soll typischerweise ein gewisser Prozentsatz der Schweizer Bevölkerung erreicht werden. Dabei wird in der Regel vor allem Wert darauf gelegt, die städtischen und kaufkräftigeren Regionen zu erreichen. Diese Werbewirkungen lassen sich zum Beispiel durch die Belegung grosser Tages- oder Wochenzeitungen wie "Tages-Anzeiger", "NZZ", "Blick", "SonntagsZeitung", "Weltwoche" etc. erzielen. Für nationale Werbung sind oft Inseratekombinationen entscheidend (sog. Zeitungspools). Je nach gewünschten geografischen Schwerpunkten, Zielpublikum und Streudichten werden von den Nachfragern von Werbekampagnen andere Pools belegt. Der "Tages-Anzeiger" und die "Berner Zeitung" nehmen am "Swisspool" teil, der mit fünf beziehungsweise sieben (inkl. welsche Zeitungen) Zeitungen aus den Agglomerationen Basel, Bern, Luzern, St. Gallen, Zürich, Lausanne und Genf eine landesweite Abdeckung ermöglicht.

61. Nationale Werbekampagnen werden zudem unter Einsatz eines so genannten "Mediamix" geführt, wobei die verschiedenen Werbeträger (Radio, TV, Aussenwerbung, Direktwerbung, Internet) je nach Art der zu bewerbenden Güter, des Zielpublikums, der Reichweite und der Kosten gewählt werden (vgl. zum Ganzen etwa RPW 2002/2, S. 314 f., insb. Rz. 14 ff., "NZZ - LZ Medien Holding"; RPW 2000/3, S. 423, Rz. 40 ff., "Berner Oberland Medien AG", mit Hinweisen sowie media TrendJournal 4-2003, S. 40 ff.).

62. Für die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt hat das Sekretariat unter anderem Fragebogen an Medienagenturen und an Werbeauftraggebende versandt, welche in "20 Minuten", in der "Berner Zeitung", im "Berner Bär", im "Zürich Express" und im "Tages-Anzeiger" inserieren.

63. Dabei wurden die Werbetreibenden unter anderem nach ihrer Reaktion befragt, falls die Insertionspreise in "20 Minuten", im "Tages-Anzeiger" und in der "Berner Zeitung" um 10% ansteigen würden. Die Werbetreibenden wurden gefragt, ob sie weiterhin in diesen Titeln inserieren würden, ob die Belegung alternativer Printmedien in Frage käme und ob sie den Einsatz alternativer Werbeträger wie Radio, TV, Internet, Aussenwerbung und Direktwerbung in Betracht ziehen würden. Dabei waren jeweils die Prioritäten der verschiedenen Möglichkeiten anzugeben. Diese Vorgehensweise ist bekannt unter dem Begriff "SSNIP"-Test ("small but significant nontransitory increase in price"-Test), der von der Wettbewerbskommission bereits in mehreren Zusammenschlussfällen im Medienbereich angewendet wurde.

64. Der SSNIP-Test erlaubt die Beurteilung der Frage, welche Produkte dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, indem untersucht wird, ob eine Preiserhöhung profitabel wäre. Ist die Substitution verschiedener Produkte und Dienstleistungen so gross, dass die Preiserhöhung einen derartigen Absatzrückgang erzeugen würde und damit nicht mehr einträglich wäre, so werden in den sachlich relevanten Markt so lange weitere Produkte einbezogen, bis kleine dauerhafte Erhöhungen der relativen Preise einen Gewinn einbrächten (vgl. RPW 2001/2, S. 246, Rz. 39, "Vertrieb von Werbematerialien", mit Hinweisen).

65. Die Auswertung der im Rahmen der vorläufigen Prüfung eingeholten Auskünfte von Werbetreibenden scheint zu bestätigen, dass andere Werbeträger nach wie vor nicht als nähere Substitute zu den Zeitungen gelten. So würden auch bei einer (dauerhaften) Erhöhung der Insertionspreise um 10% die allermeisten der befragten Unternehmen, die auswertbare Auskünfte erteilt haben, nicht auf andere Werbeträger ausweichen.

66. Die Auswertung der eingeholten Auskünfte ergab weiter, dass diejenigen Werbetreibenden, die heute in "20 Minuten" werben, bei einer relativen Preiserhöhung um 10% in der Regel weiterinserieren

würden oder auf ein anderes Presseerzeugnis, grundsätzlich aber nicht auf elektronische Medien ausweichen würden. Die anderen Werbeträger werden als mögliche Substitute in zweiter oder dritter Priorität erwähnt.

67. Für den "Tages-Anzeiger" wird in der Regel angegeben, dass er sich zwar für nationale Werbung eignet, allerdings vornehmlich als Teil des Swisspool oder sonst zusammen mit anderen Titeln. Ein ähnliches Bild ergibt sich für die "Berner Zeitung", wobei die Eignung für nationale Werbung etwas geringer eingeschätzt wird als beim "Tages-Anzeiger". Auch bei diesen beiden Titeln würden die Werbetreibenden mehrheitlich bei einer Preiserhöhung von 10% weiter inserieren, bei der "Berner Zeitung" wurde der "Bund" als bestes Substitut genannt. Andere Werbeträger wurden in der Regel nicht als annehmbare Substitute angegeben. Die Verlage bejahten eine zunehmende Abwanderung der Rubrikanzeigen in online-Plattformen.

68. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Resultate der vorläufigen Prüfung die Praxis der Wettbewerbskommission bestätigen, wonach alternative Werbeträger Printmedien auf dem Werbemarkt in erster Linie als Bestandteil des Mediamix ergänzen, sie aber nicht substanziell konkurrenzieren. Die Ergebnisse aus der vertieften Prüfung ergeben kein anderes Bild. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbskommission umfasst der sachlich relevante Markt deshalb den Markt für Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen (RPW 2002/2, S. 341 f., Rz. 13, 16, "NZZ - LZ Medien Holding"). Allerdings werden bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse die Einflüsse von anderen Werbeträgern zu berücksichtigen sein.

Räumlich relevanter Markt

69. National Werbende streben nach einer möglichst grossen Reichweite, wobei die Sprachgrenzen einen gewissen Einfluss auf die Kampagnen ausüben können. Dadurch rechtfertigt es sich, den räumlich relevanten Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen auf die Deutschschweiz einzuschränken (vgl. RPW 2003/1, S. 189, "Edipresse/Corbaz" sowie RPW 2002/2, S. 324, Rz. 15, "NZZ - LZ Medien Holding"). Da aber selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen, kann diese Frage vorliegend offen bleiben.

B.4.1.c Markt für regionale und lokale Werbung

Sachlich relevanter Markt

70. Inserate von regional Werbetreibenden sollen die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen. Regional und lokal Werbetreibende fragen daher den Werberaum in jenen Medien nach, die in dieser Region mit möglichst hoher Reichweite verbreitet werden und *geringe Streuverluste* aufweisen. Bei den regional Werbenden handelt es

sich hauptsächlich um in der Region ansässige Unternehmen oder Privatpersonen, die *Rubrikanzeigen* (Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate) und kommerzielle Werbung publizieren, aber auch um Grossunternehmen oder Unternehmen anderer Regionen, die Zielgruppen in einer bestimmten Region ansprechen wollen.

71. Regionale und lokale Werbung wird in der Regel in regionalen Tageszeitungen, lokalen oder regionalen Anzeigern, Lokalradios, Lokalfernsehen, mittels Direktwerbung, Plakatwerbung und über die Platzierung von Anzeigen bei Grossverteilern verbreitet. Eine Alternative zu den Tageszeitungen stellen insbesondere die Gratisanzeiger dar (vgl. RPW 2002/2, S. 341 f., Rz. 20, "NZZ - LZ Medien Holding"). Diese diversen Werbekanäle ergänzen und konkurrieren sich grundsätzlich gleichzeitig (vgl. RPW 1997/2, S. 191, Rz. 84, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck"). Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen regionalen beziehungsweise lokalen Anzeigern - besonders Gratisanzeigern - und regionalen Tageszeitungen, sowie in begrenzterem Umfang für die Direktwerbung und die Lokalradios. Da die Werbewirkung tendenziell verstärkt wird, je häufiger das Zielpublikum die Werbebotschaft wahrnimmt, wird ein Inserat (verstanden als Anzeige beliebigen Inhalts) vielfach gleichzeitig in Tageszeitungen und Anzeigern publiziert, welche den lokal und regional geprägten Bedürfnissen der Werbetreibenden entsprechen.

72. Bisherige Abklärungen der Wettbewerbskommission in regionalen und lokalen Werbemärkten haben ergeben, dass Anzeiger auf regionaler Ebene Tageszeitungen teilweise substituieren können; regionale Tageszeitungen und Anzeiger stehen auf dem Markt für lokale und regionale Werbung demnach in einem beschränkten Konkurrenzverhältnis und werden gemäss den jeweiligen Werbestrategien und den zu bewerbenden Gütern in unterschiedlichem Ausmass als Werbeträger verwendet (vgl. hiezu RPW 1997/2, S. 191 f., Rz. 84 ff., S. 194, Rz. 101, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck").

73. Ohne den sachlichen Markt definitiv abzugrenzen, wird von einer Marktabgrenzung ausgegangen, welche den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger) umfasst. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse werden mit Rücksicht auf diese relativ enge Marktabgrenzung allenfalls disziplinierende Einflüsse alternativer Werbeträger unter dem Aspekt der aktuellen Konkurrenz zu berücksichtigen sein (vgl. RPW 2000/3, S. 424, Rz. 48, "Berner Oberland Medien AG"; RPW 2001/4, S. 732, Rz. 42, "Tamedia/Belcom", mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist der disziplinierende Effekt anderer Werbeträger eher grösser zu gewichten als bei Tageszeitungen. Die Befragung ausgewählter Werbeauftraggeber hat gezeigt, dass nach dem Marktzutritt von "20 Minuten" angesichts deren Leserschaft und damit des anvisierten Zielpublikums nicht nur Inseratevolumen in Zeitungen und Anzeiger zu Gunsten von "20 Minuten" verringert wurde,

sondern dass insbesondere auch Inseratevolumen in Jugendzeitschriften, Veranstaltungskalendern, Kinos und Kinozeitschriften sowie Privat- und Jugendradios verkleinert wurden.

Räumlich relevanter Markt

74. Das Zielpublikum regional oder lokal Werbetreibender ist in einer bestimmten Region oder an einem bestimmten Ort angesiedelt. Werbetreibende als Marktgegenseite der Medienverlage sind bestrebt, nur Werberaum derjenigen Zeitungen und Anzeiger nachzufragen, die in der Region oder - je nach lokaler Ausprägung der zu bewerbenden Waren und Dienstleistungen - sogar nur am Ort selber erscheinen. Der räumliche Markt für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen und Anzeigern umfasst daher jeweils grundsätzlich das Verbreitungsgebiet der vom Zusammenschluss betroffenen Printmedien (RPW 2002/2, S. 343, Rz. 22, "NZZ - LZ Medien Holding"; RPW 1997/2, S. 192 f., Rz. 91, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck").

75. Unter Berücksichtigung der Praxis der Wettbewerbskommission umfasst der räumliche Markt einerseits das Verbreitungsgebiet der Titel der Tamedia und der Berner Zeitung. Andererseits bestimmt das Verbreitungsgebiet von "20 Minuten" den räumlichen Markt. Da die Verbreitungsgebiete von "20 Minuten" beschränkter sind, umfasst der räumlich relevante Markt die drei Pendlereinzugsgebiete und Agglomerationen der Städte Basel, Bern und Zürich (vgl. Ziff. 59 hievor): Im Einzelnen umfasst der räumlich relevante Markt folgende Gebiete:

1. Räumlich relevanter Markt **Basel**: WEMF-Wirtschaftsgebiet 31 Basel
2. Räumlich relevanter Markt **Bern**: WEMF-Wirtschaftsgebiet 22 Berner Oberland, WEMF-Wirtschaftsgebiet 32 Solothurn, WEMF-Wirtschaftsgebiet 33 Berner Seeland, WEMF-Wirtschaftsgebiet 34 Berner Mittelland
3. Räumlich relevanter Markt **Zürich**: WEMF-Wirtschaftsgebiet 24 Zug, WEMF-Wirtschaftsgebiet 27 Glarus/Obersee, WEMF-Wirtschaftsgebiet 41 Aargau, WEMF-Wirtschaftsgebiet 42 Schaffhausen, WEMF-Wirtschaftsgebiet 43 Zürich, WEMF-Wirtschaftsgebiet 44 Thurgau

76. Eine enge räumliche Marktabgrenzung im regionalen und lokalen Werbemarkt legt auch die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission nahe (vgl. RPW 1997/2, S. 192 f., Rz. 91, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck"; so im Ergebnis wohl auch RPW 2002/2, S. 345 f., Rz. 37, "NZZ - LZ Medien Holding", wo von den Verbreitungsgebieten der einzelnen Titel auf die jeweils relevanten räumlichen regionalen und lokalen Werbemärkte geschlossen wurde).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

77. 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.a Lesermärkte

B.4.2.a.1 Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

78. "20 Minuten" verfügt im Markt für Pendlerzeitungen über einen Marktanteil von 100%. Damit liegt bei der engstmöglichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

79. Die Parteien stellen sich in ihrer Meldung auf den Standpunkt, dass es beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zu keiner Marktanteilsaddition kommt und sich deshalb eine weitere Prüfung erübrige.

80. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, denn nicht ausschliesslich Marktanteilsadditionen vermögen zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu führen. Die von den Parteien vertretene Sichtweise erfasst mögliche Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf dem Markt nur ungenügend.

81. Bei der Prüfung der Frage nach der Marktstellung spielen verschiedene Parameter neben der aktuellen Konkurrenz eine Rolle. Die Marktstellung ist namentlich auch abhängig von potenzieller Konkurrenz (Marktzutrittsschranken, Markteintritte und -austritte, Produktneueinführungen, vgl. PATRIK DUCREY in SIWR V/2, S. 278).

B.4.2.a.2 Potenzielle Konkurrenz

82. Potenzielle Konkurrenz existiert nach der Praxis der Wettbewerbskommission nur, wenn Marktzutritte wahrscheinlich sind, sofern sich die Zusammenschlussparteien missbräuchlich verhalten würden, solche Marktzutritte innerhalb von zwei bis drei Jahren erfolgen können, und die Zutritte in einem Ausmass beziehungsweise durch Unternehmen erfolgen, welche die Stellung der im Markt bereits tätigen Unternehmen gefährden und damit zu einer tatsächlichen Veränderung der Marktverhältnisse führen können.

83. Die Auswertung der im Rahmen der vorläufigen und der vertieften Prüfung eingeholten Auskünfte hat ergeben, dass die von den Parteien mit Verweis auf verschiedene Quellen vertretene Auffassung,

wonach in der Schweiz nur Platz für eine Pendlerzeitung besteht, von anderen Marktteilnehmern bestätigt wird. Die vertiefte Prüfung hat diese Auffassung nicht entkräftet.

84. Die Umfrage ergab auch, dass eine Einstellung von "20 Minuten" als unwahrscheinlich eingestuft wird, weil im Falle einer Einstellung von "20 Minuten" in der Tendenz davon ausgegangen wird, dass durch einen anderen (grösseren) Verlag sofort eine neue Pendlerzeitung etabliert würde. Dies dürfte voraussichtlich nicht im Interesse der Parteien liegen, da die Gratiszeitungen als einzige Printmedien eine positive Tendenz bei den Werbeeinnahmen verzeichnen.

85. Mit "20 Minuten" könnte zudem eine neue Leserschaft gewonnen werden, welche bisher kaum eine Zeitung las, und eine interessante Werbezielgruppe könnte erschlossen werden. Möglicherweise führt "20 Minuten" für die kontrollierenden Unternehmen dazu, dass die junge Leserschaft von "20 Minuten" an die Tageszeitungen der kontrollierenden Unternehmen herangeführt wird.

86. Als wichtig wird die Verbreitung in den drei grossen Agglomerationen eingestuft, damit die notwendigen Einnahmen generiert werden können. Nach Auffassung der befragten Verlage erfordert die Lancierung einer Pendlerzeitung unter anderem aus diesem Grund eine gewisse Mindestgrösse eines entsprechenden Verlages. Für die befragten Verlage, die über die notwendige Grösse verfügen, kommt die Herausgabe einer Pendlerzeitung mit ähnlichem Verteilgebiet entgegen der in Ziffer 2 der Stellungnahme der Parteien vom 7. Juli 2003 geäusserten Auffassung zurzeit nicht in Frage. Die Situation würde sich jedoch möglicherweise ändern, wenn die Verleger von "20 Minuten" beginnen würden, sich missbräuchlich zu verhalten.

87. Die Auswertung der eingeholten Auskünfte ergibt nach den gemachten Ausführungen deshalb Anhaltspunkte dafür, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einer sehr viel schwächeren potenziellen Konkurrenz als bisher ausgesetzt sind, die disziplinierend auf die Parteien wirken könnte.

88. Der Zusammenschluss eines aktuellen mit einem potenziellen Wettbewerber begründet (oder verstärkt) namentlich dann eine marktbeherrschende Stellung, wenn sich ein im relevanten Markt etabliertes Unternehmen (aktueller Wettbewerber) mit einem starken potenziellen Konkurrenten zusammenschliesst, und wenn es im relevanten Markt bereits vor dem Zusammenschluss wenig oder keinen Wettbewerb zwischen aktuellen Konkurrenten gab und die Handlungsspielräume dieses oder dieser Wettbewerber(s) vornehmlich durch den am Zusammenschluss beteiligten Konkurrenten beschränkt waren.

89. Dies trifft auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu: Mit dem geplanten Zusammenschluss schliesst sich Tamedia als bisher

stärkste potenzielle Konkurrentin von "20 Minuten" mit eben diesem Wettbewerber zusammen. Vor der Ankündigung des Zusammenschlussvorhabens hat Tamedia mehrfach verlauten lassen, dass sie ein Konkurrenzprodukt zu "20 Minuten" lancieren werde beziehungsweise der Marktzutritt des als Pendlerzeitung konzipierten Titels "Express" stand unmittelbar bevor. Da der Zusammenschluss zur Aufgabe dieses Vorhabens führt und der Zusammenschluss gleichzeitig die anderen Verlage davon abhält, in den Markt für Pendlerzeitungen zuzutreten, verschwindet durch den geplanten Zusammenschluss mindestens kurzfristig der einzige potenzielle Konkurrent von 20 Minuten. Mittel- und längerfristig ist jedoch die Lancierung eines Konkurrenztitels zu "20 Minuten" durch andere, grosse Verlage möglich.

B.4.2.a.3 Abwanderung zu anderen Informationsträgern

90. Es entspricht der Praxis der Wettbewerbskommission, aufgrund der Eigenheiten der Medienmärkte zu prüfen, inwiefern nicht zum sachlich relevanten Markt gehörende Medien disziplinierende Einflüsse auf die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen ausüben können (RPW 2000/3, S. 437, Rz. 111, "Berner Oberland Medien AG").

91. Zu diesen Medien gehören insbesondere das Fernsehen, das Radio, die überregionalen, regionalen und lokalen Tageszeitungen sowie das Internet. Aufgrund des von "20 Minuten" angesprochenen Zielpublikums und der Eigenschaften dieser Zeitung sind im vorliegenden Fall möglicherweise noch weitere Medien in Betracht zu ziehen, wie Jugendzeitschriften und Szenehefte.

a) Printmedien

92. Im Fall von "20 Minuten" wurde von den befragten Unternehmen eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen "20 Minuten" und einigen klassischen Tageszeitungen, insbesondere zu Boulevardtiteln geltend gemacht. Die in der vertieften Prüfung durchgeführte empirische Prüfung hat gewisse Substitutionsbeziehungen auch zu anderen Tageszeitungen ergeben.

b) Elektronische Medien

93. Der "NZZ" vom 5. April 2003 konnte entnommen werden, dass die SRG-Zahlen zur Mediennutzung Folgendes zeigen:

94. Die Regionalfernsehen haben in den vergangenen Jahren die Reichweite in ihren Empfangsgebieten klar verbessern können. Insgesamt hat die Dauer der täglichen Fernsehnutzung zugenommen. Ob dabei vor allem diejenigen Inhalte vermehrt nachgefragt worden sind, die eine Nähe zum Inhalt von "20 Minuten" haben, ist nicht bekannt. Während die Hörerschaft der Lokalradios im Jahr 2002 zurückgegangen ist, konnten die SRG-Radios ihre klare Führung weiter ausbauen, was gemäss Medienmitteilung des Forschungsdienstes der SRG vom 4.

April 2003 auf die starke Nutzung von Informationsangeboten zwischen 7 und 8 Uhr, über Mittag sowie zwischen 17 und 19 Uhr zurückzuführen sei, also denjenigen Inhalten, die über eine gewisse Substitutionsbeziehung zur Pendlerzeitung verfügen.

95. Weiter wurde auch festgestellt, dass die Internetnutzung weiterhin anwächst, wobei unter den Websites der Medien der "Blick" vor der "NZZ" und dem "SonntagsBlick" führt. Im Fall "Berner Oberland Medien AG" (RPW 2000/3, S. 428, Rz. 65) wurde gesagt, dass Online-Informationsangebote zu punktuell und zu wenig umfassend informieren, um einen Ersatz für regionale Zeitungen zu bieten. Die redaktionelle Eigenleistung sowie die Recherchen würden sich in engen Grenzen halten, vorwiegend würden Informationen von kantonalen, kommunalen und eidgenössischen Behörden verwertet. Die "Berner Oberland-News" seien damit weder als Konkurrenz zu den regionalen/lokalen Tageszeitungen konzipiert noch wären sie dazu tauglich. Sie würden sich daher bestenfalls komplementär zum Angebot der regionalen und lokalen Tageszeitungen im Berner Oberland verhalten.

96. Diese für das Berner Oberland gemachten Aussagen gelten in der Tendenz auch für andere Online Informationsangebote beziehungsweise für andere regionale Märkte. Die oben beschriebenen Charakteristiken der Online-Zeitungsausgaben ähneln dem Konzept von "20 Minuten" und stellen zu dieser Zeitung ein erheblich näheres Substitut dar als zu den klassischen Tageszeitungen.

97. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der im Fall Berner Oberland Medien AG bereits aufgezeigte Trend zur Abwanderung der Leser von Informationsangeboten in Tageszeitungen in elektronische Medien im Sinne einer dynamischen Marktbetrachtung nicht nur anhält sondern sich tendenziell nach wie vor laufend verstärkt.

98. Ein Verlag muss im Falle einer Preiserhöhung beziehungsweise im Fall einer Qualitätseinbusse in zunehmender Weise damit rechnen, dass ein Teil der Leser ihr Informationsbedürfnis mit anderen Medien wie Fernsehen, Radio, Internet, oder mit Zeitungen, die nicht demselben sachlichen Markt zugeordnet werden, abdecken. Im Fall des vorliegenden Produktes Pendlerzeitung kann davon ausgegangen werden, dass dadurch ein Wettbewerbsdruck entsteht, der den fehlenden disziplinierenden Einfluss aktueller oder potenzieller Wettbewerber in einem noch höheren Ausmass zu ersetzen vermag, als dies bei herkömmlichen Tageszeitungen der Fall ist. Dafür spricht die grössere Nähe von "20 Minuten" zu elektronischen Informationsangeboten, die sich durch kurze und kostenlose Information ohne Hintergrundberichterstattung auszeichnen.

B.4.2.a.4 Einfluss der Werbemärkte

99. In ihrer Praxis hat die Wettbewerbskommission anerkannt, dass die Werbewirtschaft disziplinierende Wirkung auf des Verhalten eines Verlags auf dem Lesermarkt hat. Der Anzeigentarif hängt von der Leserschaft ab, die mit der Zeitung erreicht wird. Je mehr Leser eine Zeitung hat, desto teurer kann sie den Raum für Anzeigen verkaufen. Der finanzielle Erfolg auf dem Anzeigenmarkt hängt vom Erfolg auf dem Lesermarkt ab. Ein Verlag hat alles Interesse daran, dass seine Zeitung möglichst viele Leser hat. Um auf dem Werbemarkt erfolgreich zu sein, muss der Verlag versuchen, seine Zeitung den Ansprüchen der Nachfrager anzupassen und sie zu einem attraktiven Preis zu verkaufen. Zudem erzielt eine klassische Tageszeitung zirka 2/3 ihrer Einnahmen durch Anzeigen, und nur 1/3 durch Abonnemente oder Einzelverkauf.

100. Diese Zusammenhänge wurden jeweils aufgrund anderer beeinflussender Faktoren (Preiselastizität der Lesernachfrage, Reichweiten- und Preiselastizität der Inserentennachfrage) präzisiert. Im vorliegenden Fall ist dies nicht möglich, da "20 Minuten" definitionsgemäss gratis abgegeben wird und somit im vorliegenden Fall die üblichen Methoden zur Berechnung von Elastizitäten nicht ohne weiteres anwendbar sind. Was die Reichweiten beziehungsweise Preiselastizität der Inserentennachfrage betrifft, wird dafür auf die Ausführungen zu den Werbemärkten verwiesen. Immerhin ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Reichweitendaten und Erhöhungen der Kontaktpreise von der Werbewirtschaft jährlich erhoben werden und in die Medienplanung des darauf folgenden Jahres einfliessen.

101. Bei einer Gratiszeitung wie "20 Minuten" sind die Werbeeinnahmen nicht nur die Haupteinnahmequelle, wie dies bei klassischen Tageszeitungen der Fall ist, sondern die einzige. Die in der bisherigen Praxis bei Zusammenschlüssen von klassischen Tageszeitungen grundsätzlich bejahte disziplinierende Wirkung der Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmärkten gilt deshalb bei einer Gratiszeitung wie "20 Minuten" in verstärktem Masse.

102. Aus den nachfolgenden Ausführungen zu den Anzeigenmärkten kann überdies nach vorläufiger Auffassung des Sekretariats mindestens in Bezug auf den nationalen Werbemarkt und die regionalen Werbemärkte Zürich und Basel geschlossen werden, dass diese aufgrund wirksamen Wettbewerbs das Verhalten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Lesermarkt zu disziplinieren vermögen.

B.4.2.a.5 Ergebnis

103. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei engst möglicher Marktabgrenzung auf dem "Pendlerzeitungsmarkt" nach dem geplanten Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz verbleibt. Die potenzielle Konkurrenz ist nach dem Zusammenschluss mindestens

kurzfristig sehr viel schwächer als bisher. Immerhin ist mittel- und längerfristig die Lancierung eines Konkurrenztitels zu "20 Minuten" durch andere, grosse Verlage möglich. Andererseits zeigt der bereits über Jahre anhaltende Trend zur Abwanderung von Zeitungslesern weg von Tageszeitungen hin zu anderen Informationsangeboten, dass die Zeitungen generell, eine Pendlerzeitung aufgrund der kurzen, oberflächlichen Berichterstattung und der angesprochenen Zielgruppe noch stärker durch andere Medien unter Wettbewerbsdruck gerät. Im Sinne einer dynamischen Marktbetrachtung ist davon auszugehen, dass Verhaltensspielräume der beteiligten Unternehmen auch in Zukunft durch die genannten Medien zunehmend eingeschränkt werden. Im Falle einer Qualitätseinbusse müssten die beteiligten Unternehmen damit rechnen, dass sich ein Teil ihrer Leser über andere Medien wie Fernsehen, Radio, Internet oder über (Boulevard-)Zeitungen, die nicht zum relevanten Markt gehören, informiert oder aber auf einzelne Informationen verzichtet. Weiter hängt "20 Minuten" als Gratiszeitung definitionsgemäss vollständig von den Werbeerträgen ab, was die Verhaltensspielräume der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Lesermarkt zusätzlich begrenzt.

104. Aus all diesen Gründen wird durch den vorliegenden Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem Lesermarkt beseitigt werden kann (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG).

B.4.2.b Markt für nationale Werbung

B.4.2.b.1 Aktuelle Konkurrenz

105. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien haben sich bei ihren Marktanteilsberechnungen auf den kommerziellen Bereich der Werbung beschränkt, mit der Begründung, Rubrikanzeigen seien hauptsächlich regionaler Natur (vgl. Ergänzung der Meldung vom 6. Mai 2003, S. 7). Sie haben eingeräumt, dass es einen nationalen Stellenmarkt gibt, welcher jedoch insbesondere von der "NZZ" gepflegt werde. Ob dies zutrifft, ist fraglich. Die "NZZ" ist im Bereich der Kaderstellen wohl führend, allerdings ist es nach Ansicht der Wettbewerbskommission verfehlt, daraus zu schliessen, dass sich der "Tages-Anzeiger" oder die "Berner Zeitung" mit ihren Stelleninseraten nicht auf dem nationalen Stellenmarkt bewegen. Diese Frage braucht jedoch nicht abschliessend beantwortet zu werden, da im Markt für nationale Werbung die kommerziellen Anzeigen den Grossteil des Inseratevolumens ausmachen und bei den Rubrikanzeigen die "NZZ" in Bezug auf die Stelleninserate führend ist. Zudem gewinnt das Internet im Bereich der Rubrikanzeigen zunehmend an Gewicht.

106. Die bisherigen Erhebungen der Wettbewerbskommission im nationalen Werbemarkt belegen, dass national erwünschte Werbewirkungen mittels Belegung grosser, überregionaler Tages- und Wochenzeitungen und unter Nutzung der durch die jeweils zur Verfügung ste-

henden Werbepools ermöglichten Inseratekombinationen erzielt werden (vgl. RPW 1997/2, S. 193, Rz. 93, "Publicitas - Gasser - Tschudi Druck").

107. Der "Tages-Anzeiger" und die "Berner Zeitung" sind an folgenden Anzeigekombinationen beteiligt: Swisspool I, Swisspool II, Berner Zeitungspool ("Berner Zeitung"), Full House ("Tages-Anzeiger" und "SonntagsZeitung").

108. Die Erhebungen der Wettbewerbskommission in der vorläufigen Prüfung ergaben in Übereinstimmung mit früheren Befragungen, dass national Werbetreibende überregionale Presseerzeugnisse bevorzugen. Die auswertbaren Antworten der Werbetreibenden ergaben, dass etwa die Hälfte der Ansicht ist, dass sich "20 Minuten" für nationale Werbung eignet, ungefähr die andere Hälfte verneint die Eignung von "20 Minuten" für nationale Werbung und wenige bejahen diese Eignung zusammen mit anderen Titeln, vor allem jenen aus dem Swisspool. Bei der regionalen Werbung ergibt sich ein anderes Bild: 5/6 der auswertbaren Antworten bejahen die Eignung von "20 Minuten" für regionale Werbung, 1/6 verneint sie (vgl. zur regionalen Werbung unten Ziff. 120 ff.). Für den "Tages-Anzeiger" wird in der Regel angegeben, dass er sich zwar für nationale Werbung eignet, allerdings vornehmlich als Teil des Swisspool oder sonst zusammen mit anderen Titeln. Ein ähnliches Bild ergibt sich für die "Berner Zeitung", wobei die Eignung für nationale Werbung etwas geringer eingeschätzt wird als beim "Tages-Anzeiger".

109. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien am Gesamtvolumen der Anzeigen im nationalen Markt präsentieren sich nach Angabe der Parteien wie folgt:

- Berner Zeitung: **4%**
- Tamedia[3] **13%**
- 20 Minuten: **2%**

Kumuliert beträgt der Marktanteil nach Auffassung der Parteien deshalb **19%**.

110. Als die drei grössten Wettbewerber der am Zusammenschluss beteiligten Parteien werden die NZZ (mit den Titeln "NZZ", "NZZ am Sonntag", "St. Galler Tagblatt", "Bund", "Neue Luzerner Zeitung") mit **12%**, Ringier ("Blick", "SonntagsBlick", "Cash") mit **9%** und Edipresse ("24 heures", "Le Temps", "Le Matin", "Matin Dimanche") mit **9%** angegeben. "NZZ" und der "Bund" bilden den Zeitungspool "NZZ Plus" und mit Le Temps "NZZ GrandPlus".

[3] ("Tages-Anzeiger", "ZürichExpress", "SonntagsZeitung", "Finanz und Wirtschaft").

111. Die Ermittlung von Marktanteilen auf den Werbemärkten ist angesichts der Tatsache, dass die Umsatzzahlen der einzelnen Titel durch die Teilnahme an Zeitungspools beeinflusst werden, nicht genau möglich. Die von den Parteien vorgelegten Marktanteilszahlen entsprechen ziemlich genau den Schätzungen, die die anderen Verlage für den nationalen Werbemarkt angegeben haben.

112. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass bei einer gesamtschweizerischen Marktabgrenzung, wie sie die Parteien vorgenommen haben, die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien mit 19% gerade knapp unter der Grenze zur Annahme eines betroffenen Marktes zu liegen kommen, während für die Jahre 2000 und 2001 von den Parteien ein Marktanteil von 20% ausgewiesen wird.

113. Die von den Parteien vorgenommene Marktanteilsberechnung geht von einem nationalen Werbemarkt unter Einschluss der welschen Schweiz aus. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer bisherigen Rechtsprechung den Markt im Sinne einer Arbeitshypothese enger, nämlich auf die Deutschschweiz abgegrenzt, die Frage jedoch nicht abschliessend beantwortet.

114. Würde der räumlich relevante Markt entsprechend den Arbeitshypothesen der Wettbewerbskommission in ihrer bisherigen Rechtsprechung auf die Deutschschweiz abgegrenzt, liegen die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen höher und es ist von einem betroffenen Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU auszugehen.

115. Letztlich kommt es jedoch nicht darauf an zu entscheiden, welche Produkte der sachlich relevante Markt genau umfasst, denn bei einer weiten Marktabgrenzung (= der relevante Markt umfasst gute und weniger gute Substitute) darf betreffend Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Abwanderungsbewegungen zu guten Substituten viel grösser sind als jene zu schlechteren Substituten. Analog ist bei einer engen Marktabgrenzung (= der relevante Markt umfasst nur gute Substitute) der Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen, welcher von schlechteren Substituten ausgeht (vgl. RPW 2001/2, S. 318, Rz. 58, "JC Decaux/Affichage").

116. Die angefragten Verlage gehen von unterschiedlichen Wirkungen auf dem nationalen Werbemarkt aus. Insgesamt wird davon ausgegangen, dass die Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Parteien gestärkt wird. Dafür spricht die Tatsache, dass die Werbeeinnahmen der Tageszeitungen anhaltend rückläufig sind (vgl. Werbetrend Daten Media Focus, Hergiswil, erhältlich unter www.mediafocus.ch), während 20 Minuten die Werbeeinnahmen seit dem Markteintritt kontinuierlich steigern konnte (vgl. Tabelle "Nationaler Werbemarkt" in der Meldung vom 15. April 2003).

117. Angesichts der Tatsache, dass "20 Minuten" aus der Sicht der befragten Werbetreibenden nur bedingt für nationale Werbung geeignet ist, erscheint die von den Verlagen geltend gemachte Stärkung von Tamedia und der Berner Zeitung auf dem nationalen Werbemarkt nach Ansicht der Werbetreibenden jedoch relativ gering.

118. Die Parteien machen geltend, es lasse sich eine Verlagerung von den Zeitungen weg hin zur Radio- und Fernsehwerbung und ein Erstarken der klassischen Plakatwerbung feststellen (vgl. Meldung S. 9). Dabei ist festzustellen, dass im Bereich der regionalen Werbung mit "Tele Züri", "TeleBärn" sowie den Lokalradios "ExtraBärn" und "Radio 24" ein Teil der von den Zeitungen abwandernden Werbevolumen in Werbeträger fliessen, die im Besitz der am Zusammenschluss beteiligten Parteien sind. Für den nationalen Werbemarkt ist dies nicht der Fall. Für nationale Werbekampagnen in elektronischen Medien stehen vielmehr Kampagnen im Schweizer Fernsehen (SRG) zur Verfügung. Die Befragung von Werbetreibenden im Rahmen der vertieften Prüfung hat ergeben, dass für nationale Werbung in Printmedien die Sonntagszeitungen als wichtige Werbeträger gelten. Mit dem "SonntagsBlick" und der "NZZ am Sonntag" verbleiben neben der zu Tamedia gehörenden "SonntagsZeitung" zwei wichtige Konkurrenten.

119. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass aufgrund der Höhe der Marktanteile von kumuliert etwa 19% und einer Marktanteilsverteilung zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Parteien und ihren wichtigsten Konkurrenten auf dem nationalen Werbemarkt von zirka 19%:12%:9% keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen, da die aufgeführten aktuellen Wettbewerber in der Lage sind zu verhindern, dass sich die am Zusammenschluss beteiligten Parteien von den anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe dafür ersichtlich, die es rechtfertigen würden, auf dem nationalen Werbemarkt von dieser Schlussfolgerung abzuweichen. Zudem scheint der Wettbewerbsdruck durch andere Werbeträger wie Fernsehen, Plakate, Direktwerbung und Internet in der Tendenz zuzunehmen, so dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Markt für nationale Anzeigen eine marktbeherrschende Stellung durch den geplanten Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird.

B.4.2.c Markt für regionale/lokale Werbung

B.4.2.c.1 Aktuelle Konkurrenz

120. Wie in Ziffer 75 ausgeführt, umfasst der räumlich relevante Markt die WEMF-Wirtschaftsgebiete 22, 24, 27, 31-34 und 41-44. Dies entspricht mit anderen Worten den drei Ballungsräumen Basel, Bern und Zürich sowie den dazu gehörenden Pendlereinzugsgebieten. Gesondert für diese drei Gebiete gilt es nun, die Marktstellung der beteiligten Parteien im Bereich der Printmedien darzustellen.

Regionaler/lokaler Werbemarkt Basel (WG 31)

121. Die beteiligten Parteien liefern in ihrer Meldung vom 15. April 2003 folgende Übersicht bezüglich der von ihnen im Geschäftsjahr 2002 gehaltenen Marktanteile im regionalen/lokalen Werbemarkt Basel (nachfolgend: Regionalmarkt Basel):

Berner Zeitung: 0% *Tamedia: 2%* *20 Minuten: 4%*

122. Gemäss eigenen Angaben gehen die Parteien davon aus, dass sie die für die Tamedia angegeben Marktanteile mit ihren Titeln "Tages-Anzeiger", "Zürich Express"[4] und "SonntagsZeitung" erzielen. Beim "Zürich Express" handelt es sich um einen Titel, der ausschliesslich in der Stadt und Agglomeration Zürich erscheint, und der somit keine Erträge im Regionalmarkt Basel abwirft. Die "SonntagsZeitung" ist eher als nationales Werbegefäss bekannt, erreicht im fraglichen Gebiet allerdings die eindeutig höheren Streudichten (4,39%-8,17%) als der "Tages-Anzeiger" (0,83%-1,14%), weshalb vermutet werden darf, dass die ausgewiesenen Marktanteile der "SonntagsZeitung" zuzurechnen sind.

123. Das Sekretariat hat im Rahmen der vorläufigen Prüfung dieses Zusammenschlussvorhabens Umfragen bei verschiedenen Verlagen durchgeführt und diese dabei unter anderem die Marktanteile der beteiligten Parteien auf dem Regionalmarkt Basel schätzen lassen. Die erhaltenen Angaben bewegen sich für die Tamedia zwischen 0%-10%, wobei die Mehrheit der befragten Richtung 0% tendierte. Die Schätzungen der Verlage und die ermittelten Streudichten der fraglichen Titel erhärten somit die Parteiangaben. Den Anteil von 20 Minuten am Regionalmarkt Basel schätzten die angefragten Verlage zwischen 5% und 10%. Da es zur Split-Ausgabe Basel allerdings keine verlässlichen Mediadaten gibt, kann die Darstellung der Parteien nicht näher überprüft werden.

124. Es fragt sich somit, ob die "SonntagsZeitung" (bzw. allenfalls der "Tages-Anzeiger") einerseits und "20 Minuten" andererseits als gute Substitute anzusehen sind und ob deshalb aus dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben Marktanteilsadditionen resultieren. Angesichts der Tatsache, dass in jedem Fall höchstens ein kumulierter Marktanteil von 6% (Annahme der Richtigkeit der Parteiangaben) beziehungsweise ein Marktanteil von 12% (Annahme der höchsten Schätzung der Verlage) resultiert, kann die Frage letztlich offen gelassen werden.

[4] Der "Zürich Express" erscheint seit Montag, den 26. Mai 2003 wieder in der alten/neuen Form als "Tagblatt der Stadt Zürich". Der Einfachheit halber wird hier durchwegs der Name "Zürich Express" verwendet.

125. Neben den erwähnten Printtiteln hält Tamedia im Ballungsraum Basel ausserdem eine 100%-Beteiligung an der Radio Basilisk Betriebs AG. Die Parteien attestieren dem Sender gemäss Zusatzeingabe vom 8. Mai 2003 einen Marktanteil von 63% auf dem regionalen Radiomarkt. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (RPW 2000/3, S. 424, Rz. 46, "Berner Oberland Medien AG") ergänzen sich Printmedien und andere Werbeträger (Radio) grundsätzlich, können sich eventuell aber auch konkurrenzieren. Speziell im Bereich der Lokalradios ist von einer gewissen (mehr oder weniger starken bzw. schwachen) substitutiven Beziehung zwischen diesen beiden Werbeträgern auszugehen. Dies zeigten insbesondere Umfragen bei Werbetreibenden (30 Mediaagenturen, 70 Direktinserenten; Rücklauf: 41=41%, davon Mediaagenturen: 12=29,3%) und die oben erwähnte Umfrage bei diversen Verlagen, die das Sekretariat im Rahmen der vorläufigen Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens durchführte. Eine vertiefende Analyse dieser Frage erübrigt sich jedoch, da die verstärkende Wirkung der Eigentümerschaft an "Radio Basilisk" auf den Regionalmarkt Basel (und damit einhergehende Kombinations- bzw. Bündelungsmöglichkeiten als Multimedia-Anbieter) angesichts der Vielfalt von disziplinierenden Werbeträgern, an denen die Parteien keine Beteiligungen halten, als gering eingeschätzt werden.

126. Der Regionalmarkt Basel ist somit kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Eine weitere Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt erübrigt sich somit.[5]

Regionaler/lokaler Werbemarkt Bern (WG 22, 32, 33, 34)

127. ***Im Verlaufe der vertieften Prüfung wurde die Beteiligung der Espace Media Groupe an der "Bund Verlag AG" bekannt, welche aufgrund des Wegfalls des wichtigsten aktuellen Konkurrenten im Printbereich eine grundsätzlich neue Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Regionalmarkt Bern notwendig macht. Die Wettbewerbskommission betrachtet die Bekanntgabe der Beteiligung an der Bund Verlag AG in seiner Wirkung auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als wesentliche Änderung der Verhältnisse im Sinne von Artikel 21 VKU und hat gestützt darauf am 25. August 2003 eine Zwischenverfügung erlassen, wonach die Frist zur Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens ab dem Zeitpunkt der Ergänzung***

[5] Die Abklärungen im Rahmen der vertieften Prüfung (Umfragen und persönliche Gespräche mit Werbeauftraggebern und Mediaagenturen) haben in diesem Zusammenhang keine neuen Erkenntnisse hervorgebracht, welche eine Änderung der Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Regionalmarkt Basel rechtfertigen würden.

der Meldung um die Tatsache des Zusammenschlussvorhabens Espace Media Groupe-Bund Verlag AG neu zu laufen beginnt. Aus diesem Grund erfolgt an dieser Stelle keine Beurteilung des Regionalmarkts Bern.

Regionaler/lokaler Werbemarkt Zürich (WG 41, 42, 43, 44)

128. Die beteiligten Parteien liefern in ihrer Meldung vom 15. April 2003 folgende Übersicht bezüglich der von ihnen im Geschäftsjahr 2002 gehaltenen Marktanteile im regionalen/lokalen Werbemarkt Zürich (nachfolgend: Regionalmarkt Zürich):

Berner Zeitung: **0%** Tamedia: **35%** 20 Minuten: **[...]%**

Es liegt somit ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

Die von den Parteien für die Tamedia ausgewiesenen Marktanteile erzielt diese gemäss eigenen Angaben mit den Titeln "Tages-Anzeiger", "Zürich Express" und "SonntagsZeitung".

129. Für die aktuellen Konkurrenten liefern die beteiligten Parteien folgende Marktanteile auf dem Regionalmarkt Zürich:

1. Konkurrent: Nordostschweiz (Zeitungspool bestehend aus: "Schaffhauser Nachrichten", "Thurgauer Zeitung", "Landbote", "Zürcher Oberländer", "Zürcher Unterländer", "Zürichsee Zeitung"): **18%**
2. Konkurrent: Aargauer Zeitung ("Aargauer Zeitung", "Aargauer Woche", "Badener Woche"): **12%**
3. Konkurrent: NZZ ("NZZ", "NZZ am Sonntag", "St. Galler Tagblatt", "Neue Zuger Zeitung"): **11%**

130. Die angeschriebenen Verlage schätzten die Marktanteile der beteiligten Parteien auf dem Regionalmarkt Zürich wie folgt:

Tamedia: **30%-70%**

Wobei sich 70% derjenigen Verlage, die antworteten, zur Frage geäussert haben und davon wiederum 71% der Meinung waren, der Marktanteil liege bei über **50%**. Die Frage, ob die Verlage "taktisch hoch" geantwortet haben oder die Parteiangaben zu tief angesetzt sind, wird in Ziffer 132 ff. zu erhellen versucht.

Berner Zeitung: **0%-0,5%**[6]

20 Minuten: **2%-10%**[7]

[6] Diese Bandbreite wiederspiegelt in etwa die von den Parteien angegebenen Marktanteile und muss deshalb nicht hinterfragt werden.

[7] Diese Bandbreite wiederspiegelt in etwa die von den Parteien angegebenen Marktanteile und muss deshalb nicht hinterfragt werden.

131. Ihre eigenen Anteile am Regionalmarkt Zürich schätzten die angeschriebenen Verlage wie folgt:

NZZ: **8,5%**[8]

AZ Medien Gruppe
("Aargauer Zeitung"): **2,0%**[9]

Da die Mehrheit der Verlage, welche die Titel des Nordostschweiz-Pools herausgeben, nicht auf die Fragebogen geantwortet hat, kann keine zusammenfassende Schätzung des Marktanteils dieses Zeitungspools angegeben werden.

132. Um die von den beteiligten Parteien und ihren Konkurrenten gelieferten Angaben etwas zu objektivieren, ist ein Blick auf die Streudichten der einzelnen Printtitel im Regionalmarkt Zürich angezeigt:[10]

Titel:	**Bezirke:**	**Streudichten (in %):**
"20 Minuten"	keine Angaben	keine Angaben
Titel Tamedia:		
"Tages-Anzeiger"	Aarau (AG) Baden (AG) Bremgarten (AG) Brugg (AG) Kulm (AG) Lenzburg (AG) Muri (AG) Zurzach (AG) Gaster (SG) Obertoggenburg (SG) Rohrschach (SG) See (SG) St. Gallen (SG) Untertoggenburg (SG) Werdenberg (SG) Wil (SG) Oberklettgau (SH) Reiat (SH) Schaffhausen (SH)	5,08 10,81 17,94 6,83 2,96 6,06 10,73 7,37 8,65 4,71 1,57 14,79 2,53 2,59 3,67 5,57 5,89 5,.31 6,26

[8] Dieser geschätzte Marktanteil wiederspiegelt in etwa die Parteiangaben.
[9] Diese Marktanteilsschätzung liegt weit unterhalb der von den Parteien angegebenen Werte. Dies kann einerseits daran liegen, dass der Verlag "taktisch tief" geantwortet hat. Andererseits kann auch die Parteiangabe zu hoch angesetzt sein. Relativierende Erläuterungen zum Marktanteil der AZ Medien Gruppe finden sich in Ziff. 131 ff.
[10] Datenquelle: www.mediaprint.ch bzw. www.mediaperformance.ch.

	Schleitheim (SH)	6,34
	Stein (SH)	8,08
	Unterklettgau (SH)	8,14
	Arbon (TG)	2,21
	Bischofszell (TG)	2,55
	Diessenhofen (TG)	6,42
	Frauenfeld (TG)	8,83
	Kreuzlingen (TG)	5,23
	Münchwilen (TG)	7,08
	Steckborn (TG)	6,06
	Weinfelden (TG)	5,52
	Affoltern (ZH)	42,15
	Andelfingen (ZH)	17,03
	Bülach (ZH)	30,46
	Dielsdorf (ZH)	31,39
	Dietikon (ZH)	28,96
	Hinwil (ZH)	15,44
	Horgen (ZH)	33,31
	Meilen (ZH)	28,52
	Pfäffikon (ZH)	24,13
	Uster (ZH)	34,02
	Winterthur (ZH)	14,55
	Zürich (ZH)	27,65
"SonntagsZeitung"	Aarau (AG)	9,07
	Baden (AG)	11,38
	Bremgarten (AG)	14,24
	Brugg (AG)	8,65
	Kulm (AG)	4,12
	Lenzburg (AG)	8,82
	Muri (AG)	8,94
	Zurzach (AG)	7,52
	Gaster (SG)	5,98
	Gossau (SG)	7,71
	Neutoggenburg (SG)	3,01
	Rohrschach (SG)	5,48
	See (SG)	12,16
	St. Gallen (SG)	5,74
	Untertoggenburg (SG)	6,84
	Werdenberg (SG)	3,97
	Wil (SG)	8,85
	Oberklettgau (SH)	6,38
	Schaffhausen (SH)	7,54
	Schleitheim (SH)	5,45
	Stein (SH)	5,90
	Arbon (TG)	5,47
	Bischofszell (TG)	3,79
	Diessenhofen (TG)	5,46
	Frauenfeld (TG)	8,64
	Kreuzlingen (TG)	6,46

	Münchwilen (TG)	5,42
	Steckborn (TG)	5,52
	Weinfelden (TG)	5,69
	Affoltern (ZH)	20,75
	Andelfingen (ZH)	11,29
	Bülach (ZH)	16,46
	Dielsdorf (ZH)	16,08
	Dietikon (ZH)	14,84
	Hinwil (ZH)	10,47
	Horgen (ZH)	18,18
	Meilen (ZH)	19,95
	Pfäffikon (ZH)	13,69
	Uster (ZH)	17,72
	Winterthur (ZH)	10,89
	Zürich (ZH)	10,98
"Zürich Express"	Zürich (ZH)	83,11
Konkurrenztitel:		
Nordostschweiz[11]	Gaster (SG)	12,34
	See (SG)	44,15
	Oberklettgau (SH)	55,84
	Reiat (SH)	63,58
	Schaffhausen (SH)	56,32
	Schleitheim (SH)	54,29
	Stein (SH)	49,83
	Unterklettgau (SH)	52,86
	Arbon (TG)	5,50
	Bischofszell (TG)	29,78
	Diessenhofen (TG)	51,49
	Frauenfeld (TG)	58,53
	Kreuzlingen (TG)	49,65
	Münchwilen (TG)	30,10
	Steckborn (TG)	49,99
	Weinfelden (TG)	62,03
	Andelfingen (ZH)	58,44
	Bülach (ZH)	23,39
	Dielsdorf (ZH)	24,71
	Hinwil (ZH)	55,89
	Horgen (ZH)	26,06
	Meilen (ZH)	43,62
	Pfäffikon (ZH)	47,10
	Uster (ZH)	22,63
	Winterthur (ZH)	54,87
	Zürich (ZH)	0,52

[11] Die Mediadaten werden hier für den gesamten Zeitungspool gemeinsam angegeben.

"NZZ"	Aarau (AG)	4,77
	Baden (AG)	5,46
	Bremgarten (AG)	4,65
	Brugg (AG)	3,94
	Kulm (AG)	1,96
	Lenzburg (AG)	3,40
	Muri (AG)	2,54
	Zurzach (AG)	2,69
	Gossau (SG)	2,44
	Rorschach (SG)	2,37
	See (SG)	4,93
	St. Gallen (SG)	6,15
	Untertoggenburg (SG)	2,24
	Werdenberg (SG)	2,58
	Wil (SG)	3,32
	Schaffhausen (SH)	4,40
	Arbon (TG)	2,32
	Bischofszell (TG)	1,70
	Frauenfeld (TG)	4,07
	Kreuzlingen (TG)	3,67
	Münchwilen (TG)	2,38
	Steckborn (TG)	3,08
	Weinfelden (TG)	3,23
	Affoltern (ZH)	9,32
	Andelfingen (ZH)	5,17
	Bülach (ZH)	6,79
	Dielsdorf (ZH)	5,18
	Dietikon (ZH)	7,52
	Hinwil (ZH)	4,50
	Horgen (ZH)	11,28
	Meilen (ZH)	19,42
	Pfäffikon (ZH)	5,69
	Uster (ZH)	8,63
	Winterthur (ZH)	5,51
	Zürich (ZH)	16,76
"NZZ am Sonntag"	keine Angaben	keine Angaben
"Neue Zuger Zeitung"	Muri (AG)	4,04
"St. Galler Tagblatt"	Gossau (SG)	60,92
	Neutoggenburg (SG)	45,31
	Obertoggenburg (SG)	22,43
	Rorschach (SG)	54,78
	St. Gallen (SG)	50,55
	Werdenberg (SG)	3,01
	Wil (SG)	44,18
	Arbon (TG)	47,89
	Bischofszell (TG)	32,28
	Frauenfeld (TG)	1,06

	Kreuzlingen (TG) Münchwilen (TG) Weinfelden (TG) Zürich (ZH)	5,52 9,89 4,95 0,35
"Aargauer Zeitung"	Aarau (AG) Baden (AG) Bremgarten (AG) Brugg (AG) Kulm (AG) Lenzburg (AG) Muri (AG) Zurzach (AG) Dielsdorf (ZH) Dietikon (ZH) Zürich (ZH)	53,28 46,28 32,81 55,45 33,64 47,63 27,60 32,17 0,78 24,66 0,18
"Aargauer Woche"	Aarau (AG) Baden (AG) Bremgarten (AG) Brugg (AG) Kulm (AG) Lenzburg (AG) Muri (AG) Zurzach (AG) Dietikon (ZH)	87,79 76,00 79,06 53,59 83,22 76,80 80,06 10,96 88,87
"Badener Woche"	Aarau (AG) Baden (AG) Brugg (AG) Lenzburg (AG) Zurzach (AG)	0,84 72,41 40,86 1,04 10,48

133. Aufgrund der oben stehenden Übersicht über die Streudichten der einzelnen Titel beziehungsweise des Zeitungspools Nordostschweiz zeichnet sich bezüglich der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Regionalmarkt Zürich folgendes Bild ab:

134. Der "Tages-Anzeiger" und die "SonntagsZeitung" sind Titel, die flächendeckend im gesamten Gebiet des Regionalmarkts Zürich Streudichten aufweisen, die sie für Werbetreibende, welche diesen Markt lückenlos abdecken wollen, äusserst interessant machen. Hinzu kommt, dass man die beiden Titel im Rahmen des Full-House-Kombinationsangebots buchen kann und so eine optimale Abdeckung erreicht. Nach erfolgter Akquisition von 20 Minuten käme ein dritter Titel hinzu, der aufgrund seiner akzeptablen Reichweiten im Regionalmarkt Zürich flächendeckend eingesetzt werden könnte. Gemäss Angaben der Parteien verfügt 20 Minuten auf dem Regionalmarkt Zürich zurzeit über einen Marktanteil von [...]%. Bei gegebener Definition des sachlich relevanten Marktes (alle Printmedien; vgl. Ziff. 73)

würde aus dem Zusammenschluss strikt formell betrachtet eine Marktanteilsaddition resultieren, welche den Anteil der Tamedia am Regionalmarkt Zürich gemäss Parteiangaben auf 41% erhöhen würde.

135. Wie bereits in Ziffer 115 gezeigt wurde, ist die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts jedoch bloss ein (Hilfs-)Konstrukt, das enger oder weiter ausgesteckt werden kann. Tatsache ist, dass selbst Printerzeugnisse untereinander je nach zu bewerbendem Produkt beziehungsweise anzusprechender Zielgruppe unterschiedlich starke beziehungsweise schwache Substitute darstellen.[12] Insofern ist aus einer praktischen (werbetechnischen) Sicht fraglich, ob es im Falle der Akquisition von "20 Minuten" bei den unterschiedlich positionierten und somit zum Teil schwächer substituierbaren beziehungsweise komplementären Titeln der Tamedia (insbesondere "Tages-Anzeiger", "SonntagsZeitung" und neu "20 Minuten") tatsächlich zu einer solchen Marktanteilsaddition kommen würde. Es kann sogar weiter gefragt werden, ob das Bestimmen von Marktanteilen und ein entsprechendes Abstützen auf dieselben angesichts der äusserst dynamischen und vielfältigen Substitutionsbeziehungen stärkeren und schwächeren Grads vorliegend tatsächlich aussagekräftig ist. In den nachfolgenden drei Ziffern sollen der Vollständigkeit halber trotzdem noch einige Überlegungen zu den angegebenen Marktanteilen der Hauptkonkurrenten im Regionalmarkt Zürich angebracht werden:

136. Der Zeitungspool Nordostschweiz, als von den Parteien grösster ausgewiesener Konkurrent, erreicht sehr hohe Streudichten in den WG 42 (Schaffhausen) und 44 (Thurgau) sowie in den östlichen Teilen des WG 43 (Zürich). Um den gesamten Regionalmarkt Zürich abzudecken, bedarf es aber der Belegung weiterer Titel. Im WG 41 (Aargau) sind mit den Titeln der AZ Medien Gruppe ("Aargauer Zeitung", "Aargauer Woche", "Badener Woche") gute Ausweichmöglichkeiten zu den Titeln der Tamedia vorhanden. Das entscheidende Problem liegt hier im so genannten "Millionenzürich", in dem die Tamedia infolge ihrer Kontrolle über den "Zürich Express", den "Tages-Anzeiger" und allenfalls "20 Minuten" praktisch unverzichtbarer Werbepartner wird. Einzig die "NZZ" kann in Bezug auf klar segmentierte Zielgruppen als Ausweichmöglichkeit in Betracht gezogen werden. Angesicht dieser Umstände ist es fraglich, ob es sich rechtfertigt, dem Nordostschweiz-Zeitungspool einen Marktanteil von 18% auf dem gesamten Gebiet des Regionalmarktes Zürich zuzubilligen.

[12] Vgl. z.B. RPW 2000/3, S. 424, Rz. 44 und Rz. 48 ("Berner Oberland Medien AG"); diese Ansicht hat sich überdies durch die mit Vertretern der Medienbranche geführten Gespräche seitens des Sekretariats bestätigt.

137. Der NZZ Verlag mit seinen Titeln "NZZ" und "St. Galler Tagblatt"[13] erreicht flächendeckend Streudichten, die regionale Werbung zulassen. Es sei hier aber bemerkt, dass das "St. Galler Tagblatt" ausschliesslich im Wirtschaftsgebiet 44 präsent ist und kein Pool mit der "NZZ" besteht. Die Titel müssten zusammen belegt werden, was aufgrund der geografischen Überschneidungen evtl. Effizienzverluste mit sich bringen würde. Ausserdem bietet sich hier wiederum das Problem, dass mit der "NZZ" nur klar segmentierte Zielgruppen angesprochen werden können. Auch hier scheinen die 11% Marktanteil eher grosszügig bemessen.

138. Die AZ Medien Gruppe ist mit ihren drei Titeln bloss im WG 41 präsent. In allen anderen Gebieten des Regionalmarktes Zürich sind Werbende auf andere Titel angewiesen. Hier stellt sich also wiederum das Problem des werbetechnisch wichtigen Millionenzürich, in dem Tamedia praktisch unausweichlicher Medienpartner ist. Angesichts dieser Tatsache und der weit tiefer angesetzten Marktanteilsschätzung der AZ Medien Gruppe geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass der von den Parteien angegebene Marktanteil der Konkurrenten stark überhöht ist.

139. Mit Blick auf das bereits in Ziffer 135 Gesagte (z.T. komplementärer Charakter der Tamedia-Titel einerseits und "20 Minuten" als Pendlerzeitung andererseits) erschien dem Sekretariat im Rahmen der vorläufigen Prüfung ein anderer Aspekt als potenziell problematisch zu sein: Durch die Akquisition von "20 Minuten" avanciert Tamedia auf dem Regionalmarkt Zürich zum praktisch kompletten Multimediaanbieter.

140. Gemäss konstanter Praxis der Wettbewerbskommission werden die Substitutionsbeziehungen zu anderen Werbeträgern und deren Wirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der aktuellen Konkurrenz gewürdigt (vgl. Ziff. 73). Gleichzeitig ist zu beachten, dass selbst diejenigen Werbeträger, welche vorläufig zu einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst wurden (Anzeigen in Printmedien) unterschiedlich starke beziehungsweise schwache Substitutionsbeziehungen aufweisen. So wird zum Beispiel eine Pendlerzeitung wie 20 Minuten aufgrund ihrer durchwegs jungen und mobilen Leserschaft auf dem Werbemarkt anders wahrgenommen als eine Tageszeitung vom Format der NZZ. Um die Wettbewerbsverhältnisse etwas differenzierter darstellen zu können, sei folgende Übersicht betreffend von der Tamedia auf dem Regionalmarkt Zürich kontrollierte Werbeträger nach erfolgter Akquisition von "20 Minuten" hilfreich. Die Angaben in der unteren Zeile entsprechen den Marktanteilen des von der Tamedia kontrollierten Mediums, wobei die jeweilige Werbeträgerkategorie als eigener (Sub-)Markt anzusehen ist:

Tamedia als Multimediaanbieter im Regionalmarkt Zürich				
Tages-zeitungen	**Gratis-anzeiger**	**Pendler-zeitungen**	**Radio**	**Fern-sehen**
"Tages-Anzeiger"	"Zürich Express"	"20 Minuten"	"Radio 24"	"Tele Züri"
keine Angaben, aber mit Abstand stärkster Titel in der Region (vgl. oben stehende Ausführungen)	Einziger Gratisanzeiger im Millionenzürich	100%	28%	63%

Die Marktanteilsangaben in der unteren Zeile entsprechen Parteiangaben. In den Sub-Märkten Radio und TV gaben die Parteien an, folgende Konkurrenten (inkl. Marktanteile) zu haben:

Radio Argovia: **24%** Radio Z: **19%** Radio Zürisee: **11%**

Tele Top: **19%** Tele M1: **15%** Tele Tell: **4%**

"Radio Argovia" gehört zur AZ Medien Gruppe. "Radio Z" gehört der Radio Z AG, Zürich. "Radio Zürisee" wird von der Zürichsee Medien AG kontrolliert, welche auch die "Zürichsee Zeitung" herausgibt.

"Tele Top" gehört der Tele Top AG, Winterthur. "Tele M1" und "Tele Tell" werden beide von der AZ Medien Gruppe kontrolliert.

Auf dem Regionalmarkt Zürich existieren somit folgende Multimedia-Anbieter, welche die Tamedia konkurrenzieren:

AZ Medien Gruppe (Print: "Aargauer Zeitung", "Aargauer Woche", "Badener Woche"; Radio: "Radio Argovia"; TV: "Tele M1", "Tele Tell")

Zürichsee Medien AG (Print: "Zürichsee Zeitung" als Teil des Zeitungspools Nordostschweiz; Radio: "Radio Zürisee")

Diese beiden Hauptkonkurrenten sind somit in bloss drei (AZ Medien Gruppe) beziehungsweise zwei (Zürichsee Medien AG) der oben definierten Sub-Märkte vertreten, während die Tamedia über ein alle Sub-Märkte umfassendes Angebot verfügt. Ausserdem ist sie in den Sub-Märkten Tageszeitungen, Pendlerzeitungen und TV sowie bei den Gratisanzeigern im Millionenzürich klar marktführend und im Sub-Markt Radio in einer ihren jeweils stärksten Konkurrenten ebenbürtigen Position. Hinzu kommt, dass die Sendegebiete von "Tele M1" sowie "Tele Tell" als auch das Verbreitungsgebiet von "Radio Argovia" vom hier interessierenden Regionalmarkt praktisch ausschliesslich das WG 41 abdecken, während "Tele Züri" und "Radio 24" fast flächendeckend empfangbar sind. Speziell für das werbetechnisch wichtige Mil-

lionenzürich bedeutet dies, dass auch die AZ Medien Gruppe keine Ausweichmöglichkeit zu Tamedia darstellt. Die Zürichsee Medien AG kann selbst als Multimedia-Anbieterin keine wirklich disziplinierende Wirkung auf Tamedia ausüben, da ihr Anteil (ausserhalb des Zeitungspools Nordostschweiz) am gesamten Regionalmarkt Zürich gemäss eigenen Schätzungen lediglich **3%-5%** beträgt.

141. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens befürchtete das Sekretariat aufgrund oben stehender Tatsachen, dass es der Tamedia auf dem Regionalmarkt Zürich möglich sein könnte, ihr Portfeuille an Werbeträgern gezielt und mit einer beachtlichen Hebelwirkung mittels zum Beispiel rabattierter Bündelung von entsprechenden Angeboten zulasten ihrer verbleibenden Konkurrenten einzusetzen.

142. Die Abklärungen des Sekretariats im Rahmen der vertieften Prüfung (Umfragen bei Verlagshäusern, Fernsehgesellschaften, Radiosendern sowie Kinobetreibern einerseits sowie Interviews mit Werbeauftraggebern und Medienagenturen andererseits) haben indes ergeben, dass das Bündelungspotenzial verschiedener Werbeträger innerhalb eines Portfeuilles seitens des Sekretariats im Rahmen der vorläufigen Prüfung überschätzt wurde. Im Bereich der kommerziellen Werbung stellen nach Angaben der Werbewirtschaft gezielt gebündelte und mit Rabatten versehene Angebote eine Ausnahmeerscheinung dar. In den meisten Fällen, in denen eine Werbekampagne (i.S. eines Mediamix) gezielt "aus einer Hand" zusammengestellt werden, geschieht dies auf expliziten Wunsch und mittels Kontaktnahme durch den Kunden. Es handelt sich um zeitlich begrenzte Sonderaktionen und nicht strategisch langfristig ausgelegte Kampagnen mit entsprechend grossen Budgets. Insbesondere haben die Gespräche mit den Medienagenturen verdeutlicht, dass die Kundenbedürfnisse (bzw. die Eigenschaften der zu bewerbenden Produkte oder Dienstleistungen sowie die zur Verfügung stehenden Werbeetats) derart individuell ausfallen, dass es sich seitens der Medienhäuser im "Cross-Media"-Bereich gar nicht rechnen würde, standardisierte Angebotsbündel zu unterhalten, welche die vom Sekretariat befürchteten Auswirkungen auf das regionale Werbegeschehen entfalten könnten. Die Bündelung findet mit anderen Worten kaum auf Verlegerseite statt, sondern höchstens auf Seite der Nachfrager, denn die Werbekampagnen sind im Allgemeinen zu heterogen, als dass sich standardisierte Angebotsbündel für die Verleger lohnen würden.

143. Im Rahmen der durch das Sekretariat versandten Fragebogen an Radiosender wurde seitens mehrerer im Raum Zürich ansässiger Stationen Bedenken zur Akquisition von "20 Minuten" durch Tamedia geäussert. Die Befürchtungen gehen dahin, dass Tamedia bestrebt sein könnte, nach erfolgter Akquisition "20 Minuten" im Sinne des crossmedialen Hörermarketings sowie crossmedialer Veranstaltungspromo-

tion exklusiv zu Gunsten von "Radio 24" zu nutzen und somit den konkurrenzierenden Radiosendern den Zugang zu diesem Titel zu verweigern. In der Darstellung der betroffenen Radiosender stellt "20 Minuten" die einzige von Tamedia unabhängige Tageszeitung dar, welche sich (aufgrund ihres mit den betroffenen Radiostationen vergleichbar jungen Zielpublikums) für solche crossmediale Zusammenarbeit eigne. Bei näherem Betrachten der Problematik war jedoch festzustellen, dass mit "NZZ Ticket" sowie diversen unabhängigen Szene-, Ausgeh- und Jugendzeitschriften durchaus Alternativen zu "20 Minuten" bestehen. Ausserdem wird Eventwerbung oft auch über Plakate beziehungsweise Internet geschaltet, weshalb die Printtitel der Tamedia nicht unausweichlich sind.

144. Die Gespräche mit den Vertretern der Medienbranche haben ausserdem gezeigt, dass der Wettbewerbsdruck, der von alternativen Werbeträgern (also solchen, die als "schlechtere Substitute" nicht dem hier eng abgegrenzten sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind; insbesondere: Plakat, Direct Mail, Internet) ausgeht, nicht unterschätzt werden darf. Auch wenn in einer spezifischen Kampagne das Plakat zum Beispiel ein schlechtes Substitut zum "Tages-Anzeiger" darstellen mag, kann im nächsten Fall (anderes Produkt bzw. andere Zielgruppe) genau das Gegenteil der Fall sein (Ziff. 135). Aus diesem Grund kann davon ausgegangen werden, dass eine Art "Grundaustauschbarkeit" der einzelnen Werbeträger besteht, welche für Wettbewerbsdruck sorgt, auch wenn die Austauschbarkeiten je nach Werbekampagne (detailliert betrachtet) ganz unterschiedlich auszufallen vermögen.

145. An dieser Stelle sei ausserdem erwähnt, dass die Stellung der (beratenden und von den Medienhäusern unabhängigen) Medienagenturen als Marktgegenseite nicht unterschätzt werden darf. Als solche kommt den Agenturen bei der Auswahl der geeigneten Werbeträger eine entscheidende Rolle zu. In dem durch transparente Leistungserfassung (seitens Mediaforschunginstituten, Verbänden, Mediaagenturen und auch der Medienhäuser selbst) gekennzeichneten Printmarkt kommt den vermittelnden Agenturen eine wichtige Kontrollfunktion zu. Leistungsfremdes (monopolistisches oder sonstig missbräuchliches) Verhalten würde gemäss Angaben aus der Branche rasch erkannt und entsprechend (durch Nichtbelegung entsprechender Titel o.ä.) auf die veränderten Bedingungen reagiert. Selbst bei weitgehend monopolartigen Situationen (wie dies vor dem Markteintritt von "20 Minuten" auf dem Regionalmarkt Basel und nach dem Zusammenschluss zwischen den "Basler Nachrichten" und der "Nationalzeitung" weitgehend der Fall war) bestehe aufgrund des Vorhandenseins alternativer und unabhängiger Werbeträgerformen ein gewisser Wettbewerbsdruck beziehungsweise disziplinierende Wirkung, welche im Endeffekt zu einer Selbstregulierung der Verhaltensweisen der Verlagshäuser führe. Es ist deshalb aufgrund der weiterführenden Abklärungen im Rahmen der vertieften Prüfung zusammenfassend davon auszugehen,

dass sich Tamedia nach erfolgter Akquisition von "20 Minuten" auf dem Regionalmarkt Zürich aufgrund folgender (oben ausgeführter) Überlegungen nicht unabhängig von ihrer Konkurrenz (inkl. alternativer Werbeträgerformen) verhalten kann:

- geringe Marktanteilsadditionen infolge schwacher Substituierbarkeit beziehungsweise zum Teil Komplementarität der involvierten Titel
- Fehlen von wettbewerbsrechtlich problematischen Bündelungs- beziehungsweise Koppelungsmöglichkeiten trotz reichhaltigem Portfolio an Werbeträgern
- Wettbewerbsdruck durch unabhängige Printmedien ("NZZ", "NZZ Ticket", "Zürich Unterländer", "Zürich Oberländer") sowie Werbeträger, die zwar nicht dem sachlich relevanten Markt zuzurechnen sind, auf die von der Tamedia kontrollierten Medien aber disziplinierende Wirkung zu entfalten vermögen
- Vorhandensein einer starken (gut organisierten und bei der Werbeträgerwahl entscheidenden) Marktgegenseite, die in dem weitgehend transparenten Werbemarkt für Kontrolle der Verhaltensweisen der beteiligten Verlagshäuser (vorliegend Tamedia) sorgen kann.

Die genannten Gründe führen in ihrer Gesamtheit dazu, dass sich Tamedia auf dem Regionalmarkt Zürich nicht unabhängig von ihrer Konkurrenz und der Marktgegenseite verhalten kann.

146. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass der Zusammenschluss auf dem Regionalmarkt Zürich zu keiner marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Parteien führt, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte (Art. 10 Abs. 2 KG).

II. Potenzieller Wettbewerb

147. Da sich bereits gezeigt hat, dass auf dem Regionalmarkt Zürich genügend aktuelle Konkurrenz besteht, um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschliessen, kann auf eine Darstellung allfälliger potenzieller Konkurrenten verzichtet werden.

B.5 Schlussfolgerungen

148. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten hat ergeben, dass der Zusammenschluss in Bezug auf die Parteien Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann. Betreffend Beteiligung der Berner Zeitung AG beginnt die Frist gemäss Artikel 20 VKU gemäss Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. August 2003 gestützt auf wesentliche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse durch die Beteiligung der Espace Media Groupe an der Bund Verlag AG gemäss Artikel 21 VKU neu zu laufen (siehe Ziff. 127). Demzufolge

gilt für diesen Teil des Zusammenschlussvorhabens (Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG) weiterhin das Vollzugsverbot gemäss Artikel 32 Absatz 2 KG.

C. Kosten

149. Gestützt auf die KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat (Artikel 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher sind im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, die Verfügungsadressaten, anzusehen.

150. Nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c KG-Gebührenverordnung entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorprüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben hat. Dies war im vorliegenden Verfahren nicht der Fall, so dass von der Gebührenpflicht der beteiligten Unternehmen auszugehen ist.

151. Gemäss Artikel 4 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 130.- gilt. Der Zeitaufwand für die Bearbeitung des Zusammenschlussvorhabens belief sich auf insgesamt [...] Stunden. Daraus ergibt sich eine Gebühr von CHF [...], zuzüglich einer Pauschale von CHF [...] gemäss Artikel 5 KG-Gebührenverordnung für Porti, Telefon und Kopien. Die Kosten belaufen sich damit insgesamt auf CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Tamedia AG beziehungsweise deren Tochtergesellschaft Express Zeitung AG darf die Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG gemäss dem in Ziffer 20 vorstehend geschilderten Ablauf ohne Auflagen und Bedingungen erwerben.

2. Der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vom 21. März 2003 unterliegt weiterhin dem Vollzugsverbot von Artikel 32 Absatz 2 KG, nachdem die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens gemäss Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 25. August 2003 neu zu laufen beginnt.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 51 und 55 KG belegt werden.

4. [Kosten]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]

B 3	**Rekurskommission für Wettbewerbsfragen** Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	**6. Cornèr Banca SA/Telekurs Multipay AG, Wettbewerbskommission**

Beschwerdeentscheid vom 22. Dezember 2003 in Sachen Cornèr Banca SA (Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerde vom 15. September 2003) gegen Telekurs Multipay AG (Beschwerdegegnerin) und Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 1. September 2003) betreffend vorsorgliche Massnahmen

Es hat sich ergeben:

A. Die Cornèr Banca SA, Lugano, offeriert Warenhändlern und Dienstleistungserbringern, die über das Visa- und MasterCard-Kreditkartennetz Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr wünschen, Kreditkarten-Annahmeverträge (sog. "Akzeptanzverträge"). Darin garantiert sie die Bezahlung des vom Kreditkarteninhaber geschuldeten Kaufpreises, sofern bestimmte Sicherheitsvorkehren eingehalten sind; als Gegenleistung haben ihr die Vertragspartner eine Kommission (berechnet als Prozentsatz des Verkaufspreises) sowie (bei elektronischer Übermittlung der Transaktionsdaten) eine Kommunikationsgebühr zu entrichten.

Am 6. Juni 2003 machte die Cornèr Banca SA das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) auf eine angeblich gegen sie gerichtete Preisunterbietung im "Kreditkarten-Acquiring-Geschäft" aufmerksam. Als Beweismittel reichte sie ein Schreiben der Telekurs Europay AG (umfirmiert in: Telekurs Multipay AG) vom 2. Juni 2003 ein, wonach diese einer namentlich nicht bezeichneten Restaurantkette für Visa- und MasterCard einen günstigeren Akzeptanzvertrag anbot.

Am 26. Juni 2003 teilte das Sekretariat der Telekurs Holding AG zum Marktauftritt ihrer Tochtergesellschaft mit, die neu angebotenen, sehr tiefen Kommissionssätze für das Acquiring von Visa- und MasterCard-Kreditkarten könnten missbräuchlich sein. Gleichzeitig wurde die Telekurs Holding AG aufgefordert, Fragen zum Vorwurf der Preisunterbietung zu beantworten.

Am 27. Juni 2003 informierte das Sekretariat die Cornèr Banca SA, es habe gestützt auf den gemeldeten Sachverhalt eine kartellgesetzliche Marktbeobachtung eröffnet.

Mit Eingabe vom 7. Juli 2003 ersuchte die Cornèr Banca SA, vertreten durch Fürsprecher [...], das Sekretariat, gegen die Telekurs Multipay

AG ein Fusionskontrollverfahren einzuleiten und abzuklären, ob diese nach Erwerb der "Aktiven des Visa-Acquiring-Geschäfts der UBS Card Center AG (UCC)" die kartellgesetzliche Meldepflicht verletzt habe. Im Wesentlichen beklagte die Cornèr Banca SA die bis Ende Juni 2003 zahlreich gekündigten Akzeptanzverträge sowie die damit verbundenen Umsatzverluste. Diese Geschäftsentwicklung führte die Cornèr Banca SA auf eine angeblich aggressive Preisstrategie der Telekurs Multipay AG zurück, welche darauf gerichtet sei, sie mit nicht mehr Kosten deckenden Angeboten (sog. "*predatory pricing*") aus dem Markt zu drängen, um ein Monopol zu errichten. Ferner warf die Cornèr Banca SA der Telekurs Multipay AG vor, den Zugang zu den Debitkarten ec/Maestro von unzulässigen Koppelungsgeschäften (Abschluss von VISA/MasterCard Dualverträgen) abhängig zu machen und den abzuwerbenden Kunden eine "gebührenfreie Uminitialisierung" der Kreditkartengeräte anzubieten. Deshalb beantragte die Cornèr Banca SA zusätzlich die Eröffnung einer Untersuchung und den Erlass folgender vorsorglicher Massnahmen:

> "1. Es sei Telekurs Multipay, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, vorsorglich zu untersagen, andere als die bereits am 30. Juni 2003 bestehenden Verträge "über das bargeldlose Zahlen von Waren und Dienstleistungen mit den von Telekurs Multipay angebotenen Debit- und Kreditkarten" zu vollziehen, insbesondere per 1. Juli 2003 mit neuen Vertragspartnern Verträge "über das bargeldlose Zahlen von Waren und Dienstleistungen mit den von Telekurs Multipay angebotenen Debit- und Kreditkarten" abzuschliessen und/ oder die Rechte und Pflichten aus diesen Verträgen zu erfüllen.
>
> 2. Es sei Telekurs Multipay, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, zu verpflichten, Vertragspartner, die per 1. Juli 2003 mit Telekurs Multipay einen Vertrag "über das bargeldlose Zahlen von Waren und Dienstleistungen mit den von Telekurs Multipay angebotenen Debit- und Kreditkarten" abgeschlossen haben, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus diesem Vertrag zu entlassen.
>
> 3. Es seien Telekurs Multipay, vgt., und Telekurs Card Solution, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, zu verpflichten, ab sofort die technische Umrüstung von Kreditkartengeräten bei Händlern (Uminitalisierung) "at arms length" in Rechnung zu stellen, das heisst zu den gleichen kommerziellen Bedingungen wie bei Händlern, die keine Kreditkarten-

Acquiring-Verträge mit Telekurs Multipay abgeschlossen haben.

4. Es sei die Telekurs Multipay, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, zu verpflichten, ab sofort Dualverträge für VISA/MC zu den gleichen kommerziellen Konditionen anzubieten, unabhängig davon, ob der Kunde gleichzeitig einen ec/ Maestro-Vertrag abschliesst.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Zur Begründung führte die Cornèr Banca SA weiter aus, die anbegehrten Massnahmen stünden vorab im öffentlichen Interesse: der Ausbau der marktbeherrschenden Stellung der Telekurs Multipay AG "durch die Integration des VISA-Acquiring-Geschäfts der UCC" fügten ihr gewaltige Umsatzverluste zu und führten zu ihrer vollständigen Verdrängung aus dem Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft. Zudem bewirke dieser Ausbau eine nachhaltige, nicht mehr umkehrbare Veränderung der Marktstrukturen im Kreditkarten-(Akzeptanz-)Geschäft. Denn sie sei die einzige Garantin für minimalen Wettbewerb, zumal andere "Acquirer" auch zusammengenommen nur marginale Bedeutung hätten.

Am 23. Juli 2003 nahm die Telekurs Holding AG, vertreten durch Rechtsanwalt [...], namens der Telekurs Multipay AG zu den Fragen Stellung. Sie widersprach der Behauptung, wonach die angebotenen Kommissionssätze besonders tief und gezielt gegen die Cornèr Banca SA ausgerichtet seien. Richtig sei vielmehr, dass auf dem inländischen "Kreditkarten Acquiringmarkt" auch ausländische Unternehmen aktiv aufträten. Angesichts des sehr kompetitiven Marktumfeldes ergäben sich keine einseitigen Marktanteilsverschiebungen bloss zu ihren Gunsten. Im Übrigen stehe der geäusserte Vorwurf im Widerspruch zu den Behauptungen der Wettbewerbskommission in der Verfügung vom 18. November 2002 betreffend die Nichtdiskriminierungsklausel, wonach auf dem in Frage stehenden Markt kein Wettbewerb sondern ein "natürliches Parallelverhalten" herrsche.

Nachdem das Sekretariat der Cornèr Banca SA am 11. Juli 2003 Gelegenheit zur Vervollständigung des Gesuchs eingeräumt hatte, nahm diese mit Eingabe vom 28. Juli 2003 dazu Stellung. Insbesondere beantragte sie den Beizug der Akten aus den hängigen Untersuchungsverfahren betreffend "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft" und "Kreditkarten-Interchange fees". Die marktbeherrschende Stellung der Telekurs Card Solutions AG im Terminalgeschäft, das Monopol der Telekurs Multipay AG im Debitkartenbereich sowie deren Marktbeherrschung im "Kreditkartenacquiring" und die daran geknüpften Missbräuche verunmöglichten seit anfangs Juni 2003 "gesunden" Wettbewerb.

Vom Sekretariat zur Stellungnahme aufgefordert, beantragte die Telekurs Multipay AG mit Eingabe vom 26. Juli 2003:

> "1. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin sei nicht einzutreten;
>
> 2. Auf die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise einer Untersuchung gegen die Gesuchsgegnerin wegen Verletzung des Kartellgesetzes sei zu verzichten;
>
> 3. Es seien keine vorsorglichen Massnahmen gegen die Gesuchsgegnerin anzuordnen.
>
> Eventuell: die Gesuchstellerin sei zur Leistung einer Sicherheit in Form einer unwiderruflichen und unbedingten Bankgarantie einer schweizerischen Grossbank zu Gunsten der Gesuchsgegnerin im Betrag von CHF [...] Mio. zu verpflichten;
>
> alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

Zur Sache wurde festgehalten, entgegen den Behauptungen der Cornèr Banca SA herrsche intensiver Wettbewerb im Kreditkartensegment des hier sachlich relevanten Marktes für Zahlungsmittel. Die beanstandeten Konditionen seien wettbewerbsorientiert und nicht auf ein systematisches Unterbieten der Cornèr Banca SA ausgelegt. Ferner werde die Dienstleistung ec/Maestro unabhängig von "Kreditkarten-acquiring-Dienstleistungen" modular angeboten und auch das Terminal-Geschäft werde "acquirer-neutral" betrieben. In rechtlicher Hinsicht begründete die Telekurs Multipay AG einlässlich, dass weder die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung noch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben seien.

B. Am 1. September 2003 wies die Wettbewerbskommission mit einem als Verfügung bezeichneten Schreiben die beantragten vorsorglichen Massnahmen ab. Gleichzeitig sistierte sie das Verfahren im Kostenpunkt und stellte einen entsprechenden Entscheid in Aussicht.

Zur Begründung hielt die Wettbewerbskommission fest, zurzeit seien weder eine Vorabklärung noch eine Untersuchung eröffnet. Die Befugnis, ein Massnahmegesuch zu behandeln, hänge nicht von der Eröffnung einer Vorabklärung ab. Hingegen dürften vorsorgliche Massnahmen nur im Rahmen einer Untersuchung angeordnet werden. Ob eine solche hier zu eröffnen sei, stehe in engem Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen, insbesondere mit der Frage der günstigen Entscheidprognose. In diesem Zusammenhang habe sich mit der Übernahme des "VISA-Acquiring-Geschäftes der UCC" im Mai 2003 die Situation auf dem Acquiring-Markt für die Kreditkartensysteme VISA und MasterCard drastisch verändert, da die Telekurs Multipay AG über Marktanteile für MasterCard von 90%-100% und neu für VISA

von 50%-60% verfüge. Angesichts der zunehmenden Wichtigkeit des *dualbranding* und der massiv veränderten Marktanteile sei eine marktbeherrschende Stellung der Telekurs Multipay AG im "Acquiring-Geschäft" für VISA und MasterCard glaubhaft. Lägen die beanstandeten Angebote unter den Selbstkosten, könnte dies für eine missbräuchliche Wettbewerbsbeschränkung sprechen, was hier aber nur ungenügend substanziiert worden sei. Zudem erscheine die vermutete Strategie eines *predatory pricing* als unwahrscheinlich. Auch der Vorwurf, wonach die Telekurs Multipay AG ihre angeblich marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zum Debitkartenzahlungsverkehr unzulässig ausnütze, sei nicht genügend substanziiert. Schliesslich sei auch bezüglich der Uminitialisierung von Terminals weder die marktbeherrschende Stellung der Telekurs Card Solutions AG noch ein missbräuchliches Verhalten glaubhaft gemacht.

Des Weiteren drohten keine nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile für den wirksamen Wettbewerb. Die Verluste der Cornèr Banca SA seien als normale Marktverluste hinzunehmen. Angesichts der alljährlichen Kündigungstermine für "Acquiring-Verträge" jeweils per 30. Juni sei eine Veränderung der Marktstrukturen in den nächsten Monaten nicht zu erwarten. Selbst wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt wären, könnte den vorsorglichen Massnahmen ohnehin nicht entsprochen werden, weil ein Einfrieren des Kundenbestandes in keinem Verhältnis zum verfolgten Zweck stünde.

Sei keine der erforderlichen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegeben, brauche auch keine Untersuchung eröffnet zu werden. Immerhin würden die erhobenen Vorwürfe im Rahmen einer Vorabklärung weiterverfolgt.

C. Dagegen erhob die Cornèr Banca SA (Beschwerdeführerin), vertreten durch Fürsprecher [...], am 15. September 2003 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit dem Antrag, "die Verfügung der Weko vom 1. September 2003" sei aufzuheben und das Verfahren "zur Abnahme der bereits bei der Vorinstanz beantragten Beweismassnahmen" an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zusätzlich wiederholt die Beschwerdeführerin die am 7. Juli 2003 gestellten Anträge im Sinne von Eventualbegehren. Zur Begründung bringt sie vor, der angefochtene Akt sei ein Endentscheid, der sie insofern beschwere, als das Vorgehen der Telekurs Multipay AG zu gravierenden und irreversiblen Strukturveränderungen auf dem "Kreditkarten-Acquiring Markt" führe und zudem ihre wirtschaftliche Existenz auf diesem Markt gefährde.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt und den Sachverhalt unvollständig festgestellt, indem diese die erhobene Rüge, wonach die Angebote der Telekurs Multipay AG die Selbstkosten unterschritten, als ungenügend substanziiert erachtet habe, ohne erhebliche Beweisanträge zu be-

rücksichtigen. Auch bei der Abklärung der Koppelungsgeschäfte und der Uminitialisierung von Kreditkartengeräten sei die Vorinstanz fehlerhaft vorgegangen.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, die Wettbewerbskommission widerspreche sich, indem sie es als fraglich erachte, dass die Telekurs Multipay AG nach erfolgreicher Verdrängung inländischer Konkurrenz die Preise wieder anheben werde, gleichzeitig aber ernsthafte potenzielle Konkurrenz infolge hoher Markteintrittsbarrieren ausschliesse. Gerade dieser Umstand spräche eher dafür, dass die Telekurs Multipay AG nach erreichter Monopolstellung die Preise anheben werde. Rechtsverletzend sei zudem das Vorgehen der Vorinstanz, einzig zu prüfen, ob die Angebote der Telekurs Multipay AG unter den Selbstkosten liegen, nachdem festgehalten wurde, dass gerade dieser Umstand keine gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung bilde. Vielmehr wäre zu klären gewesen, ob die Telekurs Multipay AG eine günstigere Kostenstruktur aufweise als sie. Verfehlt sei es, die letztlich durch das Verhalten der Telekurs Multipay AG ausgelöste Kündigungswelle als "normale Marktverluste" zu bezeichnen, nachdem ihre "weitere Existenz ... in diesem Markt unter normalen Umständen ernsthaft gefährdet wäre." Vorliegend drohe sie als einzige Konkurrentin aus dem relevanten Markt gedrängt zu werden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz halte die Kündigungswelle an, weshalb die beantragten vorsorglichen Massnahmen dringlich anzuordnen seien, zumal sie verhältnismässig seien. Schliesslich hätte die Frage der Uminitialisierungskosten als unzulässiger "Lockvogel" und nicht verharmlosend als "Marketingentscheidung" beurteilt werden müssen.

D. Mit Vernehmlassung vom 6. Oktober 2003 beantragt die Wettbewerbskommission, die Beschwerde vom 15. September 2003 vollumfänglich abzuweisen und die Verfügung vom 1. September 2003 zu bestätigen. Zur vorgeworfenen Verletzung des rechtlichen Gehörs hält die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin übersehe, dass der Sachverhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur summarisch und ohne weitere Beweiserhebungen abzuklären und prima facie zu beurteilen sei. Dem Gesuch sei nicht stattgegeben worden, weil keine der vier kumulativen Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen (1. günstige Entscheidprognose, 2. ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, 3. Dringlichkeit und 4. Verhältnismässigkeit) erfüllt gewesen sei. Zudem sei Zurückhaltung geboten, da verwaltungsrechtliche vorsorgliche Massnahmen vorab dem Schutz des öffentlichen Interesses am wirksamen Wettbewerb und nicht rein privaten Interessen dienten. Hier sei entgegen den Aussagen der Beschwerdeführerin die angeblich marktbeherrschende Stellung der Telekurs Multipay AG nie festgestellt sondern lediglich für glaubhaft erachtet worden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege nicht vor, da von ihr im Rahmen eines summarischen Verfahrens nicht verlangt werden könne, die

Preisanalyse auf weitere Zahlen (z.B. gestützt auf Zeugenaussagen) zu stützen als den von den Parteien gelieferten. Es sei glaubhaft, dass die "Preise" der Telekurs Multipay AG weder unter den variablen noch unter den fixen durchschnittlichen Kosten liegen, zumal gewisse "Cross-border Acquirer" teilweise tiefere Kommissionen vereinbarten. In diesem Zusammenhang sei auch keine Tiefpreisstrategie der Telekurs Multipay AG glaubhaft gemacht worden. Betreffend die angeblich missbräuchlichen Koppelungsgeschäfte seien keine schriftlichen Beweise zu den gerügten Preisdifferenzen eingereicht worden; diese seien auch nicht a priori missbräuchlich sondern könnten aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein. Die vorhandenen Akten deuteten auf einen aggressiven Wettbewerb zwischen den "Acquirern" hin.

Der Vergleich zwischen den Verlusten der Beschwerdeführerin und der Telekurs Multipay AG bezwecke nicht, ein allfälliges missbräuchliches Verhalten zu rechtfertigen, sondern zeige, dass sich der Markt bewege und keine einseitigen Marktanteilsverschiebungen zu Gunsten der Telekurs Multipay AG vorlägen. Die Strukturen im "Acquiring-Markt" hätten sich zwar verändert. Doch sei dies nicht auf ein missbräuchliches Verhalten, sondern auf die nicht meldepflichtige Übernahme der UCC durch die Telekurs Multipay AG zurückzuführen. Das Einfrieren von Kundenstämmen sei unverhältnismässig und könne, weil es dem Schutze von Privatinteressen diene, im Verwaltungsverfahren nicht verlangt werden.

Eine Untersuchung würde eröffnet, wenn sich anlässlich der Vorabklärung Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Telekurs Multipay AG ergeben sollten. Vorsorgliche Massnahmen würden von Amtes wegen verfügt, wenn per Juni 2004 eine erhebliche Kündigungswelle die Beschwerdeführerin überrollen sollte.

Am 13. Oktober 2003 nahm die Telekurs Multipay AG (Beschwerdegegnerin), vertreten durch Rechtsanwalt [...], zur Beschwerde einlässlich Stellung mit dem Antrag, diese unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Im Wesentlichen bringt die Beschwerdegegnerin vor, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt sondern vielmehr die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen zu Recht verneint. Weder habe Anlass zu Zeugeneinvernahmen bestanden, noch seien Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisunterbietung entdeckt worden. Schliesslich erweise sich auch der "Koppelungsvorwurf bei EC/Maestro" sowie der "Missbrauchsvorwurf bezüglich des Terminal-Geschäfts" als nicht substanziiert. Wie die bei der Vorinstanz eingereichten Vertragskündigungen zeigten, fänden im Marktsegment für das "Acquiring" von Kreditkarten in der Schweiz massive Marktverschiebungen statt. Ihre Umsatzverluste dürften dabei noch wesentlich grösser sein als diejenigen der Beschwerdeführerin.

E. Am 15. Dezember 2003 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 128 II 311 E. 1a; 128 I 46 E. 2a; 121 II 72 E. 1a; 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) 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 (Art. 1).

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. Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht (vgl. Art. 26 KG).

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird (Art. 27 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln sind (Art. 27 Abs. 2 KG). Das Sekretariat gibt die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt (Art. 28 Abs. 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).

Die Wettbewerbskommission beobachtet laufend die Wettbewerbsverhältnisse (Art. 45 Abs. 1 KG). Sie kann den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesonde-

re hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Art. 45 Abs. 2 KG).

1.2. Anfechtungsobjekt im Verwaltungsbeschwerdeverfahren ist die Verfügung (Art. 5 und 44 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021). Demnach sind in Beschwerdeverfahren nur Rechtsverhältnisse zu überprüfen und zu beurteilen, zu denen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich - in Form einer Verfügung - Stellung genommen hat. Nach Artikel 5 Absatz 1 VwVG gelten als Verfügungen grundsätzlich Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und zum Gegenstand haben:

a. Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten

b. Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten oder Pflichten

c. Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren

Soweit ein angefochtener Verwaltungsakt nicht als Verfügung zu qualifizieren ist, fehlt es an einem beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand (vgl. BGE 124 II 361 E. 1c; 122 V 34 E. 2a; 119 Ib 33 E. 1b; 110 V 51 E. 3b, je mit Hinweisen). Hinzuweisen ist, dass die Verfügungsqualität eines Aktes nicht von dessen äusseren Form abhängt (vgl. BGE 125 V 401 E. 4c; 119 V 309 E. 3b; VPB 61.37 E. 2.1).

Daher ist zunächst zu prüfen, ob der hier strittige Verwaltungsakt überhaupt Verfügungscharakter hat, was wiederum davon abhängig ist, ob er im Rahmen eines kartellgesetzlichen *Verwaltungsverfahrens* getroffen worden ist. Mit anderen Worten ist vorab zu klären, ob der angefochtene Akt überhaupt als anfechtbare Verfügung angesprochen werden darf oder ob die Wettbewerbskommission ihre am 1. September 2003 geäusserte Kundgabe, dass vorläufig keine Untersuchung zu eröffnen sei (und deshalb auch keine vorsorglichen Massnahmen anzuordnen seien), fälschlicherweise in Verfügungsform gekleidet hat.

1.2.1. Im angefochtenen Akt vom 1. September 2003 (Rz. 16) erklärt die Wettbewerbskommission, zurzeit sei weder eine Vorabklärung noch eine Untersuchung eröffnet worden. Letztere würde eröffnet, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlägen. In der Vernehmlassung vom 6. Oktober 2003 (Rz. 21) stellt die Vorinstanz die Eröffnung einer Untersuchung sowie den Erlass vorsorglicher Massnahmen in Aussicht, sofern sich die Situation aufgrund einer erheblichen Kündigungswelle zulasten der Beschwerdeführerin dramatisch verändern sollte. Im Begleitschreiben vom 3. September 2003 zur angefochtenen Verfügung erklärt das Sekretariat, es werde

die von der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe im Rahmen der soeben eröffneten Vorabklärung weiterverfolgen.

Somit ist bisher unbestrittenermassen *noch keine* Untersuchung eröffnet worden, in deren Rahmen es *nur* zulässig wäre, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, soweit primär öffentliche Interessen tangiert sind (REKO/WEF FB/2003-11 E. 3.1.1 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, publiziert in: RPW 2003/3, S. 653 ff.). Angesichts dieses Umstandes erging der angefochtene Akt jedenfalls *nicht* als Zwischenverfügung im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens (vgl. dazu die Situation in: REKO/WEF FB/2003-11, a.a.O., E. 3.1; REKO/WEF FB/2002-5 E. 3, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406 ff.; REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1., publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.; REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.3.2, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.).

1.2.2. Im vorliegenden Fall spricht die Beschwerdeführerin das Verfahren, welches in die vermeintliche Verfügung vom 1. September 2003 mündete, im Sinne der Diktion der Vorinstanz als "Verfahren der Marktbeobachtung" nach Artikel 45 KG an und geht davon aus, dass diese Marktbeobachtung erst am 1. September 2003 in eine Vorabklärung nach Artikel 26 KG überführt worden sei.

Dieser Auffassung kann indessen nicht gefolgt werden. Nach Artikel 45 Absatz 1 KG beobachtet die Wettbewerbskommission die Wettbewerbsverhältnisse laufend, um Behörden Empfehlungen geben zu können. Gesetzessystematisch ist diese Norm nicht im 2. Abschnitt des KG eingereiht, welcher unter dem entsprechenden Titel die *Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen* abschliessend regelt. Deshalb ist bereits deswegen die "Marktbeobachtung" nicht als "Verfahren" zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren. Vielmehr ist im vorliegenden Fall das Sekretariat auf Anzeige der Beschwerdeführerin hin aktiv geworden und hat Abklärungen in einem Ausmass getroffen, welche über eine "laufende Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse" (vgl. Art. 45 Abs. 1 KG) hinausgehen.

In diesem Zusammenhang hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Entscheid 99/FB-001 (E. 3.3, publiziert in: RPW 2000/4, S. 703 ff.) festgehalten, dass das KG zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vorsieht: einerseits die "Untersuchung" (Art. 27 ff. KG) und andererseits als Vorstufe dazu die "Vorabklärung" (Art. 26 KG). Altrechtliche "Kurzuntersuchungen", sowie andere Untersuchungstypen, welche den beiden obgenannten Verfahrensformen zuwiderlaufen, sind unzulässig (MARCEL DIETRICH, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 39, Rz. 20; JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, zu Art. 26, Ziff. 1, S. 338 f.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 604 f., 630 ff.).

Aufgrund dieses zweistufigen Verfahrensaufbaus können in einem weitgehend "informellen" Vorabklärungsverfahren, welches vom Sekretariat durchgeführt wird, untersuchungswürdige Fälle ausgesondert, die Eröffnung einer Untersuchung vorbereitet oder den Beteiligten gar Anregungen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen unterbreitet werden. Darin eingeschlossen ist die Möglichkeit, mit den Beteiligten bereits im Rahmen der Vorabklärung eine einvernehmliche Regelung zu erzielen (vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., insbes. S. 602 f.; BORER, a.a.O., zu Art. 26, Ziff. 1, S. 339; sowie ZÄCH, a.a.O., Rz. 608 ff.; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: SPR V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 420 f.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 146). Eingeleitet wird das Verfahren vom Sekretariat von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin (vgl. Art. 26 Abs. 1 KG). Ein Anspruch auf Durchführung einer Vorabklärung besteht indessen nicht (Botschaft, a.a.O., S. 602; PAUL RICHLI, a.a.O., S. 421; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 144).

Im Entscheid 99/FB-001 (a.a.O., E. 3.3) hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ferner fest, dass der Gesetzgeber mit dem zweistufigen Aufbau des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens (Art. 26 ff. KG) zur Überprüfung von Wettbewerbsbeschränkungen hinreichende verfahrensrechtliche Instrumente zum behördlichen Schutz des wirksamen Wettbewerbes geschaffen habe. Insofern lehnte es die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ab, in Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen auf Anzeige hin - neben der Vorabklärung und der Untersuchung - ein weiteres, aussergesetzliches "*summarisches Verfahren*" oder ein dem Zivilprozess angenähertes "*streitiges Verwaltungsverfahren sui generis*" anzunehmen und damit den Kreis der im KG vorgesehenen Verfahrenstypen durch richterrechtliche Lückenfüllung zu erweitern (REKO/WEF 99/FB-001, a.a.O., E. 3.3).

Angesichts dieser Darlegungen ist davon auszugehen, dass das Sekretariat bereits am 26. Juni 2003 mit seiner Aufforderung gegenüber der Telekurs Holding AG zum Marktauftritt ihrer Tochtergesellschaft zum Vorwurf der Preisunterbietung Stellung zu nehmen und recht detailliert Fragen zu beantworten, eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG eröffnete und in der Folge auch durchführte. Daher kann entgegen der Auffassung der Parteien nicht davon gesprochen werden, dass erst seit dem 1. September 2003 eine Vorabklärung durchgeführt wird.

1.2.3. In einem vergleichbaren Fall fasste die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den von der Wettbewerbskommission ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens getroffenen Entscheid, das Gesuch um

Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen, mit Hinweis auf PATRIK DUCREY (Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 3/1998, S. 281 ff., Ziff. III/3b, FN 44), ISABELLE HÄNER (Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR 1997 II, S. 253 ff., Rz. 26 und 141) sowie auf BGE 104 Ib 129 (E. 2) als *verfahrensabschliessende Endverfügung* auf und trat unter diesem Gesichtswinkel auf die Verwaltungsbeschwerde ein (REKO/WEF 99/FB-001, a.a.O., E. 1.2.1).

Die im vorgenannten Entscheid geäusserte Sichtweise, insbesondere die in einem *obiter dictum* ohne nähere Begründung postulierte Anwendung des VwVG im Rahmen von Vorabklärungen (REKO/WEF 99/FB-001, a.a.O., E. 3.3.1), ist von der Lehre kritisiert worden (vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 142 ff., insbes. S. 148 f, S. 154 f. und S. 320 f.; vgl. im Ergebnis gleich: PAUL RICHLI, a.a.O., S. 424 f.). Beide Autoren wenden sich mit guten Gründen gegen die Anwendbarkeit des VwVG in der Vorabklärung nach Artikel 26 KG, da diese als Vorstufe zum formellen Untersuchungsverfahren konzipiert ist und *informelles und kooperatives* (d.h. verfügungsfreies) Staatshandeln ermöglichen soll, weshalb es als "*Nichtverfügungsverfahren*" zu charakterisieren sei (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 425; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 144). Dieser zutreffenden Auffassung schliesst sich auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen an. Insofern kann nicht mehr an der im *obiter dictum* geäusserten Auffassung (REKO/WEF 99/FB-001, a.a.O., E. 3.3.1) festgehalten werden. Daher erlaubt insbesondere der Abschluss einer Vorabklärung beziehungsweise der vorläufige Verzicht auf Eröffnung einer Untersuchung es *nicht*, von einer Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG auszugehen, zumal die Vorabklärung ja *kein* verfügungsmässig abzuschliessendes Verwaltungsverfahren darstellt (STEFAN BILGER, a.a.O., S. 145 f., mit zahlreichen Hinweisen).

1.2.4. Diese Sicht drängt sich umso mehr auf, als das hier strittige Begehren der Beschwerdeführerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Grunde vorab als ein Begehren auf Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens zu werten ist, da nur in dessen Rahmen vorsorgliche Massnahmen getroffen werden dürfen (vgl. Erw. 1.2.1, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Insofern ist die hier strittige Ablehnung des Erlasses vorsorglicher Massnahmen gleichzeitig vorab als Ablehnung der Eröffnung eines kartellgesetzlichen Untersuchungsverfahrens zu werten, in dessen Rahmen erst vorsorgliche Massnahmen zulässig sind.

Daher stellt sich die hier entscheidende Frage auch unter dem Gesichtspunkt, ob die *Nichteröffnung* der Untersuchung eine anfechtbare Verfügung darstellt, wie dies die Wettbewerbskommission im angefochtenen Akt anzunehmen scheint. Im vergleichbaren Zusammenhang hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, als die Eröffnung einer Untersuchung angefochten und deren Einstellung beantragt worden war, der Untersuchungs*eröffnung* die Verfügungsquali-

tät abgesprochen (REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.5., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243; zustimmend: PAUL RICHLI, a.a.O., S. 428). Umgekehrt stellt folglich auch die *Nicht*eröffnung einer Untersuchung keine (anfechtbare) Verfügung dar (explizit: REKO/WEF FB/2003-11, a.a.O., E. 3.2, mit Hinweisen; gleicher Meinung: insbes. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 428 mit weiteren Hinweisen, vgl. FN 58; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 182).

Im Unterschied zum vorliegenden Fall, wo (noch) keine Untersuchung eröffnet worden ist, kann es der Wettbewerbskommission indessen nicht verwehrt sein, auf Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen einzutreten und diese in *Verfügungsform* zu behandeln, sobald eine Untersuchung eröffnet ist und öffentliche Interessen am Schutz wirksamen Wettbewerbs tangiert sind (vgl. RICHLI, a.a.O., S. 473; REKO/WEF FB/2003-11, a.a.O., E. 3.3). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat zur bisher offen gelassenen Frage, ob im nicht streitigen Kartellverwaltungsverfahren nach eröffneter Untersuchung ein Rechtsanspruch privater Rechtssubjekte auf vorsorgliche Massnahmen besteht, festgehalten, dass ein solcher Anspruch im Kartellverwaltungsverfahren nur subsidiär und höchstens insoweit bestehen könne, als die Wahrung des öffentlichen Interesses das Einschreiten der Wettbewerbskommission verlangt. Dabei habe die Wettbewerbskommission darauf abzustellen, ob sie die beantragte Massnahme auch von Amtes wegen angeordnet hätte (REKO/WEF FB/2003-11, a.a.O., E. 3.3.2, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Indessen ist nach der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Erlass vorsorglicher Massnahmen von einer Abklärung der Sach- und Rechtslage abhängig zu machen, welche mit hinreichender Sicherheit ausschliessen muss, dass nicht sachliche Gründe (sog. *legitimate business reasons*) für das untersuchte, angeblich kartellrechtswidrige Verhalten bestehen (Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003, 2A.142/2003, E. 3.3 sowie E. 5). Dass in casu das Vorliegen der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne der strengen bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilt worden wären, was nur im Rahmen einer Untersuchung nach Artikel 27 ff. KG möglich wäre, wird von keiner Partei geltend gemacht.

1.2.5. Im Lichte dieser grundsätzlichen Überlegungen kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die im Rahmen der hier durchgeführten Vorabklärung "mit Verfügung vom 1. September 2003" abgelehnten vorsorglichen Massnahmen im Grund primär als Kundgabe der Wettbewerbskommission zu werten sind, dass diese mangels Anhaltspunkte für kartellwidriges Verhalten (vorläufig jedenfalls noch) keine Untersuchung zu eröffnen gedenke, weshalb für vorsorgliche Massnahmen auch kein Raum sei. Daher stellt der angefochtene Akt, der im Wesentlichen die Gründe für die Nichteröffnung der (implizit verlangten) Untersuchung sowie die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erörtert, *keine anfechtbare Verfügung* dar. Diese Kundgabe der Vorinstanz ist im Übrigen

auch nicht anders zu behandeln, als ein Schlussbericht, in welchem zum Abschluss einer Vorabklärung - mangels Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen - auf weitere rechtliche Schritte (insbes. auf die Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 ff. KG) verzichtet wird (vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 145 f. und S. 182).

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der festen Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach jedenfalls vor Eröffnung einer Untersuchung *kein Anspruch* auf Erlass vorsorglicher Massnahmen anzuerkennen ist (vgl. RICHLI, a.a.O., S. 470, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der REKO/WEF). Besteht hier im Rahmen einer Vorabklärung kein Anspruch auf Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens (vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 175 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung), verfügt die Beschwerdeführerin folglich über keine rechtlich durchsetzbaren Mittel, um die Wettbewerbsbehörden zur Eröffnung einer Untersuchung zu verpflichten.

1.3. Zwar mag, wie die Beschwerdeführerin einwendet, zutreffen, dass die vorläufige und *prima facie* getroffene ökonomische Analyse der Verhältnisse, wie sie die Vorinstanz im Schreiben vom 1. September 2003 einzig aufgrund der Akten vorgenommen hat, gewisse Fragen offen lässt. Die geäusserte Hauptkritik der Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalte bezüglich der befürchteten Anhebung der Kommissionen durch die Beschwerdegegnerin und dass die Wettbewerbskommission fälschlicherweise geprüft habe, ob die Angebote der Beschwerdegegnerin unter den Selbstkosten lägen, nachdem gerade dieser Umstand nicht als Tatbestandsvoraussetzung bezeichnet worden sei, wirft in der Tat Fragen auf. Indessen ist es der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mangels Anfechtungsobjekt verwehrt, im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf diese Rügen näher einzugehen.

Auf folgende Gesichtspunkte ist schliesslich noch hinzuweisen:

1.3.1. Die Beschwerdeführerin will mit ihren Rügen die Wettbewerbskommission sinngemäss zum Einschreiten gegen die Beschwerdegegnerin bewegen, was jene bisher mit der Begründung abgelehnt hat, die geäusserten Vorwürfe seien nicht rechtsgenüglich glaubhaft gemacht, um überhaupt die Eröffnung einer Untersuchung zu rechtfertigen.

Insofern haben die bisher von der Wettbewerbskommission nicht beachteten Vorbringen der Beschwerdeführerin zur angeblichen Wettbewerbsbehinderung durch die Beschwerdegegnerin - mangels Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 ff. KG - nicht den Charakter einer Rechtsverweigerungsbeschwerde (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 429) sondern den Charakter einer Anzeige im Sinne von Artikel 71 VwVG. Nach dieser Bestimmung kann jedermann Tatsachen, die

im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern, jederzeit der Aufsichtsbehörde anzeigen, ohne dass dem Anzeiger aber Parteirechte zukommen.

1.3.2. Da die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als verwaltungsexterne Justizbehörde gegenüber der Wettbewerbskommission (bzw. deren Sekretariat) keine Aufsichtsfunktionen (i.S.v. Art. 71 VwVG) wahrzunehmen hat (vgl. ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, § 5, Rz. 5.8 ff., S. 171), ist es ihr verwehrt, hier auf die geltend gemachte Kritik der Beschwerdeführerin einzugehen (STEFAN BILGER, a.a.O., S. 182). Zuständige Aufsichtsbehörde ist in Fällen wie hier, wo die Eröffnung einer Untersuchung abgelehnt wird, primär die Wettbewerbskommission (vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 183, mit weiteren Hinweisen).

Soweit hier allerdings auch die Wettbewerbskommission (jedenfalls vorläufig noch) keine Untersuchung durch das Sekretariat eröffnen lassen will und hier strittig ist, ob allenfalls genügend Anhaltspunkte vorliegen, um eine kartellrechtliche Untersuchung zu eröffnen, kommt auch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Departement) als zuständige Aufsichtsinstanz in Frage (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG, sowie dazu: PAUL RICHLI, a.a.O., S. 430, STEFAN BILGER, a.a.O., S. 155 und S. 182 f.). Es liegt somit gegebenenfalls am Departement, der Frage nachzugehen, ob die Wettbewerbskommission angesichts der geltend gemachten Rügen der Beschwerdeführerin die gebotenen Abklärungen in hinreichendem Masse vorgenommen hat und daraus angemessene Folgerungen gezogen hat (d.h. bisher auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet hat).

1.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass mangels Anfechtungsobjekt auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin, weshalb sie grundsätzlich kostenpflichtig wäre (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Indessen erscheint hier die Auferlegung von Verfahrenskosten als unverhältnismässig, nachdem die Vorinstanz ihre Mitteilung vom 1. September 2003 fälschlicherweise in Verfügungsform kleidete, was in der Folge die Anfechtung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen veranlasste. Die Verfahrenskosten sind somit zu erlassen (Art. 4a Bst. b der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Infolgedessen ist der Beschwerdeführerin der am 22. September 2003 geleistete Kostenvorschuss von CHF [...] zurückzuerstatten. Der Wettbewerbskommission werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist aus den obgenannten Gründen zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kos-

tennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt wird (Art. 8 Abs. 1, 3, 4 und 6 Kostenverordnung).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der am 22. September 2003 geleistete Kostenvorschuss von CHF [...] aus der Bundeskasse zurückerstattet.
3. Der Beschwerdegegnerin wird zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. Mehrwertsteuer) zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 4	**Bundesgericht** Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	**1. Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, Weko und Reko**

Bundesgerichtsurteil vom 19. Dezember 2003 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen Sellita Watch Co SA gegen ETA SA Manufactur Horlogère Suisse, Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 29. August 2003)

Sachverhalt:

A.

Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA SA) ist eine Tochtergesellschaft der The Swatch Group SA. Zu ihrem Produktionsbereich gehören für mechanische Uhren bestimmte Rohwerke (Ebauches), die sie unter anderem der Sellita Watch Co SA (nachfolgend: Sellita) liefert. Diese stellt auf der Basis der Ebauches mechanische Uhrwerke (Mouvements) her, die sie anschliessend zur Fertigstellung von Uhren an Uhrenfabriken weiterverkauft. Die ETA SA stellt auch selber Mouvements her, ist also einerseits Lieferantin (für Ebauches) der Sellita, andererseits deren Konkurrentin (für Mouvements).

Im Juli 2002 teilte die ETA SA ihren Abnehmern, darunter der Sellita, mit, dass sie angesichts gewaltiger logistischer Probleme zur Verbesserung der Qualität der Fertigprodukte Lieferungen von Rohwerken ab 1. Januar 2003 reduzieren und ab 1. Januar 2006 gänzlich einstellen werde; stattdessen werde sie nur noch fertig montierte Uhrwerke liefern.

Am 30. August 2002 ersuchte die Sellita die Wettbewerbskommission (Weko) um Durchführung einer Vorabklärung (gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Sie rügte, die ETA SA missbrauche ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohwerke, um Montagewerke von der nachfolgenden Marktstufe zu verdrängen. Am 23. September 2002 beantragte die Sellita den Erlass vorsorglicher Massnahmen, um die für sie existenziell notwendige ungekürzte Weiterbelieferung mit Rohwerken sicherzustellen.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 3. Oktober 2002 eine Vorabklärung und am 4. November 2002 eine Untersuchung. Nach Besprechungen zwischen dem Sekretariat und der ETA SA gab diese am 12. November 2002 eine Verpflichtungserklärung ab, worin sie sich namentlich verpflichtete, während der Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission weiterhin Rohwerke an ihre bisherigen Kunden zu markt- und branchenüblichen Konditionen zu liefern. Ziffer 5a der Erklärung lautete:

> "Die von ETA verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA den Nachweis, dass sie bisher ohne Gewinnmarge beziehungsweise mit einer ungenügenden Marge gearbeitet hat."

Die Erklärung enthielt die Verpflichtung der ETA SA, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen.

Gestützt darauf verfügte die Wettbewerbskommission am 18. November 2002:

> "1. Die Kommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen die nachstehende Verpflichtungserklärung der ETA SA Fabriques d'Ebauches, Grenchen, vom 12. November 2002:
>
> (folgt Text der Verpflichtungserklärung).

2. Diese Genehmigung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko oder bis zum Erlass einer anders lautenden Verfügung durch die Weko.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden."

Am 25. November 2002 teilte die Sellita der Wettbewerbskommission mit, sie verzichte auf eine Zwischenverfügung zu den von ihr am 23. September 2002 gestellten Massnahmebegehren, welche über die verfügte vorsorgliche Regelung hinausgingen.

B.

Am 13. Dezember 2002 beklagte sich die Sellita bei der Wettbewerbskommission über eine von der ETA SA kurz zuvor bekannt gegebene Preiserhöhung um bis zu 25% der von der Sellita bezogenen Rohwerke und forderte ihr Einschreiten. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2002 ersuchte die Sellita die Wettbewerbskommission, Ziffer 5a der am 18. November 2002 genehmigten Verpflichtungserklärung dahin zu ändern, dass die an diesem Tag geltenden Preise um höchstens 3,5% erhöht werden dürfen, unter Vorbehalt eines Nachforderungsrechts der ETA SA für den Fall, dass das angerufene Schiedsgericht höhere Preise als gerechtfertigt erachten sollte. Am 18. Dezember 2002 verlangte die Sellita für den Fall einer Ablehnung dieser Begehren eine förmliche Verfügung.

Nachdem die Wettbewerbskommission die Sellita aufgefordert hatte, die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen zu belegen, und die Sellita am 22. und 28. Januar sowie am 10. Februar 2003 weitere Eingaben eingereicht hatte, wies die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 17. Februar 2003 das Gesuch ab (Ziff. 1) und auferlegte der Sellita die Kosten für das Gesuchsverfahren im Betrag von CHF [...] (Ziff. 2). Zur Begründung erwog sie, die von der ETA SA verlangten Preiserhöhungen torpedierten die Verfügung vom 18. November 2002 nicht. Der Streit zwischen der ETA SA und der Sellita betreffe nur die bilateralen Beziehungen. Es sei nicht erstellt, dass für die Sellita oder für den wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstünde. Ob die übrigen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme erfüllt wären, liess sie offen.

C.

Die Sellita gelangte dagegen an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: Rekurskommission). Diese hiess mit Ent-

scheid vom 29. August 2003 (publ. in RPW 2003/3, S. 653 ff.) die Beschwerde nur in Bezug auf die Kostenauflage (Ziff. 2 der Verfügung vom 17.2.2003) gut. Im Übrigen wies sie die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat.

D.

Die Sellita hat am 11. September 2003 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie stellt den sinngemässen Antrag, den Entscheid der Rekurskommission vom 29. August 2003 aufzuheben, soweit diese die Beschwerde nicht gutgeheissen hatte, und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 dahin zu ändern, dass die ETA SA die Preise ab 1. Januar 2003 gegenüber den am 18. November 2002 geltenden Preisen um höchstens 3,5% erhöhen könne. Eventuell sei die Sache an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

E.

Die ETA SA und die Wettbewerbskommission schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Die Rekurskommission und das zur Vernehmlassung eingeladene Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Entsprechende Entscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG in Verbindung mit Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1 S. 20). Verfahrensgegenstand bildet ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens. Solche Entscheide gelten als Zwischenverfügungen (vgl. Art. 27 Abs. 1 und Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 Bst. g VwVG; Urteil 2A.198/1997 vom 3. November 1997, publ. in ZBl 100/1999 S. 64, und RPW 1997/4, S. 618, E. 2 und 3; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003, E. 1.1). Das gilt auch, wenn eine beantragte vorsorgliche Massnahme abgelehnt wird (vgl. BGE 125 II 613 E. 1e S. 619; anders allenfalls ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens, vgl. Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 14. Dezember 2000, RPW 2000/4, S. 703 E. 1.2.1). Solche Verfügungen können selbstständig angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. g VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG; BGE 127 II 132 E. 2a S. 136, mit Hinweisen). Für die Annahme eines solchen Nachteils genügt ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 127 II 132 E. 2a S. 136; 125 II 613 E. 2a S. 620).

Gegenstand der hier umstrittenen vorsorglichen Massnahme ist eine von der Beschwerdeführerin beanstandete Preiserhöhung für die von der Beschwerdegegnerin gelieferten Rohwerke. Eine daraus resultierende finanzielle Einbusse stellt für die Beschwerdeführerin grundsätzlich noch keinen irreversiblen Nachteil dar (vgl. BGE 125 II 613 E. 4b S. 621 f.). Anders kann es sich aber verhalten, wenn die betroffene Person durch die beanstandete Preiserhöhung in ihrer Wettbewerbsstellung beeinträchtigt wird und riskiert, dadurch Marktanteile zu verlieren (vgl. BGE 125 II 613 E. 6a S. 622 f.), insbesondere dann, wenn sie selber mit der Beschwerdegegnerin in Konkurrenz steht (BGE 127 II 132 E. 2b S. 137; 125 II 613 E. 6b S. 623; Urteil 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001, publ. in sic!, 2001 S. 723, E. 3c).

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass vorliegend der Beschwerdeführerin ein Verlust von Marktanteilen drohe, und ist deshalb auf die Beschwerde eingetreten. Dies erscheint schlüssig und wird auch von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die angefochtene Zwischenverfügung ist daher zulässig. Die Beschwerdeführerin ist als Kundin und zugleich Konkurrentin der Beschwerdegegnerin von der Verweigerung der anbegehrten Massnahme betroffen und zur Beschwerde legitimiert (Art. 103 Bst. a OG). Die zehntägige Beschwerdefrist (Art. 106 Abs. 1 OG) ist eingehalten. Auf das Rechtsmittel ist einzutreten.

1.2 Die Beschwerdeführerin kann mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts rügen (Art. 104 Bst. a und b OG). Nachdem als Vorinstanz eine richterliche Behörde entschieden hat, ist aber das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, wenn dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Dies schliesst das Vorbringen von neuen tatsächlichen Behauptungen und Beweismitteln weitgehend aus. Das Bundesgericht prüft den angefochtenen Entscheid grundsätzlich lediglich aufgrund der Sachlage, wie sie sich der Vorinstanz präsentiert hat. Was die Beschwerdeführerin dort nicht vorgetragen hat oder sich nicht aus den damals bekannten Akten ergeben hat, ist im Verfahren vor Bundesgericht grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150; 125 II 217 E. **3a** S. 221, mit Hinweisen).

2.

2.1 Nach Lehre und Rechtsprechung kann die Wettbewerbskommission auch im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen treffen, obwohl das Kartellgesetz solche nicht ausdrücklich vorsieht (erwähntes Urteil 2A.198/1997, in ZBl 100/1999 S. 64 und RPW 1997/4, S. 618, E. 2b, mit Hinweisen; seither: STEFAN BILGER, Das

Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 310 f.; PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Basel 2002, S. 42 ff.; BENOÎT CARRON, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2002, N. 69 ff. zu Art. 39 KG; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, 2000, S. 468; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 1999, S. 349 Rz. 630).

2.2 Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, deren Wirksamkeit sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 127 II 132 E. 3 S. 138, mit Hinweisen). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 127 II 132 E. 3 S. 138; erwähntes Urteil 2A.206/2001, in sic! 2001, S. 723, E. 4; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 116/1997 II S. 253 ff., dort S. 325 ff.).

2.3 Diese Regeln gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnung (erwähntes Urteil 2A.142/2003, E. 3.2; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 327 ff.; BENOÎT CARRON, a.a.O., Rz. 76 ff. zu Art. 39 KG; PAUL RICHLI, a.a.O., S. 474; ROGER ZÄCH, a.a.O., S. 350 Rz. 633; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 127 ff.; vgl. auch Art. 17 Abs. 2 KG in Verbindung mit Art. 28c Abs. 1 ZGB; Urteil 4C.452/1996 vom 20. Dezember 1996, publiziert in sic! 1997 S. 38, E. 4). Die ganze oder teilweise Vor-

wegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt (erwähntes Urteil 2A.142/2003, E. 3.2). Je zweifelhafter der Verfahrensausgang zudem erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen (erwähntes Urteil 2A.142/2003, E. 3.2; PATRIK DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 1998 S. 281 ff., dort S. 288; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 329; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 129 f.). Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweismassnahmen (vgl. PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 105 f.; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 322 f. und 329; PATRIK DUCREY, a.a.O., S. 285).

2.4 Im Kartellrecht ist zudem zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen parallel auf dem zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) und auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiellrechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt, dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist (PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Diss. Basel 2000, S. 115, 125 und 163 ff.). Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Artikel 17 KG ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind (erwähntes Urteil 2A.142/2003, E. 3.2; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 314, 319 und 332 f.; BENOÎT CARRON, a.a.O., Rz. 78 zu Art. 39 KG; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 100, 114 f. und 138 ff.; PAUL RICHLI, a.a.O., S. 470 f.; ROGER ZÄCH, a.a.O., S. 350 f. Rz. 634; PATRIK DUCREY, a.a.O., S. 287).

3.

3.1 Die Vorinstanzen haben erwogen, es liege kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb vor. Die Einstellung der Belieferung einerseits (welche die Verfügung vom 18.11.2002 gerechtfertigt habe) und die Erhöhung des Preises andererseits hätten wettbewerbsrechtlich nicht dieselben Wirkungen. Die Preiserhöhungen stellten die Weiterbelieferung nicht in Frage. Die Beschwerdeführerin sei nicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht. Die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert dargetan, weshalb sie nicht im Stande sei, die Preiserhöhungen einstweilen zulasten der eigenen Margen aufzufangen oder auf ihre Abnehmer zu überwälzen. Gravierende irreversible Strukturveränderungen seien angesichts der

bisher verfügbaren Informationen nicht wahrscheinlich. Selbst wenn die Beschwerdeführerin einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleide, sei ein solcher noch nicht für den wirksamen Wettbewerb glaubhaft gemacht.

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe entgegen der Auffassung der Vorinstanz dargelegt, dass die Beschwerdegegnerin mit ihren überrissenen Preiserhöhungen nicht nur sie - die Beschwerdeführerin - treffe sondern auch ihre Abnehmer. Die Beschwerdegegnerin ziele darauf ab, durch exzessive Preiserhöhungen den Markt für diejenigen Mouvements zu zerstören, die aus den von der Beschwerdegegnerin gelieferten Ebauches hergestellt werden. Die Annahme, dass sich Preiserhöhungen im Ausmass von 20%-25% wirtschaftlich kaum auswirken würden, widerspreche der elementarsten Geschäftserfahrung. Sie - die Beschwerdeführerin - habe auch keine andere Möglichkeit, sich die von ihr benötigten mechanischen Mouvements anderweitig zu beschaffen. Sie habe zudem die Gründe, mit der die Beschwerdegegnerin die Preiserhöhungen zu rechtfertigen versuche, mehrfach widerlegt. Vor dem Hintergrund dieser aktenkundigen Tatsachen habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig und unvollständig festgestellt. Sie habe zudem Bundesrecht verletzt, indem sie keine Interessenabwägung vorgenommen habe und nicht verhindert habe, dass die Beschwerdegegnerin die ihr auferlegte Lieferverpflichtung durch exzessive Preiserhöhungen unterlaufe. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe als individuell in ihren tatsächlichen Interessen beeinträchtigtes Unternehmen Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme, auch ohne dass sie ein rechtlich geschütztes Interesse nachweise; die Verwaltungsbehörde dürfe sich nicht darauf beschränken, das Allgemeininteresse zu schützen.

3.3 Was den zuletzt genannten Punkt betrifft, so scheint die Beschwerdeführerin die Eintretensvoraussetzungen mit den Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu verwechseln. Parteistellung im Verwaltungsverfahren und im -justizverfahren hat, wer in seinen tatsächlichen Interessen mehr als jedermann beeinträchtigt ist, ohne dass eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen nachgewiesen werden muss (Art. 6 und 48 VwVG; vorne E. 1.1). Auf ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ist daher einzutreten, wenn der Gesuchsteller ein solches Interesse glaubhaft macht (STEFAN BILGER, a.a.O., S. 319 f.). Daraus folgt aber noch nicht, dass *materiell* ein Anspruch eines in seinen tatsächlichen (privaten) Interessen beeinträchtigten Unternehmens auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme bestünde. Vielmehr sind solche Massnahmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren erst anzuordnen, wenn dies im *öffentlichen* Interesse zum Schutz des funktionierenden Wettbewerbs erforderlich ist, nicht schon dann, wenn private Interessen der Gesuch stellenden Partei beeinträchtigt zu werden drohen (vorne E. 2.4).

3.4 Bei dieser Rechtslage durften die Vorinstanzen entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin - aufgrund der Aktenlage (PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 106) - ohne Rechtsverletzung annehmen, ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil sei nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit dargetan.

3.4.1 Es ist zwar durchaus glaubhaft und entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass sich die Preiserhöhungen für die Beschwerdeführerin wirtschaftlich nachteilig auswirken, indem diese entweder die höheren Preise zulasten ihrer Marge selber trägt oder indem sie die Preiserhöhungen an ihre Abnehmer weitergibt und dadurch Marktanteile verliert beziehungsweise die Nachfrage der Kunden zurückgeht. Entscheidend im Kartellverwaltungsverfahren ist jedoch nicht, ob *für die Beschwerdeführerin,* sondern ob *für den funktionierenden Wettbewerb* ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vorne E. 2.4). Zudem geht es vorliegend nur um vorsorgliche Massnahmen. Rechtserheblich kann deshalb nur sein, ob die streitigen Preiserhöhungen geeignet sind, den Markt während der Dauer des Hauptverfahrens in kartellrechtswidriger Weise so zu beeinflussen, dass dieser Einfluss nachträglich nicht leicht wieder gutzumachen ist.

3.4.2 In ihrer Beschwerde vom 28. Februar 2003 an die Rekurskommission hat die Beschwerdeführerin zwar glaubhaft dargelegt, dass sie ihre Produktion ohne die Lieferung der Rohwerke beträchtlich reduzieren müsste, da sie keine andere Möglichkeit habe, sich die Ebauches zu beschaffen. Indessen ist die Lieferung als solche mit der Verfügung vom 18. November 2002 sichergestellt und nur der Preis umstritten.

3.4.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet die wirtschaftliche Rechtfertigung der von der Beschwerdegegnerin verlangten Preiserhöhungen. In einem marktwirtschaftlichen System setzt die Zulässigkeit von Preiserhöhungen grundsätzlich nicht voraus, dass die Lieferantin die betriebswirtschaftliche Rechtfertigung der höheren Preise nachweist. Preiserhöhungen können freilich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Artikel 7 KG (vgl. insbes. Abs. 2 Bst. c) darstellen. In dem vor der Wettbewerbskommission hängigen Hauptverfahren wird geprüft, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin unzulässig im Sinne dieser Bestimmung ist, wobei auch die Preisgestaltung Gegenstand der Untersuchung ist (vgl. das Schreiben der Wettbewerbskommission an die ETA SA vom 25.2.2003). Im Rahmen eines Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen ist demgegenüber nicht allein entscheidend, ob die Preiserhöhungen missbräuchlich sind, sondern ob dadurch der Wettbewerb in einer nicht leicht wieder gutzumachenden Weise bedroht ist.

3.4.4 Die Beschwerdeführerin hat in ihren Eingaben an die Vorinstanzen zwar wiederholt ausgeführt, die von der Beschwerdegegnerin verlangten Preiserhöhungen seien exorbitant, zumal dadurch gezielt

diejenigen Ebauches betroffen seien, welche sie - die Beschwerdeführerin - in grossen Mengen beziehe. Sie hat aber - obwohl von der Wettbewerbskommission zweimal dazu aufgefordert - nicht substantiiert dargelegt, dass und inwiefern dadurch der Wettbewerb in nicht leicht wieder gut zu machender Weise beeinträchtigt werde. Der Beschwerde an die Rekurskommission hat sie Schreiben von Abnehmern beigelegt, welche gegen die von der Beschwerdeführerin überwälzten Preiserhöhungen protestierten. In ihrer Eingabe vom 4. Juli 2003 hat sie ausgeführt, sie habe wegen der Preisanpassungen einen besonders wichtigen Kunden verloren; ein anderer Kunde beziehe jetzt einen Teil seiner Mouvements bei der Beschwerdegegnerin; diese Ausführungen hat sie jedoch nicht belegt.

Selbst wenn diese Kundenverluste belegt wären, folgt daraus nicht zwingend ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den Wettbewerb. Ein solcher wäre wohl dann zu bejahen, wenn die Beschwerdeführerin infolge der Preiserhöhung während der Dauer des Hauptverfahrens in ihrer Existenz akut bedroht wäre (PATRIK DUCREY, a.a.O., S. 288) und zudem Gefahr bestünde, dass infolge Marktaustritts der Beschwerdeführerin der Markt für Mouvements schwer und irreversibel beziehungsweise in nicht mehr leicht rückgängig zu machender Weise verändert würde (vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 330 f.; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 143; BENOÎT CARRON, a.a.O., N. 79 zu Art. 39 KG). Solches wird jedoch von der Beschwerdeführerin nicht oder jedenfalls nicht genügend substantiiert geltend gemacht. Sollte das Verhalten der Beschwerdegegnerin im Hauptverfahren von der Wettbewerbskommission als unzulässig beurteilt und durch entsprechende Massnahmen korrigiert werden, so dürfte es der Beschwerdeführerin grundsätzlich möglich sein, die allenfalls verlorene Kundschaft wieder zurückzugewinnen. Eine nachhaltige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erscheint nicht hinreichend wahrscheinlich.

3.5 Fehlt es somit bereits an der Voraussetzung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für den funktionierenden Wettbewerb, so brauchten die Vorinstanzen die übrigen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht mehr abzuklären. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, der Sachverhalt sei unvollständig abgeklärt und die Vorinstanz habe keine Interessenabwägung vorgenommen, ist daher unbegründet.

4.

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vorinstanzen hätten zu Unrecht angenommen, sie - die Beschwerdeführerin - müsse vorrangig den Zivilweg beschreiten. Die zuständige Verwaltungsbehörde dürfe Gesuchsteller nicht an den Zivilrichter verweisen.

4.1 Wie dargelegt, ist das Kartellrecht durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die gleichen materiellrechtlichen Fragen sowohl durch die Ziviljustiz als auch durch die Verwaltungsbehörden ange-

wendet werden. Das verwaltungsrechtliche Verfahren dient aber vor allem dem öffentlichen Interesse, einen wirksamen Wettbewerb zu schützen, und kommt insoweit allenfalls beiläufig privaten Interessen von Unternehmen zugute. Es liegt daher nicht im Belieben der angeblich kartellrechtswidrig beeinträchtigten Unternehmen, den Zivil- oder den Verwaltungsweg zu wählen. Vielmehr haben die Verwaltungsbehörden nur dann einzuschreiten, wenn das erwähnte öffentliche Interesse dies erfordert (vorne E. 2.4). Da dies nicht der Fall ist (vorne E. 3), haben die Vorinstanzen die Beschwerdeführerin grundsätzlich mit Recht auf den Zivilweg verwiesen. Dass der Verwaltungsweg für die Beschwerdeführerin vorteilhafter wäre, ist nicht massgebend.

4.2 Fraglich ist höchstens, ob die Wettbewerbskommission zum Eingreifen verpflichtet gewesen wäre, weil die Preisgestaltung der Beschwerdegegnerin eine Umgehung der Verfügung vom 18. November 2002 darstellen könnte. In der mit dieser Verfügung genehmigten einvernehmlichen Regelung ist zwar eine Bestimmung über den Preis aufgenommen worden. Das bedeutet aber nicht zwingend, dass jede Streitigkeit über den Preis auch wieder Gegenstand einer Verfügung der Wettbewerbskommission bilden muss. Auch insoweit ist entscheidend, ob durch die umstrittene Preiserhöhung das öffentliche Interesse am funktionierenden Wettbewerb beeinträchtigt wird. Da dies - wie dargelegt - nicht der Fall ist, besteht kein Anlass zum Erlass entsprechender vorsorglicher Massnahmen. Die Beschwerdeführerin kann sich an die staatlichen Zivilgerichte oder an das Schiedsgericht wenden, dem zu unterziehen sich die Beschwerdegegnerin in der Verpflichtungserklärung bereit erklärt hat. Ein Eingreifen der Wettbewerbskommission könnte sich dann aufdrängen, wenn durch die Preisforderungen der Beschwerdegegnerin die Wirksamkeit der Verfügung vom 18. November 2002 ernsthaft in Frage gestellt wäre, was aber nicht dargetan ist.

5.

Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich, die Vorinstanzen hätten dadurch Bundesrecht verletzt, dass sie den einstweiligen Rechtsschutz über Gebühr verschleppt hätten. Sie rügt damit sinngemäss eine Rechtsverzögerung. Eine Rechtsverzögerungsbeschwerde wird jedoch gegenstandslos, wenn die beantragte Verfügung inzwischen ergangen ist, was hier der Fall ist (vgl. BGE 108 Ia 205 S. 207; Urteil 2P.292/2003 vom 19.12.2003, E. 2.2; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. 1994, S. 358). Auf die Kritik an der Verfahrensdauer ist daher nicht näher einzugehen. Im Übrigen erliess die Wettbewerbskommission rund zwei Monate, nachdem sich die Beschwerdeführerin erstmals über die Preiserhöhung beklagt hatte, ihre Verfügung vom 17. Februar 2003. Zuvor hatte sie der Beschwerdeführerin mehrfach Gelegenheit gegeben, die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen zu belegen (vgl. letzte Eingabe der Beschwer-

deführerin am 10. Februar 2003). Eine unangemessene Verzögerung durch die Behörden ist darin nicht zu erblicken. Schliesslich räumt die Beschwerdeführerin selber ein, dass die Wettbewerbskommission sie für den einstweiligen Rechtsschutz frühzeitig an den Zivilrichter verwies, weil die Voraussetzungen für das Ergreifen vorsorglicher Massnahmen durch Verwaltungsbehörden - nach der hier bestätigten Annahme der Vorinstanzen - nicht erfüllt seien.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Diese hat zudem die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit CHF [...] zu entschädigen.

4.

[Eröffnung]

B 4	**2. EVD/Sellita Watch Co SA, Weko, Reko und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse**

Bundesgerichtsurteil vom 19. Dezember 2003 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gegen Sellita Watch Co SA, Wettbewerbskommission, Rekurskommisison für Wettbewerbsfragen und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse betreffend vorsorgliche Massnahmen (Kosten) (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 29. August 2004)

Sachverhalt:

A.

Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA SA) ist eine Tochtergesellschaft der The Swatch Group SA. Zu ihrem Produktionsbereich gehören für mechanische Uhren bestimmte Rohwerke (Ebauches), die sie unter anderem der Sellita Watch Co SA (nachfolgend: Sellita) liefert. Diese stellt auf der Basis der Ebauches mechanische Uhrwerke (Mouvements) her, die sie anschliessend zur Fertigstellung von Uhren an Uhrenfabriken weiterverkauft. Die ETA SA stellt auch selber Mouvements her, ist also einerseits Lieferantin (für Ebauches) der Sellita, andererseits deren Konkurrentin (für Mouvements).

Im Juli 2002 teilte die ETA SA ihren Abnehmern, darunter der Sellita, mit, dass sie angesichts gewaltiger logistischer Probleme zur Verbesserung der Qualität der Fertigprodukte Lieferungen von Rohwerken ab 1. Januar 2003 reduzieren und ab 1. Januar 2006 gänzlich einstellen werde; stattdessen werde sie nur noch fertig montierte Uhrwerke liefern.

Am 30. August 2002 ersuchte die Sellita die Wettbewerbskommission (Weko) um Durchführung einer Vorabklärung (gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Sie rügte, die ETA SA missbrauche ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohwerke, um Montagewerke von der nachfolgenden Marktstufe zu verdrängen. Am 23. September 2002 beantragte die Sellita den Erlass vorsorglicher Massnahmen, um die für sie existenziell notwendige ungekürzte Weiterbelieferung mit Rohwerken sicherzustellen.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 3. Oktober 2002 eine Vorabklärung und am 4. November 2002 eine Untersuchung. Nach Besprechungen zwischen dem Sekretariat und der ETA SA gab diese am 12. November 2002 eine Verpflichtungserklärung ab, worin sie sich namentlich verpflichtete, während der Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission weiterhin Rohwerke an ihre

bisherigen Kunden zu markt- und branchenüblichen Konditionen zu liefern. Ziffer 5a der Erklärung lautete:

> "Die von ETA verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohn-, Materialkosten etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt ETA den Nachweis, dass sie bisher ohne Gewinnmarge beziehungsweise mit einer ungenügenden Marge gearbeitet hat."

Die Erklärung enthielt die Verpflichtung der ETA SA, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen.

Gestützt darauf verfügte die Wettbewerbskommission am 18. November 2002:

> "1. Die Kommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen die nachstehende Verpflichtungserklärung der ETA SA Fabriques d'Ebauches, vom 12. November 2002:
>
> (folgt Text der Verpflichtungserklärung).
>
> 2. Diese Genehmigung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko oder bis zum Erlass einer anders lautenden Verfügung durch die Weko.
>
> 3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.
>
> 4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
>
> 5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden."

Am 25. November 2002 teilte die Sellita der Wettbewerbskommission mit, sie verzichte auf eine Zwischenverfügung zu den von ihr am 23. September 2002 gestellten Massnahmebegehren, welche über die verfügte vorsorgliche Regelung hinausgingen.

B.

Am 13. Dezember 2002 beklagte sich die Sellita bei der Wettbewerbskommission über eine von der ETA SA kurz zuvor bekannt gegebene Preiserhöhung um bis zu 25% der von der Sellita bezogenen Rohwerke und forderte ihr Einschreiten. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2002 ersuchte die Sellita die Wettbewerbskommission, Ziffer 5a der am 18. November 2002 genehmigten Verpflichtungserklärung dahin zu än-

dern, dass die an diesem Tag geltenden Preise um höchstens 3,5% erhöht werden dürfen, unter Vorbehalt eines Nachforderungsrechts der ETA SA für den Fall, dass das angerufene Schiedsgericht höhere Preise als gerechtfertigt erachten sollte. Am 18. Dezember 2002 verlangte die Sellita für den Fall einer Ablehnung dieser Begehren eine förmliche Verfügung.

Nachdem die Wettbewerbskommission die Sellita aufgefordert hatte, die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen zu belegen, und die Sellita am 22. und 28. Januar 2003 sowie am 10. Februar 2003 weitere Eingaben eingereicht hatte, wies die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 17. Februar 2003 das Gesuch ab (Ziff. 1) und auferlegte der Sellita die Kosten für das Gesuchsverfahren im Betrag von CHF [...] (Ziff. 2). Zur Begründung erwog sie, die von der ETA SA verlangten Preiserhöhungen torpedierten die Verfügung vom 18. November 2002 nicht. Der Streit zwischen der ETA SA und der Sellita betreffe nur die bilateralen Beziehungen. Es sei nicht erstellt, dass für die Sellita oder für den wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstünde. Ob die übrigen Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme erfüllt wären, liess sie offen.

C.

Die Sellita gelangte an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (im Folgenden: Rekurskommission). Diese hiess mit Entscheid vom 29. August 2003 (publ. in RPW 2003/3, S. 653) die Beschwerde nur in Bezug auf die Kostenauflage (Ziff. 2 der Verfügung vom 17.2.2003) gut. Im Übrigen wies sie die Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat.

D.

Gegen den Entscheid der Rekurskommission hat einerseits die Sellita Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, den Beschwerdeentscheid aufzuheben, soweit ihre Beschwerde nicht gutgeheissen worden war. Diese Beschwerde ist mit Urteil vom heutigen Tag abgewiesen worden (2A.417/2003).

Andererseits hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Es beantragt, den Entscheid der Rekurskommission vom 29. August 2003 aufzuheben, soweit die Beschwerde gutgeheissen wurde, und diesbezüglich die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 zu bestätigen.

E.

Die Rekurskommission, die Wettbewerbskommission und die ETA SA haben auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Sellita schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Die daraufhin ergangenen Beschwerdeentscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG in Verbindung mit Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1 S. 20).

Die Verfügung vom 17. Februar 2003 erging in einem Verfahren um vorsorgliche Massnahmen. Entscheide über solche Massnahmen gelten als Zwischenverfügungen; sie sind selbstständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. g VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG; BGE 127 II 132 E. 2a S. 136, mit Hinweisen). Dies ist jedenfalls in Bezug auf die hier einzig angefochtene Kostenentscheidung der Fall, da dieser Punkt mit dem angefochtenen Entscheid materiell entschieden wird und in einem späteren Stadium nicht mehr angefochten werden kann (vgl. aber BGE 122 I 39 E. 1a/bb S. 42 f.; 117 Ia 251 E. 1b S. 253 f. bei Kostensprüchen in Zusammenhang mit Rückweisungsentscheiden); es liesse sich sogar fragen, ob insoweit eine Endverfügung vorliegt.

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ist als in der Sache zuständiges Departement zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (Art. 103 Bst. b OG; BGE 127 II 32 E. 1b S. 35 f.; 127 III 219 E. 1b S. 222; Urteil 2A.198/1997 vom 3.11.1997, publ. in ZBl 100/1999 S. 64 und RPW 1997 S. 618, E. 1b). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.

Streitgegenstand bildet hier einzig die Kostenliquidation für das Verfahren um die von der Beschwerdegegnerin anbegehrte, von der Wettbewerbskommission abgelehnte vorsorgliche Massnahme.

2.1 Gemäss Artikel 39 KG sind auf die Verfahren nach diesem Gesetz die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Über die Gebührenpflicht für Verwaltungsverfahren und erstinstanzliche Verfügungen enthalten weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz Vorschriften. Gestützt auf Artikel 60 KG und Artikel 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010) hat der Bundesrat die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) erlassen. Artikel 60 KG erteilt dem Bundesrat freilich bloss einen allgemeinen Auftrag zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes beauftragt den Bundesrat, Vorschriften über die Er-

hebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung zu erlassen. Diese Vorschrift stellt somit die eigentliche gesetzliche Grundlage für die KG-Gebührenverordnung dar. Artikel 2 der KG-Gebührenverordnung bestimmt, dass gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen veranlasst. Laut Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a KG-Gebührenverordnung entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hat. Auch Dritte, die durch Anzeige eine Vorabklärung verursacht haben, bezahlen gemäss Buchstabe b dieser Vorschrift keine Gebühr.

2.2 Wie das Bundesgericht in BGE 128 II 247 (E. 4.1 S. 253 f. und E. 6.1 und 6.2 S. 257 f.) festgehalten hat, bildet die KG-Gebührenverordnung eine genügende gesetzliche Grundlage für Gebühren im erstinstanzlichen Kartellverfahren, solange die Gebührenpflicht in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips gehandhabt wird. Mit Verfahrenskosten kann beispielsweise belastet werden, wer den Wettbewerb unzulässig beschränkte und der Wettbewerbskommission damit Anlass gab, Massnahmen zu treffen (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Die gesetzliche Basis erlaubt auch eine Kostenauflage, wenn die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung zwar als unzulässig beurteilt hat, der Bundesrat sie aber in Anwendung von Artikel 31 KG wegen überwiegender öffentlicher Interessen ausnahmsweise zulässt. Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden, was die Kostenauflage grundsätzlich erlaubt. Insoweit decken sich auch das Unterlieger- und das in Artikel 2 f. KG-Gebührenverordnung erwähnte Verursacherprinzip. Nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung beziehungsweise jede Form des Verursachens kann jedoch Grund zur Belegung mit Verfahrenskosten sein. Namentlich kann die Person, deren Verhalten untersucht worden ist, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden, wenn sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten als zulässig erweist, auch wenn dies aus besonderen Gründen der Fall ist, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestatten. In solchen Fällen deckt sich das Verursacherprinzip nicht mit dem Unterliegerprinzip und hat es hinter dieses zurückzutreten. Daraus ergibt sich zum einen, dass Artikel 2 der KG-Gebührenverordnung, wonach

gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht, zu weit gefasst ist und nicht in allen möglichen Anwendungsfällen über eine genügende gesetzliche Basis verfügt. Zum andern erhellt, dass die in Artikel 3 Absatz 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend sondern nur beispielhaft zu verstehen sind.

2.3

2.3.1 Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin nicht selber ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ausgeübt. Sie hat aber ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt und damit ein Verwaltungsverfahren verursacht; sie ist sodann mit diesem Begehren unterlegen. Sowohl nach dem Verursacher- als auch nach dem Unterliegerprinzip können ihr daher gemäss den dargelegten, in BGE 128 II 247 entwickelten Grundsätzen Gebühren auferlegt werden.

2.3.2 Die Rekurskommission hat erwogen, sie habe bisher in vergleichbaren Fällen immer die Kosten der unterlegenen Partei auferlegt; insofern wäre auch die heutige Beschwerdegegnerin kostenpflichtig, da sie mit ihrem ausdrücklichen Beharren auf einen formellen Entscheid das Verfahren verursacht habe und mit ihrem Begehren um vorsorgliche Massnahmen auch unterlegen sei. Gegen eine Kostenauflage spreche aber, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen zu prüfen sei und zweifelhaft bleibe, ob ein Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen bestehe. Die heutige Beschwerdegegnerin sei nicht schlechter zu behandeln als Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, oder Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt werde; diese seien nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a und b KG-Gebührenverordnung nicht kostenpflichtig. Dasselbe müsse auch für Anzeiger gelten, die eine vorsorgliche Massnahme anregen. Die Kostenauflage sei daher im Lichte des Unterliegerprinzips nicht haltbar.

2.3.3 Der blosse Anzeiger hat im Verwaltungsverfahren keine Parteistellung (Art. 71 Abs. 2 VwVG). Er bringt der Behörde einen Sachverhalt zur Kenntnis, worauf es Sache der Behörde ist, von Amtes wegen die erforderlichen Untersuchungen vorzunehmen. Der Anzeiger hilft damit der Behörde in der Wahrnehmung der ihr ohnehin obliegenden Aufgabe (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. 1998, S. 165 Rz. 452). Dementsprechend hat der Anzeiger keinen Anspruch darauf, dass sich die Behörde mit der Anzeige befasst (vgl. BGE 123 II 402 E. 1b/bb S. 406; Urteil 2A.218/1992 vom 14. August 1995, publ. in Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommission 29/1995 S. 46, E. 5a). Er hat keinen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf förmliche Erledigung und es stehen ihm keine Rechtsmittel zu, ausser der Beschwerde, eine Eingabe sei zu Unrecht als blosse Anzeige behandelt worden, obwohl Anspruch auf eine Verfügung bestünde (BGE 123 II 402 E. 1b/bb und

4a S. 406 und 412; 121 I 42 E. 2a und e S. 45 und 47; 120 Ib 351 E. 1b S. 354). Aus diesem Grund können vom Anzeiger grundsätzlich keine Verfahrenskosten erhoben werden; etwas anderes kann etwa im Falle mutwilliger Anzeigen gelten (vgl. Art. 10 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]; Urteil 1P.385/1997 vom 31. Oktober 1997, E. 4b; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 168 Rz. 462).

2.3.4 Die Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG ist ein informelles Vorverfahren. Die Beteiligten oder Dritten, welche gemäss Artikel 26 Absatz 1 KG die Durchführung einer Vorabklärung beantragen, haben - unabhängig von den in der Literatur teilweise umstrittenen Fragen, ob ihnen Parteirechte zustehen und wie weit für Vorabklärungen überhaupt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) gilt - eine ähnliche Funktion wie Anzeiger: Sie geben der Behörde Informationen und Hinweise für das von Amtes wegen zu erfolgende Eingreifen. Sie haben keinen Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG) und auf eine förmliche Verfügung. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, ihnen Kosten aufzuerlegen (vgl. BENOÎT CARRON, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [Hrsg.], Droit de la concurrence, 2002, N. 30 zu Art. 26 KG). Die in Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben a und b KG-Gebührenverordnung enthaltene Kostenbefreiung entspricht damit einem allgemeinen Grundsatz. Dies gilt jedoch nur, soweit sich der Anzeiger auf diese Rolle beschränkt.

2.3.5 Hier verhält es sich jedoch anders: Zum einen befindet sich die Hauptsache nicht mehr im Stadium der Vorabklärung, sondern seit dem 4. November 2002 in dem der Untersuchung. Zum anderen hat die Beschwerdegegnerin den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht bloss angeregt und es dann der Behörde überlassen, ob solche zu treffen seien; sie hat vielmehr formell vorsorgliche Massnahmen beantragt und ausdrücklich einen Entscheid in Form einer Verfügung verlangt. Die Beschwerdegegnerin hat sich damit als Partei in einem förmlichen Verwaltungsverfahren konstituiert und sich nicht mit der Rolle einer blossen Anzeigerin begnügt. Die Wettbewerbskommission war verpflichtet, diesem Begehren mit einer förmlichen Verfügung (sei es zum Eintreten, sei es in der Sache) zu entsprechen. Unabhängig davon, ob ein Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen besteht, hat die Beschwerdegegnerin damit einen besonderen Aufwand verursacht, der über das hinausgeht, was die Behörde von Amtes wegen ohnehin tun muss. Dies ist ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem blossen Anzeiger oder den Beteiligten im Sinne von Artikel 26 Absatz 1 KG, welche keine Parteistellung haben und keine Amtshandlungen verursachen, die nicht auch von Amtes wegen durchzuführen wären. Dieser Unterschied rechtfertigt es grundsätzlich, der mit ihrem Begehren unterlegenen Beschwerdegegnerin gemäss Artikel 2 KG-Gebührenverordnung eine Gebühr aufzuerlegen.

3.

3.1 Die Rekurskommission hat die Aufhebung der Kostenauflage auch damit begründet, es sei zu berücksichtigen, dass die heutige Beschwerdegegnerin die Verfahrensführung der Wettbewerbskommission, welche dem Erlass der Verfügung vom 18. November 2002 vorangegangen sei, mit Recht kritisiert habe. Diese Verfahrensführung habe hinsichtlich der Unparteilichkeit der mit der Sache betrauten Wettbewerbsbehörde ein Misstrauen hervorgerufen und stehe in einem massgeblichen Zusammenhang mit dem Aufwand der Wettbewerbsbehörden im hier zu beurteilenden Massnahmenverfahren.

3.2 Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Argumentation nicht auseinander. Indessen wendet das Bundesgericht im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Recht von Amtes wegen an und hat daher im Rahmen des Streitgegenstandes auch zu prüfen, ob die diesbezüglichen rechtlichen Ausführungen der Rekurskommission zutreffen (vgl. Art. 114 Abs. 1 OG; BGE 129 II 183 E. 3.4 S. 188).

3.3 Streitgegenstand ist vorliegend nur die mit der Verfügung vom 17. Februar 2003 verbundene Kostenauflage, nicht die Verfügung vom 18. November 2002. Was im Vorfeld dieser Verfügung geschehen ist, kann grundsätzlich nicht geeignet sein, die Kostenverteilung im Verfahren, welches zur Verfügung vom 17. Februar 2003 geführt hat, zu beeinflussen. Dies gilt hier umso mehr, als die heutige Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 25. November 2002 ausdrücklich darauf verzichtet hat, dass die Wettbewerbskommission Massnahmen verfügt, die über die in der Verfügung vom 18. November 2002 getroffene Regelung hinausgehen. Dies lässt darauf schliessen, dass die damit getroffene Regelung dem Anliegen der heutigen Beschwerdegegnerin wenn auch nicht vollständig, so doch weitgehend entgegenkam. Ein begründeter Vorwurf der Parteilichkeit kann darin nicht erblickt werden.

3.4 Auch abgesehen davon vermögen die Ausführungen der Rekurskommission nicht zu überzeugen:

3.4.1 Im Einzelnen wirft die Rekurskommission in E. 4.3 ihres Entscheids der Wettbewerbskommission vor, sich in der Verfügung vom 18. November 2002 auf eine einvernehmliche Regelung abgestützt zu haben, die sie mit der ETA SA ausgehandelt habe. Die Wettbewerbskommission habe sich dabei auf eine analoge Anwendung von Artikel 29 KG im Rahmen vorsorglicher Massnahmen gestützt; es habe aber keine Situation zu Grunde gelegen, wie sie Artikel 29 Absatz 1 KG voraussetze. Die Wettbewerbskommission habe nicht von Amtes wegen geprüft, ob die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen gegeben seien; angesichts des Einverständnisses der ETA SA habe sie darauf verzichtet, die Zulässigkeit des Verhaltens im Rahmen der Erfolgsprognose vorläufig zu beurteilen. Damit scheide die (analoge) Anwendung von Artikel 29 KG aus. Das gemäss Artikel 39 KG anwendba-

re Verwaltungsverfahrensgesetz erlaube der Wettbewerbskommission, Verfügungen zu erlassen. Verhandle sie mit einem Unternehmen über den Gegenstand vorsorglicher Massnahmen anstatt von Amtes wegen zu verfügen, widerspreche dies dem Gesetzmässigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen. Vor diesem Hintergrund werde das Misstrauen der heutigen Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Aktenführung verständlich und die Kritik am Vorgehen von Sekretariat und Wettbewerbskommission erweise sich teilweise als berechtigt. Die Wettbewerbskommission habe mit ihrem Verhalten das Beharren der heutigen Beschwerdegegnerin auf Akteneinsicht selbst bewirkt. Hätte eine der betroffenen Anzeigerinnen die Verfügung vom 18. November 2002 angefochten, hätte die Rekurskommission sie wohl aufheben müssen, da die Wettbewerbskommission die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen nicht einmal im Ansatz geprüft habe. Es wäre ihr sicher möglich gewesen, einen Handlungsbedarf zu begründen. Eine Eskalation im Umgang mit den Parteien hätte so wohl vermieden werden können.

3.4.2 Wenn das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet, kann es gemäss Artikel 29 Absatz 1 KG den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbskommission hat Artikel 29 KG analog auch für das Verfahren der vorsorglichen Massnahmen angewendet. Dies wird von der Rekurskommission nicht grundsätzlich beanstandet und scheint berechtigt: Wenn schon im Hauptverfahren eine einvernehmliche Regelung zulässig ist, ist nicht einzusehen, weshalb dies für vorsorgliche Massnahmen nicht der Fall sein soll.

3.4.3 Mit dem Instrument der einvernehmlichen Regelung ist ein gewisses Verhandlungselement zwangsläufig verbunden (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 342 f.; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, 2000, S. 435). Es wäre nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber dieses Instrument aufgenommen hätte, wenn er Verhandlungen hätte unterbinden wollen. Das Kartellgesetz weicht insoweit vom Verwaltungsverfahrensgesetz ab und geht diesem vor (Art. 39 KG). Das Verhandlungselement ist damit gesetzlich klar legitimiert. Soweit die Ausführungen der Rekurskommission so zu verstehen sein sollten, dass die Wettbewerbskommission nur einseitig und autoritativ verfügen dürfe, ohne zu verhandeln, stünden sie im Widerspruch zum Gesetz.

3.4.4 Einvernehmliche Regelungen setzen freilich voraus, dass das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet, und sind nur zulässig über die Art und Weise der Beseitigung dieser Beschränkung (Art. 29 Abs. 1 KG). Verhandlungsgegenstand ist somit nicht die Frage, ob ein Verhalten zulässig sei, sondern nur die Frage, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist (STEFAN BILGER, a.a.O., S. 343; PAUL RICHLI, a.a.O., S. 435; BRUNO SCHMIDHAUSER, in ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/FRANZ HOFFET/PATRIK DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, N. 19 f. zu Art. 29 KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 1999, S. 347 Rz. 624).

3.4.5 Der Rekurskommission kann jedoch nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Wettbewerbskommission habe im Rahmen der Verfügung vom 18. November 2002 die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen "nicht einmal im Ansatz" geprüft.

Die Wettbewerbskommission hat in der erwähnten Verfügung (unter den Ziff. 27-29) den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit geprüft und bejaht. Zur Entscheidprognose hat sie ausgeführt, es sei glaubhaft, dass die ETA SA auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Die von der ETA SA bekannt gegebene Reduzierung und spätere völlige Stopp ("phasing out") der Abgabe von Ebauches könne aller Voraussicht nach einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 7 KG erfüllen. Die Wettbewerbskommission hat vor dem Hintergrund der Verpflichtungserklärung einzig die Frage vorläufig offen gelassen, ob für das Vorgehen der ETA SA berechtigte Geschäftsgründe ("legitimate business reasons") bestehen (Ziff. 26 der Verfügung). Sie hat somit entgegen der Darstellung der Rekurskommission die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen geprüft. Dass dies nicht abschliessend erfolgt ist, ist in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen nicht zu beanstanden.

3.4.6 Die einvernehmliche Regelung und die gestützt darauf erlassene Verfügung vom 18. November 2002 regeln die Weiterlieferung von Ebauches an die Beschwerdegegnerin. Sie betrifft damit die Frage, wie die von der Beschwerdegegnerin beanstandete Wettbewerbsbeschränkung für die Dauer des Hauptverfahrens vermieden wird, was nach dem Gesagten zulässig ist.

3.4.7 Die Rekurskommission wirft der Wettbewerbskommission vor, sie habe im Verlauf der Verhandlungen, die zur einvernehmlichen Regelung geführt haben, ihre Position geändert: Sie habe zunächst die Beibehaltung der Preise verlangt, sei dann aber auf die Formulierungsvorschläge der ETA SA eingeschwenkt, obwohl die heutige Beschwerdegegnerin und eine weitere Abnehmerin diese Regelung ausdrücklich abgelehnt hätten.

Dass die Behörde eine ursprünglich vorgesehene Position im Laufe des Verfahrens ändert, ist nicht aussergewöhnlich. Dies ist bereits im nor-

malen Verfügungsverfahren nicht unzulässig: Im Gegenteil folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, dass die Behörde die Eingaben der Parteien berücksichtigt und gegebenenfalls gestützt darauf eine Regelung anders trifft als ursprünglich beabsichtigt. Dies gilt erst recht für das Verfahren der einvernehmlichen Regelung, welches sinnlos wäre, wenn der Behörde untersagt würde, auf Vorschläge der Beteiligten einzugehen.

Der Wettbewerbskommission kann zudem nicht vorgeworfen werden, nur die Formulierungsvorschläge der ETA SA übernommen und die Anliegen der Abnehmerinnen nicht berücksichtigt zu haben. In der von der Rekurskommission erwähnten Stellungnahme vom 8. November 2002 hat sich die heutige Beschwerdegegnerin gegen die ursprünglich vorgesehene Reduktion der Liefermenge, gegen eine Erfüllungsgarantie und gegen externe Qualitätskontrollen gewendet. Zum Preis hat sie sich nicht geäussert. In der endgültigen Fassung wurde in Bezug auf die Liefermenge die vorgesehene Regelung beibehalten, die Erfüllungsgarantie und die externe Qualitätskontrolle jedoch gestrichen. Die Wettbewerbskommission hat somit bei der Ausgestaltung der einvernehmlichen Regelung nicht einseitig die ETA SA zulasten der heutigen Beschwerdegegnerin bevorzugt.

3.4.8 Unzutreffend ist sodann das Argument der Rekurskommission, das Aushandeln einvernehmlicher Regelungen sei auch mit Blick auf die Rechtsbeständigkeit der Regelung problematisch. Nach Artikel 50 und 54 KG können einvernehmliche Regelungen gleichermassen wie einseitige Verfügungen mit Verwaltungs- oder Strafsanktionen durchgesetzt werden.

3.5 Insgesamt erweisen sich die Vorwürfe der Rekurskommission gegenüber der Wettbewerbskommission als weitgehend unbegründet. Sie vermögen nicht zu rechtfertigen, im Verfahren, welches zu der Verfügung vom 17. Februar 2003 geführt hat, von der ordentlichen Kostenregelung (vorne E. 2.3.5) abzuweichen.

4. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdegegnerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Die ETA SA hat auf Anträge verzichtet; ihr ist damit auch keine Parteientschädigung zuzusprechen. Über die Parteientschädigung und die Verteilung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens (Ziff. 2 und 3 des Dispositivs des Beschwerdeentscheids vom 29.8.2003) hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen neu zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen. Der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

vom 29. August 2003 wird aufgehoben, soweit er die Beschwerde gutgeheissen hat. Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 wird bestätigt.

2.

Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

[Eröffnung]

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 2 Bibliografie
Bibliographie
Bibliografia

ANDERSSON Ola, WENGSTRÖM Erik, "Do Antitrust Laws Facilitate Collusion? Experimental Evidence of Costly Communication in Duopolies", Lund University, Department of Economics, Working Paper Series 2004:14

BACCARO Vincenzo, "Failing Firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of Two Closely related Concepts", European Competition Law Review 25/1(2004), p. 11

BAK Martin, "European Electronic Communications on the Road to Full Competition: The Concept of Significant Market Power under the New Regul", Journal of Network Industries 4/3(2003), p. 293 ff.

BITTERLI Heinz, "Gröberes Geschütz gegen Kartelle", Neue Zürcher Zeitung, 6./7. März 2004

BLOCK Walter, "Private Property Rights, Economic Freedom, and Professor Coase: A Critique of Friedman, McCloskey, Medema, and Zorn", Harvard Journal of Law & Public Policy 26/3(2003), p. 923 ff.

BOONE Jan, "A New Way to Measure Competition", Discussion Papier No 2004-31, Tilburg University, März 2004

BOUCKAERT Jan, DEGRYSE Hans, "Softening Competition by Inducing Switching in Credit Markets", The Journal of Industrial Economics LII/1(2004), p. 27 ff.

BRITO Duarte, "Preemptive mergers under spatial competition", International Journal of Industrial Organization 21/10(2003), p. 1601 ff.

CABRAL Luís M.B., "Horizontal mergers with free entry: why cost efficencies may be a weak defense and asset sales a poor remedy", International Journal of Industrial Organization 21/5(2003), p. 607 ff.

COMBE Emmanuel, PFISTER Etienne, "Licence horizontale et politique antitrust", Revue d'Economie Industrielle 104/4(2003), p. 23 ff.

CROSS Dennis, "What's Up with Section 2", Antitrust, Fall 2003, p. 8 ff.

DAVIDOVICI-NORA Myriam, "La dynamique déréglementaire de l'industrie garzière britannique; analyse de la transition du monopole vers la concurrence", Revue d'Economie Industrielle 104/4(2003), p. 47 ff.

DE ROOS N., "A model of collusion timing", International Journal of Industrial Organization 22/3(2004), p. 351 ff.

DISTASO Walter, LUPI Paolo, MANENTI Fabio M., "Platform Competition and Boradband Adoption in Europe: Theory and Empirical Evidence from the European Union", Working Paper, März 2004

EHRSAM Peter, HERGER Nils, SUTTER Oliver, "Estimating Market Power in the Swiss Petrol Retailing Industry - A New Empirical Industrial Organization Approach", Working Paper, April 2004, Sekretariat der Wettbewerbskommission

ENDE Lothar, KAISER Jan, "Wie weit ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandesaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor", Wirtschaft und Wettbewerb 1/2004, S. 26 ff.

EU-KOMMISSION, "Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse", Amtsblatt der Europäischen Union C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5 ff.

FAULÍ-OLLER Ramon, SADONÍS Joel, "To merge or to license: implications for competition policy", International Journal of Industrial Organization 21/5(2003), p. 655 ff.

GENOUD Christophe, FINGER Matthias, "Konkurrenz in der Eisenbahn: Ein Trugbild? Überlegungen zur Bahnreform 2", Mriconsulting, EPFL, Lausanne, Februar 2004

GIORNO Claude, JIMENEZ Miguel, GUGLER Philippe, "Product market competition and economic performance", Economics department working papers No. 383, March 2004

GLAZER Kenneth, HENRY Brian R., "Coercive vs. Incentivizing Conduct: A Way Out of the Section 2 Impasse?", Antitrust, Fall 2003, p. 45 ff.

GUGLER K., MUELLER D.C., YURTOGLU B. B., ZULEHNER C., "The effects of mergers: an international comparison", International Journal of Industrial Organization 21/5(2003), p. 625 ff.

HAHN Jong-Hee, "Nonlinear pricing of telecommunications with call and network externalities", International Journal of Industrial Organization 21/7(2003), p. 949 ff.

HANKS Frances, "Intellectual property and price discrimination: a challenge for Australian competition law", Information Economics and Policy 16(2004), p. 113 ff.

HORSTMANN Ignatius, MCDONALD Glenn, "Is advertising a signal of product quality? Evidence from the compact disc player market, 1983-1992", International Journal of Industrial Organization 21(2003), p. 317 ff.

KAHN Alfred E., "Lessons from Deregulation. Telecommunications and Airlines after the Crunch", AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington 2004

KATZ Michael L., SHAPIRO Carl, "Further Thoughts on Critical Loss", The Antitrust Source, März 2004

KNITTEL Christopher R., STANGO Victor, "Price Ceilings as Focal Points for Tacit Collusion: Evidence from Credit Cards", American Economic Review 93/5(2003), p. 1703 ff.

KRAUS Daniel E., "Les importations parallèles de produits brevetés en Suisse: Ce qu'il faut, c'est moins de dogmatisme", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 12/2003, S. 945 ff.

KRAUSKOPF Patrick, CARRON Sabrina, "The Swiss Competition Authorities Throw New Obstacles Into Cartels' Paths", International Antitrust Bulletin, Fall 2003/Winter 2004, p. 44 ss.

KRAUSKOPF Patrick, PIRLOT PITTET Corinne, "La nouvelle LCart: Un Vademecum pour les Entreprises", sic! 3/2004, p. 242 ss.

LINDSAY Robin, WEST Douglas S., "Predatory Pricing in differentiated product retail markets", International Journal of Industrial Organization 21/4(2003), p. 551 ff.

LUESCHER Christoph, "Efficiency Considerations in European Merger Control - Just Another Battle Ground for the European Commission, Economics and Co", European Competition Law Review 25/2(2004), p. 72 ff.

MOTTA Massimo, "Competition Policy. Theory and Practice", Cambridge University Press, 2004

MUNIER Franis, "La conjecture schumpéterienne: revue de la littérature empirique et apport de l'économie de la connaissance", Revue d'Economie Industrielle 104/4(2003), p. 71 ff.

O'BRIEN Daniel P., WICKELGREN Abraham L., "The State of Critical Loss Analysis: Reply to Scheffman and Simons", The Antitrust Source, März 2004

PIERGIOVANNI Michele, "EC Merger Control Regulation and the Energy Sector: An Analysis of the European Commission's Decisional Practice on Remedies", Journal of Network Industries 4/3(2003), p. 227 ff.

RBB ECONOMICS, "The special responsibility of dominant firms under Article 82: don't compete on price", RBB Brief 13, Februar 2004

RBB ECONOMICS, "The Emperor's New Clothes? - the role of merger simulation models", RBB Brief 12, Januar 2004

REINERT Mani, "Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen", Schulthess, Zürich 2004

RICHARD Oliver, "Flight frequency and mergers in airline markets", International Journal of Industrial Organization 21/6(2003), p. 907 ff.

ROBERT Gavin, HUDSON Charles, "Past Co-ordination and the Commission Notice on the Appraisal of Horizontal Mergers", European Competition Law Review 25/3(2004), p. 163 ff.

SÄCKER Franz Jürgen, "Abschied vom Bedarfsmarktkonzept. Zur Erfassung wettbewerbsrelevanter Produktmärkte mit Hilfe des Wirtschaftsplankonzepts", Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 1/2004, S. 1 ff.

SALLER Michael, "Europäische und deutsche Fusionskontrolle beim Pay-TV unter besonderer Berücksichtigung von Zusagen", Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004

SARI Nazmi, "Efficiency outcomes of market concentration and managed care", International Journal of Industrial Organization 21/10(2003), p. 1571 ff.

SCHEFFMAN David T., SIMONS Joseph J., "The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story", The Antitrust Source, November 2003, p. 1 ff.

SENN Dorothea, "Competition Law Sanctioning - The Situation in Switzerland", G. DANNECKER, O. JANSEN (Hrsg.), Competition Law Sanctioning in the European Union, Eur. Monographs 46, Kluwer 2004

SIEBERT Stefan, "Zur Marktabgrenzung bei Zeitungsverlagen, Publikums- und Fach-Zeitschriftenverlagen, Buchverlagen", Wirtschaft und Wettbewerb 4/2004, S. 399 ff.

SIOTIS Georges, "Competitive pressure and economic integration: an illustration for Spain, 1983-1996", International Journal of Industrial Organization 21/10(2003), p. 1435 ff.

SLADE M.E., "Competing models of firm profitability", International Journal of Industrial Organization 22/3(2004), p. 289 ff.

SLADE Margaret E., "Market Power and Joint Dominance in U.K. Brewing", The Journal of Industrial Economics LII/1(2004), p. 133 ff.

SPECTOR David, "Horizontal mergers, entry, and efficiency defences", International Journal of Industrial Organization 21/10(2003), p. 1591

SPIEGEL Yossi, YEHEZKEL Yaron, "Price and non-price restraints when retailers are vertically differentiated", International Journal of Industrial Organization 21/7(2003), p. 923 ff.

SUNDAKOV Alex, MCKINLAY Anna, "Intellectual property and price discrimination: Do as you please in the name of innovation?", Information Economics and Policy 16(2004), p. 31 ff.

SZYMANSKI Stefan, KÉSENNE Stefan, "Competitive Balance and Gate Revenue Sharing in Team Sports", The Journal of Industrial Economics LII/1(2004), p. 165 ff.

TAN Guofu, YUAN Lasheng, "Strategic incentives of divestitures of competing conglomerates", International Journal of Industrial Organization 21/5(2003), p. 673 ff.

TOR Avishalom, "Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing", Antitrust, Fall 2003, p. 52 ff.

ULSHÖFER Matthias, "Der Einzug des Herfindahl-Hirschman Index (HHI) in die europäische Fusionskontrolle", Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 1/2004, S. 50 ff.

VALLETTI Tommaso M., "Input price discrimination with downstream Cournot competitors", International Journal of Industrial Organization 21/7(2003), p. 969 ff.

WANG H., "Resale price maintenance in an oligopoly with uncertain demand", International Journal of Industrial Organization 22/3(2004), p. 389 ff.

WERDEN Gregory J., "The American Airlines Decision: Not with a Bang but a Whimper", Antitrust, Fall 2003, p. 32 ff.

WRIGHT Julian, "One-Sided Logic in Tow-Sided Markets", Review of Network Economics 3/1(2004), p. 44 ff.

WRIGHT Julian, "The Determinants of Optimal Interchange Fees in Payment Systems", The Journal of Industrial Economics LII/1(2004), p. 1 ff.

WU Lawrence, HOFER Paul, WILLIAMS Mark, "The Increasing Use of Empirical Methods in European Merger Enforcement: Lessens from the Past and a Look Ahead", A Nera Perspective, Spring 2004

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 Schiedgerichtsbarkeit
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 tecnici al commercio

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée

P

PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz

Q

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
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 Handelsamtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)

T

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property

U

UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

V

VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

W

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
abgestimmte Verhaltensweise 333, 343, 352
Abrede 332 ff., 338 f., 343, 345, 352 f., 356, 377, 386 ff., 393 f., 397 f., 400 ff., 404, 406, 439, 482, 522
Acquiring 625 ff.
Anhörung 418

B

Breitbanddienste 365, 368, 407 f., 417, 423 ff., 427 ff., 436, 438, 443, 447 f.

C

D

E

Einstellung einer Untersuchung -
einvernehmliche Regelung 454, 456, 635, 659 ff.

F

G

geografische Beschränkungen -

I

Indizienbeweis -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 334, 353, 362, 398, 422, 450, 526, 665
Koppelungsgeschäft 357, 368, 372 f., 376, 626, 630 f.
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 627

L

legitimate business reasons 368, 442, 468, 478, 637, 661

M

marktbeherrschende Stellung 359, 362, 407, 420, 422, 432, 437, 443, 448, 452 ff., 456 ff., 465, 468, 490, 494, 518, 523, 527 f., 535, 546, 559, 578, 581, 588, 596, 602, 606, 609, 627, 629 f., 661
Marktgegenseite 334, 336, 353 f., 356, 362 f., 365, 368, 374 f., 398, 401, 422, 428 ff., 439, 446, 449, 453, 458 f., 461, 465 f., 490 f., 535, 541 f., 544, 588, 594, 596, 600, 622 f.
Marktstruktur 434 f., 517, 627, 629
Marktzutrittsschranken 428, 499, 545, 551, 601
Meldepflicht 408, 422, 439, 443, 453, 458, 468, 644
Missbrauch 358, 362, 368 f., 373, 376, 390

N

O

P

Parallelverhalten 627, 333

Q

Quersubventionierung 407, 439, 443, 446 f.

R

Rabatte 338, 340, 414 f., 439 ff.
Reduktion der Sanktion -

S

Submission -
Submissionskartell -

T

Tarife 337, 340 f., 347, 389 ff., 393, 403, 577

U

Untersuchung 358, 376, 404, 407 f., 415, 417 f., 421, 447, 449, 453 f., 456, 463, 465, 471, 473, 478, 499, 551, 626, 628 f., 631 ff., 641, 645, 648, 652, 656, 658, 660
unzulässige Wettbewerbsabrede 331, 345, 377, 391

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Veröffentlichung 393
Verschulden -
vorbehaltene Vorschriften 332, 352, 359, 361, 388, 421, 457, 489, 534, 587

W

X

Y

Z