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

2014/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.14/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

Recht und Politik des Wettbewerbs RPW

Droit et politique de la concurrence DPC

Diritto e politica della concorrenza DPC

2014/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2015

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

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

Sistematica	**A**	**Rapporti d'attività**
		A 1 Commissione della concorrenza
		A 2 Sorveglianza dei prezzi
	B	**Prassi amministrativa**
		B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza
		1 Inchieste preliminari
		2 Raccomandazioni
		3 Preavvisi
		4 Consulenze
		5 LMI
		B 2 Commissione della concorrenza
		1 Misure cautelari
		2 Inchieste
		3 Concentrazioni di imprese
		4 Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
		7 Preavvisi
		8 LMI
		9 Diversi
		B 3 Tribunale amministrativo federale
		B 4 Tribunale federale
		B 5 Consiglio federale
		B 6 Sorvegliante dei prezzi
		B 7 Tribunali cantonali
		B 8 Tribunale penale federale
	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 **2014/4**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA 670

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Ringier/Le Temps 706
2. Verfügung vom 28. August 2014 in Sachen Genehmigung der Änderung der Kapitalstruktur und der Verteilung der Stimmrechte betreffend die ER Publishing SA 719
3. Verfügung vom 8. September 2014 in Sachen Aufhebung der Auflagen des Entscheids der WEKO vom 20. Oktober 2003 721
4. Robert Bosch GmbH/BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH 725
5. Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA 726
6. Cargill/Copersucar 729
7. Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG 744
8. KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG 751
9. Tamedia/home.ch 758

5. Andere Entscheide
Autres décisions
Altre decisioni

1. Zwischenverfügung vom 29. Juli 2014 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG betreffend Untersuchung gemäss Art. 27 KG Währungswechselkurse 771

8. BGBM
LMI
LMI

1. Publikation einer Stellungnahme, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission / Publication d'une prise de position au sujet de l'application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence 775
2. Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz / Expertise du 1er décembre 2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet «eOperations Schweiz» 785
3. Empfehlungen vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz 801
4. Recommandation du 1er décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur 809
5. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2014 zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) / Prise de position de la Commission de la concurrence du 1er décembre 2014 sur la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) 817

B 7 **Kantonale Gerichte**
Tribunaux cantonaux
Tribunali cantonali

1. Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission / Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence 822

C Zivilrechtliche Praxis
Pratiques des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte
Tribunaux cantonaux
Tribunali cantonali

1. Urteil vom 17. Dezember 2014 des Handelsgerichtes des Kantons Zürich betreffend vorsorgliche Massnahmen 825

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 832

Index (deutsch, français e italiano) 834

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen** Enquêtes Inchieste
B 2.2	**1. Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA**

Untersuchung gemäss Art. 27 KG und Verhängung einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG.

Enquête selon l'art. 27 LCart et prononcé de sanctions selon l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 7 LCart.

Inchiesta giusta l'art. 27 LCart e inflizione di sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 e l'art. 7 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 2014 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend die Preispolitik und andere Verhaltensweisen der Schweizerischen Depeschenagentur AG (SDA) sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG.
Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von SDA auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien. Die Gewährung von Exklusivitätsrabatten für Abonnenten des SDA-Basisdienstes stellt eine unzulässige Verhaltensweise dar. Verletzung der Art. 7 Abs. 2 Bst. b (Diskriminierung von Handelspartnern) und Bst. e (Einschränkung des Absatzes) jeweils i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Sanktionierung. Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

Décision de la Commission de la concurrence du 14 juillet 2014 concernant une enquête selon l'art. 27 LCart relative à la politique de prix et autres pratiques de l'Agence Télégraphique Suisse SA (ATS) et leurs sociétés filiales pour pratiques illicites au sens de l'art. 7 LCart.
Détermination d'une position dominante de l'ATS sur le marché national des services de base pour les actualités en langue allemande destinés aux médias suisses ainsi que sur le marché national des services de base pour le sport en langue allemande destinés aux médias suisses. L'octroi de rabais d'exclusivité aux abonnés du service de base de l'ATS est un comportement illicite. Violation de l'art. 7 al. 2 let. b (discrimination de partenaires commerciaux) et let. e (limitation des débouchés) en lien avec l'art. 7 al. 1 LCart. Sanction. Approbation d'un accord amiable.

Decisione della Commissione della concorrenza del 14 luglio 2014 concernente un'inchiesta giusta l'art. 27 LCart relativa alla politica dei prezzi e altre pratiche dell'Agenzia Telegrafica Svizzera SA (ATS) e delle filiali legate al gruppo a causa di pratiche illecite secondo l'art. 7 LCart.
Determinazione della posizione dominante dell'ATS sul mercato nazionale del servizio base per le notizie per i media svizzeri in lingua tedesca così come su quello del servizio base dello sport per i media svizzeri in lingua tedesca. Gli sconti di esclusiva concessi agli abbonati del servizio di base dell'ATS costituiscono un comportamento illecito. Violazione dell'art. 7 cpv. 2 lett. b (discriminazione di partner commerciali) e lett. e (limitazione dello smercio) in combinato disposto con l'art. 7 cpv. 1 LCart. Sanzione. Approvazione di una conciliazione.

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Beurteilung der Frage, ob die Schweizerische Depeschenagentur AG (nachfolgend: SDA) durch unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG[1] ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hat. Es gilt namentlich zu prüfen, ob die SDA mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten konkurrierende Nachrichtenagenturen, insbesondere AP Schweiz, im Wettbewerb behindert hat. Darüber hinaus stellt sich die Frage der kartellrechtlichen Konformität des von der SDA verwendeten Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabattsystems, der Zugangs- und Nutzungsbedingungen für die Verwendung von SDA-Meldungen im Internet sowie der Koppelung bzw. Bündelung verschiedener Dienstleistungspakete der SDA-Gruppe.

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

2. Einleitend ist festzuhalten, dass die SDA und das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) mit Blick auf einen speditiven Abschluss des Verfahrens eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: EVR) abgeschlossen haben. Vor diesem Hintergrund wurde insbesondere auf weitere Ermittlungsmassnahmen und eine rechtliche Würdigung betreffend das Kooperations- und Lizenzabkommen zwischen der SDA und der Deutschen Depeschendienst GmbH, welches die Einstellung der Tätigkeit von AP Schweiz zur Folge hatte (vgl. Rz 27), verzichtet. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die eingangs erwähnten Verhaltensweisen der SDA, auf welche das Sekretariat den Fokus im Hinblick auf den Abschluss einer EVR gelegt hat.

3. Bevor die Verfahrensgeschichte dargestellt wird (A.2), wird nachfolgend allgemein auf die Rolle und Tätigkeit von Nachrichtenagenturen (A.1.1) sowie speziell auf die in der Schweiz tätigen Agenturen (A.1.2) eingegangen.

A.1.1 Rolle und Tätigkeit einer Nachrichtenagentur

4. Nachrichtenagenturen sind Dienstleistungsunternehmen, die für einen bestimmten geographischen Raum eine Grundabdeckung in Bezug auf relevante *Nachrichten*[2] gewährleisten. Zu diesem Zweck sammeln und verifizieren sie laufend Informationen über aktuelle Ereignisse und bereiten diese zu publikationsfertigen *Agenturmeldungen* auf, die umgehend an Abonnenten von Agenturdiensten übermittelt werden.[3]

5. Der Begriff *Agenturmeldung* bezeichnet die konkrete Mitteilung einer Nachrichtenagentur zu einem aktuellen Ereignis. Grundsätzlich gibt es verschiedene Formen, wie Agenturmeldungen – unabhängig von deren thematischen Inhalten – verfasst und dargestellt werden können. Gemeinhin kann zwischen Text-, Bild-, Audio- und Videomeldungen unterschieden werden. Eine Agenturmeldung ist oft kein abgeschlossenes Produkt, sondern wird im Laufe eines Tages mehrmals aktualisiert und im Lichte neuer Erkenntnisse, Entwicklungen oder Reaktionen überarbeitet.

Agenturkunden

6. Von anderen Nachrichtenmedien unterscheiden sich die Agenturen vor allem darin, dass sie die allgemeine Öffentlichkeit nur indirekt ansprechen. Ihre Hauptadressaten sind nicht ein disperses, öffentliches Publikum, sondern die Redaktionen von Tageszeitungen, Radio- und Fernsehsendern sowie Nachrichtenportalen im Internet (nachfolgend gemeinsam als *Medienkunden* bezeichnet). Diese sichten Agenturmeldungen, wählen Text-, Bild- und Tonmaterial für die eigene Berichterstattung aus und bearbeiten dieses entsprechend weiter. Erst auf diesem Umweg gelangt ein kleiner Teil der Agenturmeldungen in mehr oder minder veränderter Form an die breite Öffentlichkeit.

7. Neben den Medienkunden gehören auch Behörden, Verbände und Unternehmen sowie andere Akteure ausserhalb der Medienbranche zu den Abonnenten von Agenturdiensten. Diese sog. *Nichtmedienkunden* nutzen einen Agenturdienst vor allem deshalb, weil sie sich einen zeitnahen Zugang zu für sie wichtigen Informationen sichern wollen; die Veröffentlichung dieser Informationen steht dabei nicht im Vordergrund.[4]

8. Mit dem Aufkommen neuer Übermittlungstechnologien und Nutzungsgewohnheiten sind grundsätzlich auch private Endverbraucher zu einem potenziellen Kundensegment der Nachrichtenagenturen geworden. Experten gehen deshalb davon aus, dass die traditionellen Business-to-Business-Modelle der Nachrichtenagenturen zunehmend aufgeweicht und mit Agenturangeboten für Privatpersonen ergänzt werden könnten.[5] Hierzu gilt es jedoch anzumerken, dass sich viele Nachrichtenagenturen im Besitz von Medienunternehmen befinden (vgl. Rz 14), die naheliegenderweise kein Interesse an einer solchen Angebotsergänzung haben können. In der Schweiz werden bislang keine Agenturdienste für Privatpersonen angeboten.[6]

9. Im vorliegenden Verfahren interessiert in erster Linie das Verhältnis der SDA zu ihren Medienkunden. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich daher primär mit der Rolle von Nachrichtenagenturen als Dienstleister für die Medienbranche.

Ein globales Netz von Nachrichtenagenturen

10. Im Mittelpunkt der weltweiten Produktion von Agenturnachrichten stehen die amerikanische Associated Press (nachfolgend: AP International), die in New York ansässige Agentur Thomson Reuters und die französische Agence France-Press (nachfolgend: AFP).[7] Sie alle unterhalten engmaschige, kostenintensive Korrespondentennetze, die eine eigenständige Berichterstattung aus grundsätzlich allen Regionen der Welt erlauben. Ausserdem bieten sie Agenturdienste in mehreren Sprachen an und sind somit auch im Vertrieb klar international ausgerichtet.[8] Ebenfalls als *internationale Nachrichtenagenturen* zu bezeichnen sind die Deutsche Presse-Agentur (nachfolgend: DPA), die italienische Agenzia Nazionale Stampa Associata (nachfolgend: ANSA) und die spanische Agencia EFE: auch sie produzieren Weltnachrichten in mehreren Sprachen, bleiben in ihrer Bedeutung aber klar hinter AP International, Thomson Reuters und AFP zurück.[9]

[2] Der Begriff *Nachricht* meint vorliegend eine möglichst objektive Darstellung eines aktuellen Ereignisses, welche alle wesentlichen Informationen in knapper Form an die Öffentlichkeit bringt.

[3] Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren auf den Erkenntnissen aus der Marktbefragung des Sekretariats vom Juni 2012 (vgl. Rz 43) sowie einer ergänzenden Literaturrecherche. Vgl. insb. MICHAEL SEGBERS, Die Ware Nachricht. Wie Nachrichtenagenturen ticken, 2007; PETER ZSCHUNKE, Nachrichtenagenturen, in: Lexikon der Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, Brauner/Leitolf/Raible-Besten/Weigert (Hrsg.), 2001, S. 269-272; sowie DIETZ SCHWIESAU/JOSEF OHLER: Die Nachricht in Presse, Radio, Fernsehen, Nachrichtenagentur und Internet, Ein Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2003.

[4] Im Übrigen ist Nichtmedienkunden die Veröffentlichung dieser Informationen meistens auch vertraglich verboten.

[5] Vgl. Act. 45 Frage 4 (Stellungnahme ehem. Büroleiter AP Schweiz vom 19.1.2011) sowie GEORGI KANTCHEV, Mehr als Nachrichten, in: Magazin des Frankfurter Presseclubs, 2013, S. 62-65, der die These vertritt, dass private Kunden eine immer wichtigere Einkommensquelle für Nachrichtenagenturen darstellen.

[6] Die SDA schliesst die Belieferung von Privatpersonen auf ihrer Homepage explizit aus (vgl. <www.sda.ch> unter Unternehmen [17.3.2014]).

[7] Vgl. SEGBERS (Fn 3), S. 15.

[8] Vgl. ZSCHUNKE (Fn 3), S. 270.

[9] Vgl. SEGBERS (Fn 3), S. 17.

11. Bei der überwiegenden Mehrheit der Nachrichtenagenturen handelt es sich jedoch um *nationale Agenturen*, die sich im Wesentlichen auf die Bearbeitung ihres jeweiligen Heimmarktes konzentrieren. Nationale Agenturen, zu welchen auch die SDA gehört, beziehen den Grossteil ihrer Auslandsberichterstattung von Partneragenturen und setzen allenfalls punktuell eigene Auslandskorrespondenten ein. Vor allem aber treten nationale Agenturen nicht mit einem fremdsprachigen Dienst auf ausländischen Märkten in Erscheinung.[10]

12. Zwischen den verschiedenen Nachrichtenagenturen besteht ein vielseitiges System von Kooperations- und Lizenzverträgen. Eine typische Vertragsbeziehung ist etwa die Verbindung zwischen einer internationalen Agentur und einer nationalen Agentur. Dabei übernimmt die nationale Agentur ihre Auslandmeldungen vom internationalen Partner, der im Gegenzug das nationale Meldungsangebot für seine eigenen Dienste auswerten kann. Grosse nationale Agenturen haben meist die Dienste mehrerer internationaler Agenturen abonniert und können so eine auf die Bedürfnisse ihres Heimmarktes angepasste Synopse von Auslandmeldungen zusammenstellen.[11]

13. Neben der Einteilung in nationale und internationale Agenturen können Nachrichtenagenturen auch anhand ihrer inhaltlichen Reichweite unterteilt werden in *Komplettagenturen*, die möglichst die ganze Bandbreite des aktuellen Nachrichtengeschehens (Politik, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft usw.) abdecken, und *Spezialagenturen*, die sich auf einen bestimmten Themenbereich wie z. B. Finanznachrichten oder Sportmeldungen konzentrieren.[12]

14. Ferner unterscheiden sich die Agenturen auch hinsichtlich ihrer Organisationsstruktur: Nachrichtenagenturen gibt es als gewinnorientierte Privatunternehmen, als genossenschaftliche Zusammenschlüsse von Medienbetrieben und als Staatsunternehmen. Vor allem in der westlichen Welt hat das Modell der genossenschaftlichen Trägerschaft eine beachtliche Verbreitung gefunden. Dies zuerst bei AP International als Gemeinschaftseinrichtung von Zeitungsverlagen in den USA, später auch bei der SDA, der deutschen DPA, der italienischen ANSA, der Austria Presse Agentur (APA) und anderen. Die Erträge von genossenschaftlich organisierten Agenturen werden in der Regel nicht ausgeschüttet, sondern in die technische und personelle Ausstattung reinvestiert.[13]

Nachrichten im Grosshandel

15. Nachrichtenagenturen sind die eigentlichen Grosshändler des Journalismus. Sie sind nicht an eine bestimmte Mediengattung gebunden, sondern sie stellen Informationen bereit, die von grundsätzlich allen Medien genutzt werden können. Ihre Kernberichterstattung besteht aus einem nicht abreissenden Strom von Textnachrichten; je nach Bedeutung eines Ereignisses oder Themas bieten die Nachrichtenagenturen ihren Abonnenten zudem nichttextgebundene Informationen in Form von Fotos, Infografiken, Audionachrichten oder Filmaufnahmen an.

16. Die zentrale Leistung der Agenturen besteht im preiswerten Angebot von aktuellen Texten. Dies erlaubt es, dass die Medien Nachrichten publizieren können, die sie jeweils alleine und aus eigener Kraft nicht oder nur zu übermässig hohen Kosten beschaffen könnten. Die Bedeutung der Nachrichtenagenturen für die Massenmedien erschöpft sich indes nicht in der Rationalisierung der Nachrichtenbeschaffung. So geben die Agenturen ihren Kunden auch eine wichtige Orientierungshilfe in der täglichen Informationsflut.[14] Die Anzahl an Ereignissen, über die täglich berichtet werden könnte, ist riesig. Um die schiere Masse überblicken zu können, gilt es diese Ereignisse zu erfassen, zu filtern und zu kategorisieren. Diese Aufgabe kommt den Nachrichtenagenturen zu: Sie entscheiden auf einer ersten Stufe darüber, welche Ereignisse relevant sind, um journalistisch bearbeitet und verwertet zu werden. Die Medien müssen die vorgefertigten Nachrichten der Agenturen nicht unbesehen übernehmen, doch müssen ihre Redaktionen zunächst überhaupt Kenntnis von einem für sie interessanten Vorgang erhalten, um dann mit eigenen Kräften recherchieren und produzieren zu können.[15]

17. Für viele Medienunternehmen sind Nachrichtenagenturen die Hauptinformationsquelle. Dies trifft namentlich auf tagesaktuelle Medien mit geringer Wirtschaftskraft zu, die sich kaum eigene Korrespondenten leisten können. Aber auch grosse Titel, wie etwa die *«Neue Zürcher Zeitung»,* der *«Tagesanzeiger»* oder das *«Schweizer Radio und Fernsehen»*, nutzen Agenturleistungen[16]; denn selbst mit sehr grossen finanziellen Ressourcen dürfte es den allermeisten Medienunternehmen nicht möglich sein, eine Infrastruktur zu unterhalten, mit der sich das wesentliche nachrichtenrelevante Geschehen ausreichend beobachten liesse.

Unterschiedliche Dienstleistungspakete

18. Die Medienunternehmen sind daran interessiert, von einer Nachrichtenagentur laufend über genau jene Ereignisse informiert zu werden, die für ihr Zielpublikum relevant sind. Um den verschiedenen Kundenbedürfnissen gerecht zu werden, bieten die Agenturen unterschiedliche Dienstleistungspakete, sog. *Dienste*, an. Wer einen solchen Dienst abonniert, erhält laufend Zugriff auf alle tagesaktuellen Agenturmeldungen, die diesem Dienst zugewiesen sind. Die Zuweisung von Agenturmeldungen orientiert sich an einem Kategorisierungssystem, das sich auf Themengebiet (Politik, Wirtschaft, Kultur, Vermischtes, Sport, usw.), geographische Relevanz (lokal, regional, national, international) sowie Tragweite und Überraschungscharakter der Mitteilung (Prioritäten 1 bis 5) stützt. Der Grundpfeiler im Angebot von nationalen Nachrichtenagenturen bildet der sog. *Basisdienst*, welcher laufend über das – aus Sicht des jeweiligen Heimmarktes – wesentliche nationale und internationale Tagesgeschehen informiert. Daneben bieten die

[10] Vgl. SEGBERS (Fn 3), S. 17.
[11] Vgl. Zum Ganzen ZSCHUNKE (Fn 3), S. 271 sowie SEGBERS (Fn 3), S. 177 f.
[12] Vgl. ZSCHUNKE (Fn 3), S. 271.
[13] Vgl. ZSCHUNKE (Fn 3), S. 269 f.
[14] Vgl. ZSCHUNKE (Fn 3), S. 271.
[15] Vgl SEGBERS (Fn 3), S. 11.
[16] Vgl. dazu die Antworten auf die Fragen 4 bis 10 in den schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6. Juni 2012; vgl. insb. Act. 423, Act. 443 und Act. 456.

Nachrichtenagenturen zum Teil auch Regional- bzw. Landesdienste mit Meldungen, die vor allem in einer bestimmten Region von Relevanz sind, sowie Spezialdienste zu ausgewählten Themenbereichen an. Aufgrund von Kooperationen mit ausländischen Nachrichtenagenturen vermarkten bzw. vertreiben nationale Agenturen bisweilen auch deren Dienste auf ihrem jeweiligen Heimmarkt.

19. Agenturkunden bezahlen eine vertraglich vereinbarte Gebühr für die fortlaufende Belieferung mit Agenturmeldungen des abonnierten Dienstes sowie für das Recht, deren Inhalte zu nutzen bzw. zu veröffentlichen. Diese Gebühr ist in aller Regel unabhängig davon, in welchem Ausmass vom angebotenen Agenturmaterial Gebrauch gemacht wird. Der Preis für den Bezug eines Dienstes richtet sich bei Printmedien vielmehr nach der Auflage, bei elektronischen Medien (Radio und Fernsehen) nach der technischen Reichweite und bei Online-Newsportalen nach der Portalnutzung (gemessen anhand von Seitenaufrufen). Je nach Informationsangebot und Marktstrategie klaffen die Bezugspreise der einzelnen Agenturdienste zum Teil erheblich auseinander.

A.1.2 Nachrichtenagenturen in der Schweiz

A.1.2.1 Die Schweizerische Depeschenagentur AG

20. Das Unternehmen SDA, gegen welche sich das vorliegende Verfahren richtet, versteht sich als die nationale Nachrichtenagentur der Schweiz. In den drei Landessprachen Deutsch, Französisch und Italienisch verbreitet sie rund um die Uhr Informationen aus Politik, Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur. Gesamthaft produziert die SDA jährlich rund 175'000 Meldungen.[17]

21. Die SDA wurde 1894 durch drei Schweizer Verlage gegründet und ist bis heute im mehrheitlichen Besitz von Medienunternehmen aus der Schweiz.[18] Gemäss Angaben der SDA kommen als Aktionäre Unternehmen in Frage, die ein Medium oder mehrere Medien besitzen und betreiben, oder solche Unternehmen, die auf benachbarten Märkten tätig sind. Dazu gehören laut SDA auch mediennahe Verbände, Organisationen oder Privatpersonen.[19]

22. Zu den Kunden zählen die meisten tagesaktuellen Medien der Schweiz, einige Medienunternehmen aus dem Ausland sowie Behörden, Organisationen und einzelne Unternehmen. Die SDA verfolgt grundsätzlich keine Gewinnzwecke, ist aber dem Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit verpflichtet.[20] Zudem ist die SDA vom Solidaritätsgedanken geprägt, welcher sich einerseits in der Solidarität unter den Medienunternehmen in der Schweiz und andererseits in der Sprachensolidarität äussert.[21] Die SDA betont, dass sie insofern einen öffentlichen Leistungsauftrag wahrnehme, als sie die Schweizer Medien mit Agenturmeldungen in den drei wichtigsten Landessprachen Deutsch, Französisch und Italienisch versorge.[22]

23. Als Komplettagentur bietet die SDA Informationen über ein breites Themenspektrum an: Hauptprodukt bildet der Basisdienst, der auf die Bedürfnisse der Schweizer Medien ausgerichtet ist und aus Schweizer Sicht über das nationale und internationale Tagesgeschehen informiert. Die SDA war und ist die einzige Nachrichtenagentur, deren Basisdienst in den drei wichtigsten Landessprachen Deutsch, Französisch und Italienisch erhältlich war bzw. ist. Täglich werden bis zu 250 Meldungen, unterteilt in die Ressorts Inland, Ausland, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft und Vermischtes, produziert. In Ergänzung zum Basisdienst produziert und vertreibt die SDA auch mehrere Regionaldienste mit Meldungen von lediglich regionalem Charakter und Interesse. Daneben bietet die SDA weitere Zusatzdienste an, so etwa einen Online-Dienst mit speziell für die Online-Publikation aufbereiteten Meldungen. Über ihre 100%-ige Tochtergesellschaft Sportinformation Si AG (nachfolgend: Si) ist die SDA auch im Bereich der Sportberichterstattung tätig. Seit Februar 2013 fungiert die SDA zudem als Vertriebspartnerin der DPA, welche die Vermarktungsrechte für die Textdienste von AP International im deutschsprachigen Raum besitzt. Auf die Angebotspalette der SDA bzw. Si wird im Rahmen der Marktabgrenzung ausführlich eingegangen (vgl. Rz 64).

24. Zur SDA-Gruppe gehört neben Si u. a. auch die news aktuell (Schweiz) AG, die den reinen Transport von unveränderten Medienmitteilungen – also unabhängig von journalistischen Qualitätskriterien und ohne jede Bearbeitung – an Medien im In- und Ausland anbietet und mit *«presseportal.ch»* die grösste Datenbank für originale Medieninformationen in der Schweiz betreibt. Weiter ist die SDA an der Schweizer Bildagentur Keystone AG (nachfolgend: Keystone) sowie an der Finanznachrichtenagentur awp Finanznachrichten AG (nachfolgend: AWP) beteiligt. Keystone, welche die Schweizer Medien mit News- und Themenbildern versorgt, ist im Besitz der österreichischen APA (60 %) und der SDA (40 %). An AWP sind neben der SDA (35 %) die DPA (35 %) und Thomson Reuters (30 %) beteiligt.[23]

A.1.2.2 AP Schweiz

25. Von 1982 bis anfangs 2010 war auf dem Schweizer Markt neben der SDA auch die Nachrichtenagentur AP Schweiz tätig. Als Zweigniederlassung mit Räumlichkeiten in Zürich und Bern gehörte AP Schweiz zur deutschen Associated Press GmbH (nachfolgend: AP GmbH), eine Tochtergesellschaft der amerikanischen AP International.[24]

26. AP Schweiz generierte Agenturmeldungen über Ereignisse im In- und Ausland zu den Themen Politik, Wirtschaft, Kultur und Gesellschaft. Ähnlich wie die SDA bot AP Schweiz einen auf die Bedürfnisse der Schweizer

[17] Vgl. <www.sda.ch> unter Unternehmen (17.3.2014).
[18] Die bedeutendsten Aktionärinnen der SDA sind die Tamedia-Gruppe, die NZZ-Gruppe, die SRG SSR sowie Médias Suisses. Die Tamedia-Gruppe besitzt 28,3 %, die NZZ-Gruppe 11,4 %, die SRG SSR 10 % und Médias Suisses 9,8 % des Aktienkapitals. Diese vier grössten Aktionärinnen besitzen insgesamt 59,5 % des Aktienkapitals (vgl. Act. 512 Beilage 2 S. 7).
[19] Vgl. Act. 43 Frage 3c.
[20] Vgl. <www.sda.ch> unter Unternehmen (17.3.2014).
[21] Vgl. Act. 43 S. 2.
[22] Vgl. Act. 43 S. 2 f. sowie Act. 528 S. 3.
[23] Vgl. <www.sda.ch> unter Unternehmen > SDA-Gruppe (17.3.2014).
[24] AP Schweiz ist nicht zu verwechseln mit AP Suisse, den Schweizer Korrespondentenbüros des französischsprachigen Ablegers von AP International mit Sitz in Paris (AP France).

Medien ausgerichteten Basisdienst in deutscher Sprache an.[25] Der Dienst umfasste täglich rund 60 Inland- und 120 Auslandmeldungen, wobei Letztere von der AP GmbH stammten. Neben ihrem Basisdienst vertrieb AP Schweiz auch den internationalen Nachrichtendienst von AP International im Gebiet der Schweiz. Im Gegensatz zur SDA bzw. Si bot AP Schweiz weder Regionaldienste noch Dienste mit Sportnachrichten an. AP Schweiz hat sich als sog. Zweitagentur verstanden: Sie richtete sich mit ihrem Angebot primär an Medienunternehmen in der Deutschschweiz, die sich neben dem Basisdienst der SDA eine zweite Nachrichtenquelle leisten wollten und konnten.[26]

27. Ende 2009 wurde die AP GmbH – und mit ihr AP Schweiz – von der Deutschen Depeschendienst GmbH (nachfolgend: DDP), die später als DAPD Nachrichtenagentur (nachfolgend: DAPD) auf dem Mark aufgetreten ist, übernommen. Damit erhielt die DDP insbesondere auch die Vermarktungsrechte für die Textdienste von AP International im deutschsprachigen Raum. Mit der Übernahme der AP GmbH bzw. AP Schweiz durch die DDP kam es zu Vertragsverhandlungen zwischen der SDA und DDP. Diese mündeten Ende Januar 2010 im Abschluss eines Kooperations- und Lizenzvertrages. […].[27] Ende Januar 2010 wurden die Aktivitäten von AP Schweiz eingestellt.

28. Betreffend DAPD ist anzumerken, dass diese im Oktober 2012 Insolvenz anmelden musste. Nachdem ein erstes Sanierungskonzept scheiterte, entzog AP International im November 2012 der DAPD die Nutzungs- und Vermarktungsrechte für die internationalen AP-Dienste und schloss stattdessen eine entsprechende Vereinbarung mit DPA ab, die per Januar 2013 wirksam wurde. Im März 2013 musste die DAPD erneut Insolvenz anmelden, worauf die Nachrichtenagentur im April 2013 ihre Tätigkeit einstellte.[28]

A.2 Verfahrensgeschichte

29. Am 28. Januar 2010 gab die SDA in einer Medienmitteilung bekannt, dass sie künftig mit DDP in der Schweiz kooperieren werde und per 1. Februar 2010 deren deutsche Text-Dienste sowie den auf Grundlage des englischsprachigen Dienstes von AP International produzierten deutschen Auslands-Nachrichtendienst für die Schweiz übernehme. Im Gegenzug erhalte die DDP das Recht, Meldungen der SDA für ihre eigene Nachrichtentätigkeit zu verwenden. Weiter wurde bekannt gegeben, dass DDP die Aktivitäten von AP Schweiz einstellen und das Redaktionsbüro von AP Schweiz in ein Korrespondentenbüro umwandeln würde.[29]

30. Das Sekretariat verlangte von der SDA in der Folge am 11. Februar 2010 Auskunft hinsichtlich einer möglichen Meldepflicht der Transaktionen zwischen der SDA und DDP im Sinne von Art. 9 KG.[30] Innert einmal erstreckter Frist lieferte die SDA am 12. März 2010 die verlangten Auskünfte.[31]

31. Am 7. März 2010 machte der *«Sonntags Blick»* unter anderem publik, dass die SDA Zeitungsverlagen Ende 2008 Exklusivitätsrabatte in der Höhe von 20 % angeboten haben soll, wenn diese auf den Bezug von Dienstleistungen von AP Schweiz verzichteten.[32]

32. Nach Prüfung der eingereichten Stellungnahme und Unterlagen der SDA kam das Sekretariat zum Schluss, dass betreffend die Transaktion zwischen der DPP und SDA die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG für die Meldepflicht eines möglichen Unternehmenszusammenschlusses nicht erfüllt waren.

33. Am 22. März 2010 wandte sich [Unternehmen C], […], an das Sekretariat und machte im Wesentlichen geltend, dass die SDA eine Tariferhöhung um 25 % verlangt, den Vertrag aus dem Jahre 1997 gekündigt und schliesslich die Lieferung ihrer Dienste eingestellt habe.[33]

34. Mit Schreiben vom 29. April 2010 befragte das Sekretariat die SDA über ihre Rabattpolitik.[34] Gleichzeitig fragte es bei fünf grossen Medienunternehmen nach, ob ihnen von der SDA Exklusivitätsrabatte oder dergleichen angeboten bzw. gewährt wurden.[35]

35. Am 3. Mai 2010 wandte sich [Unternehmen A], die unter anderem das deutschsprachige Online-Newsportal [Newsportal A] betreibt, telefonisch an das Sekretariat und machte im Wesentlichen geltend, dass sie von der SDA im Vergleich zu Printmedien mit einem eigenen Online-Newsportal ungleich behandelt werde.[36]

36. Die Antworten der vom Sekretariat befragten Medienunternehmen (vgl. Rz 34) ergaben, dass die SDA teilweise Exklusivitätsrabatte bis zu 20 % offeriert bzw. gewährt hat.[37] Die SDA bestätigte denn auch in ihrer Stellungnahme vom 14. Mai 2010, neben Mehrjahres- und Mengenrabatten auch Exklusivitätsrabatte zu gewähren.[38]

37. Das Sekretariat eröffnete am 20. Juli 2010 eine Vorabklärung gegen die SDA und stellte dieser ein weiteres Auskunftsbegehren zu.[39] Innert zweimal erstreckter Frist reichte die SDA am 15. Oktober 2010 ihre Stellungnahme und die eingeforderten Unterlagen ein.[40]

38. Am 4. Januar 2011 ersuchte das Sekretariat den ehemaligen Chefredaktor und Büroleiter von AP Schweiz um Auskunft. Dieser reichte seine Stellungnahme am 19. Januar 2011 ein.[41]

39. Mit Schreiben vom 24. Mai 2011 reichte die SDA unaufgefordert eine ergänzende Stellungnahme ein.[42]

[25] Im Gegensatz zur SDA bot AP Schweiz indes weder einen französisch- noch einen italienischsprachigen Basisdienst an. Ob AP France bzw. AP Suisse zu irgend einem Zeitpunkt einen französischsprachigen Basisdienst für die Schweiz angeboten hat, kann vorliegend offen gelassen werden.
[26] Vgl. Act. 45 Frage 17a.
[27] Vgl. Act. 5 Beilage 2.
[28] Vgl. PETER ZSCHUNKE, Die letzten 192 Tage der DAPD, Blogeintrag vom 11.4.2013, abrufbar unter <www.agenturjournalismus.de> (17.3.2014).
[29] Act. 1.
[30] Act. 2.
[31] Act. 5.
[32] Sonntags Blick vom 7.3.2010, WEKO prüft die SDA-Verträge, 27.
[33] Act. 8.
[34] Act. 14.
[35] Act. 9-13.
[36] Act. 16.
[37] Act. 17, 19, 23, 24 f. und 27.
[38] Act. 22.
[39] Act. 31 und 32.
[40] Act. 43.
[41] Act. 44-46.
[42] Act. 48.

40. Das Sekretariat eröffnete am 22. Februar 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die SDA namentlich betreffend die Gewährung spezifischer Rabatte, die Koppelung bzw. Bündelung von Angeboten resp. Leistungen der SDA, die unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern, die allfällige Erzwingung unangemessener Preise sowie betreffend die Umstände, die zur Einstellung der Geschäftstätigkeiten von AP Schweiz geführt haben. Die Untersuchungseröffnung wurde am 6. März 2012 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt publiziert.[43]

41. Am 2. April 2012 lud das Sekretariat die Vertreter von SDA zum Parteiverhör vor. Gleichzeitig wurden weitere Unterlagen eingefordert, die am 5. April 2012 fristgerecht eingereicht wurden.[44]

42. Die Einvernahme der Vertreter von SDA fand am 25. April 2012 in den Räumlichkeiten des Sekretariats statt. Es wurde ein Protokoll erstellt.[45]

43. Mit Schreiben vom 4. bzw. 6. Juni 2012 verlangte das Sekretariat Auskünfte von 63 deutsch- und 19 französischsprachigen Medienunternehmen.[46] Am 12. Juni 2012 wurden weitere Auskunftsbegehren an 21 Nichtmedienkunden der SDA versandt.[47] Am 21. Juni 2012 wurde auch der Bundeskanzlei (BK), der grössten Kundin der SDA ausserhalb des Medienbereichs, ein Auskunftsersuchen zugestellt.[48] Nach diversen Fristverlängerungen und Erinnerungsschreiben ging die letzte von insgesamt 101 Stellungnahmen am 10. September 2012 beim Sekretariat ein.[49]

44. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2012 reichte die SDA unaufgefordert eine ergänzende Stellungnahme ein.[50]

45. Nachdem seitens SDA stets Gesprächsbereitschaft signalisierte wurde, lud das Sekretariat die SDA zu einem Standortgespräch am 19. April 2013 in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein.[51] An diesem Gespräch legten die Vertreter des Sekretariates den Vertretern der SDA ihre summarische rechtliche und ökonomische Einschätzung des Falles dar und erläuterten, weshalb sie eine unzulässige und sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung als gegeben erachteten (vgl. Art. 29 Abs. 1 KG). Das Sekretariat führte weiter aus, welche Möglichkeiten für den Abschluss einer EVR aus seiner Sicht offen stehen würden. Die SDA signalisierte grundsätzlich Bereitschaft zum Abschluss einer EVR.

46. Mit Schreiben vom 8. Mai 2013 verlangte das Sekretariat von der SDA weitere Auskünfte betreffend den Umsatz der SDA-Gruppe, mögliche Rechtfertigungsgründe für die praktizierte Gewährung von Mehrjahres- und Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten sowie hinsichtlich der Zugangs- und Nutzungsbedingungen für die Verwendung des Basisdienstes im Internet. Innert einmal erstreckter Frist gingen die verlangten Angaben und Belege am 28. Juni 2013 beim Sekretariat ein.[52]

47. Am 13. November 2013 fand eine weitere Besprechung zwischen dem Sekretariat und der SDA in den Räumlichkeiten des Sekretariats statt, anlässlich welcher ein konkreter Vorschlag für eine mögliche EVR präsentiert und diskutiert wurde.

48. Mit Schreiben vom 22. November 2013 liess das Sekretariat der SDA einen Entwurf der EVR zukommen, zu welchem die SDA mit Eingabe vom 10. Dezember 2013 Stellung nahm.[53]

49. Am 13. bzw. 19. Dezember 2013 stellte das Sekretariat der SDA eine überarbeitete und finale Version der EVR mit Frist zur Unterzeichnung bis am 20. Dezember 2013 zu.[54]

50. Am 19. Dezember 2013 wurde die EVR von der SDA unterzeichnet und am 9. Januar 2014 vom Sekretariat gegengezeichnet.[55] Der Inhalt der EVR inklusive Vorbemerkungen wird im Abschnitt B.4.1, Rz 216 wiedergegeben.

51. Am 9. April 2014 sandte das Sekretariat der SDA seinen Antrag zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.[56] Mit Schreiben vom 23. Mai 2014 nahm die SDA fristgemäss zum Antrag Stellung.[57] Zur Verringerung des Verfahrensaufwandes verzichtete die SDA auf eine umfangreiche Stellungnahme. Auf die Vorbringen der SDA wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

52. 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).

53. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG geht damit von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von

[43] Vgl. Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 6. März 2012, <https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N6406392/N2012.06568764.pdf> (17.3.2014) sowie BBl 2012 1911.
[44] Act. 55 und 58.
[45] Act. 66, 249 und 298.
[46] Act. 71 und 79.
[47] Act. 112-114.
[48] Act. 167.
[49] Act. 106 f., 109-111, 120, 141-145, 150 f., 159, 161, 169, 171, 173 f., 174, 180, 183-186, 192-196, 198-202, 211-213a, 215 f., 225-227, 229-234, 237-239, 242-248, 253-255, 257 f., 261 f., 265, 267-269, 271-273, 301-306, 312-314, 316-325, 341-344, 350-356, 366, 368-371, 373-375, 383 f., 387, 390-393, 395-405, 407 410 f., 414-421, 423, 430-434, 436-440, 442-446, 449, 455 f., 458, 460-463, 465-467, 469-471, 473 f., 478-483, 485-486c, 488-490c, 492-497, 499-503.
[50] Act. 504.
[51] Act. 505 f.
[52] Act. 507-512.
[53] Act. 514.
[54] Act. 517 und 520.
[55] Act. 523 und 525.
[56] Act. 527.
[57] Act. 528.

Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[58] Die SDA-Gruppe, mithin die SDA und ihre Tochtergesellschaften zusammen, sind vorliegend ohne Weiteres als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

54. Die Prüfung der Marktbeherrschung der SDA erfolgt unter Art. 7 KG (Rz 58 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar.[59] 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 Art. 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

55. 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).

56. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird vorliegend denn auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

57. 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

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

59. Die SDA wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt zu definieren. Dieser beurteilt sich analog Art. 11 Abs. 3 VKU[60] nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension.[61] Für die Marktabgrenzung ist die Sichtweise der Marktgegenseite massgebend.

B.3.1.1 Der relevante Markt

B.3.1.1.1 Marktgegenseite

60. Historisch bedingt richten sich die Dienste einer Nachrichtenagentur in erster Linie an Medienunternehmen. Hierunter sind Unternehmen zu verstehen, die regelmässig redaktionell gestaltete Inhalte für die Öffentlichkeit bereitstellen und deren Zweck in der Verbreitung von relevanten, aktuellen Informationen für ein allgemeines Publikum liegt. Gemäss dieser Definition sind insbesondere die Verlage von Tages- und Wochenzeitungen – sowohl in gedruckter als auch in elektronischer Form – sowie die Veranstalter von Radio- und Fernsehsendungen, aber auch die Betreiber von Online-Newsportalen als Medienunternehmen zu bezeichnen.

61. Zu den Abonnenten der verschiedenen Dienste der SDA zählen vor allem die tagesaktuellen Medien der Schweiz sowie vereinzelt Medienunternehmen aus dem Ausland (Medienkunden). Daneben beziehen aber auch Unternehmen, Behörden und Organisationen[62] (Nichtmedienkunden) gewisse SDA-Dienste.[63] Die SDA liefert ihre Meldungen indes nicht direkt an private Endkonsumenten. Aufgrund von Kooperations- und Lizenzverträgen nutzen zudem auch ausländische Nachrichtenagenturen (z. B. DPA, Thomson-Reuters und AFP) die Dienste der SDA als Quelle für die Erstellung eigener Nachrichten über die Schweiz. Während die Medienkunden die von der SDA produzierten Meldungen durch Publikation in ihren Medienerzeugnissen gewinnbringend nutzen, machen die Nichtmedienkunden von den bereitgestellten Informationen lediglich intern Gebrauch, um ihren Newsbedarf zeitnah aus erster Hand zu decken.

62. Die im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Verhaltensweisen der SDA betreffen in erster Linie das Verhältnis zu den Medienkunden. Bei der nachfolgenden Marktabgrenzung ist demnach von Medienunternehmen als massgebende Marktgegenseite auszugehen.

B.3.1.1.2 Sachlich relevanter Markt

63. 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). Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Markgegenseite; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren und Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend

[58] JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; vgl. auch Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 118 f. E. 3, Publigroupe SA et al./WEKO, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[59] Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, Watt/Migros - EEF; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend: Botschaft KG 1995), BBl 1995 I 468, 547 f.; JÜRG BORER, Kartellgesetz, 2011, Art. 2 KG N 14.

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

[61] Vgl. BGE 139 I 72, 92 E 9.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[62] Unter dem Begriff Organisationen sind gemäss SDA namentlich Verbände, Gewerkschaften, Parteien und NPO/NGO zu verstehen (vgl. <www.sda.ch/de/dienste/unternehmen-ohne-verlag/> (17.3.2014).

[63] Vgl. Act. 43 Beilage 12.

ist somit die *funktionelle Austauschbarkeit* (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite. Daneben bestehen weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht. Dabei ist stets vom Untersuchungsgegenstand auszugehen.[64]

64. Im vorliegenden Fall ist es sinnvoll, die Angebotspalette der SDA als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung heranzuziehen. Mit Blick auf die Medienkunden umfasst das Angebot der SDA im Wesentlichen die folgenden Produkte:[65]

- Hauptprodukt der SDA bildet der Basisdienst *(sda-Basic)*, welcher für alle Mediengattungen (Print, Radio, TV und Online) in den Sprachen Deutsch, Französisch und Italienisch angeboten wird. Er ist der umfangreichste redaktionelle Dienst der SDA und dient den Medien als laufende Quelle (7x24h) zur direkten Übernahme von Meldungen aber auch als Alarmsystem und Ideengeber. Täglich werden in jeder Sprache bis zu 250 Meldungen über Ereignisse, die für das Schweizer Medienpublikum von Bedeutung sind, produziert. Dies unterteilt in die Ressorts Inland, Ausland, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft und Vermischtes.
- Ausgewählte Meldungen aus dem Basisdienst *(sda-Basic)* werden von der Onlineredaktion der SDA speziell für das Internet aufbereitet und über den Online-Dienst *(sda-Online)* vertrieben. Dieser Dienst ist in Deutsch, Französisch und Italienisch erhältlich und enthält täglich bis zu 80 Meldungen, welche optional mit einer Verlinkung zu Bildern von Keystone geliefert werden. Zusätzlich bietet die SDA auch einen Online-Flash-Dienst *(sda-Online Flash)* an, der Meldungen der Priorität 1 und 2 (Flash- und Eilmeldungen) aus dem Basisdienst *(sda-Basic)* enthält.
- Mit Infoflash *(sda-Infoflash)* bietet die SDA ein speziell auf die Bedürfnisse der Radiostationen zugeschnittenes stündliches Informationsbulletin an, welches allerdings nur in Verbindung mit dem Basisdienst *(sda-Basic)* abonniert werden kann. Der Dienst ist in den Sprachen Deutsch und Französisch erhältlich und beinhaltet Meldungen aus Wirtschaft, Politik, Sport und Vermischtem.
- Die SDA produziert mit ihren Regionalredaktionen zusätzlich zu den Meldungen für den Basisdienst auch Meldungen von lediglich regionalem Charakter und Interesse. Diese werden über mehrere Regionaldienste *(sda-Regional)*, unterteilt in die Regionen Ostschweiz, Bern, Nordwestschweiz, Zürich, Innerschweiz und Arc lémanique, vertrieben. Gewisse Regionalmeldungen sind ausschliesslich in einem der Regionaldienste enthalten, andere wiederum finden sich in gekürzter Form auch im Basisdienst *(sda-Basic)*.
- Die SDA vertreibt auch einen People-Dienst *(sda-People)*, der das Leben von in- und ausländischen Prominenten thematisiert. Dies ist der einzige Dienst der SDA, der unbestätigte Meldungen enthalten kann. Der Dienst ist nur in Deutsch erhältlich.
- Seit Februar 2013 fungiert die SDA als Vertriebspartnerin der DPA, welche die Vermarktungsrechte für die Textdienste von AP International im deutschsprachigen Raum besitzt. Neben verschiedenen DPA-Diensten (u. a. den dpa-Europadienst) vertreibt die SDA in der Schweiz namentlich den AP European News Service (in Englisch) und die AP Weltnachrichten (in Deutsch). Von 2010 bis 2012 bestand eine ähnliche Vertriebspartnerschaft mit DAPD, die in diesem Zeitraum die exklusiven Rechte für die Vermarktung der genannten AP-Dienste im deutschsprachigen Raum besass, diese in Folge ihrer Insolvenz jedoch verlor (vgl. Rz. 28).
- Im Bereich der Sportberichterstattung ist die SDA nicht selbst, sondern über ihre Tochtergesellschaft Si tätig. Diese bietet einen Sport-Basisdienst *(Si-Basic)* an, für welchen täglich 30 bis 150 Meldungen über das nationale und internationale Sportgeschehen produziert werden. Daneben vertreibt die Si einen speziell für die Online-Nutzung aufbereiteten Sport-Online-Dienst *(Si-Online)*, mit täglich sechs bis 30 Meldungen, die optional mit Keystone-Bildern verlinkt werden können. Darüber hinaus können von Si auch ein Online-24h-Liveticker *(Si-Online-24h-Liveticker)* sowie Online-Tabellen *(Si-Online-Tabellen)* mit Ranglisten und Sportresultaten abonniert werden. Die Dienste der Si sind nur in Deutsch und Französisch erhältlich.
- Die Dienste von SDA und Si werden den Abonnenten grundsätzlich per FTP[66] gesendet, können aber auch über die Online-Plattform sda-Direct abgerufen werden, die von den Kunden zusätzlich abonniert werden kann. Bei sda-Direct handelt es sich um ein Realtime-Volltextarchiv, welches als Alert- und Rechercheplattform für die abonnierten Dienste genutzt werden kann.

65. Grundpfeiler der SDA als Nachrichtenagentur bildet der Basisdienst *(sda-Basic)*, welcher über sämtliche Ereignisse im In- und Ausland berichtet, die in der Schweiz von Relevanz sind. Dabei handelt es sich um ein „Halbfertig-Produkt", das – wie die Marktbefragung ergeben hat – von den Redaktionen sämtlicher Mediengattungen (Print, Radio, TV und Online) nachgefragt wird. Grundsätzlich können die Meldungen aus dem Basisdienst *(sda-Basic)* von den Medienkunden zwar direkt publiziert werden, vielfach dienen sie den Redaktionen aber vor allem als Planungsgrundlage und zuverlässige Rohstoffquelle für die eigene journalistische Arbeit. Der Basisdienst *(sda-Basic)* liefert rund um die Uhr verifizierte Informationen über aktuelle Ereignisse im In- und Ausland, die für die Nutzer von Schweizer Medien

[64] Zum Ganzen BGE 139 I 72, 93 f. E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[65] Vgl. Act. 43 Beilage 9 sowie <www.sda.ch> unter Dienste und <www.sportinformation.ch> unter Dienstleistungen (17.3.2014).
[66] FTP ist die Abkürzung für FileTransfer-Protokoll und ist eine Übertragungsweise von Dateien über das Internet.

wichtig und interessant sind. Insofern kann der Basisdienst *(sda-Basic)* verstanden werden als ein sich ständig ergänzender Nachrichtenteppich für die Schweiz.

66. Ein ebensolcher Nachrichtenteppich für die Schweiz wurde bis Anfang 2010 auch von AP Schweiz angeboten (vgl. Rz 25 ff.): Der Basisdienst von AP Schweiz war ebenfalls auf die Bedürfnisse der Schweizer Medien ausgerichtet und enthielt Meldungen aus dem In- und Ausland über Politik, Wirtschaft, Kultur und Gesellschaft. Im Durchschnitt umfasste der Dienst rund 60 Inland- sowie 120 Auslandmeldungen pro Tag. Der Basisdienst von AP Schweiz war – im Gegensatz zu jenem von SDA – nur in deutscher Sprache erhältlich.

67. Aus der Marktbefragung geht hervor, dass der Basisdienst von AP Schweiz qualitativ vergleichbar mit jenem der SDA war. Gemäss den befragten Medienunternehmen enthielt der Basisdienst von AP Schweiz allerdings weniger Inland-, dafür mehr Auslandmeldungen. Nach Angaben der SDA wies der Dienst von AP Schweiz nicht nur einen geringeren inhaltlichen Umfang auf, sondern deckte auch nicht die regionale Berichterstattung ab. Zudem habe nur die SDA einen 24-Stundendienst an sieben Tagen pro Woche erstellt und ausgeliefert.[67]

68. AP Schweiz verstand sich selber in erster Linie als Zweitagentur. Zielsegment waren primär jene Medienunternehmen, die sich neben der SDA eine zweite Nachrichtenquelle leisten konnten und wollten.[68] Im Zuge der Medienkrise wurde das Zweitagentur-Konzept von AP Schweiz allerdings zunehmend in Frage gestellt: So verzichtete [Zeitung A] ab 2005 auf den Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* und abonnierte nur noch jenen von AP Schweiz. Die [Produkte der Mediengruppe E] [Zeitung B] und [Zeitung C] verzichteten in den Jahren 2006 und 2007 auf die Dienste der SDA. Anfang 2008 kehrten sie dann zur SDA zurück; gleichzeitig brach [Mediengruppe E] alle Vertragsbeziehungen mit AP Schweiz ab. Auf der anderen Seite kündigten [Zeitung D] und [Zeitung E] per Ende 2007 den Basisdienst von SDA (sda-basic) und abonnierten ab 2008 bis zur Einstellung der Tätigkeit von AP Schweiz nur noch deren Basisdienst.[69] In diesem Zeitraum verwendete auch [Zeitung F] lediglich den Basisdienst von AP Schweiz.[70] Auf der anderen Seite kündigten Ende 2009 [Zeitung G] und [Zeitung H] den Basisdienst von AP Schweiz.[71]

69. Aus dem beschriebenen Marktverhalten geht hervor, dass – zumindest für einige Medienunternehmen – der Basisdienst von AP Schweiz eine echte Alternative und nicht nur eine Zweitquelle zu den Dienstleistungen der SDA darstellte. Auch wenn die beiden Basisdienste keine perfekten Substitute darstellten und von Medienunternehmen oft beide abonniert wurden, waren sie hinsichtlich Eigenschaft und Verwendungszweck aus Sicht der Marktgegenseite dennoch genügend substituierbar, um demselben Markt zugerechnet zu werden. Dieser Markt kann definiert werden als *Markt für einen (deutschsprachigen) News-Basisdienst für Schweizer Medien*. Der Begriff News-Basisdienst ist zu verstehen als ständige Berichterstattung in Form von verifizierten Textnachrichten über aktuelle Ereignisse im In- und Ausland, die im Inland – d. h. vorliegend in der Schweiz – von Relevanz sind.

70. Nicht dem genannten Markt für einen News-Basisdienst zuzuordnen sind die übrigen Dienste von SDA bzw. Si. So enthalten die Online-Dienste (*sda-Online* und *sda-Online Flash*) zwar ebenfalls Agenturmeldungen über das In- und Ausland, diese Meldungen sind jedoch speziell für die Online-Publikation aufbereitet und damit grundsätzlich weniger für die direkte Verwendung in anderen Mediengattungen geeignet. Zudem sind die Online-Dienste der SDA auch weniger umfangreich als der Basisdienst *(sda-Basic)*, da nur ausgewählte Meldungen aus dem Basisdienst übernommen und aufbereitet werden. Ähnlich verhält es sich mit dem Informationsbulletin Infoflash *(sda-Infoflash)*: Auch dieses enthält In- und Auslandmeldungen, diese sind in ihrer Form aber speziell auf die Bedürfnisse von Radiostationen und nicht auf jene anderer Medien zugeschnitten. Ausserdem ist das Informationsbulletin *(sda-Infoflash)* nur in Verbindung mit dem Basisdienst *(sda-Basic)* abonnierbar. Sowohl die Online-Dienste *(sda-Online* und *sda-Online Flash*) als auch das Informationsbulletin *(sda-Infoflash)* basieren auf Meldungen, die auch im Basisdienst *(sda-Basic)* enthalten sind. Der Nachrichtenstrom des Basisdienstes wird von der SDA mit Blick auf die Bedürfnisse von Onlinemedien resp. Radiostationen selektioniert und für die Verwendung in den genannten Medien speziell aufbereitet. Insofern handelt es sich bei den Meldungen der genannten Dienste um veredelte Produkte.

71. Betreffend die von der SDA in der Schweiz vertriebenen Dienste von DPA und AP International (sowie vormals von DAPD) ist anzumerken, dass weder DPA noch AP International (noch die DAPD) einen auf die Bedürfnisse von Schweizer Medienunternehmen zugeschnittenen Nachrichtendienst mit Meldungen aus dem In- und Ausland produziert (hat), wie dies die SDA mit dem Basisdienst *(sda-Basic)* anbietet und (auch) AP Schweiz bis Anfang 2010 angeboten hat. Beim Europadienst der DPA *(dpa-Europadienst)* sowie dem *AP European News Service* und den *AP Weltnachrichten* handelt es sich um internationale Dienste, welche zwar Nachrichten aus Europa bzw. der ganzen Welt enthalten, aber nicht – wie dies beim Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* der Fall ist bzw. beim Basisdienst von AP Schweiz der Fall war – umfassend über Ereignisse im In- und Ausland, die (nur) für Schweizer Medien relevant sind, berichten. Den Diensten der internationalen Kooperationspartner fehlt es insbesondere an einer schweizspezifischen Einordnung. Die Berichterstattung findet nicht aus der Perspektive der Schweiz statt, was zudem auch die direkte Übernahme von Agenturmeldungen erschweren dürfte. Anzumerken ist weiter, dass die Informationen aus den internationalen Diensten der Kooperationspartner auch in die Auslandsberichterstattung des Basisdienstes der SDA *(sda-Basic)* einfliessen.

[67] Vgl. Act. 5 S. 5.
[68] Vgl. Act. 45 Frage 17a.
[69] Vgl. Act. 45 Frage 18b.
[70] Vgl. Act. 5 S. 5.
[71] Vgl. Act. 45 Frage 18b.

72. Anderen sachlichen Märkten als dem genannten Markt für einen News-Basisdienst für Schweizer Medien zuzuweisen sind die Regionaldienste der SDA *(sda-Regional)*. Diese enthalten „nur" Meldungen aus einer bestimmten Region der Schweiz. In den Basisdienst *(sda-Basic)* fliessen diese Regionalmeldungen nur dann mit ein, wenn sie in der ganzen Schweiz und nicht nur für das Medienpublikum der jeweiligen Region von Interesse sind. Im Gegensatz zur SDA bot AP Schweiz keine Regionaldienste an (vgl. Rz 26). Da die Meldungen aus einer bestimmten Region (z. B. Ostschweiz) offensichtlich nicht mit Meldungen aus einer anderen Region (z. B. Innerschweiz) substituierbar sind, gilt es die verschiedenen Regionaldienste der SDA unterschiedlichen sachlichen Märkten zuzuordnen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann die von der SDA vorgenommene regionale Einteilung (Ostschweiz, Bern, Nordwestschweiz, Zürich, Innerschweiz und Arc lémanique) übernommen werden. Ob diese Regionenbildung aus Sicht der Marktgegenseite angemessen ist, kann indessen offen gelassen werden, da – wie unter Rz 85 ausgeführt wird – die SDA im Bereich der Berichterstattung über regionale und lokale Themen nicht marktbeherrschend ist. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann von verschiedenen sachlichen *Märkten für Regionaldienste*[72] *betreffend die Regionen Ostschweiz, Bern, Nordwestschweiz, Zürich, Innerschweiz und Arc lémanique für Schweizer Medien* ausgegangen werden.

73. Einem weiteren sachlichen Markt zuzuweisen ist aufgrund seines auf Sportmeldungen beschränkten Inhalts der Sport-Basisdienst der Si *(Si-Basic)*, welcher – wie die Marktbefragung ergeben hat – analog dem News-Basisdienst *(sda-Basic)* von den Redaktionen sämtlicher Mediengattungen (Print, Radio, TV und Online) nachgefragt wird. Im Gegensatz zur SDA bzw. Si bot AP Schweiz keine Sportnachrichten an (vgl. Rz 26). Nicht zu diesem *Markt für einen Sport-Basisdienst*[73] *für Schweizer Medien* gehören der speziell für die Online-Publikation aufbereitete Sport-Online-Dienst *(Si-Online)*, die Online-Tabellen *(Si-Online-Tabellen)* sowie der Online-24h-Liveticker *(Si-Online-24h-Liveticker)*.

74. Die überwiegende Mehrheit der vom Sekretariat befragten Medienunternehmen gab an, dass die Sprache, in der Agenturmeldungen verfasst sind, einen wichtigen Parameter für die Auswahl einer Nachrichtenagentur darstellt. Aus Sicht der Medienkunden sind Agenturdienste mit Meldungen, die nicht in der Sprache des eigenen Mediums verfasst sind, demnach nicht als nahe Substitute für inhaltlich gleichwertige Agenturdienste der eigenen Sprache anzusehen. Dies führt zu einer weiteren sachlichen Unterteilung der Märkte anhand der Sprache.[74]

75. Gestützt auf die obigen Ausführungen sind für die Beurteilung der im vorliegenden Verfahren zu prüfenden Verhaltensweisen insbesondere die folgenden sachlichen Märkte relevant:

- Sachlich getrennte Märkte für einen deutsch-, einen französisch- und einen italienischsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien.
- Sachlich getrennte Märkte für deutschsprachige Regionaldienste betreffend die Regionen Ostschweiz, Bern, Nordwestschweiz, Zürich und Innerschweiz sowie einen französischsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Arc lémanique für Schweizer Medien.
- Sachlich getrennte Märkte für einen deutsch- und einen französischsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien.

76. Darüber hinaus wäre die Abgrenzung weiterer sachlich relevanter Märkte betreffend die übrigen Dienste der SDA und Si (z. B. *sda-Online, sda-Infoflash, sda-People* und *Si-online*) sowie auch betreffend die von der SDA in der Schweiz vertriebenen internationalen Dienste von DPA und AP International möglich. Für diese Dienste kann die Marktabgrenzung im Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch offen bleiben, da diese Dienste in casu für die Beurteilung der Verhaltensweisen der SDA von untergeordneter Bedeutung sind.

B.3.1.1.3 Räumlich relevanter Markt

77. 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).

78. Ausgehend von den Medienunternehmen der Schweiz als die vorliegend massgebende Marktgegenseite der SDA (vgl. Rz 60 ff.) werden die vorstehend skizzierten, nach Sprache sachlich getrennten Märkte betreffend die Bereitstellung von einem News-Basisdienst bzw. einem Sport-Basisdienst für Schweizer Medien national abgegrenzt. Entsprechend umfasst der räumlich relevante Märkte jeweils die ganze Schweiz. Dies ungeachtet dessen, dass die deutschsprachigen Dienste überwiegend von Medienkunden in der Deutschschweiz, die französischsprachigen Dienste überwiegend von Medienkunden in der Romandie und die italienischsprachigen Dienste überwiegend von Medienkunden in der italienischen Schweiz nachgefragt werden. Grundsätzlich denkbar wäre auch eine internationale Abgrenzung der genannten Märkte. Dies kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch offen gelassen werden, da dies keinen Einfluss auf die Beurteilung der Markstellung der SDA hat.

79. Auch die sachlichen Märkte betreffend die Bereitstellung von verschiedenen Regionaldiensten sind national abzugrenzen. Aus der Marktbefragung geht hervor, dass verschiedene Medienunternehmen mehrere Regionaldienste der SDA beziehen.[75]

[72] Der Begriff *Regionaldienst* ist zu verstehen als ständige Berichterstattung in Form von verifizierten Textmeldungen über aktuelle Ereignisse in einer bestimmten Region, die vor allem in derselben von Relevanz sind.

[73] Der Begriff *Sport-Basisdienst* ist zu verstehen als ständige Berichterstattung in Form von verifizierten Textnachrichten über aktuelle Sportereignisse im In- und Ausland, die im Inland – d. h. vorliegend in der Schweiz – von Relevanz sind.

[74] Vgl. dazu die Antworten auf die Frage 18 zur schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6.6.2012; vgl. insb. Act. 151, 186, 194, 243, 313, 332, 370, 419, 423 und 485.

[75] Vgl. dazu die Antworten auf den Beiblättern 2 bis 7 zur schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6.6.2012; vgl. insb. Act. 233, 313, 419, 423 und 456.

B.3.1.1.4 Zwischenergebnis

80. Aus den obenstehenden Ausführungen geht hervor, dass vorliegend die folgenden Märkte relevant sind:

- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen italienischsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Ostschweiz für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Bern für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Nordwestschweiz für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Zürich für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Innerschweiz für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Arc lémanique für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien.
- Nationaler Markt für einen französischsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

81. Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte gilt es zu prüfen, ob die SDA eine marktbeherrschende Stellung in diesen Märkten einnimmt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, ist die aktuelle Konkurrenzsituation (aktueller Wettbewerb), die Möglichkeit des Marktzutritts neuer Konkurrenten (potenzieller Wettbewerb) sowie die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren.[76]

82. Vorweg ist anzumerken, dass – wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Rz 105 ff.) – die SDA gewissen Medienkunden Exklusivitätsrabatte für den Bezug des deutschsprachigen Basisdienstes *(sda-Basic)*, nicht aber für den Bezug des französisch- oder italienischsprachigen Basisdienstes, angeboten und gewährt hat. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat den Fokus der Untersuchung auf die deutschsprachigen Märkte gelegt. Aus diesem Grund beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Marktstellung der SDA auf den deutschsprachigen Märkten.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

Nationaler Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien

83. Auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien war bis Anfang 2010 neben der SDA auch AP Schweiz tätig (vgl. Rz 25 ff. und 66 ff.). Seit Februar 2010 bietet nur noch die SDA einen auf die Bedürfnisse von Medienunternehmen aus der Schweiz zugeschnittenen News-Basisdienst mit deutschsprachigen Meldungen aus dem In- und Ausland an.

84. Wie erwähnt, wurde der Basisdienst von AP Schweiz von den deutschsprachigen Schweizer Medien vor allem als Zweitquelle neben dem SDA-Basisdienst (sda-Basic) abonniert. Obwohl der Dienst von AP Schweiz grundsätzlich günstiger war, verzichteten im Zuge der Medienkrise nur wenige Medienunternehmen zugunsten von AP Schweiz auf den Basisdienst der SDA *(sda-Basic)*, namentlich [Zeitung A], [Zeitung D], [Zeitung E] sowie [Zeitung F].[77] Anlässlich des Parteiverhörs vom 25. April 2012 wurde seitens der SDA angegeben, dass sich mit dem Verschwinden von AP Schweiz der Marktanteil der SDA in der Deutschschweiz marginal von [90-100] % auf [90-100] % erhöht habe.[78] In der ergänzenden Stellungnahme vom 12. Dezember 2012 führte die SDA zudem aus, dass AP Schweiz zumindest umfangmässig keine mit dem Angebot der SDA vergleichbare Dienstleistung erbracht habe und insofern bereits vor Einstellung der Geschäftstätigkeit von AP Schweiz kein wirklicher Wettbewerb zwischen AP Schweiz und der SDA bestanden habe.[79] Entsprechend ist festzuhalten, dass die SDA bereits vor dem Verschwinden von AP Schweiz nur geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt war und derzeit im Bereich des News-Basisdienstes überhaupt keine aktuelle Konkurrenz mehr besteht.

Nationale Märkte für deutschsprachige Regionaldienste betreffend die Regionen Ostschweiz, Bern, Nordwestschweiz, Zürich und Innerschweiz für Schweizer Medien

85. Auf den relevanten Märkten betreffend die Bereitstellung von deutschsprachigen Regionaldiensten ist neben der SDA derzeit keine andere Anbieterin tätig. Auch von AP Schweiz sind keine Regionaldienste angeboten worden (vgl. Rz 26 und 72). Aus der Marktbefragung geht indes hervor, dass die überwiegende Mehrheit der Medienunternehmen zwar für den Bezug von In- und Auslandmeldungen auf die Dienstleistung einer Nachrichtenagentur angewiesen ist, Regional- und Lokalmeldungen hingegen weitgehend eigenständig recherchieren und produzieren kann.[80] Viele Medienkunden der SDA verzichten denn auch auf den Bezug eines Regionaldienstes und abonnieren lediglich den Basisdienst *(sda-Basic)*. Insofern sieht sich die SDA im Bereich der Berichterstattung über regionale und lokale Themen hinreichendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt.

---

[76] Vgl. statt vieler RPW 2012/1, 98 Rz 133 m. w. H., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.
[77] Vgl. Act. 5 S. 5, Act. 45 Frage 18b und Act. 443 Fragen 13 und 31b.
[78] Act. 249 Rz 47 ff.
[79] Act. 504 S. 7.
[80] Vgl. dazu die Antworten auf die Fragen 8, 9a und 10 zur schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6.6.2012; vgl. insb. Act. 151, 194, 313, 321, 332 und 482.

Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien

86 Auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien ist neben der SDA bzw. Si derzeit keine andere Anbieterin tätig. AP Schweiz war zu keinem Zeitpunkt in der Sportberichterstattung aktiv (vgl. Rz 26 und 73). Anlässlich des Parteiverhörs vom 25. April 2012 wurde seitens der SDA ausgesagt, dass die Marktstellung der Si (beim Sport-Basisdienst) mit jener der SDA (beim News-Basisdienst) vergleichbar sei.[81] Demnach kann festgehalten werden, dass sich die SDA bzw. Si im Bereich der Sportberichterstattung mit keiner aktuellen Konkurrenz konfrontiert sieht.

B.3.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb

Nationaler Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien

87. Auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien ist es in den letzten Jahren zu keinem Markteintritt einer Nachrichtenagentur gekommen. Die SDA erwartet gemäss eigenen Angaben denn auch nicht unmittelbar einen Markteintritt einer klassischen Nachrichtenagentur, hält einen solchen aber für problemlos möglich.[82] Die vom Sekretariat befragten Medienunternehmen verweisen dagegen auf die hohen Anfangsinvestitionen, die Kleinräumigkeit des Marktes – und damit verbunden das entsprechend begrenzte Kundenpotenzial – sowie die Mehrsprachigkeit der Schweiz, weshalb sie den Markteintritt eines neuen Anbieters von News-Basisdienstleistungen als sehr unwahrscheinlich erachten.[83] Einige wenige der befragten Medienunternehmen halten es hingegen für möglich, dass Nischenanbieter in den Schweizer Markt eintreten könnten und namentlich im Video- oder Boulevard-Bereich (VIP, Unfälle usw.) Dienste für Medienkunden anbieten könnten.[84] Solche Dienste würden jedoch kein Substitut für den News-Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* darstellen, weswegen vorliegend keine potenzielle Konkurrenz von Nischenanbietern ausgehen kann. Anzumerken ist ferner, dass es für einen neuen Anbieter eines News-Basisdienstes schwierig sein dürfte, sich eine Quelle für Auslandnachrichten zu erschliessen. Dies deshalb, weil zwischen der SDA und den in Frage kommenden internationalen Agenturen (namentlich DPA, Thomson-Reuters und AFP) Partnerschafts- bzw. Lizenzverträge bestehen.[85] Diesbezüglich findet sich im Protokoll des Verwaltungsrats der SDA (nachfolgend: VR) vom 24. März 2010 – also nach Einstellung des News-Basisdienstes von AP Schweiz – die folgende Passage: *„[…] Gibt es ein Risiko, dass wieder einer kommt und eine Agentur aufmacht? Jetzt werden 20 AP-Mitarbeiter entlassen, die haben vielleicht Lust, es zu versuchen. Aber wir haben mit den Auslandagenturen sehr gute Verträge. Sie bekommen weder […], […], […], […] noch [...]. Das ist nicht Machtgehabe; aber wenn wir […] bezahlen, wollen wir natürlich Gewähr, dass niemand gegen unseren Willen beliefert wird. Es wäre also höchstens ein lokaler Dienst möglich.“* [86] Daraus erhellt, dass in naher Zukunft nicht mit einem Markteintritt einer klassischen Nachrichtenagentur im Bereich des News-Basisdienstes zu rechnen ist.

88. Gemäss Angaben der SDA können die Dienstleistungen von Nachrichtenagenturen heute von jedem Medienunternehmen selber erbracht werden. Das Internet habe das faktische Monopol der Agenturen aufgehoben und jeder Informationsverbreiter könne die Informationen zeitgleich zustellen. Deshalb gehörten nebst den klassischen Nachrichtenagenturen auch die Medienunternehmen, die aufgrund von Zusammenschlüssen und Kooperationen zunehmend grössere Gesamtredaktionen erstellt hätten, zu den potenziellen Konkurrenten. Wenn ein Kunde den Dienst selber günstiger herstellen könne, werde er das auch sofort tun.[87] Lediglich zwei der vom Sekretariat befragten Medienunternehmen haben in den letzten Jahren konkret geprüft, wie die von der SDA eingekauften Agenturdienstleistungen im Bereich Inland durch Eigenleistungen selbst zu erbringen und deren Dienstleistungen im Bereich Ausland mit dem Dienst einer internationalen Nachrichtenagentur zu ersetzen wären. Die Unternehmen sind zum Schluss gekommen, dass der Aufwand für ein derartiges Projekt in keinem Verhältnis zum Ertrag stehen bzw. die finanziellen Möglichkeiten der Medienunternehmen übersteigen würde.[88] Darüber hinaus gilt es anzumerken, dass grosse Medienunternehmen wie etwa die Tamedia-Gruppe, die NZZ-Gruppe oder die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (nachfolgend: SRG SSR) nicht nur die grössten Kunden, sondern auch die bedeutendsten Aktionäre der SDA sind.[89] Dies lässt es als unwahrscheinlich erscheinen, dass diese Medienunternehmen in naher Zukunft eine Konkurrenzagentur zur SDA aufbauen bzw. deren Dienste durch Eigenleistungen ersetzen werden. Demnach kann festgehalten werden, dass im Bereich des News-Basisdienstes derzeit keine potenzielle Konkurrenz besteht, die eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der SDA ausüben könnte.

Nationaler Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien

89. Zu Markteintritten im Bereich der Sportberichterstattung ist es in den letzten Jahren nicht gekommen. Aus der Marktbefragung haben sich auch keinerlei Hinweise dafür ergeben, dass neue Anbieter demnächst in den Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst eintreten könnten.[90] Die befragten Medienunternehmen gaben an, dass sie die Berichterstattung zu regionalen und lokalen Sportereignissen relativ einfach durch Eigenleistungen abdecken können, für die umfassende Berichterstattung über das nationale und internationale

[81] Act. 249 Rz 95 f.
[82] Act. 43 Frage 16a.
[83] Vgl. dazu die Antworten auf die Fragen 16 und 17 zur schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6.6.2012; vgl. insb. Act. 194, 243, 313, 370, 402, 419, 423, 443 und 456.
[84] Vgl. Act. 194 Frage 17a, Act. 390 Frage 16e, Act. 419 Frage 17a, Act. 423 Frage 16e, Act. 431 Frage 17a.
[85] Vgl. Act. 43 Frage 8; Act. 45 Fragen 11 und 13.
[86] Act. 43 Beilage 30 S. 262.
[87] Act. 43 Frage 15a.
[88] Vgl. Act. 194 Frage 11, Act. 313 Fragen 9 und 11.
[89] Vgl. Fn 18.
[90] Vgl. dazu insb. die Antworten auf die Frage 17 zur schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6.6.2012.

Sportgeschehen jedoch auf die Dienstleistung einer Nachrichtenagentur angewiesen seien.[91] Analog zur Situation beim News-Basisdienst kann demnach festgehalten werden, dass auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien keine potenzielle Konkurrenz zur SDA bzw. Si besteht.

B.3.1.2.3 Stellung der Marktgegenseite

90. Gemäss eigenen Angaben ist die SDA vom Abnahmevolumen der grösseren Medienunternehmen der Schweiz, wie z. B. die Tamedia-Gruppe, Ringier, die NZZ-Gruppe sowie die SRG SSR, abhängig. Würden diese die Dienste der SDA nicht mehr beziehen, wäre die SDA in der heutigen Form nicht mehr überlebensfähig.[92] Die SDA sei bei der Preisgestaltung nicht frei. Zum einen habe sie die Konkurrenz zu beachten, zum anderen sei sie einer starken Marktgegenseite ausgesetzt, die zugleich ihre Eigentümer beinhalte.[93]

91. Es ist zutreffend, dass die grössten Medienunternehmen der Schweiz – die Tamedia-Gruppe, die NZZ-Gruppe und die SRG SSR – sowohl zu den wichtigsten Kundinnen als auch zu den bedeutendsten Aktionärinnen der SDA zählen (vgl. Rz 88). Entsprechend dürften die genannten Medienunternehmen über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen, zumal diese Unternehmen auch im VR der SDA vertreten sind und so auch über deren Tarifmodell und Tarifgestaltung mitentscheiden. Gemäss schweizerischer und europäischer Praxis kann der Druck der Nachfragemacht allerdings nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.[94] Aufgrund von fehlenden Alternativen ist davon auszugehen, dass insbesondere kleine Medienunternehmen nicht über genügend Verhandlungsmacht gegenüber der SDA verfügen, um einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten der SDA auszuüben.

B.3.1.3 Zwischenergebnis

92. Die Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite ergibt, dass die SDA bzw. Si auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien sowohl im Zeitraum, als mit AP Schweiz eine weitere Anbieterin mit einem deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien präsent war, als auch heute über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.[95]

93. Auf den nationalen Märkten für deutschsprachige Regionaldienste betreffend die Regionen Ostschweiz, Bern, Nordwestschweiz, Zürich und Innerschweiz für Schweizer Medien ist die SDA hingegen nicht marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.[96]

B.3.1.4 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf eine umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG)

94. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht eine umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt, setzt die in dieser Bestimmung statuierte umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse voraus, dass die Wettbewerbsbehörden die marktbeherrschende Stellung in einem kartellrechtlichen Verfahren rechtskräftig festgestellt haben. Gemäss Botschaft KG 1995 soll es die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlüsse im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ermöglichen, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten bzw. auf hochkonzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten sowie gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, die unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG versuchen, wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.[97]

95. Wie aufgezeigt, ist die SDA bzw. Si auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien marktbeherrschend (vgl. Rz 92). Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VwVG[98] wird in der vorliegenden Verfügung festgestellt, dass die SDA auf den genannten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. Wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, sind auf Märkten betreffend Nachrichtenagenturdienstleistungen nur wenige Akteure tätig, wobei die SDA in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Mit Konzernumsätzen von CHF 35‘359‘022.– im 2011, CHF 39‘699‘056.– im 2012 und CHF 37‘352‘704.– im 2013 (vgl. Rz 227) erwirtschaftet die SDA-Gruppe ein vergleichsweise tiefes Umsatzvolumen. Bei einem Zusammenschluss, an welchem die SDA beteiligt ist, dürften die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG somit kaum je erfüllt sein.[99] So kam denn auch das Sekretariat betreffend die Kooperation

---

[91] Vgl. statt vieler Act. 194 Frage 10, Act. 150 Frage 8, Act. 443 Frage 8.

[92] Vgl. Act. 43 S. 2.

[93] Vgl. Act. 43 Frage 5c.

[94] Vgl. RPW 2011/1, 131 Rz 227, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Mitteilung der EU-Kommission zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 S. 9, Rz. 18 (nachfolgend: EU-Prioritätenmitteilung).

[95] Offen gelassen wird vorliegend die Markstellung der SDA bzw. Si auf dem nationalen Markt für einen französischsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien, dem nationalen Markt für einen italienischsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien und dem nationalen Markt für einen französischsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien.

[96] Offen gelassen wird vorliegend die Markstellung der SDA auf dem nationalen Markt für einen französischsprachigen Regionaldienst betreffend die Region Arc lémanique für Schweizer Medien.

[97] BBl 1995 I 468, 581.

[98] Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

[99] Vgl. insb. Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG, wonach mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Fr. erzielen müssen.

zwischen SDA und DDP, welche die Einstellung der Aktivitäten von AP Schweiz zur Folge hatte, zum Schluss, dass allein schon aufgrund des Nichterreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG kein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vorlag (vgl. Rz 32). Mit Blick auf Sinn und Zweck der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG ist ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der SDA auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien vorliegend ohne weiteres zu bejahen.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

B.3.2.1 Einleitung

96. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.[100]

97. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.[101]

98. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d. h. insb. die Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.[102]

99. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.[103] Anzumerken ist zudem, dass durch gewisse Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen gleichzeitig mehrere Tatbestände des Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt sein können.[104]

100. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“ festgehalten hat, ist anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.[105]

101. Im Folgenden wird zuerst auf die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte (B.3.2.3) eingegangen. Danach wird die kartellrechtliche Problematik betreffend das von der SDA verwendete Mengen- bzw.- Gesamtumsatzrabattsystem (B.3.3.1), die Zugangs- und Nutzungsbedingungen für die Verwendung des News-Basisdienstes im Internet (B.3.3.2) sowie die Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten (B.3.3.3) aufgezeigt. Vorab gilt es das Preissystem der SDA kurz zu erklären (B.3.2.2).

B.3.2.2 Vorbemerkungen zum Preissystem der SDA

102. Gegenüber den Medienkunden sieht das Preissystem der SDA wie folgt aus: Für die fortlaufende Nutzung eines SDA-Dienstes wird ein Jahrespreis in Rechnung gestellt, der bei Printmedien anhand der Auflage, bei elektronischen Medien (Radio und Fernsehen) anhand der technischen Reichweite und bei Online-Newsportalen anhand der Portal-Nutzung festgelegt wird.[106] Dabei kommt ein degressives Preisschema zum

[100] RPW 2010/1, S. 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[101] BGE 139 I 72, 101 E. 10.1.1 m. w. H.(= RPW 2013/1, 130 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569.

[102] BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[103] Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570; RPW 2011/1, 142 Rz 297, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

[104] Vgl. BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[105] BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[106] Wann immer möglich stützen sich Nachrichtenagenturen für die Bestimmung der Reichweite eines Kundenmediums auf Erhebungen Dritter. So verwendet die SDA für Printtitel die Auflagenbeglaubigung der WEMF AG, für Privatradios und Fernsehsender die Hörer- und Zuschauerzahlen der Publica Data AG und für Webnutzungen das NET-Metrix-Audit der NET-Metrix AG (vgl. Act. 512 Beilage 9).

Einsatz. So gestaltet sich der Preis für die Nutzung des Basisdienstes (sda-Basic) bei Printmedien beispielsweise wie folgt:[107]

sda-Basic in Deutsch, Französisch oder Italienisch

Für Printmedien, Erscheinungsweise 5 - 7 Mal pro Woche	***Tarif gültig ab 1. Januar 2009***
Kopfquote pro Titel und Jahr	*Fr. 10'800.–*
Tarif pro Auflageexemplar und Jahr	*Fr. 4.34*
Rabatt (gestaffelt)	
von 100'001 bis 150'000 Ex.	*25 % Rabatt*
von 150'001 bis 200'000 Ex.	*50 % Rabatt*
ab 200'001 Ex.	*75 % Rabatt*

Quelle: SDA Tariflisten

103. Eine Tageszeitung mit einer beglaubigten Auflage von 120'000 Exemplaren bezahlt für den Bezug des deutschsprachigen Basisdienstes *(sda-Basic)* demnach eine Gebühr von jährlich 509'900 Franken, zusammengesetzt aus der auflagenunabhängigen Kopfquote von 10'800 Franken plus einem Tarif von je Fr. 4.34 für die ersten 100'000 Exemplare sowie einem um 25 % reduzierten Tarif für die restlichen 20 000 Exemplare.[108] Wie dieses Rechenbeispiel verdeutlicht, steigt der Preis für den Bezug des Basisdienstes *(sda-Basic)* für Printmedien nicht linear, sondern degressiv an. Analoge Preisschemata kommen bei der Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic)* durch Radios, Fernsehsender und Online-Newsportale zur Anwendung. Auch die Preistabellen für die übrigen SDA- und Si-Dienste sind ähnlich gestaltet.[109] Das von der SDA angewendete gestaffelte Preissystem ist grundsätzlich als branchenüblich zu bezeichnen (vgl. Rz 19). Vergleichbare Preispläne werden auch von anderen Nachrichtenagenturen angewendet.[110]

104. Auf den mittels des beschriebenen, gestaffelten Preissystems berechneten Tarifen gewährte resp. gewährt die SDA gewissen Medienkunden Exklusiv- bzw. Spezialrabatte sowie Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatte. Auf diese Rabatte wird nachfolgend näher eingegangen (betr. Exklusiv- bzw. Spezialrabatte vgl. B.3.2.3; betr. Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatte vgl. B.3.3.1).

B.3.2.3 Exklusivitätsrabatte

B.3.2.3.1 Sachverhalt

105. Es ist unbestritten, dass die SDA ab dem Jahr 2008 gewissen Medienkunden einen sog. *„Exklusivrabatt"* bzw. *„Spezialrabatt"* (nachfolgend: Exklusivitätsrabatt) in der Höhe von 10 oder 20 % auf den Preis für die Nutzung des deutschsprachigen Basisdienstes *(sda-Basic)* angeboten und gewährt hat, wenn diese ihren Basisdienst ausschliesslich bei der SDA abonnierten. Entsprechende Verträge wurden mit [Zeitung I], [Zeitung H], [Zeitung G], [Radio A] sowie [Radio B] abgeschlossen. Die Printtitel profitierten dabei alle von einem Rabatt in der Höhe von 20 %, während den Radiosendern ein Rabatt in Höhe von 10 % eingeräumt wurde. [Zeitung D] wurde Ende Juni 2009 ebenfalls ein *„Exklusivrabatt"* offeriert. [Zeitung D] hat das Angebot jedoch abgelehnt.[111] Auch [Zeitung J] und [Zeitung K] wurden offenbar Exklusivitätsrabatte in Aussicht gestellt; es wurden aber schliesslich – wie bei [Zeitung D] – keine Exklusivitätsrabatte vertraglich vereinbart.[112]

106. Der erste Abonnementsvertrag mit einem Exklusivitätsrabatt wurde Ende Dezember 2008 mit [Zeitung I] abgeschlossen. Die übrigen Abonnementsverträge mit Exklusivitätsrabatten wurden im Jahr 2009 ausgehandelt. Die entsprechenden Verträge mit [Zeitung H] und [Zeitung G] sowie [Radio A] und [Radio B] wurden zwischen November 2009 und Januar 2010 unterzeichnet.[113]

107. Wie erwähnt wurden die Aktivitäten von AP Schweiz per Ende Januar 2010 eingestellt (vgl. Rz 27). Danach sind von der SDA keine weiteren Abonnementsverträge mit Exklusivitätsrabatten mehr abgeschlossen worden. Aufgrund einer Adressänderung wurde der Vertrag mit [Radio B] zwar im März bzw. April 2010 durch einen neuen Vertrag ersetzt, dieser blieb inhaltlich allerdings unverändert.[114]

108. Die erwähnten Exklusivitätsrabatte wurden von der SDA effektiv wie folgt gewährt:[115]

- [Zeitung I] wurde der Rabatt von Januar 2009 bis zu deren Einstellung im Dezember 2009 gewährt. Aufgrund einer Kündigungsfrist von 6 Monaten sind die Vertragsbeziehungen allerdings erst per Ende Mai 2010 aufgelöst worden.

[107] Vgl. Act. 43 Beilage 28.
[108] Fr. 10'800.– + 100'000 x Fr. 4.34 + 20'000 x 75 % x Fr. 4.34 = Fr. 509'900.–.
[109] Vgl. Act. 43 Beilage 28.
[110] Vgl. SEGBERS (Fn 3), S. 158.
[111] Act. 43 Beilagen 56-59, Act. 512 S. 5 und Beilage 17.
[112] Vgl. Act. 22 Frage 3, Act. 43 Beilage 32, Act. 194 Frage 41, Act. 423 Frage 43.
[113] Act. 512 S. 5.
[114] Vgl. Act. 512 Beilagen 17 und 18.
[115] Act. 512 S. 4 ff. sowie Beilagen 13, 16 und 19.

- [Radio A] wurde der Rabatt trotz eines von Januar bis Dezember 2010 gültigen Vertrages nur bis März 2010 eingeräumt, da sich herausstellte, dass der Radiosender den Abonnementsvertrag für die Nutzung des Basisdienstes von AP Schweiz nicht gekündigt hatte.
- [Zeitung H] wurde der Rabatt vertragsgemäss von Januar bis Dezember 2010 zugestanden.
- Aufgrund eines Mehrjahresvertrages wurde [Radio B] der Rabatt von Januar 2010 bis im Dezember 2012 gewährt.
- [Zeitung G] wird der Rabatt ab Januar 2010 bis heute aufgrund eines Mehrjahresvertrages eingeräumt.

109. Anlässlich des Parteiverhörs vom 25. April 2012 führte die SDA aus, dass die Exklusivitätsrabatte *„nicht primär für den Verzicht auf AP [Schweiz], sondern auch für den Verzicht auf DPA oder Reuters“* gewährt worden seien, und fügte an: *„Wir haben dann entschieden, dass wir die Exklusivitätsrabatte nicht wegfallen lassen. Es ist ja auch nichts weggefallen. Der Verzicht auf DPA oder Reuters bleibt ja bestehen.“*.[116] In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats macht die SDA zudem geltend, der Umstand, wonach bestehende Verträge mit Exklusivitätsrabatten auch nach dem Niedergang von AP Schweiz unverändert fortbestanden hätten oder sogar inhaltlich unverändert ersetzt worden seien, bestätige, dass keine Verdrängungsabsicht bestanden habe. Die Kunden hätten vom Rabatt und der dadurch bewirkten (und gewünschten) Kosteneinsparung auch noch dann profitiert, als es – von SDA unverschuldet – die AP Schweiz nicht mehr gegeben habe. Dass nachher keine neuen Exklusivitätsrabatte mehr gewährt worden seien, stehe dazu nicht im Widerspruch. Angesichts der geringen Anzahl effektiv gewährter Rabatte hätte sich diese vielmehr als nicht massgebend erwiesen.[117]

110. Im vorliegend relevanten Zeitraum, in welchem die SDA Verträge mit Exklusivitätsrabatten ausgehandelt und abgeschlossen hat, bot, wie erwähnt, neben der SDA nur die AP Schweiz einen auf die Bedürfnisse der Schweizer Medien ausgerichteten deutschsprachigen News-Basisdienst an (vgl. Rz 26, 66 und 83). Die Schweizer Medienkunden konnten und können weder von der DPA noch von Thomson Reuters einen Agenturdienst beziehen, der mit dem Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* sowie dem damaligen Basisdienst von AP Schweiz auch nur annähernd vergleichbar ist. Die DPA produziert zwar ebenfalls einen „Basisdienst“ in deutscher Sprache, dabei handelt es sich aber um einen Nachrichtendienst mit In- und Auslandmeldungen für deutsche Medien. Ebenfalls nicht auf die Bedürfnisse von Schweizer Medien zugeschnitten ist das deutschsprachige Nachrichtenangebot von Thomson Reuters.[118]

111. Aus dem VR-Protokoll der Sitzung vom 24. Juni 2009 geht zudem hervor, dass die Geschäftsleitung der SDA (nachfolgend: GL) den VR im Zusammenhang mit AP Schweiz bzw. den Gerüchten über einen Verkauf der AP GmbH – und damit von AP Schweiz – an die DDP darüber informierte, dass sämtliche Vertragsverhandlungen mit Medienkunden eine *„Exklusivitätsklausel“* enthalten würden, da man sich *„zur Wehr setzen“* müsse.[119] In der VR-Sitzung vom 9. Dezember 2009 berichtete die GL dem VR […][120] nochmals, dass man *„grossen Kunden Exklusivitätsrabatte für den Verzicht auf AP [Schweiz] gewährt“* habe.[121] Schliesslich gab [Zeitung D] im Rahmen der Marktbefragung an, dass ihr die SDA nach Einstellung der Aktivitäten von AP Schweiz keinen Exklusivitätsrabatt mehr angeboten habe, und fügten an: *„Auf Nachfrage von uns hiess es nun, dieser „Exklusiv-Rabatt“ sei eben an die Kündigung des Abonnements bei der AP [Schweiz] geknüpft gewesen. Weil es die AP [Schweiz] nicht mehr gebe, sei auch der Rabatt hinfällig.“*.[122]

112. Entgegen der seitens der SDA im Rahmen des Parteiverhörs vom 25. April 2012 gemachten Aussage (vgl. Rz 109) sowie auch deren Ausführungen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 109) ist somit erstellt, dass die Exklusivitätsrabatte für den Verzicht eines Abonnements des Basisdienstes von AP Schweiz gewährt wurden und damit klar gegen AP Schweiz gerichtet waren. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die vereinbarten Exklusivitätsrabatte auch nach der Einstellung der Aktivitäten von AP Schweiz bis zum Ablauf der entsprechenden (teilweise mehrjährigen) Abonnementsverträge weiterhin gewährt wurden.

B.3.2.3.2 Kartellrechtliche Würdigung

113. Die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte sind als Treuerabatte zu qualifizieren.[123] Als solche werden Rabatte bezeichnet, die Kunden zugestanden werden, wenn sie den gesamten oder den Grossteil ihres Bedarfs beim rabattgebenden Unternehmen beziehen und auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen bei dessen Konkurrenten verzichten.[124] In der Lehre und der schweizerischen sowie auch der europäischen Praxis bzw. Rechtsprechung werden Treuerabatte von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich als missbräuchlich angesehen.[125] Treuerabatte zielen darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen zu erschweren oder gar unmöglich zu machen

[116] Act. 66 Rz 624 ff.
[117] Act. 528 S. 4.
[118] Vgl. dazu auch SEGBERS (Fn 3), S. 63.
[119] Act. 43 Beilage 30 S. 219.
[120] […].
[121] Act. 43 Beilage 30 S. 250.
[122] Act. 313 Frage 41 d.
[123] Vgl. auch MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 2011, N 481.
[124] Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 228.
[125] Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 19; ROBERTO DALL-AFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 150; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 120; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 675; vgl. auch TSCHUDIN (Fn 123), N 585 m. w. H; RPW 1997/4, 513 f. Rz 32 ff., *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 1998/4, 675 f. E. 5.1, *Swisscom/WEKO*; RPW 2004/2 439 Rz 143, *Swisscom ADSL*; Urteil des EuGH vom 13.2.1979 85/76 *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979 539 f. Rz 89; KOMM, ABl. 2009 C 227/13, Rz 22 ff., *Intel*, bestätigt durch Urteil des EuG vom 12.6.2014 T-286/09 *Intel/Kommission*, Rz 72 ff.

und ihn folglich vom Bezug bei Konkurrenten abzuhalten.[126] Sie verhindern den Bezug von Dienstleistungen bei konkurrenzierenden Unternehmen und diskriminieren auch die Handelspartner untereinander.[127] Daher können Treuerabatte namentlich den Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG sowie auch den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllen.[128]

114. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die SDA unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat, indem sie gewissen Medienkunden Exklusivitätsrabatte für den Verzicht auf den Bezug des Nachrichtendienstes von AP Schweiz gewährt hat. Ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG liegt dann vor, wenn durch die Gewährung von Exklusivitätsrabatten andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert *(Behinderungsmissbrauch*, vgl. Rz 97) oder die Marktgegenseite benachteiligt wurde *(Benachteiligungs*- bzw. *Ausbeutungsmissbrauch*, vgl. Rz 98) und keine sachlichen Gründe zur Rechtfertigung (legitimate business reasons) vorliegen.

B.3.2.3.2.1 Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG

a) Wettbewerbsbehinderung

115. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, wurden durch die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte nicht nur deren Konkurrentin AP Schweiz im Wettbewerb behindert, sondern auch der Wettbewerb unter den Medienkunden der SDA beeinträchtigt.

Behinderung der Konkurrentin AP Schweiz

116. Der Betrieb einer Nachrichtenagentur ist mit hohen Fixkosten verbunden. Damit eine Agentur in Konkurrenz zur SDA auf dem Schweizer Markt bestehen kann, muss sie zur Deckung ihrer Fixkosten über eine Mindestanzahl an Kunden verfügen. Eine Konkurrenzagentur wird ihre Markttätigkeit einstellen müssen, wenn sie über längere Zeit die notwendige Mindestanazahl an Kunden nicht mehr erreicht. Auf der anderen Seite wird sich eine Agentur nur dann zu einem Markteintritt in der Schweiz entschliessen, wenn sie davon ausgehen kann, in absehbarer Zeit einen ausreichenden Kundenstamm aufbauen zu können.

117. Um in den Genuss eines Exklusivitätsrabatts zu kommen, mussten sich die Medienkunden – wie unter Rz 105 ff. aufgezeigt – dazu verpflichten, ausschliesslich den News-Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* und nicht zusätzlich noch den Basisdienst von AP Schweiz zu abonnieren. Konkret kündigten denn auch [Zeitung H] und [Zeitung G] per Ende 2009 ihr Abonnement des Basisdienstes von AP Schweiz, nachdem ihnen die SDA einen Preisrabatt von 20 % für den Fall des exklusiven Bezugs ihres deutschsprachigen Basisdienstes (sda-Basic) angeboten hatte. Auch wenn [Zeitung H] im Rahmen der Markbefragung angab, dass der von der SDA angebotene Exklusivitätsrabatt keinen Einfluss auf den Entscheid gehabt habe, den Basisdienst von AP Schweiz infolge einer „Sparübung" zu kündigen,[129] stellten die Exklusivitätsrabatte der SDA ein geeignetes Mittel dar, um die aktuelle, aber auch die potenzielle Kundenbasis von AP Schweiz zu schmälern und so den Leistungswettbewerb zwischen SDA und AP Schweiz zu verfälschen bzw. Letztere in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern und entsprechend zu schwächen. Dass mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten die Behinderung der Markttätigkeit von AP Schweiz – der einzigen Konkurrentin der SDA auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien – beabsichtigt wurde, ist klar dokumentiert und geht insbesondere aus den vorstehend aufgeführten VR-Protokollen der SDA eindeutig hervor (vgl. Rz 111 f.).[130]

118. Das Verhalten der SDA ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich AP Schweiz zwar grundsätzlich als Zweitagentur bzw. Ergänzung zur SDA verstand, dieses Konzept durch das Nachfrageverhalten der Kunden aber zunehmend in Frage gestellt wurde. […].[131] […].[132]

119. Mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten hat die SDA namentlich dazu beigetragen, dass der Kundenstamm von AP Schweiz geschmälert und dadurch auch die Ertragsbasis […] verkleinert wurde. [...].[133]

120. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch die von der SDA praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten AP Schweiz im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in der Ausübung des Wettbewerbs behindert wurde.

Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Medienkunden der SDA

121. Wie unter Rz 105 aufgezeigt, hat die SDA nur gewissen Medienkunden einen Exklusivitätsrabatt angeboten. So geht auch aus der Marktbefragung hervor, dass die SDA namentlich jenen Medienkunden, die seit jeher nur ihren Basisdienst *(sda-Basic)* und nicht gleichzeitig noch den Basisdienst von AP-Schweiz abonnierten, zu keinem Zeitpunkt einen Exklusivitätsrabatt offeriert hat.[134] Die von der SDA praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten führte dazu, dass die Medienkunden der SDA für dieselbe Dienstleistung – nämlich den Bezug des deutschsprachigen Basisdienstes für Medien

[126] DALLAFIOR (Fn 125), in: Homburger et al., Art. 7 KG N 150.
[127] Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 237 m. w. H.
[128] Vgl. RPW 1997/4, 514 Rz 38, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI, (Fn 125), Art. 7 Abs. 2 KG N 246 m. w. H. auf das Urteil des EuGH vom 16.12.1975 40/73 Suiker u.a./Kommission, Slg. 1975 1663; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 227 und 237.
[129] Act. 485 Frage 51.
[130] Diesbezüglich ist anzumerken, dass gemäss aktueller EU-Rechtsprechung für den Beweis des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV der Nachweis ausreicht, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung darauf ausgerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken bzw. dass das Verhalten eine solche Wirkung haben kann. Eine Analyse der konkreten Auswirkungen des fraglichen Verhaltens bzw. der Rabatte auf den Wettbewerb ist nicht erforderlich (vgl. Urteil des EuGH vom 19.4.2012 C-549/10 P *Tomra/Kommission*, Rz 68 und 79).
[131] […].
[132] […].
[133] […].
[134] Vgl. dazu die Antworten auf die Fragen 26 und 43 zur schriftlichen Stellungnahmen der Medienkunden zum Auskunftsbegehren vom 4./6.6.2012; vgl. insb. Act. 193, 201, 233, 243, 321, 343, 370, 390, 393, 402, 403 und 431.

(sda-Basic) – ungleiche Preise bezahlten, je nachdem, ob sie in den Genuss eines Exklusivitätsrabattes kamen oder nicht.

122. Die Medienkunden der SDA stehen untereinander sowohl im Wettbewerb um Mediennutzer (namentlich Leser, Hörer, Zuschauer und Onlinenutzer) als auch im Wettbewerb um Werbekunden bzw. Werbebudgets. Dabei gilt es zu beachten, dass bei werbefinanzierten Medien (wie allgemein bei Plattformen bzw. zweiseitigen Märkten) eine starke Wechselwirkung zwischen der Anzahl Mediennutzer und der Anzahl Werbekunden besteht: Je mehr Nutzer durch ein Medium erreicht werden können, als umso attraktiver gilt dessen Werberaum und entsprechend teurer lässt sich dieser vermarkten.[135]

123. Wie unter Rz 16 f. dargelegt, stellen Agenturdienstleistungen – und damit insbesondere der Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* – eine zentrale Informationsquelle für die Medien der Schweiz und damit einen essenziellen Input für die Erstellung von Medienerzeugnissen dar. Eine Redaktion, die den Basisdienst *(sda-Basic)* dank der Gewährung eines Exklusivitätsrabattes günstiger beziehen kann als ihre Konkurrentinnen, verfügt über einen finanziellen Vorteil. Dieser Vorteil liegt darin, dass insgesamt ein vergleichsweise kleinerer Teil des Redaktionsbudgets für die Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic)* aufgewendet werden muss. Insofern dürften die Medienkunden, welche von einem Exklusivitätsrabatt profitierten, einen Wettbewerbsvorteil für ihre Tätigkeit auf den nachgelagerten Medien- und Werbemärkten erlangt haben. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass die von der SDA praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten auch zwischen deren Medienkunden zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG geführt hat.

b) Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

124. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons) rechtfertigen lässt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere Gründe können z. B. eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe sein.[136] So sind grundsätzlich auch Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen zulässig, wenn sie auf einer entsprechenden wirtschaftlichen Gegenleistung des Abnehmers bzw. auf Kosteinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen beruhen.[137]

125. Ferner kommt eine sachliche Rechtfertigung nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternative Verhaltensweise zur Verfügung stand, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätte („Gebot der Unerlässlichkeit").[138]

126. Vorliegend wurden die fraglichen Exklusivitätsrabatte von der SDA weder aufgrund von wirtschaftlichen Gegenleistungen der Medienkunden noch aufgrund von Kosteneinsparungen seitens der SDA gewährt. Vielmehr waren die Rabatte an die Bedingung geknüpft, dass die Medienkunden nur den Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* abonnierten und auf den Bezug des Basisdienstes von AP Schweiz verzichteten. Auch das von SDA geltend gemachte Bestreben, ihren langjährigen Medienkunden, die in eine wirtschaftlich schwierige Situation geraten waren, eine ressourcen- und kosteneffiziente Lösung anzubieten[139], vermag die Gewährung von Exklusivitätsrabatten nicht zu rechtfertigen. Es wären andere, nicht-wettbewerbsschädliche Mittel zur Verfügung gestanden, wie namentlich eine allgemeine Preissenkung. So oder anders stellte die Gewährung von Exklusivitätsrabatten keine angemessene kartellrechtskonforme Reaktion auf den angeblichen Spardruck von gewissen Medienkunden dar.

c) Zwischenergebnis

127. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte an gewisse Medienkunden sowohl die Konkurrentin AP Schweiz im Wettbewerb behindert als auch der Wettbewerb unter den Medienkunden der SDA beeinträchtigt wurde. Es liegen keine sachlichen Gründe vor, die dieses Verhalten der SDA rechtfertigen. Somit liegt ein Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vor.

128. Nachfolgend wird dieser Behinderungsmissbrauch auch im Lichte des Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG eingeordnet. Dabei fallen, wie eingangs erwähnt (vgl. Rz 113), namentlich die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) sowie die Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) in Betracht. Im Folgenden wird daher geprüft, ob sich die SDA durch die praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e und/oder b KG verhalten hat.

B.3.2.3.2.2 Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG

129. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es die Erzeugung, den Absatz oder die technische Entwicklung einschränkt. Der Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:

---

[135] Für weitere Hinweise zu diesem, als Leser-Anzeigen-Spirale bezeichneten Phänomen, vgl. RPW 2011/3, 468 Rz 73, Gutachten der WEKO vom 28. Februar 2011 gemäss Art. 47 KG und Art. 74 Abs. 2 RTVG betr. Neubeurteilung Konzessionsentscheid TV Gebiet Ostschweiz; RPW 2009/3, 318 Rz 375 m. w. H., *Tamedia/PPSR*; MARIE LUISE KIEFER, Medienökonomik – Einführung in eine ökonomische Theorie der Medien, 2001, S. 318 ff.

[136] BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[137] Vgl. RPW 1998/4, 675 f. E. 5.1, *Swisscom/WEKO*; RPW 2004/2, 441 Rz 152, *Swisscom ADSL*; BORER (Fn 59), Art. 7 KG N 17.

[138] Vgl. RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[139] Vgl. Act. 21 Frage 3, Act. 512 Frage 4a.

(1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt;

(2) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;

(3) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

a) Einschränkung des Absatzes

130. Unter „Einschränkung des Absatzes" im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken.[140] Erfasst wird dabei sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.[141]

131. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Sie kann *unilateralen Handlungen* des marktbeherrschenden Unternehmens entspringen, indem sich dieses beispielsweise weigert, gewisse Käufer zu beliefern oder seine Geschäftspartner mit einer Beschränkung des geographischen Marktes oder des Kundenkreises belegt. Das Unternehmen kann aber auch mit *bilateralen Handlungen*, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. durch Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsbindungen oder Rabatten.[142] Alleinbezugsbindungen können indes nicht nur mit entsprechenden Vertragsverpflichtungen, sondern de facto auch mittels Anreizmassnahmen erwirkt werden. So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten, wenn sie ihren Bedarf ausschliesslich bei ihm decken. Dadurch wird für die Geschäftspartner der Anreiz geschaffen, von diesen günstigen Konditionen zu profitieren und auf Alternativangebote zu verzichten, was eine Absatzeinschränkung der Konkurrenz bewirkt.[143]

132. Die von SDA gewährten Exklusivitätsrabatte waren an die Bedingung geknüpft, dass der Basisdienst *(sda-Basic)* ausschliesslich von der SDA und nicht zusätzlich noch derjenige von AP Schweiz abonniert wurde. Mit den Exklusivitätsrabatten verbunden war somit die Verpflichtung den News-Basisdienst *(sda-Basic)* exklusiv bei der SDA zu beziehen. Insofern liegt eine Alleinbezugsbindung vor.

133. Die Medienkunden der SDA, die einen Vertrag mit einem Exklusivitätsrabatt unterschrieben hatten, kamen nicht mehr als Kunden von AP Schweiz in Frage, da sie andernfalls den Rabatt verloren hätten. Entsprechend wurden die Absatzmöglichkeiten für AP Schweiz künstlich beschränkt, womit eine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliegt.

b) Wettbewerbsbehinderung

134. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.[144] Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.[145] Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsverpflichtungen oder Rabatten stellen ein klassisches Mittel dar, um Kunden an sich zu binden, wodurch sowohl aktuelle als auch potenzielle Konkurrenten im Wettbewerb behindert werden.

135. Auf die Wettbewerbswirkungen der von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte wurde bereits vorgängig eingegangen. Wie aufgezeigt, waren die Exklusivitätsrabatte der SDA in erster Linie gegen deren Konkurrentin AP Schweiz gerichtet und haben namentlich dazu beigetragen, dass der Kundenstamm von AP Schweiz geschmälert und diese damit im Wettbewerb behindert wurde. Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Rz 116 ff. verwiesen werden.

c) Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

136. Wie ebenfalls bereits vorgängig aufgezeigt, beruhten die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte weder auf wirtschaftlichen Gegenleistungen der jeweiligen Medienkunden noch auf Kosteneinsparungen seitens der SDA und waren somit nicht sachlich gerechtfertigt. Es kann auf die Ausführungen unter Rz 124 ff. verwiesen werden.

d) Zwischenergebnis

137. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von SDA gewährten Exklusivitätsrabatte eine missbräuchliche Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG darstellen.

B.3.2.3.2.3 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG

138. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ungleich behandelt. Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:[146]

[140] Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 418 und 441.
[141] DALLAFIOR (Fn 125), in: Homburger et al., Art. 7 KG N 141; ZÄCH (Fn 125), N 688.
[142] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 442 f. m. w. H.
[143] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 446.
[144] Vgl. BORER (Fn 59), Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 425; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 125), Art. 7 Abs. 2 KG N 235 und 246.
[145] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 125), Art. 7 Abs. 2 KG N 235.
[146] Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG* (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG); RPW 2011/1, 178 Rz 485, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

(1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt;

(2) diese Ungleichbehandlung betrifft Handelspartner;

(3) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;

(4) die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

a) Ungleichbehandlung

139. Der Tatbestand der Diskriminierung verlangt zunächst eine Ungleichbehandlung. Eine solche liegt sowohl bei einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte als auch bei einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte vor. Diskriminierungsgegenstand sind entweder die Preis- oder die Geschäftsbedingungen, wobei der Begriff „sonstige Geschäftsbedingungen" weit auszulegen ist.[147] Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.[148]

140. Wie unter Rz 121 dargelegt, wurden Exklusivitätsrabatte von der SDA nur gewissen Medienkunden offeriert. So hat die SDA namentlich jenen Medienkunden, die seit jeher nur ihren Basisdienst *(sda-Basic)* und nicht gleichzeitig noch den Basisdienst von AP-Schweiz abonnierten, nie einen Rabatt für den exklusiven Bezug ihres Basisdienstes angeboten. Die von der SDA praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten führte dazu, dass die Medienkunden der SDA für dieselbe Dienstleistung – nämlich den Bezug des deutschsprachigen Basisdienstes für Medien *(sda-Basic)* – ungleiche Preise bezahlten, je nachdem, ob sie in den Genuss eines Exklusivitätsrabattes kamen oder nicht. Folglich liegt eine Ungleichbehandlung vor.

b) Betroffenheit von Handelspartnern

141. Der Tatbestand der Diskriminierung verlangt weiter, dass sich die Ungleichbehandlung gegen Handelspartner richtet bzw. die Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens von diesem ungleich behandelt werden. Als Handelspartner gelten Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.[149]

142. Die Medienkunden der SDA nutzen die von der SDA bzw. Si bezogenen Agenturmeldungen für die Produktion eigener Medienerzeugnisse, welche sich im Gegensatz zu den Dienstleistungen der SDA bzw. Si explizit an private Endkonsumenten richten (vgl. Rz 61). Folglich sind die Medienkunden der SDA auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätig und damit zweifelsfrei als Handelspartner zu qualifizieren.

c) Wettbewerbsbehinderung

143. Mit Blick auf die wettbewerbsbehindernden Aspekte des Tatbestands der Diskriminierung von Handelspartnern führt das Bundesgericht im Fall „Publigroupe" aus, dass Diskriminierung zunächst eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle, ohne dass diesen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit werde deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen werde. Allerdings dürfe nicht vergessen werden, dass diskriminierende Bedingungen neben der Benachteiligung der einen stets auch eine Begünstigung der anderen Gruppe von Handelspartnern bewirkten. Damit liesse sich deren Interesse für Angebote von (aktuellen und potenziellen) Wettbewerbern gezielt ausschalten, was eine Behinderung des Wettbewerbs auf der Wirtschaftsstufe des marktbeherrschenden Unternehmens darstelle. Insofern sei nicht unbedingt eine Beeinträchtigung der „second level competition" – d. h. des Wettbewerbs auf vor- oder nachgelagerten Märkten – erforderlich, um diskriminierende Preise und Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen.[150]

144. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG stehen zunächst Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf vor- oder nachgelagerten Märkten. Wie bereits vorgängig unter Rz 121 ff. aufgezeigt, hat die SDA nur gewissen Medienkunden einen Exklusivitätsrabatt gewährt. Dies führte dazu, dass die Medienkunden der SDA für dieselbe Dienstleistung – nämlich den Bezug des deutschsprachigen Basisdienstes für Medien *(sda-Basic)* – ungleiche Preise bezahlten, je nachdem, ob sie in den Genuss eines Exklusivitätsrabattes kamen oder nicht. Ein Medienkunde, der den Basisdienst *(sda-Basic)* dank der Gewährung eines Exklusivitätsrabattes günstiger beziehen kann als seine Konkurrenten, verfügt über einen finanziellen Vorteil. Dieser Vorteil liegt darin, dass insgesamt ein vergleichsweise kleinerer Teil seines Redaktionsbudgets für die Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic)* aufgewendet werden muss. Insofern dürften die Medienkunden, welche von einem Exklusivitätsrabatt profitierten, einen Wettbewerbsvorteil für ihre Tätigkeit auf den nachgelagerten Medien- und Werbemärkten erlangt haben. Folglich kann davon ausgegangen werden, dass die von der SDA praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten (auch) zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Medienkunden der SDA geführt hat. Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Rz 121 ff. verwiesen werden.

145. Anzumerken ist, dass die SDA Exklusivitätsrabatte vorab als Mittel zur Behinderung ihrer Konkurrentin AP Schweiz eingesetzt hat (vgl. Rz 111 f.). Betreffend die

[147] Vgl. BGE 139 I 72, 106 E. 10.2.3 m. w. H. (= RPW 2013/1, 132 E. 10.2.3), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[148] RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG*.

[149] BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[150] BGE 139 I 72, 105 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2) m. w. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

aus diesem Verhalten resultierenden Wettbewerbswirkungen mit Bezug auf AP Schweiz kann auf die Ausführungen unter Rz 116 ff. verwiesen werden. Gestützt auf die soeben wiedergegebenen Ausführungen des Bundesgerichts im Fall „Publigroupe“ kann zudem davon ausgegangen werden, dass (auch) die mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten von der SDA bezweckte Behinderung ihrer Konkurrentin AP Schweiz vom Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfasst wird.

d) Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

146. Betreffend das Fehlen von sachlichen Rechtfertigungsgründe für die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte kann auf die Ausführungen unter Rz 124 ff. verwiesen werden.

e) Zwischenergebnis

147. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von SDA gewährten Exklusivitätsrabatte (auch) eine missbräuchliche Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG darstellen.

B.3.2.3.3 Ergebnis und Massnahme

148. Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass die SDA durch die Gewährung von Exklusivitätsrabatten, die in den Abonnementsverträgen mit [Zeitung I], [Zeitung H] und [Zeitung G] sowie [Radio A] und [Radio B] im Zeitraum von Dezember 2008 bis März bzw. April 2010 vereinbart wurden, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e und b KG missbraucht und dadurch ihre damalige Konkurrentin AP Schweiz im Wettbewerb behindert sowie auch den Wettbewerb unter ihren Medienkunden beeinträchtigt hat. Für dieses Verhalten ist die SDA zu sanktionieren (vgl. Rz 218 ff.).

149. Die EVR hält fest, dass sich die SDA dazu verpflichtet, *mit ihren Kunden keine Exklusivbezugsvereinbarungen abzuschliessen, d. h. insbesondere keine Rabatte oder andere Gegenleistungen mehr zu gewähren, wenn Kunden auf Nachrichtenagenturdienstleistungen Dritter verzichten* (vgl. Rz 216).

B.3.3 Weitere problematische Verhaltensweisen

150. Neben der Gewährung von Exklusivitätsrabatten stehen weitere kartellrechtlich problematische Verhaltensweisen der SDA im Raum, wie namentlich die Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten (B.3.3.1), die Zugangs- und Nutzungsbedingungen für die Verwendung des News-Basisdienstes im Internet (B.3.3.2) sowie die Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten (B.3.3.3).

151. Im Gegensatz zur Gewährung von Exklusivitätsrabatten steht bei der Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten und bei der Problematik betreffend die Onlinenutzung des SDA-Basisdienstes nicht die Behinderung von Konkurrenten sondern die Beeinträchtigung des Wettbewerbs unter den Medienkunden der SDA an sich im Vordergrund. Im Rahmen des Abschlusses einer EVR hat sich die SDA mit dem Sekretariat auf Rahmenbedingungen für ihr zukünftiges Verhalten geeinigt, mit welchen sichergestellt werden soll, dass die Medien in der Schweiz im Wettbewerb untereinander durch die SDA weder bevorzugt noch benachteiligt werden. Ebenfalls in die EVR aufgenommen wurden Leitlinien betreffend die Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten, um der marktverschliessenden Wirkung derartiger Praktiken zu begegnen.

152. Nachfolgend werden die kartellrechtliche Problematik der drei genannten Verhaltensweisen aufgezeigt und die im Rahmen der EVR diesbezüglich vereinbarten Massnahmen vorgestellt. Mit Blick auf den Abschluss einer EVR sowie aufgrund von Opportunitätsüberlegungen wurde indes auf eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung dieser weiteren Verhaltensweisen verzichtet.

B.3.3.1 Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatte

B.3.3.1.1 Sachverhalt

153. Die SDA räumt grösseren Medienunternehmen bzw. Mediengruppen grundsätzlich einen Rabatt von einem Prozentpunkt je Million Franken Umsatz ein. Massgebend ist dabei der erwartete Jahresumsatz, den die SDA-Gruppe mit dem Verkauf von SDA- und Si-Produkten an das entsprechende Medienunternehmen bzw. die entsprechende Mediengruppe insgesamt erwirtschaftet. Explizit vereinbart und gewährt wird dieser Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatt beim Abschluss eines sog. Rahmenvertrages; implizit eingeräumt wird ein ebensolcher Rabatt auch im Rahmen von sog. Pauschal- bzw. Globalverträgen.

Rahmenverträge

154. Bei einem Rahmenvertrag handelt es sich um einen Konzern- bzw. Gruppenvertrag, bei dem die Parameter des Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatts (d. h. der erwartete Gruppenumsatz und die daraus abgeleitete Rabatthöhe) mit einem zentralen Vertragspartner verhandelt und danach mit allen Titeln bzw. Medien des Konzerns separate Abonnementsverträge abgeschlossen werden. Der Rahmenvertrag lässt es den einzelnen Redaktionen grundsätzlich offen, ob, und wenn ja, welche SDA- und Si-Dienste diese abonnieren wollen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich der Nichtbezug einer Redaktion negativ auf den Gruppenumsatz und damit auf die Rabatthöhe für die anderen Radaktionen auswirken kann. Dies deshalb, weil sich die Rabatthöhe anhand der Summe der innerhalb eines Kalenderjahres von allen Konzernmedien bei der SDA und Si erwirtschafteten Umsatzes bestimmt.

155. Gemäss Angaben der SDA werden Rahmenverträge grundsätzlich ab einem Gruppenumsatz von rund einer Million Franken abgeschlossen.[151] Der vertraglich vereinbarte Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatt wird auf den gesamten Gruppenumsatz veranschlagt, d. h die

[151] Vgl. Act. 43 Frage 26b. Die SDA führt an, dass mit [Mediengruppe D] ein Rahmenvertrag abgeschlossen worden sei, obschon diese einen Umsatz unter 1 Mio. Fr., aber über 0,75 Mio. Fr. erziele. Der Grund bilde die Gleichbehandlung der Medienkunden. Der Rahmenvertrag sehe nämlich vor, dass bei einer Umsatzeinbusse von weniger als 0,25 Mio. Fr. der Rabatt bestehen bleibe.

156. Bei einem Pauschal- bzw. Globalvertrag wird der Bezug von SDA- und Si-Diensten für sämtliche Titel bzw. Medien des Kunden zentral verhandelt. Für die bezogenen Leistungen wird ein Pauschalpreis berechnet. In diesem Preis ist der Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatt von einem Prozentpunkt je Million Franken einzelnen Titel bzw. Medien des Konzerns profitieren von einem allgemeinen Preisabschlag. Rahmenverträge bestehen mit [Mediengruppe A], [Mediengruppe B], [Mediengruppe C] sowie [Mediengruppe D].[152]

Pauschal- bzw. Globalverträge

Umsatz implizit enthalten. Im Gegensatz zum Rahmenvertrag ist es bei einem Pauschal- bzw. Globalvertrag nicht notwendig, zusätzliche Einzelverträge mit den nutzungsberechtigten Redaktionen abzuschliessen. Mit Vertragsabschluss erhalten alle Medien des Konzerns das Nutzungsrecht an den abonnierten Diensten.

157. Pauschal- bzw. Globalverträge bestehen mit [Mediengruppe E] sowie [Mediengruppe F].[153] Mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. der Bundekanzlei (BK) besteht ebenfalls ein Pauschalvertrag.[154] Die BK gilt jedoch nicht als Medienkunde.

B.3.3.1.2 Kartellrechtliche Würdigung

158. Mengenrabatte, die auf den Umfang bzw. das Volumen der Geschäfte mit einem marktbeherrschenden Unternehmen abstellen, sind gemäss Lehre und schweizerischer sowie europäischer Praxis bzw. Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, wenn sie infolge von Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen (z. B. infolge tieferer Transportkosten oder Skalenerträgen) gerechtfertigt sind.[155] Solche Rabatte dürfen sich indes nicht im Sinne ungleicher Bedingungen für gleiche Leistungen auswirken: Wenn die Auslöseschwellen der einzelnen Rabattstufen dazu führen, dass ein Rabatt bzw. ein höherer Rabatt bestimmten Handelspartnern vorbehalten wird, indem ihnen ein Vorteil zukommt, der nicht durch Skalenerträge gerechtfertigt ist, die das marktbeherrschende Unternehmen dank diesen Handelspartnern im Vergleich zu anderen Handelspartnern realisieren kann, stellt dies eine ungleiche Behandlung gleicher Verhältnisse dar.[156] Insofern können Mengenrabatte namentlich den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllen.

159. Im Übrigen können Mengenrabatte auch unter den Tatbestand der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Rabattgestaltung erkennen lässt, dass das Rabattsystem nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruht, sondern wie ein Treuerabatt die Kunden vom Bezug bei Konkurrenten abhalten soll.[157]

160. Im Folgenden ist das Mengen- bzw. Umsatzrabattsystem der SDA unter dem Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG zu prüfen. Auf eine Prüfung im Lichte von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG wird nachfolgend verzichtet, da sich im Laufe der Untersuchung keine Hinweise dafür konkretisiert haben, dass die SDA mit ihrem Mengen- bzw. Umsatzrabattsystem – im Gegensatz zur Gewährung von Exklusivitätsrabatten – eine wettbewerbsbeschränkende Strategie gegenüber Konkurrenten verfolgt bzw. verfolgt hat.

B.3.3.1.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG

161. Wie bereits im Zusammenhang mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten festgehalten (vgl. Rz 138), verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen potenziell unzulässig, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ungleich behandelt. Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:[158]

(1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt;

(2) diese Ungleichbehandlung betrifft Handelspartner;

(3) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;

(4) die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

a) Ungleichbehandlung

162. Wie unter Rz 153 ff. aufgezeigt, kommen grundsätzlich nur diejenigen Kunden in den Genuss eines Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabattes, die SDA- und Si-Dienste im Umfang von insgesamt rund einer Million Franken beziehen. Dementsprechend kommen nur grosse Medienhäuser bzw. deren Konzernmedien in den Genuss von Preisnachlässen. Dies bedeutet, dass zwei weitestgehend vergleichbare Medientitel (etwa zwei

[152] [Mediengruppe A] profitiert dabei von einem *„Mengenrabatt"* von […] %, [Mediengruppe B] von […] %, [Mediengruppe C] von […] % und [Mediengruppe D] von […] % (vgl. zum Ganzen Act. 22, Act. 43 Frage 26b, Act. 199 Beilage, Act. 313 Frage 42, Act. 423 Beilage, Act. 443 Beilage).

[153] Act. 419 Beilage, Act. 456 Beilage 2.

[154] Act. 501 Frage 20 Beilage.

[155] Vgl. DALLAFIOR (Fn 125), in: Homburger et al., Art. 7 KG N 152; SHK-REINERT (Fn 125), Art. 7 KG N 20; Jürg Borer (Fn 59), Art. 7 N 17; vgl. auch TSCHUDIN (Fn 123), N 636 m. w. H.; RPW 2004/2, 441 Rz 152, *Swisscom ADSL*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 f. E. 5.4.2 f., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*; Urteil des EuG vom 30.9.2003 T-203/01 *Michelin/Kommission (Michelin II),* Slg. 2003 II-4102 f. Rz 58 ff. und 100 m. w. H. auf die europäische Rechtsprechung.

[156] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom AG*, *Swisscom Fixnet AG/Weko*.

[157] Vgl. dazu auch die europäische Rechtsprechung, insb. das Urteil des EuG vom 30.9.2003 T-203/01 *Michelin/Kommission (Michelin II),* Slg. 2003 II-4102 f. Rz 59.

[158] Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG); RPW 2011/1, 178 Rz 485, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

Tageszeitungen mit je einer Auflage von 100‘000 Exemplaren, zwei Radios mit täglich je 40‘000 Hörern usw.) für den Bezug derselben SDA- und Si-Dienste unterschiedliche Preise bezahlen, je nachdem, ob sie Teil einer Mediengruppe mit einem entsprechend hohen Einkaufsvolumen sind oder nicht. Folglich führt die Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten zu einer Bevorzugung von Medientiteln, die Teil grosser Medienkonzerne sind. Damit liegt eine Ungleichbehandlung vor.

b) Betroffenheit von Handelspartnern

163. Wie bereits im Zusammenhang mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten festgehalten (vgl. Rz 141 f.), sind die Medienkunden im Verhältnis zur SDA auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätig und demnach zweifelsfrei als Handelspartner zu qualifizieren.

c) Wettbewerbsbehinderung

164. Im Rahmen der kartellrechtlichen Würdigung der von SDA gewährten Exklusivitätsrabatte wurde bereits aufgezeigt, dass eine derartige Rabattgewährung zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Medienkunden führen kann (vgl. Rz 121 ff.). Gleiches gilt grundsätzlich auch für das von der SDA angewendete Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabattsystem.

165. Wie erwähnt stehen die Medienkunden der SDA untereinander sowohl im Wettbewerb um Mediennutzer (namentlich Leser, Hörer, Zuschauer und Onlinenutzer) als auch im Wettbewerb um Werbekunden bzw. Werbebudgets, wobei eine starke Wechselwirkung zwischen der Anzahl Mediennutzer und der Anzahl Werbekunden besteht (vgl. Rz 121). Wie unter Rz 16 f. dargelegt, stellen Agenturdienstleistungen – und damit auch die Dienste der SDA bzw. der Si – eine zentrale Informationsquelle für die Medien und damit einen essenziellen Input für die Erstellung von Medienerzeugnissen dar. Eine Redaktion, die diesen wichtigen Input von der SDA dank der Gewährung eines Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabattes günstiger beziehen kann als ihre Konkurrentinnen, verfügt über einen Wettbewerbsvorteil. Dieser Vorteil liegt darin, dass insgesamt ein vergleichsweise kleinerer Teil des Redaktionsbudgets für die Nutzung von SDA- und Si-Diensten aufgewendet werden muss und damit mehr finanzielle Mittel namentlich für die Erstellung eigener Inhalte oder den Bezug weiterer Agenturdienste zur Verfügung stehen. Dies dürfte sich grundsätzlich in einer höheren publizistischen Qualität des Medienerzeugnisses niederschlagen, was wiederum zu eine Erhöhung der Nutzerzahl und entsprechend zu einer höheren Attraktivität für Werbekunden führen kann. Somit ist festzuhalten, dass das von der SDA verwendete Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabattsystem Wettbewerbsverzerrungen auf den nachgelagerten Medien- und Werbemärkten nach sich ziehen kann. Anzumerken gilt es zudem, dass es insbesondere auch die grossen Aktionäre mit Einsitz im VR der SDA sind, die vom genannten Rabattsystem profitieren.

d) Sachliche Rechtfertigungsgründe

166. Mengenrabatte, die auf den Umfang bzw. das Volumen der Geschäfte mit einem marktbeherrschenden Unternehmen abstellen, sind grundsätzlich zulässig, wenn sie infolge von Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen gerechtfertigt sind (vgl. Rz 158).

Mengen- bzw. Umsatzrabatte bei Pauschal- bzw. Globalverträgen

167. Betreffend die sachliche Rechtfertigung der impliziten Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten im Rahmen von Pauschal- bzw. Globalverträgen führt die SDA aus, dass eine generelle Aussage über die effektive Aufwandersparnis beim Abschluss derartiger Verträge nur sehr schwer zu machen sei, da dies stark vom Portfolio des jeweiligen Konzerns abhänge. Dank des zentralen Einkaufs von diversen SDA- bzw. Si-Diensten für deren vielfältige Nutzung durch die jeweiligen Titel könne der Arbeitsaufwand für das Erstellen eines einzigen Vertrages enorm reduziert werden. Im Gegensatz zum Konzernrahmenvertrag würden beim Pauschalvertrag keine weiteren Verträge mit den einzelnen Titeln abgeschlossen, was eine massive administrative Zeitersparnis und die Freigabe betrieblicher Ressourcen für anderweitige Tätigkeiten bedeute, insbesondere da die Verrechnung mit einer Gesamtrechnung für alle Titel erfolge. Zudem entfalle bei einem Pauschalvertrag der Aufwand für die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Nutzung, zumal auch die urheberrechtliche Problematik der unzulässigen Nutzung durch den Kunden entschärft werde. Insgesamt führten Pauschalverträge somit im Vergleich zu Konzernrahmenverträgen zu einer zusätzlichen Reduktion von Transaktionskosten, indem sowohl Such- als auch Verhandlungskosten beidseitig abnähmen.[159]

168. Was die SDA zur sachlichen Rechtfertigung der impliziten Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten im Rahmen von Global- bzw. Pauschalverträgen vorbringt, ist grundsätzlich nachvollziehbar und plausibel. Bei solchen Verträgen wird eine Vereinbarung für die gesamte Mediengruppe ausgehandelt und abgeschlossen. Zudem wird nur eine Rechnung erstellt, da SDA- und Si-Dienste für alle Gruppenmedien zentral eingekauft werden. Der Abschluss eines Global- bzw. Pauschalvertrags dürfte somit mit bedeutend geringerem administrativem Aufwand seitens der SDA verbunden sein, als wenn diese mit jedem Konzernmedium einen separaten Abonnementsvertrag abschliessen würde. Zudem entfällt der Kontrollaufwand für die Überprüfung, ob die einzelnen Konzernmedien auch nur die von ihnen individuell abonnierten Dienste nutzen, d. h. keine SDA-Meldungen verwenden, die nur ein anderer Medientitel des Konzerns abonniert hat. Dies ist der Fall, weil bei einem Pauschal- bzw. Globalvertrag sämtliche Titel bzw. Medien des jeweiligen Medienkonzerns das Nutzungsrecht an allen gemäss Pauschal- bzw. Globalvertrag abonnierten SDA- und Si-Diensten erhalten. Ein derartiger Vertrag stellt somit auch ein geeignetes Mittel dar, um die Trittbrettfahrerproblematik bzw. die Problematik der unzulässigen Nutzung von SDA- und Si-Diensten innerhalb einer Mediengruppe zu entschärfen und den

[159] Vgl. Act. 512 Frage 6a.ii.

damit verbundenen Kontrollaufwand für die SDA zu minimieren. Die von der SDA im Rahmen von Pauschal- bzw. Globalverträgen eingeräumten Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatte dürften somit grundsätzlich durch entsprechende Kosteneinsparungen aufseiten von SDA sachlich gerechtfertigt sein.

Mengen- bzw. Umsatzrabatte bei Rahmenverträgen

169. Betreffend die sachliche Rechtfertigung der Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten bei Rahmenverträgen führt die SDA im Wesentlichen aus, dass solche Verträge die Kundenbindung förderten, da die jeweiligen Konzernmedien infolge der grundsätzlichen Wahl der SDA als Vertragspartner durch die Konzernleitung mit erhöhter Wahrscheinlichkeit Abonnementsverträge mit der SDA abschliessen würden. Konzernrahmenverträge ermöglichten es der SDA zu ermitteln, wie viel Umsatz sie mit einem Konzern erwirtschafte, und senkten zudem die Kontrollkosten der SDA. Im Gegenzug verlangten die grossen Verlagshäuser, dass ihnen aufgrund des bezogenen Volumens Mengenrabatte eingeräumt würden. Letztlich führten die Verträge zu Einsparungen bei den Kunden der SDA, die gleichzeitig Aktionäre der SDA seien. Der Rahmenvertrag lasse es aber jeder Redaktion offen, ob sie von der SDA Dienste beziehen wolle oder nicht. Die Verhandlungen und der Abschluss eines Rahmenvertrags seien durchaus zeit- und entsprechend kostenintensiv. Diese zeitweise Bindung betrieblicher Ressourcen gehe die SDA daher nur ein, wenn zu erwarten sei, dass der Verhandlungspartner einen hohen SDA-Umsatz erwirtschaften werde oder eine gewisse Abhängigkeit der SDA von diesem Vertragspartner bestehe.[160]

170. Was die SDA zur sachlichen Rechtfertigung der Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten bei Rahmenverträgen vorbringt, vermag nicht restlos zu überzeugen. So zielt das Argument der Kundenbindungswirkung von Rahmenverträgen ins Leere. Wie erwähnt, sind Mengenrabatte von marktbeherrschenden Unternehmen nur dann zulässig, wenn sie durch Kosteneinsparungen gerechtfertigt sind (vgl. Rz 158 und 166). Alleine aufgrund der Kundenbindungswirkung sind vorliegend keine Kosteneinsparungen ersichtlich. Ähnlich wie bei den Pauschal- bzw. Globalverträgen sind Kosteneinsparungen indes mit Blick auf die Trittbrettfahrerproblematik möglich. So dürfte der SDA bei Abschluss eines Rahmenvertrags ebenfalls weniger Kontrollaufwand erwachsen, da sie einen Ansprechpartner auf Stufe Konzernleitung erhält, welcher bei der unzulässigen Nutzung von SDA- und Si-Diensten durch die einzelnen Konzernmedien angegangen werden kann. Da, anders als bei einem Pauschal- bzw. Globalvertrag, die verschiedenen Konzernmedien aber separate Abonnementsverträge abschliessen und damit nicht zwingend über die gleichen Nutzungsrechte verfügen, besteht allerdings weiterhin die Möglichkeit, dass einzelne Konzernmedien von anderen Konzernmedien abonnierte Dienste mitnutzen. Somit ist davon auszugehen, dass der Kontrollaufwand betreffend Trittbrettfahrer bei Abschluss eines Rahmenvertrages zwar grundsätzlich reduziert wird, dies allerdings weniger stark als bei Abschluss eines Pauschal- bzw. Globalvertrages.

171. Zudem dürften sich durch den Abschluss eines Rahmenvertrages auch das Zahlungsausfallrisiko und die Inkassokosten für die SDA verringern. Dies deshalb, weil sich die Konzernmuttergesellschaft im Rahmenvertrag ausdrücklich verpflichtet dafür zu sorgen, dass die in den einzelnen Abonnementsverträgen von ihren Konzerntochtergesellschaften vereinbarten Preise auch bezahlt werden.[161]

172. Insgesamt sind ähnlich wie beim Pauschal- bzw. Globalvertrag Kosteneinsparungen ersichtlich, die die SDA mit dem Abschluss eines Rahmenvertrages realisieren kann. Diese Kosteneinsparungen dürften beim Abschluss eines Pauschal- bzw. Globalvertrages jedoch höher ausfallen. Der blosse Abschluss eines Rahmenvertrages dürfte zwar mit vergleichsweise weniger Aufwand verbunden sein, da lediglich die Eckwerte der Vertragsbeziehung zwischen der SDA und dem jeweiligen Medienkonzern definiert werden. Im Gegensatz zum Pauschal- bzw. Globalvertrag müssen bei einem Rahmenvertrag aber zusätzlich immer auch separate Abonnementsverträge mit allen Konzernmedien abgeschlossen werden. Entsprechend muss auch die Nutzung der abonnierten Dienste den einzelnen Konzernmedien separat in Rechnung gestellt werden. Damit fallen beim Rahmenvertrag Folgekosten an, die beim Abschluss eines Pauschal- bzw. Globalvertrags entfallen.

B.3.3.1.3 Ergebnis und Massnahme

173. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl bei Abschluss von Pauschal- bzw. Globalverträgen wie auch bei Abschluss von Rahmenverträgen Kosteneinsparungen auf Seiten der SDA ersichtlich sind, welche die Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten grundsätzlich rechtfertigen können. Insgesamt dürften die Kosteneinsparungen bei einem Pauschal- bzw. Globalvertrag etwas höher ausfallen als bei einem Rahmenvertrag. Insofern erscheint die Verwendung eines identischen Rabattierungssystems für Pauschal- bzw. Globalverträge und Rahmenverträge im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG als möglicherweise problematisch.

174. Aus diesem Grund hat sich die SDA in der EVR dazu verpflichtet, *ihren Kunden künftig nur dann Mengen- bzw. Umsatzrabatte einzuräumen, wenn dies wirtschaftlich (d. h. aufgrund von Kosteneinsparungen) gerechtfertigt ist* (vgl. Rz 216). Mit dieser Verpflichtung soll sichergestellt werden, dass die kleinen Medienunternehmen der Schweiz gegenüber den grossen Medienunternehmen – insbesondere jenen mit Einsitz im VR der SDA – nicht unrechtmässig benachteiligt werden.

[160] Vgl. Act. 512 Frage 6a.i.
[161] Vgl. Act. 199 Beilage, Act. 423 Beilage, Act. 443 Beilage.

B.3.3.2 Zugangs- und Nutzungsbedingungen für die Verwendung des News-Basisdienstes im Internet

B.3.3.2.1 Sachverhalt

175. Grundpfeiler der SDA als Nachrichtenagentur bildet der Basisdienst (sda-Basic), der von grundsätzlich allen Mediengattungen (Print, Radio, TV und Online) abonniert werden kann (vgl. Rz 64). Das Recht für die Nutzung des Basisdienstes im Web (sda-Basic für Online) ist allerdings mit den folgenden Einschränkungen verbunden: Pro Tag dürfen maximal 30 Meldungen online publiziert werden, wobei die Meldungen zwingend redaktionell bearbeitet werden müssen. Mit vollem Autorennamen gezeichnete Artikel dürfen zudem – auch in bearbeiteter Form – jeweils erst ab 24:00 Uhr online gestellt werden.[162]

176. Mit *sda-Online* und *sda-Online Flash* bietet die SDA auch zwei Dienste an, die speziell für Onlinemedien konzipiert sind (vgl. Rz 64). Diese Online-Dienste enthalten ausgewählte Meldungen aus dem Basisdienst *(sda-Basic)*, die speziell für das Internet aufbereitet wurden. Meldungen aus den Online-Diensten *(sda-Online* und *sda-Online Flash)* müssen – im Gegensatz zu den Meldungen aus dem Basisdienst *(sda-Basic)* – nicht zuerst redaktionell bearbeitet werden, sondern können direkt und unbeschränkt online publiziert werden.[163]

177. Noch vor Eröffnung der Vorabklärung wandte sich [Unternehmen A] – die Betreiberin des reinen Online-Newsportals [Newsportal A] – an das Sekretariat und machte im Wesentlichen eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen Medienunternehmen geltend, die sowohl ein Printmedium als auch ein Online-Newsportal betreiben (vgl. Rz 35). Im Rahmen der Marktbefragung präzisierte [Unternehmen A] ihre Angaben und führte aus, dass sie seit der Einführung des SDA-Online-Dienstes nicht mehr in vollem Umfang Zugriff auf den SDA-Basisdienst *(sda-Basic)* habe. Ein solcher Zugriff sei nur noch Medienhäusern mit einer Printabteilung gewährt worden. Da [Unternehmen A] trotz eigener Redaktion und 2 Millionen Unique Usern im Jahr von der SDA als Nichtmedienkunde eingestuft werde und nicht mehr (wie früher) auf den Basisdienst zugreifen könne, falle es ihr schwer, in Sachen Aktualität und Vollständigkeit mit den Online-Newsportalen der Schweizer Printmedien mitzuhalten.[164]

178. Die SDA bestreitet die Vorwürfe von [Unternehmen A].[165] Betreffend die Online-Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic)* führt sie im Wesentlichen aus, dass reinen Online-Newsportalen aufgrund der schwierigen Durchsetzung von Copyrights im Internet zunächst tatsächlich nur der Online-Dienst *(sda-Online)* angeboten wurde. Die Regeln seien aber laufend gelockert und neue Produkte lanciert worden, wie namentlich der Flash-Dienst *(sda-Online Flash)* mit Eilmeldungen. Zudem werde der Basisdienst nun auch reinen Online-Medien angeboten. Die Nutzungsbedingungen für den Basisdienst im Web *(sda-Basic für Online)* seien dabei für alle Kunden gleich.[166]

179. Indes sind die Grundvoraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Kunde das Recht für die Verwendung des Basisdienstes im Web *(sda-Basic für Online)* erwerben darf, unterschiedlich. Gemäss Angaben der SDA bildet bei „klassischen" Medienkunden (Print, Radio, TV) ein Abonnement für die traditionelle Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic)* die Voraussetzung für eine zusätzliche Nutzung im Web. So müssten Printmedien, Radios und TV-Sender zunächst den Basisdienst für die traditionelle Nutzung beziehen, wodurch die Finanzierung der Gestehungskosten für die Erstellung der Nachrichten, welche von ihnen auch online weiterverarbeitet würden, sichergestellt werde. Da reine Online-Medien grundsätzlich kein Interesse daran hätten, den Basisdienst *(sda-Basic)* für eine traditionelle Nutzung teuer zu beziehen, bilde das Abonnement des Online-Dienstes *(sda-Online)* die Voraussetzung für den Erwerb des Web-Nutzungsrechts am Basisdienst *(sda-Basic für Online)*.[167]

180. Aus den Akten geht hervor, dass [Unternehmen A] Anfang Juni 2012 zunächst nur eine Offerte für den Online-Dienst *(sda-Online)* sowie den Online-Flash-Dienst *(sda-Online Flash)* erhielt und die SDA ihr erst – auf erneute Intervention – Ende September 2012 eine Offerte für den Online-Dienst *(sda-Online)* sowie die Onlinenutzung des Basisdienstes *(sda-Basic für Online)* unterbreitet hat.[168] Laut SDA hat [Unternehmen A] auf dieses Angebot jedoch nicht reagiert.[169] Im Gegensatz zu [Unternehmen A] konnte [Unternehmen B] für ihr Online-Newsportal [Newsportal B] ab Mai 2004 den Basisdienst (sda-Basic) für die Dossiernutzung[170] sowie ab Dezember 2010 zusätzlich auch die Tageschronik aus dem SDA-Basisdienst abonnieren.[171]

B.3.3.2.2 Kartellrechtliche Würdigung

181. Marktbeherrschende Unternehmen sind aufgrund von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG grundsätzlich an das Gleichbehandlungsgebot gebunden und dürfen Handelspartner nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandeln. Im Folgenden ist daher das Verhalten der SDA gegenüber reinen Online-Medien, insbesondere dem Online-Newsportal [Newsportal A] von [Unternehmen A], im Lichte des Tatbestandes der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG zu würdigen.

[162] Vgl. Act. 512 Beilage 24.
[163] Vgl. Act. 512 Beilage 24.
[164] Vgl. Act. 478 Frage 16 und 18.
[165] Act. 528 S. 5.
[166] Vgl. Act. 512 Frage 7c.
[167] Vgl. Act. 512 Frage 7b.
[168] Act. 478 Beilagen 3 und 16, Act. 512 Beilage 43.
[169] Act. 528 S. 5.
[170] Laut SDA bedeutet „Dossiernutzung", dass ein Kunde auf seiner News-Site neben dem klassischen News-Feed auch sog. Dossiers anbietet. Diese Dossiers würden länger auf der Site bleiben als die klassischen News. Es gehe dabei um Themen, die sich über längere Zeit entwickeln würden, wie z. B. die Wahlen in den USA. In einem Dossier könne der Kunde alle Meldungen, welche die SDA im Basisdienst *(sda-Basic)* zum entsprechenden Thema produziert habe, publizieren und allenfalls um eigene Artikel ergänzen (vgl. Act. 512 Frage 9b).
[171] Act. 320 und Act. 512 Beilage 46.

B.3.3.2.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG

182. Wie bereits im Zusammenhang mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten sowie der Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten festgehalten (vgl. Rz 138 und 161), verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen potenziell unzulässig, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ungleich behandelt. Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:[172]

(1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt;

(2) diese Ungleichbehandlung betrifft Handelspartner;

(3) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;

(4) die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

a) Ungleichbehandlung

183. Mit [Newsportal A] betreibt [Unternehmen A] – ähnlich wie [Unternehmen B] mit [Newsportal B] – ein auf die Schweiz fokussiertes Online-Newsportal mit tagesaktuellen Nachrichten aus dem In- und Ausland. Das Portal [Newsportal A] verfügt über eine eigene Redaktion und ist mit dem Portal [Newsportal B] sowie den Online-Newsangeboten der grossen Medienunternehmen der Schweiz (wie etwa *«20minuten.ch»*, *«blick.ch»*, *«nzz.ch»*, *«tagesanzeiger.ch», «watson.ch»* u. a.) vergleichbar. Wenn die SDA einem reinen Online-Newsportal wie [Newsportal A – im Gegensatz zu den Online-Newsportalen der grossen Medienunternehmen der Schweiz oder im Gegensatz zu einem anderen reinen Online-Newsportal wie vorliegend [Newsportal B] – nicht das Recht für die Onlinenutzung des Basisdienstes *(sda-Basic für Online)* gewährt, so liegt eine Ungleichbehandlung vor.

184. An dieser Ungleichbehandlung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die SDA speziell für Online-Newsportale konzipierte Online-Dienste *(sda-Online und sda-Online Flash)* anbietet. Wie im Rahmen der Marktabgrenzung aufgezeigt, sind diese Online-Dienste weniger umfangreich, da nur ausgewählte Meldungen aus dem Basisdienst *(sda-Basic)* übernommen und für das Internet aufbereitet werden (vgl. Rz 70). Zwar dürfen gemäss den Web-Nutzungsbedingungen der SDA pro Tag auch nur maximal 30 bearbeitete Meldungen aus dem Basisdienst *(sda-Basic)* – und damit ebenfalls nur eine Auswahl von Meldungen – online publiziert werden. Anders als bei den Online-Diensten kann eine Redaktion mit Zugang zum Basisdienst jedoch selber bestimmen, welche Meldungen sie aus dem Nachrichtenstrom für ihre Online-Berichterstattung aufbereiten und verwenden möchte.

b) Betroffenheit von Handelspartnern

185. Wie bereits im Zusammenhang mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten sowie der Gewährung von Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabatten festgehalten (vgl. Rz 141 f. und 163), sind die Medienkunden – und damit auch die Betreiber von (reinen) Online-Newsportalen – im Verhältnis zur SDA auf einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätig und demnach auch als Handelspartner zu qualifizieren.

c) Wettbewerbsbehinderung

186. Der Basisdienst der SDA *(sda-Basic)* stellt eine zentrale Informationsquelle für die Medien der Schweiz und damit einen essenziellen Input für die Erstellung von Erzeugnissen jeglicher Mediengattung (Print, Radio, TV und Online) dar. Wie erwähnt stehen die Medien sowohl im Wettbewerb um Nutzer als auch im Wettbewerb um Werbekunden bzw. Werbebudgets (vgl. Rz 164). Dabei stehen die einzelnen Medienerzeugnisse vornehmlich im Wettstreit mit anderen Medienerzeugnissen derselben Gattung. Zusätzlich sehen sie sich aber auch einem gewissen Wettbewerbsdruck seitens der anderen Mediengattungen ausgesetzt.

187. Ungleiche Zugangs- und Nutzungsbedingungen betreffend den Basisdienst *(sda-Basic)* für reine Online-Newsportale und Newsportale von Medienunternehmen, die zusätzlich auch im Print-, Radio- oder TV-Bereich tätig sind, können zu Wettbewerbsverzerrungen auf den nachgelagerten Nutzer- und Werbemärkten führen: Die Beschränkung des Zugangs zum Nachrichtenteppich des Basisdienstes gegenüber gewissen reinen Onlinemedien – wie [News-Portal A] von [Unternehmen A] – könnte sich in einer geringeren inhaltlichen Attraktivität dieser Portale und damit auch vergleichsweise tieferen Nutzerzahlen niederschlagen. Dies wiederum könnte die Attraktivität dieser Portale aus Sicht der Werbebranche senken und demnach auch deren Einnahmemöglichkeiten schmälern.

d) Sachliche Rechtfertigungsgründe

188. Es erscheint als grundsätzlich sachgerecht, dass die SDA für die Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic)* unterschiedliche Nutzungsbedingungen für die verschiedenen Mediengattungen anwendet.

189. Betreffend die eingeschränkten Web-Nutzungsrechte für Meldungen aus dem Basisdienst (vgl. Rz 175) führt die SDA aus, dass sie seit jeher Nutzungsbedingungen für Basisdienstmeldungen auf Online-Sites festgelegt habe. Dabei ginge und gehe es insbesondere darum, dass nicht der gesamte Basisdienst frei zugänglich gemacht werde. Ohne diesen Schutz wäre die Existenz der Agentur gefährdet. Wäre der Basisdienst ohne Zeitverzögerung und in vollem Umfang im Internet zugänglich, könnte dieser den Printmedien nicht mehr verkauft werden, da dann ein Kannibalisierungseffekt eintreten würde.[173]

[172] Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG (Schlussbericht des Sekretariats vom 8. Mai 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Erdgas Zentralschweiz AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG); RPW 2011/1, 178 Rz 485, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

[173] Act. 512 Fragen 7b und 7c.

190. Die Ausführungen der SDA sind grundsätzlich nachvollziehbar und plausibel. Die für sämtliche Kunden geltenden eingeschränkten Web-Nutzungsrechte betreffend den Basisdienst *(sda-Basic für Online)*, wonach täglich maximal 30 bearbeitete Meldungen online publiziert und mit vollem Autorennamen gezeichnete Artikel jeweils erst ab 24:00 Uhr online gestellt werden dürfen, erscheinen als sachlich gerechtfertigt. Dass reine Online-Medien wie etwa [Newsportal A] von [Unternehmen A] oder [Newsportal B] von [Unternehmen B] zudem angemessen an den Gestehungskosten des Basisdienstes *(sda-Basic)* beteiligt werden sollen, ist legitim. Insofern erscheint ein Abonnement des Online-Dienstes *(sda-Online)* als Voraussetzung für den Erwerb des Web-Nutzungsrechts am Basisdienst *(sda-Basic für Online)* bei reinen Online-Medien ebenfalls als sachgerecht.

191. Demgegenüber sind grundsätzlich keine allgemeinen sachlichen Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung der Web-Nutzungsrechte am Basisdienst gegenüber reinen Online-Medien ersichtlich. Mittlerweile räumt die SDA denn auch allen Kunden entsprechende Rechte ein. Auch [Unternehmen A] wurde schliesslich Ende September 2012 eine Offerte für die Web-Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic für Online)* unterbreitet. Wie erwähnt (vgl. Rz 180), hat [Unternehmen A] laut SDA allerdings nicht auf diese Offerte reagiert. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird betreffend [Unternehmen A] offen gelassen, ob für die zeitweilige Verweigerung der Web-Nutzung sachliche Rechtfertigungsgründe vorlagen oder nicht. Als konkrete sachliche Rechtfertigungsgründe denkbar wären beispielsweise berechtigte Befürchtungen seitens der SDA, dass die geforderten Nutzungsbedingungen hinsichtlich der Online-Publikation von Basisdienstmeldungen vom Kunden verletzt würden.

B.3.3.2.3 Ergebnis und Massnahme

192. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Verweigerung der Web-Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic für Online)* gegenüber reinen Online-Newsportalen wie [Newsportal A] von [Unternehmen A] im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG problematisch ist. Aufgrund des aus Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fliessenden Gleichbehandlungsgebots sind reine Online-Newsportale grundsätzlich gleich zu behandeln wie die Online-Newsportale von Printmedien, Radios und TV-Sendern. Innerhalb derselben Mediengattung (vorliegend Online, aber auch Print, Radio und TV) sind allen Medien dieselben zugangs- und Nutzungsrechte am Basisdienst *(sda-Basic)* einzuräumen, unabhängig davon, ob sie Teil eines Medienunternehmens sind, das (auch) in einem „klassischen" Medienbereich (Print, Radio oder TV) tätig ist oder nicht.

193. Die SDA hat sich in der EVR dazu verpflichtet, *sämtlichen Kunden derselben Mediengattung (Print, Radio, TV, Online sowie weitere) die gleichen Zugangs- und Nutzungsbedingungen betreffend den SDA-Basisdienst zu gewähren* (vgl. Rz 216). Um auch neu entstehende Mediengattungen miteinzuschliessen, wurde für die entsprechende Verpflichtung bewusst eine technologieneutrale Formulierung gewählt.

B.3.3.3 Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten

B.3.3.3.1 Sachverhalt

194. Den VR-Protokollen der SDA ist zu entnehmen, dass es mehrfach zur Debatte stand, SDA- und Si-Dienste zu bündeln bzw. nur noch gemeinsam oder mit einem Rabatt beim gleichzeitigen Bezug anzubieten. Die Idee einer Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten wurde im VR der SDA erstmals im September 2007 vor dem Hintergrund lanciert, wie man Kunden wie [Zeitung D] sowie [Zeitung E], die das Abonnement des News-Basisdienst *(sda-Basic)* – nicht jedoch den Sport-Basisdienst *(Si-Basic)* – gekündigt hatten und in der Folge (nur noch) den Nachrichtendienst von AP Schweiz abonnierten, wieder als Kunden des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* zurückgewinnen könnte.[174] Mit Blick auf die Ausarbeitung eines neuen Angebots- und Preismodells wurde die Debatte im Dezember 2010 und März 2011 wieder aufgenommen.[175]

195. Aus der Marktbefragung des Sekretariats geht hervor, dass die Schweizer Medienunternehmen den Markteintritt einer neuen Nachrichtenagentur oder eines gleichwertigen Dienstleisters grundsätzlich als unwahrscheinlich erachten. Vereinzelte Medienunternehmen halten es hingegen für möglich, dass Nischenanbieter in den Schweizer Markt eintreten könnten und namentlich im Video- oder Boulevard-Bereich (VIP, Unfälle usw.) Dienste für Medienkunden anbieten könnten (vgl. Rz 87). Mit Markteintritten ist somit allenfalls in jenen Bereichen bzw. Märkten zu rechnen, in denen die SDA mit ihren thematischen Zusatzdiensten (z. B. *sda-People*) bereits aktiv ist oder in denen sie durch eine Ausweitung ihrer Tätigkeit aktiv werden könnte.

B.3.3.3.2 Kartellrechtliche Würdigung

196. Aus wettbewerblicher Sicht besteht die Gefahr, dass eine (zukünftige) Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten, aber auch eine (zukünftige) Koppelung des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* an den Bezug von weiteren SDA-Diensten mögliche Markteintritte neuer Nachrichtenagenturen oder gleichwertiger Dienstleisters weiter erschwert. Im Folgenden wird auf die kartellrechtliche Problematik derartiger Koppelungen bzw. Bündelungen im Lichte des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. f KG eingegangen.

B.3.3.3.2.1 Koppelungsgeschäfte im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. f KG

197. Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich potenziell unzulässig, wenn es den Abschluss von Verträgen an die Bedingung koppelt, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Der Tatbestand des Koppelungsgeschäfts im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. f KG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Gu-

[174] Vgl. Act. 43 Beilage 30 S. 142 f. und 226.
[175] Vgl. Act. 58 Beilage.

tes kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen:[176]

(1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut sind getrennte Güter;

(2) der Anbieter nimmt eine Koppelung der beiden Güter vor;

(3) durch die Koppelung werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;

(4) die Koppelung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons).

a) Getrennte Güter

198. Damit eine Koppelung vorliegt, müssen zwei oder mehr unterschiedliche respektive getrennte Waren oder Dienstleistungen vorliegen, welche durch eine Koppelung kombiniert werden. Von getrennten Gütern ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Verbraucher, sofern sie die Wahl haben, die gekoppelten Güter von unterschiedlichen Anbietern beziehen. Ein weiteres Indiz für das Vorliegen getrennter Güter ist dann gegeben, wenn Unternehmen im Markt tätig sind, welche sich auf das Angebot des gekoppelten Guts (ohne das Koppelungsgut) spezialisiert haben.[177] Bei Waren oder Dienstleistungen, die nach einer vertieften Marktanalyse verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um getrennte Güter handelt.[178]

199. Wie aus den Akten hervorgeht, abonnierten [Zeitung D] und [Zeitung E] ab 2008 zwar weiterhin den Sport-Basisdienst der Si *(Si-Basic)*, bezogen den News-Basisdienst aber nur noch von AP Schweiz und damit einer anderen Anbieterin als der SDA-Gruppe.[179] Wie im Rahmen der Marktabgrenzung aufgezeigt wurde, gehören der News-Basisdienst *(sda-Basic)* und der Sport-Basisdienst *(Si-Basic)* separaten Märkten an. Auch die übrigen Dienste der SDA wie namentlich die Online-Dienste *(sda-Online* und *sda-Online-Flash)*, die Regionaldienste *(sda-Regional)* oder der People-Dienst *(sda-People)* sind anderen Märkten zuzurechnen als der Basisdienst *(sda-Basic)* (vgl. 70 ff.). Somit kann grundsätzlich festgestellt werden, dass der News-Basisdienst *(sda-Basic)*, der Sport-Basisdienst *(Si-Basic)* und die Zusatzdienste der SDA *(sda-Regional, sda-People* u. a.*)* als getrennte Güter zu betrachten sind.

b) Koppelung

200. Die Koppelung von Gütern oder Dienstleistungen kann auf verschiede Arten vorgenommen werden: Sie kann auf einer entsprechenden Vertragsklausel beruhen (vertragliche Koppelung), auf einer technischen Entscheidung bzw. in der physischen Ausgestaltung der betreffenden Güter gründen (technologische bzw. physische Koppelung) oder durch ökonomische Anreize durchgesetzt werden.[180]

201. In der Literatur werden namentlich die folgenden Koppelungstechniken unterschieden:[181] Beim sog. „tying" (Koppelung) bietet ein Verkäufer das Gut A (koppelndes Gut, „tying good") nur unter der Bedingung an, dass auch das Gut B (gekoppeltes Gut, „tied good") bezogen wird. Das gekoppelte Gut B ist dabei auch ohne den gleichzeitigen Erwerb von Gut A beziehbar. Beim sog. „pure bundling" (reine Bündelung) sind die Güter A und B nur im Bündel, d. h. nur gemeinsam, erhältlich. Beim sog. „mixed bundling" (gemischte Bündelung), oft auch als Bündel- oder Paketrabatt bezeichnet, werden die Güter A und B einzeln sowie in einem Bündel angeboten. Dabei ist die Summe der Preise im Einzelverkauf höher als der Preis des Bündels, wodurch ökonomische Anreize für den Bezug von beiden Gütern beim marktbeherrschenden Unternehmen geschaffen werden. Der marktbeherrschende Anbieter erreicht damit, dass der Abnehmer nicht nur Güter auf dem beherrschten Markt bezieht, sondern auch Güter, die der Konkurrenz anderer Märkte unterworfen sind.[182]

202. Die im VR der SDA diskutierte gemeinsame Vermarktung des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* und des Sport-Basisdienstes *(Si-Basic)* ist als „pure bundling" (reine Bündelung) im oben erwähnten Sinn zu betrachten, während die Gewährung eines Rabattes beim gleichzeitigen Bezug der zwei Dienste als „mixed bundling" (gemischte Bündelung) zu qualifizieren wäre. Falls das Angebot des News-Basisdienstes (sda-Basic) vom gleichzeitigen Bezug eines Regionaldienstes und/oder eines anderen Zusatzdienstes (z. B. *sda-People*) abhängig gemacht würde, wäre dies als „tying" (Koppelung) zu bezeichnen. Ein Rabatt für den gleichzeitigen Bezug des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* und eines anderen SDA-Dienstes wäre wiederum als „mixed bundling" (gemischte Bündelung) zu betrachten.

c) Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung der Marktgegenseite

203. Eine Koppelungsstrategie kann sowohl zur Verdrängung von Wettbewerbern als auch zum Schutz bzw. zur Verstärkung der eigenen marktbeherrschenden Stellung eingesetzt werden. Ebenfalls verwendet werden kann eine solche Strategie zur Errichtung von Marktzutrittsschranken.[183] Koppelungspraktiken können aber auch zu einer Benachteiligung der Marktgegenseite führen, da das marktbeherrschende Unternehmen auf diesem Weg seine Vertragspartner zur Annahme von Waren oder Dienstleistungen zwingen kann, an welchen diese entweder kein Interesse haben oder welche diese anderweitig günstiger beziehen könnten.[184]

---

[176] Vgl. RPW 2011/1, 183 Rz 513, SI*X/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 525; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, (Fn 125), Art. 7 Abs. 2 KG N 272. Vgl. auch EU-Prioritätenmitteilung (Fn 94), Rz 50.

[177] Vgl. RPW 2011/1, 183 Rz 514, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[178] RPW 2011/1, 183 Rz 515, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2008/3, 404 Rz 196, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; vgl. auch ZÄCH (Fn 125), N 703.

[179] Vgl. Act. 313 und Act. 443.

[180] Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 125), Art. 7 Abs. 2 KG N 274 m. w. H. auf die europäische Rechtsprechung; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 533.; BORER (Fn 59), Art. 7 KG N 27.

[181] Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 125), Art. 7 Abs. 2 KG N 262 und 274; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 494 ff. Vgl. auch EU-Prioritätenmitteilung (Fn 94), Rz 48.

[182] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 496.

[183] Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 537 f.

[184] Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 124), Art. 7 KG N 543; BBl 1995 I 468, 576.

204. Durch eine Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten würde sowohl der Markteintritt im Bereich der Sportmeldungen als auch der Markteintritt im Bereich der klassischen Nachrichtenmeldungen weiter erschwert. Um jene Kunden zu erreichen, die sowohl an Sport- als auch an klassischen Nachrichtenmeldungen interessiert sind, wären die potenziellen Konkurrenten der SDA in diesem Fall nämlich gezwungen, in beiden Märkten aktiv zu werden. Zudem wäre eine derartige Angebots- bzw. Produktegestaltung wohl auch mit einer Preissteigerung für jene Kunden verbunden, die grundsätzlich nur an den Inhalten des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* und nicht auch an den Inhalten des Sport-Basisdienstes *(Si-Basic)* interessiert sind oder umgekehrt.

205. Mit der Koppelung des für die Schweizer Medien essenziellen News-Basisdienstes *(sda-Basic)* an weitere Dienste der SDA würde namentlich der Markteintritt und die Etablierung von Nischenanbietern erschwert. Zudem würde sich wohl auch diesfalls der Preis für den Bezug des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* gegenüber jenen Kunden erhöhen, die kein Interesse am Bezug weiterer SDA-Dienste haben. Eine Koppelung in umgekehrter Richtung – d. h. das Angebot eines Regionaldienstes oder anderen Zusatzdienstes wird vom gleichzeitigen Bezug des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* abhängig gemacht – erscheint unter den aktuell gegebenen Umständen im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. f KG hingegen als weniger problematisch, da die SDA im Bereich der Regionalmeldungen sowie voraussichtlich auch betreffend die anderen Zusatzdienste nicht marktbeherrschend sein dürfte (vgl. Rz 92 f.).

d) Sachliche Rechtfertigungsgründe

206. Als sachliche Rechtfertigungsgründe für die Koppelung von Gütern oder Dienstleistungen sind namentlich zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung anerkannt. Einen wichtigen Rechtfertigungsgrund können auch Sicherheitsaspekte darstellen.[185]

207. Unter den aktuell gegebenen Umständen sind keine derartigen sachlichen Gründe ersichtlich, welche die Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten bzw. des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* mit weiteren Diensten der SDA rechtfertigen würden. Rabatte, die Kunden beim gleichzeitigen Bezug des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* und des Sport-Basisdienstes *(Si-Basic)* oder beim gleichzeitigen Bezug des SDA-Basisdienstes *(sda-Basic)* und weiteren Diensten der SDA eingeräumt werden, sind sachlich gerechtfertigt und zulässig, wenn sie auf Kosteneinsparungen seitens der SDA beruhen. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden Ausführungen betreffend Mengen- und Gesamtumsatzrabatte verwiesen werden (vgl. insb. Rz 166 ff.).

B.3.3.3.3 Ergebnis und Massnahme

208. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl eine (zukünftige) Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten als auch eine (zukünftige) Koppelung des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* an den Bezug von weiteren SDA-Diensten im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. f KG problematisch wäre.

209. Die SDA hat sich in der EVR dazu verpflichtet, *SDA- und Si-Dienste einzeln und unabhängig voneinander anzubieten, solange die SDA und die Si separate Gruppengesellschaften sind* (vgl. Rz 216). Hierzu ist anzumerken, dass es nicht a priori kartellrechtlich unproblematisch wäre, wenn bei Aufgabe des Tochterunternehmens Si die Sportberichterstattung in den SDA-Basisdienst *(sda-Basic)* integriert würde. Ein solches Ansinnen kann erst zu gegebenem Zeitpunkt unter Berücksichtigung der konkreten Umstände kartellrechtlich beurteilt werden.

210. Daneben hat sich die SDA in der EVR verpflichtet, *den SDA-Basisdienst auch einzeln anzubieten und nicht an andere Dienste zu koppeln, d. h. namentlich den Bezug des SDA-Basisdienstes nicht vom Bezug von SDA-Regional- und/oder anderen Zusatzdiensten (z. B. SDA-People) abhängig zu machen* (vgl. Rz 216).

211. Schliesslich verpflichtet sich die SDA in der EVR grundsätzlich *zu einem transparenten und kostenbasierten Rabattsystem sowie zur Anwendung von transparenten, nichtdiskriminierenden Nutzungsbedingungen für ihre Dienste* (vgl. Rz 216). Konkret hat sie sich – wie unter Rz 174 bereits erwähnt – auch verpflichtet, *ihren Kunden künftig nur dann Mengen- bzw. Umsatzrabatte einzuräumen, wenn dies wirtschaftlich (d. h. aufgrund von Kosteneinsparungen) gerechtfertigt ist.*

B.3.4 Zusammenfassung

212. Zusammenfassend wird noch einmal festgehalten,

- dass die SDA ihre marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e und b KG missbraucht hat, indem sie gewissen Medienkunden Exklusivitätsrabatte beim Bezug des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* einräumte;
- dass die Verwendung eines identischen Mengen- bzw. Gesamtumsatzrabattierungssystems bei Pauschal- bzw. Globalverträgen und bei Rahmenverträgen im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG problematisch erscheint;
- dass die Verweigerung der Web-Nutzung des Basisdienstes *(sda-Basic für Online)* gegenüber reinen Online-Newsportalen im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG problematisch ist;
- dass sowohl eine (zukünftige) Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten als auch eine (zukünftige) Koppelung des News-Basisdienstes *(sda-Basic)* an den Bezug von weiteren SDA-Diensten im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. f KG problematisch wäre.

[185] Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 576.

B.4 Einvernehmliche Regelung und Sanktionierung

213. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Als Massnahmen in diesem Sinn sind nicht nur Anordnungen von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen, sondern auch monetäre Sanktionen.

214. Anstelle von (einseitigen) Anordnungen von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktonsbemessung zu berücksichtigen sind.[186]

215. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat mit der SDA eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. Rz 50 vorstehend), welche nachfolgend (B.4.1) wiedergegeben wird. Gleichzeitig sind gemäss Art. 49a KG die festgestellten unzulässigen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG betreffend die Gewährung von Exklusivitätsrabatten zu sanktionieren (B.4.2).

B.4.1 Einvernehmliche Regelung (EVR)

216. Die mit der SDA geschlossene EVR lautet wie folgt:

A. Vorbemerkungen:

a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0226 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a hat das Sekretariat den Fokus in der Untersuchung auf bestimmte Verhaltensweisen der SDA gelegt (Preis- und Rabattpolitik, Zugangs- und Nutzungsbedingungen betreffend den SDA-Basisdienst, Koppelung bzw. Bündelung von SDA- und Si-Diensten) und auf eine umfassende Sachverhaltsermittlung und rechtliche Würdigung von sämtlichen mit der Untersuchungseröffnung erhobenen Vorwürfen verzichtet. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung gelten (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) alle aus dem Eröffnungsschreiben vom 22. Februar 2012 resultierenden sowie alle weiteren im Rahmen der vorliegenden Untersuchung geprüften Vorwürfe (namentlich „Gewährung spezifischer Rabatte", „Koppelung bzw. Bündelung von Angeboten/Leistungen der SDA", „Unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern", „Erzwingung unangemessener Preise", „Einstellung der Geschäftstätigkeiten der SDA-Konkurrentin AP Schweiz per Februar 2010") als geregelt bzw. erledigt.

d) Der Wille und die Bereitschaft der SDA zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beantragt das Sekretariat bei der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF […] bis [...]. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.

e) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbs-beschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die WEKO festgelegt.

f) Obwohl der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens der SDA keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält die SDA fest, dass sich im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragen Sanktionsrahmens gemäss lit. d die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten (Vorabklärung und Untersuchung) zulasten der Partei und damit der SDA.

[186] Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*, Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2 und 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 122 ff., E. 6.2 und 7.2 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

B. Vereinbarungen:

1) *Die SDA verpflichtet sich zu einem transparenten und kostenbasierten Rabattsystem sowie zur Anwendung von transparenten, nichtdiskriminierenden Nutzungsbedingungen für ihre Dienste.*

2) *Die SDA verpflichtet sich,*

   - *mit ihren Kunden keine Exklusivbezugsvereinbarungen abzuschliessen, d. h. insbesondere keine Rabatte oder andere Gegenleistungen mehr zu gewähren, wenn Kunden auf Nachrichtenagenturdienstleistungen Dritter verzichten;*
   - *ihren Kunden künftig nur dann Mengen- bzw. Umsatzrabatte einzuräumen, wenn dies wirtschaftlich (d. h. aufgrund von Kosteneinsparungen) gerechtfertigt ist;*
   - *sämtlichen Kunden derselben Mediengattung (Print, Radio, TV, Online sowie weitere) die gleichen Zugangs- und Nutzungsbedingungen betreffend den SDA-Basisdienst zu gewähren;*
   - *SDA- und Si-Dienste einzeln und unabhängig voneinander anzubieten, solange die SDA und die Si separate Gruppengesellschaften sind;*
   - *den SDA-Basisdienst auch einzeln anzubieten und nicht an andere Dienste zu koppeln, d. h. namentlich den Bezug des SDA-Basisdienstes nicht vom Bezug von SDA-Regional- und/oder anderen Zusatzdiensten (z. B. SDA-People) abhängig zu machen.*

217. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.[187]

B.4.2 Sanktionierung

218. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.[188]

219. Die Belastung der SDA mit einer Sanktion setzt voraus, dass diese den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt hat.

B.4.2.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

220. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet.

B.4.2.1.1 Unternehmen

221. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt. Die SDA ist als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren (vgl. Rz 53).

B.4.2.1.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

222. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Wie unter Rz 148 festgestellt, hat sich die SDA durch die Gewährung von Exklusivitätsrabatten unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e und b KG verhalten. Folglich ist das Tatbestandsmerkmal der unzulässigen Verhaltensweise vorliegend erfüllt.

B.4.2.2 Vorwerfbarkeit

223. Als subjektive Voraussetzung einer Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG ist eine Vorwerfbarkeit erforderlich. Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmassstab im Sinne eines Organisationsverschuldens.[189]

224. Aus den GL- und VR-Sitzungsprotokollen der SDA geht hervor, dass es den Verantwortlichen der SDA bewusst war, dass die Gewährung von Exklusivitätsrabatten kartellrechtlich problematisch sein könnte. So wurde in der GL-Sitzung der SDA vom 2. Dezember 2008 vorgeschlagen, die Exklusivitätsrabatte in einem *„Sideletter"* zu regeln, *„falls dieser Rabatt wettbewerbsrechtlich ein Problem"* darstelle.[190] Auch im VR der SDA war die rechtliche Zulässigkeit der Exklusivitätsrabatte mehrmals ein Thema. So wurde in der VR-Sitzung vom 24. Juni 2009 seitens der GL angegeben, dass die Gewährung von Exklusivitätsrabatten juristisch vertretbar sei. Das sei *„von […] extrem gründlich abgeklärt worden". Seitens des VR wurde* dazu indes angemerkt, dass man über *„eine genau gegenteilige Expertise" verfüge, „der zufolge es juristisch absolut inakzeptabel"* sei, Exklusivitätsrabatte zu gewähren.[191] In der VR-Sitzung vom 9./10. September 2009 kam nochmals zur Sprache, dass *„Treueprämien verpönt, weil WEKO-verdächtig"* seien.[192] Da die SDA Exklusivitätsrabatte gewährt hat, obwohl sie sich bewusst war, dass dies kartellrechtswidrig sein könnte, ist die subjektive Voraussetzung für eine Sanktionierung vorliegend ohne weiteres gegeben.

[187] Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.
[188] Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (nachfolgend: Botschaft KG 2003), BBl 2002 2022, 2033 ff.
[189] Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[190] Act. 43 Beilage 32 S. 155.
[191] Act. 43 Beilage 30 S. 219.
[192] Act. 43 Beilage 30 S. 233.

B.4.2.3 Sanktionsbemessung

225. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 2 Abs. 1 SVKG[193]).

B.4.2.3.1 Maximalsanktion

226. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft KG 2003 ergibt,[194] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[195] Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen. Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.[196]

227. Die SDA-Gruppe erzielte in den Jahren 2011, 2012 und 2013 Umsätze in der Höhe von CHF 35‘359‘022.-, CHF 39‘699‘056.- und CHF 37‘352‘704.-.[197] Der Gesamtumsatz in den Jahren 2011 bis 2013 beträgt somit CHF 112'410'782.-. Folglich beläuft sich die Maximalsanktion in casu auf CHF 11‘241‘078.-.

B.4.2.3.2 Konkrete Sanktionsberechnung

228. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).

B.4.2.3.2.1 Basisbetrag

229. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.[198] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartell- bzw. Monopolrente möglichst abzuschöpfen.

a) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf den relevanten Märkten)

230. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung *auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.*

231. Die Umsätze, die SDA in den Jahren 2007, 2008 und 2009 auf dem im Zusammenhang mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten relevanten nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien (vgl. Rz 148) erzielte, betragen CHF […], CHF […] und CHF […].[199] Dies ergibt ein Total von Fr. […]. Davon abgezogen werden kann die von SDA geltend gemachte buchhalterische Abschreibung von CHF […], welcher auf Debitorenverlusten in den Jahren 2008 und 2009 beruht.[200] Der für die Berechnung des Basisbetrags massgebende Umsatz beträgt damit CHF […]. Die Obergrenze des Basisbetrags beläuft sich somit vorliegend auf CHF […].

b) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

232. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.[201] Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

233. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Die Erläuterungen zur SVKG halten fest, dass sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktumfassenden Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0–10 % bewegen soll.[202] Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht mag die generelle Ansiedlung des Sanktionsbetrags im oberen Drittel für Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die

[193] Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[194] Vgl. BBl 2002 2022, 2037.
[195] RPW 2013/4, 609 Rz 928, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; vgl. auch Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 C 210 vom 1.9.2006, S. 2 ff., Rz 32 (nachfolgend: EU-Bussgeldleitlinie).
[196] Vgl. RPW 2011/1, 191 Rz 570, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2009/3, 121, Rz 113, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[197] Act. 512 Beilage 1 und Act. 528 Beilage 1.
[198] RPW 2013/4, 611 f. Rz 939 ff. m. w. H., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; vgl. auch EU-Bussgeldleitlinie, S. 2 ff., Rz 13.
[199] Act. 512 Beilage 1.
[200] Act. 516 Beilage 2.
[201] Vgl. dazu die Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (nachfolgend: Erläuterungen SVKG), S. 2 f, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen (17.3.2014).
[202] Vgl. Erläuterungen SVKG, ad Art. 3 SVKG.

den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt (weitgehend) beseitigen, zutreffen, nicht jedoch für Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Art. 7 KG. Mit der Möglichkeit, den Basisbetrag je nach Art und Schwere des Verstosses innerhalb der Bandbreite von 0–10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielten Umsatzes festzulegen, habe der Verordnungsgeber den Wettbewerbsbehörden gerade einen Ermessensspielraum einräumen wollen, um den konkreten Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden.[203]

234. Die SDA beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats, dass der Berechnung des Basisbetrags ein Prozentsatz von 5 % zugrunde zu legen sei.[204]

235. Bei der Beurteilung von Art und Schwere des Verstosses ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass durch die Gewährung von Exklusivitätsrabatten sowohl Konkurrenten im Wettbewerb behindert als auch der Wettbewerb unter den Handelspartnern des rabattgewährenden Unternehmens beeinträchtigt werden kann (vgl. Rz 113). Exklusivitätsrabatte können somit Effekte auf verschiedenen Ebenen zeitigen und damit schwerwiegende volkswirtschaftliche Auswirkungen haben. In casu waren die von der SDA gewährten Exklusivitätsrabatte gegen die AP Schweiz, der einzigen Konkurrentin der SDA auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien, gerichtet und bezweckten, diese im Wettbewerb zu behindern (vgl. Rz 111 f. und 116 ff.). Die SDA hat mit der Gewährung von Exklusivitätsrabatten namentlich dazu beigetragen, dass der Kundenstamm von AP Schweiz geschmälert und dadurch auch die Ertragsbasis […] verkleinert wurde. […]. Darüber hinaus kann davon ausgegangen werden, dass die von der SDA praktizierte Gewährung von Exklusivitätsrabatten aber auch zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Medienkunden der SDA geführt hat (vgl. Rz 121 ff.).

236. Betreffend die effektive Verdrängungswirkung gegenüber AP Schweiz ist vorliegend zu berücksichtigen, dass nachweislich mit [Zeitung I], [Zeitung H] und [Zeitung G] sowie mit [Radio A] und [Radio B] Exklusivitätsrabatte vereinbart worden sind und somit vergleichsweise wenige Kunden an eine Exklusivbezugspflicht gebunden waren. Aus Sicht der SDA wäre es allerdings wohl kaum rational gewesen, all ihren Medienkunden einen Exklusivitätsrabatt anzubieten. Denn um den potenziellen Kundenstamm ihrer Konkurrentin AP Schweiz zu schwächen mussten prinzipiell nur jene Kunden angegangen werden, für die der Bezug des Basisdienstes von AP Schweiz überhaupt eine Option war. Zudem gilt es darauf hinzuweisen, dass es für die nachhaltige Schwächung eines Konkurrenten oftmals bereits genügt, wenn einzelne wichtige Kunden mittels Alleinbezugsverpflichtungen vom Bezug bei Konkurrenten abgehalten werden können.

237. Mit Blick auf obige Erwägungen ist es vorliegend gerechtfertigt, den Prozentsatz für die Berechnung des Basisbetrags im oberen Bereich anzusiedeln. Die unzulässige Verhaltensweise der SDA hat in einem für den Wettbewerb sehr heiklen Zeitraum stattgefunden und war direkt gegen die einzige Konkurrentin auf dem wichtigsten relevanten Markt gerichtet. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände erachtet die WEKO im vorliegenden Fall einen Satz von 7 % als angemessen. Dies entspricht einem Basisbetrag von Fr. […].

B.4.2.3.2.2 Dauer des Verstosses

238. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich. Betreffend Umfang der Erhöhung steht der WEKO ein breites Ermessen zu, wobei ihrer bisherigen Praxis ein Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtem Jahr entspricht.[205] Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und eine Erhöhung des Basisbetrag um jeweils 10 % pro angefangenes Jahr auch für die Dauer von einem bis fünf Jahre als bundesrechtskonform beurteilt.[206]

239. Im vorliegenden Fall ist die Zeitperiode von Dezember 2008 bis März bzw. April 2010 massgebend, während der die SDA mit gewissen Medienkunden Abonnementsverträge mit Exklusivitätsrabatten abgeschlossen hat (vgl. Rz 148). Das unzulässige Verhalten hat somit mehr als ein Jahr gedauert, weshalb sich eine Erhöhung des Basisbetrags um 10 % rechtfertigt. Dies entspricht einer Erhöhung um Fr. […] auf den Betrag von CHF […].

B.4.2.3.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

240. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

a) Mutmasslicher Gewinn

241. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn" ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.[207]

242. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

243. Im vorliegenden Fall lässt sich ein über den „Normalgewinn" hinausgehender besonders hoher Gewinn nicht erkennen. Die Sanktion ist daher nicht entsprechend zu erhöhen.

---

[203] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 365 E. 8.3.4 m. w. H., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.
[204] Act. 528 S. 5.
[205] Siehe die Nachweise in RPW 2013/2, 201 Rz 305, *Spedition*.
[206] Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.3.4 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 136 E. 12.3.4, *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[207] Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4.

b) Kooperatives Verhalten

244. Der Kooperation der Partei ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

245. Die SDA beantragt, dass die Sanktion aufgrund des Abschlusses einer EVR und der besonders guten Kooperation sowie auch mit Blick auf die nur geringfügigen Anmerkungen zum Antrag des Sekretariats um insgesamt 35 % zu reduzieren sei.[208]

Einvernehmliche Regelung

246. Das Sekretariat hat mit der SDA eine EVR geschlossen (vgl. Rz 216), die mit der vorliegenden Verfügung durch die WEKO genehmigt wird. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer EVR wird von den Wettbewerbsbehörden als kooperatives Verhalten gewürdigt und als sanktionsmildernd berücksichtigt.

247. Im vorliegenden Fall wurde die EVR vor dem Versand des Antrages an die SDA abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt hatten zwar diverse Ermittlungsmassnahmen (Fragebogen an Medien- und Nichtmedienkunden, Parteibefragung) bereits stattgefunden, dank dem Abschluss der EVR konnte indes auf weitere Sachverhaltsabklärungen verzichtet werden. Der Abschluss der EVR hat daher die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und den Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert. Zudem konnte die Begründungsdichte und -tiefe des Antrages teilweise reduziert und so der Aufwand des Sekretariates für die Antragstellung vermindert werden.

248. Der Abschluss einer EVR kann auch auf Stufe der WEKO zu einer Verminderung des Verfahrensaufwandes führen, sei es durch kürzere Stellungnahmen und den Verzicht der Parteien auf die Beibringung von Gutachten im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG, sei es dadurch, dass sich die Durchführung von Hearings erübrigt, oder schliesslich dadurch, dass kein Aufwand für nachfolgende Rechtsmittelverfahren zu erwarten ist.

249. Aufgrund der verfahrensökonomischen Bedeutung der vorliegenden EVR ist es mit Blick auf die Praxis der WEKO[209] gerechtfertigt, für den Abschluss der EVR eine Reduktion von 20 % zu gewähren. Eine höhere Reduktion unter dem Titel „Einvernehmliche Regelung" erscheint vorliegend auch vor dem Hintergrund von Bst. f der Vorbemerkungen zur EVR, wonach die SDA mit dem Abschluss derselben die Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Würdigung der Wettbewerbsbehörden nicht anerkennt (vgl. Rz 216), als nicht gerechtfertigt.

Besonders gute Kooperation

250. Die SDA hat von Beginn an sehr gut mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert und dem Sekretariat stets rasch, umfassend und freiwillig die benötigten Informationen und Unterlagen geliefert. So hat sie insbesondere offen und transparent auch belastende Unterlagen (z. B. VR-Protokolle) ohne weiteres eingereicht. Deshalb ist es nach Ansicht der WEKO im vorliegenden Fall gerechtfertigt, zusätzlich zum Abzug von 20 % für den Abschluss der EVR einen Nachlass von 10 % infolge besonders guter Kooperation zu gewähren. Eine weitergehende Reduktion ist vorliegend nicht gerechtfertigt, namentlich aufgrund des Umstandes, dass sich die Kooperation in casu nur auf eigene Verhaltensweisen der SDA bezogen hat. Ein höherer Abzug könnte in Frage kommen, wenn der Kooperation eine grössere Tragweite zukommt, insbesondere wenn sie das Ausmass einer eigentlichen Bonusmeldung annehmen würde.

251. Zusammenfassend kann somit die Sanktion um insgesamt 30 % reduziert werden. Dies entspricht einer Reduktion um CHF […] auf den Betrag von CHF […].

c) Weitere erschwerende/mildernde Umstände

252. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

253. Im vorliegenden Fall sind keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände nach Art. 5 oder 6 SVKG ersichtlich.

B.4.2.3.3 Ergebnis

254. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und der genannten sanktionsmildernden Faktoren sowie mit Blick auf den Sanktionsrahmen in der EVR (vgl. Rz 216) und die Verfahrensökonomie erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in der Höhe von CHF 1'880'000.- als dem Verstoss von SDA gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

255. Die Sanktionsberechnung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

[208] Act. 528 S. 5.

[209] Vgl. RPW 2007/2, 238 Rz 343 f., *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)*; RPW 2008/3, 409 f. Rz 244 f., Publika*tion von Arzneimittelinformationen (Documed)*; RPW 2009/2, 157 Rz 102 f., *Sécateurs et cisailles*; RPW 2012/3, 667 Rz. 89 ff.; *Recommendations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel (USPI)*; RPW 2012/4, 840 Rz 196 f., *Vertrieb von Musik (IFPI)*; RPW 2006/4, 665 f. Rz 268 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*; RPW 2009/3, 217 f. Rz 146 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/3, 652 Rz 348, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2010/4, 765 Rz 430, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; RPW 2013/2, 203 Rz 315 ff., *Spedition*.

	Zeitperiode			
Maximalsanktion	**2011**	**2012**	**2013**	**2011–2013**[210]
Gesamtumsatz in der Schweiz	Fr. 35‘359‘022	Fr. 39‘699‘056	Fr. 37'352'704	Fr. 112'410'782
Maximalsanktion: 10 %				Fr. 11'241'078
Konkrete Sanktionsberechnung	**2007**	**2008**	**2009**	**2007–2009**[211]
Umsatz auf dem relevanten Markt	Fr. […]	Fr. […]	Fr. […]	Fr. […]
Umsatz auf dem relevanten Markt abzgl. Abschreibung von Fr. […]				Fr. […]
Obergrenze Basisbetrag: 10 %				Fr. […]
Konkreter Basisbetrag: 7 %				Fr. […]
Zuschlag für Dauer: +10 %				+ Fr. […]
Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG				**Fr. […]**
Erschwerende Umstände: 0 %				
Mildernde Umstände: -30 % (20 % EVR + 10 % für besonders gute Kooperation)				- Fr. […]
Summe				Fr. 1'884'050
Sanktion				**Fr. 1'880'000**

B.4.2.3.4 Verhältnismässigkeitsprüfung

256. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zu Risikobereitschaft und Anlagestrategie eines Unternehmens zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Sanktion ist dahingehend zu begrenzen, dass diese weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag sollte zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässige Kartellrente abzuschöpfen.[212]

257. Gemäss dem Bundesgericht sollen die Sanktionen schmerzen, aber die Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, da damit dem Wettbewerb nicht gedient wäre. Die Sanktion soll in einem zumutbaren Verhältnis der Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Der finanzielle Nachteil muss indes so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt.[213]

258. Mit Blick auf die gemäss konsolidierter Jahresrechnung 2013 ausgewiesene Liquidität sowie den Verschuldungsgrad der SDA-Gruppe[214] ist der aufgrund der Kriterien der SVKG berechnete Sanktionsbetrag als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen.

C Kosten

259. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG[215] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

260. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht zu bejahen.

261. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

262. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein durchschnittlicher Stundenansatz von 200 Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt 912 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 182‘400.-.

[210] Für die Berechnung der Maximalsanktion sind die Umsätze massgebend, welche in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren vor Erlass der Verfügung in der Schweiz erzielt wurden (vgl. Rz 226).
[211] Für die Berechnung des Basisbetrags sind die Umsätze massgebend, welche in den drei Geschäftsjahren vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt wurden (vgl. Rz 229).
[212] RPW 2013/2, 206 Rz 332, *Spedition*.
[213] Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 135 f. E. 12.3.2 m. w. H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[214] Act. 528 Beilage 2.
[215] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

D Ergebnis

263. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

264. Die SDA verfügt auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 92). Folglich untersteht die SDA der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 4 KG (vgl. Rz 94 f.).

265. Die WEKO genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG die von der SDA mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte EVR vom 19. Dezember 2013 bzw. 9. Januar 2014 (vgl. Rz 216). Aufgrund des Abschlusses einer EVR konnte in der vorliegenden Verfügung die Begründungsdichte und -tiefe stellenweise reduziert werden.

266. Die SDA missbrauchte ihre marktbeherrschende Stellung auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien, indem sie gewissen Medienkunden Exklusivitätsrabatte beim Bezug des Basisdienstes (sda-Basic) einräumte. Die SDA hat sich deshalb nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e und b KG unzulässig verhalten (vgl. Rz 148). Die SDA ist dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 218 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung der SDA mit einem Betrag von CHF 1'880'000.- angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 228 ff.).

267. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten von Fr. 182‘400.– der SDA aufzuerlegen (vgl. Rz 259 ff.).

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission

1. Im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG wird festgestellt, dass die SDA auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen News-Basisdienst für Schweizer Medien sowie auf dem nationalen Markt für einen deutschsprachigen Sport-Basisdienst für Schweizer Medien über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der SDA mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. Dezember 2013 bzw. 9. Januar 2014 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 216):

   1) Die SDA verpflichtet sich zu einem transparenten und kostenbasierten Rabattsystem sowie zur Anwendung von transparenten, nichtdiskriminierenden Nutzungsbedingungen für ihre Dienste.

   2) Die SDA verpflichtet sich,

      - mit ihren Kunden keine Exklusivbezugsvereinbarungen abzuschliessen, d. h. insbesondere keine Rabatte oder andere Gegenleistungen mehr zu gewähren, wenn Kunden auf Nachrichtenagenturdienstleistungen Dritter verzichten;

      - ihren Kunden künftig nur dann Mengen- bzw. Umsatzrabatte einzuräumen, wenn dies wirtschaftlich (d. h. aufgrund von Kosteneinsparungen) gerechtfertigt ist;

      - sämtlichen Kunden derselben Mediengattung (Print, Radio, TV, Online sowie weitere) die gleichen Zugangs- und Nutzungsbedingungen betreffend den SDA-Basisdienst zu gewähren;

      - SDA- und Si-Dienste einzeln und unabhängig voneinander anzubieten, solange die SDA und die Si separate Gruppengesellschaften sind;

      - den SDA-Basisdienst auch einzeln anzubieten und nicht an andere Dienste zu koppeln, d. h. namentlich den Bezug des SDA-Basisdienstes nicht vom Bezug von SDA-Regional- und/oder anderen Zusatzdiensten (z. B. SDA-People) abhängig zu machen.

3. Die SDA wird wegen unzulässiger Einschränkung des Absatzes nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG sowie unzulässiger Diskriminierung von Handelspartnern nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG, mit einem Betrag von CHF 1‘880‘000.- belastet.

4. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

5. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 182‘400.- werden der SDA auferlegt.

6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

   Schweizerische Depeschenagentur AG, Länggassstrasse 7, 3012 Bern, vertreten durch [Name RA].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. Ringier/Le Temps**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27.August 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. August 2014

A Sachverhalt

A.1 Vorhaben

1. Am 28. Juli 2014 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Ringier AG (nachfolgend: Ringier), die alleinige Kontrolle über die ER Publishing SA (nachfolgend: ERP) zu erwerben. Ringier und die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) über ihre Tochtergesellschaft Tamedia Publications romandes SA (nachfolgend: TPR) hielten bisher je 50 % der Aktien der ERP und kontrollierten diese daher gemeinsam. Die ERP wiederum hält 96.46 % der Anteile an der Le Temps SA, deren Haupttätigkeit in der Herausgabe der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps besteht. Die Minderheitsaktionäre der Le Temps SA verfügen über keine Vetorechte. Als Resultat des Zusammenschlussvorhabens wird somit Ringier die alleinige Kontrolle über die Le Temps SA ausüben.[1]

2. Im Zusammenhang mit Le Temps ist besonders auf zwei vertiefte Prüfungen hinzuweisen: Im Zusammenschlussverfahren *Le Temps*[2] stellte die Wettbewerbskommission (WEKO) mit Entscheid vom 1. Dezember 1997 u. a. eine marktbeherrschende Stellung der Le Temps SA fest und liess den Zusammenschluss nur unter Auflagen zu. Mit Entscheid vom 20. Oktober 2003 genehmigte die WEKO sodann die Begründung einer gemeinsamer Kontrolle durch Edipresse und Ringer über die Le nouveau quotidien ERL und damit auch über die Le Temps SA, jedoch wiederum nur unter Auflagen.[3] Diese Auflagen enthielten die Verpflichtungen, jegliche Veränderung der Kapitalstruktur- und Stimmrechtsverteilung an der Nouveau quotidien ERL (heute ERP) und der Le Temps SA vorgängig durch die WEKO genehmigen zu lassen, in diesen Gesellschaften einen von seinen Hauptaktionären unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten einzusetzen, sowie zukünftige Kooperationen zwischen Edipresse und Ringier der WEKO zu melden.[4]

3. Der Entscheid über die Bewilligung der Veränderung der Kapital- und Stimmrechtsstruktur der ERP gemäss Auflage vom 20. Oktober 2003 bildet nicht Gegenstand dieser vorläufigen Prüfung. Dies gilt auch für den Entscheid über den in der Meldung gestellten Antrag, die in Rz 2 genannten Auflagen seien aufzuheben. Darüber wird separat mit Verfügung zu entscheiden sein.

A.2 Involvierte Unternehmen

A.2.1 Ringier

4. Ringier ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zofingen. Ringier ist die Muttergesellschaft der Verlags- und Medienaktivitäten der Ringier-Gruppe. Diese gibt in verschiedenen Ländern Zeitungen und Zeitschriften heraus und produziert und vermarktet Fernsehsendungen. Die Ringier-Gruppe ist darüber hinaus an Radio- und Fernsehsendern beteiligt und ist Betreiberin elektronischer Medien im In- und Ausland. Die Ringier-Gruppe ist auch im Bereich des Zeitungs- und Akzidenzdrucks tätig.

5. In der Schweiz verlegt Ringier zwei Tageszeitungen (Blick und Le Temps), eine Abendzeitung (Blick am Abend), zwei Sonntagszeitungen (Sonntagsblick und il caffè) sowie 17 Zeitschriften (z. B. Glückspost und L'illustré). Ebenso ist Ringier in der Schweiz in den Bereichen Fernsehen, Radio (z. B. Radio Energy Basel, Bern und Zürich) und Online-Medien tätig. Ein weiteres Geschäftsfeld sind zudem die sogenannten Marketplaces, in denen insbesondere verschiedene Rubrikanzeigen geschaltet werden (z. B. Scout24 und Jobs.ch).

A.2.2 ERP

6. Die aktuell von Ringier und der TPR gemeinsam kontrollierte ERP ist eine reine Holdinggesellschaft mit Sitz in Lausanne ohne operative Geschäftstätigkeit.[5] Sie hält als einzige Beteiligung 92.46 % an der Le Temps SA mit Sitz in Genf. Deren Kerntätigkeit besteht in der Herausgabe der Tageszeitung Le Temps.[6]

[1] Meldung, Rz 1 f., 19, 26 und 35.
[2] RPW 1998/1, 39 ff. *Le Temps*.
[3] RPW 2003/4, 794 ff., *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[4] RPW 2003/4, 808 f., Dispositiv Ziff. 2.
[5] Meldung, Rz 17 ff.
[6] Meldung, Rz 24.

A.3 Ziel des Zusammenschlusses

7. Gemäss Meldung wollten sowohl Ringier als auch Tamedia aus dem Joint Venture aussteigen und ihre Anteile an ERP verkaufen, ein Verkauf an Dritte sei jedoch aus diversen Gründen gescheitert.[7]

8. Gemäss Meldung ist die Herausgabe von Le Temps für Ringier „eine Herzensangelegenheit".[8] Ringier wolle sicherstellen, dass die traditionsreiche Zeitung nicht vom Zeitungsmarkt verschwinde. Gleichzeitig ermögliche die Übernahme Ringier, auf dem Westschweizer Zeitungsmarkt als unabhängige Teilnehmerin am Wettbewerb teilzunehmen. Mit Blick auf einen möglichst sicheren Fortbestand des Titels und damit der Angebotsvielfalt habe Ringier deshalb den Entschluss gefasst, die traditionsreiche Zeitung zu übernehmen.

A.4 Das Verfahren

9. Am 22. Mai 2014 ging beim Sekretariat die Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 30. Mai 2014 informierte das Sekretariat die Parteien, dass die eingereichte Meldung unvollständig sei und verlangte zusätzliche Angaben gemäss Art. 15 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

10. Am 17. Juli 2014 reichten die Zusammenschlussparteien einen Meldungsentwurf ein, welchen das Sekretariat mit Schreiben vom 23. Juli 2014 als unvollständig erachtete. Zudem verlangte das Sekretariat weitere Angaben nach Art. 15 VKU. Am 28. Juli 2014 ging beim Sekretariat die ergänzte Meldung ein. Das Sekretariat erklärte diese mit Schreiben vom 31. Juli 2014 für vollständig und setzte Frist zur Einreichung der Angaben nach Art. 15 VKU. Diese Angaben wurden mit Schreiben vom 7. August 2014 eingereicht.

11. […]

12. Mit E-Mail vom 20. August 2014 machten die Parteien weitere Angaben bezüglich ihrer Aktivitäten in der Werbevermittlung.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

14. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

16. Derzeit halten Tamedia (via TPR) und Ringier je 50 % der Anteile der ERP. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlusses übernimmt Ringier von Tamedia deren Anteil mittels Aktienkauf.[9] Das zuvor gemeinsam von Tamedia und Ringier kontrollierte Unternehmen wird anschliessend von Ringier alleine kontrolliert. Beim vorliegenden Kontrollwechsel handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

17. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

18. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG), und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

[7] Meldung, Rz 39 f.
[8] Meldung, Rz 41 f.
[9] Meldung, Rz 35 und Beilage 35.

19. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen betragen:

Weltweite Umsätze 2013	
Beteiligtes Unternehmen	**in Mio. CHF**
Ringier	1011[10]
ERP	[<100]
Total	**[>1011]**

Tabelle 1: Weltweiter Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2013.[11]

Umsätze in der Schweiz 2013	
Beteiligtes Unternehmen	**in Mio. CHF**
Ringier	[>100]
ERP	[<100]
Total	**[>100]**

Tabelle 2: Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Geschäftsjahr 2013 in der Schweiz.[12]

20. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG werden damit nicht erreicht. Ein Zusammenschlussvorhaben untersteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG jedoch ungeachtet von Art. 9 Abs. 1 – 3 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

21. Die WEKO stellte per Verfügung vom 1. Dezember 1997 fest, dass die Le Temps SA auf dem «marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande» eine marktbeherrschende Stellung innehat.[13] Die rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung hat gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht zur Folge, wenn der Zusammenschluss den relevanten Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Vorliegend ist ein Kontrollwechsel bei der ERP vorgesehen. Diese kontrolliert die Le Temps SA, welche die Tageszeitung Le Temps herausgibt. Damit betrifft das Zusammenschlussvorhaben direkt den Markt, auf dem die WEKO eine marktbeherrschende Stellung des am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmens EPR bzw. Le Temps SA festgestellt hat. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist deshalb nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

22. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.4.1 Relevante Märkte

24. 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).

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

[10] Ohne Zurechnung des 50 %-Anteils an der ERP.
[11] Meldung, Rz 44.
[12] Meldung, Rz 45.
[13] Vgl. RPW 1998/1, 60, Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps*.

26. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Medienbereich u. a. zwischen Lesermärkten (bzw. Hörer-, Zuschauer-, Nutzermärkten), Werbemärkten (Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, und Druckmärkten.[14] In folgenden Märkten sind weder Ringier noch ERP tätig, weshalb auf eine Abgrenzung verzichtet werden kann:

- Frühzustellung von Zeitungen in der Romandie[15]
- Zeitungsdruck[16]
- Werbevermittlung.[17]

B.4.1.1 Leser- und Nutzermärkte

B.4.1.1.1. Lesermärkte für Zeitungen

27. Im Bereich der Lesermärkte bestimmt sich der sachlich relevante Markt nach den Charakteristika der Printerzeugnisse der Zusammenschlussparteien.[18] Daraus ergibt sich oft eine Vielzahl verschiedener Lesermärkte. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sind die Lesermärkte für Tageszeitungen (in der französischsprachigen Schweiz) und die Zeitschriftenmärkte relevant.

28. Bei der letzten vertieften Analyse dieser Märkte im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens *Le Temps* im Jahr 1997 grenzte die WEKO einen «Marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande»[19] ab. In den Erwägungen wurde der Markt noch detaillierter als «Marché des journaux quotidiens supra-régionaux à contenu hétérogène, offrant des analyses destinées à un lectorat de formation supérieure» beschrieben.[20] Auf diesen Entscheid stützte sich die WEKO auch im Jahr 2003 bei der Beurteilung des Zusammenschluss *Edipresse/Ringier – Le Temps*.[21] Die WEKO hatte jeweils geprüft, ob andere Tageszeitungen ein Substitut zu Le Temps darstellen und war zum Schluss gekommen, dass Le Temps als einzig wirklich überregionale (nicht nur regionale) und „analytische“ [22] (nicht boulevardistische) Tageszeitung der französischsprachigen Schweiz auf einem eigenständigen Markt tätig ist.

29. Seither ist die WEKO dazu übergegangen (zuerst in der Deutschschweiz, später auch in der französischsprachigen Schweiz; vgl. Rz 31) in sachlicher Hinsicht folgende Lesermärkte abzugrenzen:[23]

- Märkte für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten
- Märkte für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen mit beschränktem redaktionellen Inhalt
- Märkte für Gratiszeitungen/-anzeiger
- Märkte für Pendlerzeitungen
- Märkte für Sonntagszeitungen

30. Für die räumliche Abgrenzung ist grundsätzlich vom Verbreitungsgebiet der in Frage stehenden Titel auszugehen, wobei die WEKO annäherungsweise häufig eine Aufteilung nach WEMF-Gebieten[24] vorgenommen hat.[25]

31. Im Rahmen der vertieften Prüfung des Zusammenschlusses *Tamedia/PPSR* wurde die Abgrenzung eines einheitlichen Lesermarktes für Tageszeitungen nach WEMF-Gebieten auf die französischsprachige Schweiz übertragen. Gemäss dieser Marktabgrenzung ist Le Temps im gleichen Markt wie die übrigen Tageszeitungen (z. B. Tribune de Genève und 24 heures) aber auch die Boulevardzeitung Le Matin. Die Leserzahlen von Le Temps wurden somit ebenfalls einzelnen WEMF-Gebieten zugerechnet. Die Frage nach einem überregionalen Markt für Tageszeitungen stellte sich im Rahmen des Zusammenschlusses Tamedia/PPSR nicht.

32. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien beruht die Abgrenzung eines überregionalen Lesermarktes für Tageszeitungen auf einem zu engen Substitutionsbegriff, da Substitute nicht perfekt sondern nur genügend austauschbar sein müssten. Insbesondere weisen die Zusammenschlussparteien darauf hin, dass alle Tageszeitungen in der Westschweiz überregionale Informationen enthalten, weshalb dies kein geeignetes Kriterium für die Marktabgrenzung darstellen könne. Die Zusammenschlussparteien halten daher die Abgrenzung eines überregionalen Marktes für Tageszeitungen mit Verweis auf die neuere Praxis der WEKO für falsch.[26]

33. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens muss diese Frage nicht abschliessend geklärt werden. Gemäss der Praxis der WEKO könnte entweder von einem Lesermarkt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen im Sinne der Entscheide *Le Temps* und *Edipresse/Ringier–Le Temps* oder von regionalen Lesermärkten im Sinne von *Tamedia/PPSR* ausgegangen werden. Die Frage, inwiefern die anderen Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz (genügend starke) Substitute zu Le Temps darstellen, und wie damit die Marktabgrenzung vorzunehmen ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da es in beiden Fällen – wie nachträglich zu zeigen sein wird – nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt.

a.) Lesermärkte für Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten

[14] Vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 73, *Tamedia/PPSR*.
[15] Meldung, Rz 63; Schreiben vom 7. August 2014, S. 2.
[16] Meldung, Rz 237 ; Schreiben vom 7.8.2014, S. 2.
[17] Meldung, Rz 96 ff. sowie E-Mail vom 20. August 2014.
[18] Vgl. RPW 2007/4, 607, Rz 36, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.
[19] Vgl. RPW 1998/1, 60, Dispositiv Ziff. 1, *Le Temps.*
[20] RPW 1998/1, 44, Rz 28 ff., *Le Temps*.
[21] Vgl. RPW 2003/4, 798. Rz 32, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[22] «Journal d'analyse».
[23] Vgl. RPW 2009/3, 254 Rz 77, *Tamedia/PPSR*; RPW 2014/1, 287 Rz 8, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags-AG*.
[24] Wirtschaftsgebiete der Schweiz gemäss der AG für Werbemedienforschung (WEMF). Vgl. ‹http://www.wemf.ch/d/forschung/gebietskarten.php›.
[25] Vgl. RPW 2007/4, 607 f., RZ 36 ff., T*amedia AG/Espace Media Groupe*; vgl. aber auch RPW 2012/2 142 Rz 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, sowie RPW 2014/1, 287 Rz 8, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*.
[26] Meldung, Rz 54 f.

34. Gemäss Meldung verfügt Ringier im Markt für Tageszeitungen in der Romandie über keine selbständigen Aktivitäten.[27] Die Marktanteile von Le Temps sind gemäss Meldung die folgenden:

Gebiet	Le Temps	Ringier	betroffen
Romandie	[0-10 %]	0	nein
WG 11 (Genf)	[10-20 %]	0	nein
WG 12 (Waadt)	[10-20 %]	0	nein
WG 13 (Neuenburg)	[0-10 %]	0	nein
WG14 (Jura)	[0-10 %]	0	nein
WG 15 (Freiburg)	[0-10 %]	0	nein
WG 16 (Unterwallis)	[0-10 %]	0	nein
WG 33 (Berner Seeland)	[0-10 %]	0	nein

Tabelle 1: Marktanteile von Le Temps und Ringier in den Lesermärkten für Tageszeitungen[28]

35. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, erreicht Le Temps weder in einem einzelnen WEMF-Gebiet noch in der gesamten Romandie einen Marktanteil von über 30 %. Es liegt daher kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

b.) Lesermarkt für überregionale „analytische" Tageszeitungen in der Romandie

36. Sofern für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem Markt für überregionale Tageszeitungen ausgegangen wird, verfügt Le Temps als einzige überregionale „analytische" Tageszeitung der Westschweiz über einen Marktanteil von [90-100 %].[29] Es liegt daher ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.1.1.2. Lesermärkte für Zeitschriften

37. Zeitschriften richten sich an ein spezielles Publikum mit dem vom Titel abgedeckten Interesse. Die WEKO hat daher eigene Lesermärkte für Zeitschriften abgegrenzt.[30] Grundsätzlich können für die Marktabgrenzung von Special-Interest-Titeln die Titelgruppen der WEMF-Klassifikation als Ausgangspunkt dienen.[31] Entsprechend der Kategorisierung sind jedoch etwa weitere Unterteilungen denkbar.[32] In räumlicher Hinsicht ist die WEKO bisher von sprachregionalen Märkten der Schweiz ausgegangen, sie hat es jedoch offen gelassen, ob teilweise grössere Gebiete (etwa ganze Sprachräume) abzugrenzen wären.[33]

38. Gemäss Meldung[34] verlegt Ringier die folgenden französischsprachigen Zeitschriften in der Schweiz:

- L'Illustré ist ein Peoplemagazin in der Westschweiz, welches wöchentlich erscheint. Es ist der Kategorie 2121 (Illustrierte, allgemeine Themen) zuzuordnen.[35]
- L'Hebdo ist ein Newsmagazin, welches wöchentlich verkauft wird. Es gehört zur News- und Themenpresse (Kategorie 2131).
- L'HebdoMen (vormals Edelweiss Men) ist ein Männermagazin, welches dreimal jährlich der Zeitschrift L'Hebdo beigelegt wird, aber auch im Einzelverkauf erhältlich ist. Gemäss Meldung gehört es zur Kategorie 3150 Hobby II. Hobby II ist eine Oberkategorie, welche verschiedene Unterkategorien enthält. In einer feineren Unterteilung wäre L'Hebdo Men der Kategorie 3156 Lifestyle zuzuordnen.
- MontresPassion ist ein zweimal jährlich erscheinendes Uhrenmagazin, welches der Zeitschrift L'Hebdo beigelegt ist, aber auch im Einzelverkauf erhältlich ist. Laut Meldung gehört es ebenfalls zur Kategorie 3150 Hobby II. Eine feinere Unterteilung ergäbe jedoch eine Zuteilung zur Kategorie 3155 Uhren.[36]
- Edelweiss ist ein Monatsmagazin für Frauen, welches zur Kategorie 2151 Frauen- und Peoplepresse gehört.

[27] Meldung, Rz 49.
[28] Meldung, Rz 59 (iii) und Beilage 60a.
[29] Meldung, Rz 59 (iv).
[30] Vgl. RPW 2009/3, 255 Rz 79, *Tamedia/PPSR*; RPW 2012/1, 117 Rz 53, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.
[31] Vgl. <http://www.wemf.ch/d/forschung/pressetypologie.php> (11.8.2014).
[32] Vgl. <http://www.vsw-assp.ch/d/typo.htm> (11.8.2014).
[33] RPW 2009/3, 256 f. Rz 85, *Tamedia/PPSR*; RPW 2012/1, 118 Rz 65, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.
[34] Meldung, Rz 152 ff.
[35] Schon in RPW 2009/3, 255 Rz 79, *Tamedia/PPSR*.
[36] Diese Kategorisierung entspricht denn auch der Einteilung der Zeitschrift durch den VSW.

- TV8 ist eine wöchentlich erscheinende Programmzeitschrift, welche der Kategorie 2141 Programmpresse zuzuordnen ist.

39. ERP gibt keine Zeitschriften heraus. Die Zeitung Le Temps enthält jedoch regelmässig Beilagen, welche teilweise ähnliche Eigenschaften wie Spezialzeitschriften aufweisen. Es handelt sich gemäss Meldung[37] um das Magazin Sortir sowie um einen monatlich erscheinenden Sonderbund „Hors Série", welcher sich einem der Themen aus Mode, Uhren, Design und Kunst widmet. Für das Jahr 2014 wurden bzw. werden die folgenden Themen abgehandelt: Schönheit und Wohlergehen, Uhren, Mode, Architektur und Design, Reisen, Männer, Autos, Kunst, Gastronomie und Weine sowie Luxus. Diese Ausgaben werden auf der Website von Le Temps unter dem Oberbegriff „Lifestyle" geführt.[38] Von den Parteien nicht erwähnt, jedoch auch regelmässig Hors-Série-Themen sind Finanzen und Anlagefonds, welche auf der Website von Le Temps unter dem Titel „Finance" geführt werden.[39] Gemäss Zusatzauskunft der Parteien seien Sortir und die Hors-Série auch in den Ausgaben enthalten, welche im Einzelhandel verkauft werden.[40]

40. Gemäss Meldung[41] stellen die Spezialteile und Sonderausgaben von Le Temps keine Substitute zu den von Ringier herausgegebenen Titeln dar. Sie seien nicht separat erwerblich und sprächen nicht den gleichen Kundenkreis an. Spezialteile und Sonderausgaben würden aus werbemarkttechnischen Gründen der Zeitung beigelegt. Man versuche mit diesen Spezialteilen zusätzliche Werbeträger zu gewinnen. Auch müssten sie durch die Werbeeinnahmen finanziert werden, weil die Leser keinen Aufpreis dafür zahlen würden.

41. Gemäss Praxis der WEKO werden Tageszeitungen und Zeitschriften nicht den gleichen Lesermärkten zugeordnet. Trotzdem rechtfertigt es sich vorliegend zu prüfen, ob durch den Wegfall einer gewissen disziplinierenden Wirkung bei alleiniger Kontrolle über Le Temps die Stellung von Ringier auf den Zeitschriftenmärkten verstärkt würde (siehe Rz 81 ff.).

42. Die Marktanteile von Ringier in den Lesermärkten sind gemäss Meldung die folgenden:

Märkte bzw. Kategorien	Le Temps	Ringier	betroffen
Illustrierte, allg. Themen	0	[70-80 %]	Ja
News- und Themenpresse	0	[90-100 %]	Ja
Lifestyle/Uhren[42]	0	[10-20 %]	Nein
Frauen- und Peoplepresse	0	[10-20 %]	Nein
Programmpresse	0	[30-40 %]	Ja

Tabelle 2: Marktanteile von Ringier in den Zeitschriftenlesermärkten im Jahr 2013 gemäss Meldung[43]

43. Hinsichtlich der Berechnung der Marktanteile für die Zeitschriften von Ringier im Bereich Lifestyle und Uhren bestehen gewisse Unsicherheiten: So ist etwa fraglich, ob Zeitschriften der Kategorien Lifestyle und Uhren gemeinsam einen Markt bilden oder separate Märkte, und welche Zeitschriften und allenfalls Zeitungsbeilagen einzubeziehen sind. Weiter musste für die Berechnung auf Auflagenzahlen abgestellt werden, und es stellt sich die Frage der Berücksichtigung der Erscheinungsfrequenz. Daher wird nachfolgend bei der Marktstellung kurz auf die Kategorien Lifestyle und Uhren eingegangen, wie wenn separate (betroffene) Märkte vorliegen würden. Die definitive Marktabgrenzung kann jedoch ohnehin offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auf keinen Fall zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

B.4.1.1.3. Nutzermärkte für News-Sites

44. Praxisgemäss grenzt die WEKO gestützt auf einen Entscheid der REKO/WEF einen Markt für News-Sites ab.[44] Dabei handelt es sich um das Online-Angebot von Medienanbietern (Tageszeitungen, Radiostationen, Schweizer Radio und Fernsehen etc.), welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen.

45. Ausgehend von der Tätigkeit der beteiligten Unternehmen hat die WEKO die Märkte für News-Sites einerseits sprachregional, andererseits nach Grossräumen oder auch schon enger nach Wirtschaftsgebiet oder Stammgebiet einer Zeitung abgegrenzt.[45] Vorliegend sind in räumlicher Hinsicht v. a. das Gebiet der Romandie und der Grossraum Genf/Lausanne genauer zu betrachten. Die Marktabgrenzung kann aber offen bleiben, da in keinem Fall ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

[37] Meldung, Rz 156.
[38] Vgl. <http://pub.letemps.ch/pratique/e-paper> (12.8.2014).
[39] Vgl. <http://pub.letemps.ch/pratique/e-paper> (12.8.2014).
[40] Schreiben vom 7. August 2014, S. 5.
[41] Meldung, Rz 156.
[42] Die Meldung geht begrifflich von der Oberkategorie Hobby II aus, welche nicht nur Zeitschriften aus dem Bereich Lifestyle und Uhren, sondern weitere Themen umfasst. Für die Berechnung des Marktanteils wurden jedoch nur gewisse Zeitschriften aus dem Bereich Lifestyle und Uhren verwendet.
[43] Meldung, Rz 156 ff.
[44] Vgl. RPW 2009/3, 259 Rz 97 ff., *Tamedia/PPSR*; RPW/2012/1, 141 Rz 43, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.
[45] Vgl. RPW 2009/3, 259 Rz 100 ff., *Tamedia/PPSR*; RPW/2012/1, 142 Rz 48, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2014/1, 287 Rz 9, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*.

46. Le Temps hat einen umfassenden Online-Auftritt (www.letemps.ch) in französischer Sprache, der in erster Linie aktuelle Meldungen sowie Artikel aus der Printausgabe umfasst. Auf der Homepage von Le Temps müssen sich die Nutzer für alle Angebote registrieren. Ein Teil der Artikel sind zudem nur für die Abonnenten der Tageszeitung oder eines Online-Dienstes von Le Temps zugänglich.[46] Ringier verfügt mit www.hebdo.ch über eine relativ kleine Newssite in der Romandie. Die Zusammenschlussparteien weisen folgende Marktanteile aus:

Märkte	Le Temps	Ringier	betroffen
Markt für News-Sites in der Romandie	[0-10 %]	[0-10 %]	nein
Markt für News-Sites WG 11/12	[0-10 %]	[0-10 %]	nein

Tabelle 3: Marktanteile von Ringier und Le Temps in den Nutzermärkten für Newssites[47]

47. Es liegen somit keine betroffenen Märkte vor.

B.4.1.2 Werbemärkte

48. In den Entscheiden *Le Temps* und E*dipresse/Ringer – Le Temps* wurden gesonderte Märkte für Luxusprodukte, für Kaderstellen und für Finanzanzeigen (sowohl in Zeitungen als auch in Zeitschriften) speziell geprüft.[48] Seither ist die WEKO dazu übergegangen, die Märkte in der nachfolgend verwendeten Systematik abzugrenzen, wobei insbesondere eine Unterscheidung zwischen Werbung in Zeitungen und Zeitschriften vorgenommen wurde. Es kann aber an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass auch für die vorstehend erwähnten Werbemärkte keine Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

B.4.1.2.1. Märkte für die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung

49. In den Märkten für die Bereitstellung von Print-Firmenwerbung bieten die Verlage den Unternehmen Werbefläche an. Gemäss der bisherigen Praxis unterscheidet die WEKO zwischen nationaler Print-Firmenwerbung und regionaler Print-Firmenwerbung.[49] Bisher hat die WEKO die entsprechende Online-Werbung einem separaten Markt zugeordnet (vgl. Rz 56).

50. In räumlicher Hinsicht wird der Markt für nationale Print-Firmenwerbung sprachregional abgegrenzt. Die räumliche Marktabgrenzung der lokalen/regionalen Print-Firmenwerbung erfolgt gemäss Praxis der WEKO analog der Lesermärkte grundsätzlich nach Verbreitungsgebiet, annäherungsweise häufig nach WEMF-Wirtschaftsgebieten.[50] Nachfolgend werden die Marktanteile in der Romandie nur für die Gebiete aufgeführt, in denen Le Temps einen vergleichsweisen hohen Marktanteil in den Lesermärkten aufweist, nämlich die Gebiete Genf und Waadt (WG 11 und WG 12).

51. Gemäss Meldung halten die Zusammenschlussparteien in den Bereitstellungsmärkten für Print-Firmenwerbung folgende Marktanteile:

Märkte	Le Temps	Ringier	betroffen
Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der Romandie	[10-20 %]	0	nein
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung, WG 11	[0-10 %]	[0-10 %]	nein
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung, WG 12	[0-10 %]	[0-10 %]	nein

Tabelle 4: Markanteile von Ringier und Le Temps in den Bereitstellungsmärkten für Print-Firmenwerbung (Angaben ohne Pendlerzeitungen).[51]

[46] Gemäss Homepage stehen folgende Abonnement-Varianten zur Verfügung: letemps.ch, numérique, numérique+, premium; ‹http://boutique.letemps.ch/index.php?dispatch=shop_matrix.show› (25.06.2014).
[47] Meldung, Rz 71.
[48] RPW 1998/1, 47, Rz 44 ; *Le Temps*, RPW 2003/4, 804, Rz 69, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[49] Vgl. RPW 2009/3, 265 Rz 158 ff, *Tamedia/PPSR*.
[50] Vgl. RPW 2009/3, 266 Rz 165 ff, *Tamedia/PPSR*; vgl. auch RPW 2012/2 142 Rz 50, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, sowie RPW 2014/1, 287 Rz 8, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*.
[51] Meldung, Rz 83 ff.

52. Es liegen somit keine betroffenen Märkte vor. Aus den Zahlen ist auch ersichtlich, dass auch für lokale/regionale Werbung in einem Grossraum Genf/Lausanne (WG 11/12) mit hoher Wahrscheinlichkeit kein betroffener Markt vorliegen dürfte, und dass keine Anhaltspunkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

B.4.1.2.2. Zeitschriften-Werbemärkte

53. Aufgrund des spezifischen Interesses der Leserschaft kann mit Werbung in Special-Interest-Titeln das Publikum mit weniger Streuverlust erreicht werden. Die WEKO hat daher jeweils für die verschiedenen Gruppen von Special-Interest-Titeln eigene Werbemärkte abgegrenzt.[52] Grundsätzlich können für die Marktabgrenzung von Special-Interest-Titeln die Titelgruppen der WEMF-Klassifikation als Ausgangspunkt dienen.[53] Entsprechend der Kategorisierung der Medien sind jedoch etwa weitere Unterteilungen denkbar.[54] Es ist jedoch auch nicht ausgeschlossen, dass für Werbende auch kategorienübergreifend Substitutionsmöglichkeiten bestehen, wie dies von den Parteien geltend gemacht wird.[55] In räumlicher Hinsicht geht die WEKO von sprachregionalen Märkten in der Schweiz aus, wobei offengelassen wurde, ob teilweise grössere Gebiete (etwa ein ganzer Sprachraum) abzugrenzen wären.[56]

54. Hinsichtlich der Aktivitäten der Parteien kann auf die Randziffern 38 bis 41 verwiesen werden. Die Marktanteile in den Zeitschriften-Werbemärkten sind gemäss Meldung die folgenden:

Märkte bzw. Kategorien	Le Temps	Ringier	betroffen
Illustrierte, allg. Themen	0	[90-100 %]	Ja
News- und Themenpresse	0	[90-100 %]	Ja
Lifestyle/Uhren[57]	0	[0-10 %]	Nein
Frauen- und Peoplepresse	0	[20-30 %]	Nein
Programmpresse	0	[50-60 %]	Ja

Tabelle 5: Marktanteile von Ringier in den Zeitschriftenwerbemärkten im Jahr 2013 gemäss Meldung[58]

55. Nebst den betroffenen Märkten in Tabelle 5 werden bei der Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Marktstellung von Ringier auch die Kategorien Lifestyle und Uhren eingehender betrachtet, da die Berechnung der Marktanteile mit grösseren Unsicherheiten behaftet ist, die Hors Série von Le Temps vielfach diese Kategorien betrifft, und da in den Entscheiden *Le Temps* und *Edipresse/Ringer – Le Temps* u. a. ein Werbemarkt für Luxusgüter besonders hervorgehoben wurde, welcher u. a. Zeitschriften in diesen Kategorien betreffen könnte.[59]

B.4.1.2.3. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen

56. Die WEKO grenzt gemäss Praxis einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen (Bannerwerbung) und einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen (Netzwerkwerbung und Suchmaschinenwerbung) ab.[60] In räumlicher Hinsicht geht die WEKO bei den dynamischen Werbeformen von nationalen und bei den statischen Werbeformen in der Regel von sprachregionalen Märkten aus (sicher für nationale Online-Werbung).[61] Mit Blick auf regionale/lokale Werbung hat die WEKO je nach Verbreitungsgebiet auch schon engere Märkte abgegrenzt.[62] Für das vorliegende Zusammenschlussverfahren ist nachfolgend das Gebiet der Romandie und der Grossraum Genf/Lausanne (WG 11/12) relevant.

[52] Vgl. RPW 2009/3, 266 Rz 162 f, *Tamedia/PPSR*; RPW 2012/1, 117 Rz 53 f, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.
[53] Vgl. <http://www.wemf.ch/d/forschung/pressetypologie.php> (11.8. 2014).
[45] Vgl. <http://www.vsw-assp.ch/d/typo.htm> (11.8.2014).
[55] Meldung, Rz 155.
[56] Vgl. RPW 2009/3, 266 f. Rz 165 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2012/1, 118 Rz 65, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.
[57] Die Meldung geht begrifflich von der Oberkategorie Hobby II aus, welche nicht nur Zeitschriften aus dem Bereich Lifestyle und Uhren, sondern weitere Themen umfasst. Für die Berechnung des Marktanteils wurden jedoch nur gewisse Zeitschriften aus dem Bereich Lifestyle und Uhren verwendet.
[58] Meldung, Rz 166 ff.
[59] RPW 1998/1, 47, Rz 44 ; *Le Temps*, RPW 2003/4, 804, Rz 69, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[60] Vgl. RPW 2012/1, 153, Rz 90 ff.; *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
[61] Vgl. RPW 2012/1, 153, Rz 114 ff.; *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/ PPN*; RPW 2012/3, 673, Rz 48, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.
[62] Vgl. RPW 2014/1, 287 f. Rz 8 f. und 22, *Tamedia/Ziegler Druck- und Verlags AG*.

57. Gemäss Meldung halten die Zusammenschlussparteien in den Bereitstellungsmärkten für Online-Firmenwerbung in der Romandie folgende Marktanteile:

Märkte	Le Temps	Ringier	Le Temps	Ringier	betroffen
	Romandie	Romandie	WG 11/12	WG 11/12	
Markt für die Bereitstellung von statischen Online-Werbeflächen	[10-20 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	nein
Markt für die Bereitstellung von dynamischen Online-Werbeflächen	0	[0-10 %]	0	[0-10 %]	Nein

Tabelle 6: Markanteile von Ringier und Le Temps in den Bereitstellungsmärkten für Online-Werbeflächen.[63]

58. Wie aus Tabelle 6 hervorgeht, liegen keine betroffenen Märkte vor.

B.4.1.3 Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkte

59. Im Entscheid *Tamedia/PPSR* hat die WEKO Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen von der „allgemeinen" Print-Firmenwerbung unterschieden. Die WEKO hat zudem die Leser/Nutzer einerseits (als Nachfrager von Informationen und Unterhaltung) und die Inserenten andererseits (als Nachfrager von Werberaum) als massgebliche Marktgegenseiten von Tamedia bezeichnet. In den nachfolgenden Entscheiden hat die WEKO die Rubrikanzeigenmärkte weiter unterteilt. Praxisgemäss unterscheidet die WEKO zwischen Stellen-Rubrikanzeigen, Immobilien-Rubrikanzeigen, Fahrzeug-Rubrikanzeigen und anderen Rubrikanzeigen (ohne Stellen/Immobilien/Fahrzeuge).[64] Im Bereich der Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen rechnet die WEKO den Print- und Online-Bereich jeweils dem gleichen Markt zu.

60. Im Entscheid *Tamedia/PPSR* hat die WEKO mangels Begründung einer marktbeherrschenden Stellung offengelassen, ob Leser-/Nutzerseitig zwischen nationalen und lokalen/regionalen Rubrikanzeigen zu unterscheiden ist.[65] Bisher hat die WEKO nutzerseitig auf eine Unterscheidung zwischen lokalen/regionalen und nationalen Rubrikanzeigen verzichtet. Jedoch wurde in räumlicher Hinsicht neben der sprachregionalen teilweise je nach Verbreitungsgebiet auch eine engere Abgrenzung vorgenommen. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird mit Blick auf die tendenziell überregionale Ausrichtung von Le Temps das Gebiet der Romandie und der Grossraum Genf/Lausanne (WG 11/12) näher betrachtet. Inserentenseitig unterschied die WEKO auch schon zwischen lokalen/regionalen und nationalen Rubrikanzeigen.[66] Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird in sachlicher Hinsicht wiederum mit Blick auf die tendenziell überregionale Ausrichtung von Le Temps auf diese Unterscheidung verzichtet, in räumlicher Hinsicht wird entsprechend der Nutzerseite neben dem Gebiet der Romandie jeweils auch der Grossraum Genf/Lausanne (WG 11/12) dargestellt.

[63] Meldung, Rz 92 ff. sowie Schreiben vom 7. August 2014, S. 4 f.
[64] Vgl. RPW 2013/3, 361 Rz 54 ff., *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.
[65] RPW 2009/3, 260 Rz 106 f., *Tamedia/PPSR*, m. w. H. insbesondere auf die REKO/WEF, welche zumindest für die Inserenten einen lokalen/regionalen Rubrikenmarkt abgegrenzt hat.
[66] RPW 2009/3, 262 Rz 133 ff. sowie 263 Rz 140, *Tamedia/PPSR*, m. w. H.

a.) Nutzermärkte

61. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien ergeben sich für die Nutzermärken im Jahr 2013 folgende Marktanteile:

Märkte	Le Temps Romandie	Ringier Romandie	Le Temps WG 11/12	Ringier WG 11/12	betroffen
Markt für Leser-/Nutzer von (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	nein
Mark für Leser-/Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[10-20 %]	ja
Mark für Leser-/Nutzer von (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen	0	[50-60 %]	0	[50-60 %]	ja
Mark für Leser-/Nutzer von übrigen (Print-/Online-) Rubrikanzeigen[67]	0	[30-40 %]	0	[20-30 %]	ja
Mark für Leser-/Nutzer von (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	[10-20 %]	0	0-10 %]	0	nein

Tabelle 7: Marktanteile von Ringier und Le Temps in den Rubrik- und Anzeigenmärkten (Leser/Nutzer).[68]

62. Wie aus Tabelle 7 hervorgeht, liegen somit mehrere betroffene Rubrikanzeigenmärkte vor. Da gewisse Unsicherheiten bezüglich der Marktanteilsberechnung bestehen (vgl. Rz 76) wird nachfolgend bei der Beurteilung der Marktstellung auf alle Rubrikanzeigen Bezug genommen.

b.) Inserentenmärkte:

63. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien ergeben sich für die Inserentenmärkte im Jahr 2013 folgende Marktanteile:

	Le Temps Romandie	Ringier Romandie	Le Temps WG 11/12	Ringier WG 11/12	betroffen
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	ja
Mark für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen	[0-10 %]	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]	ja
Mark für Inserenten in (Print-/Online-) Fahrzeug-Rubrikanzeigen	0	[30-40 %]	0	[30-40 %]	ja
Mark für Inserenten in übrigen (Print-/Online-) Rubrikanzeigen[69]	0	[40-50 %]	0	[40-50 %]	ja
Mark für Inserenten in (Print-/Online-) Ankündigungsanzeigen	[0-10 %]	0	[0-10 %]	0	nein

Tabelle 8: Marktanteile von Ringier und Le Temps in den Rubrik- und Anzeigenmärkten (Inserenten)[70]

[67] Ohne Stellen, Immobilien und Fahrzeuge.
[68] Meldung Rz 104 ff.
[69] Ohne Stellen, Immobilien und Fahrzeuge.
[70] Meldung Rz 120 ff.

64. Wie aus Tabelle 7 hervorgeht, liegen inserentenseitig in allen Rubrikanzeigenmärkten betroffene Märkte vor.

B.4.1.4 Druckmärkte

B.4.1.4.1. Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe

65. Dieser Markt umfasst die Digitalisierung von Text- und Bildmaterial und dessen Aufbereitung und umfasst mindestens das Gebiet der Schweiz.[71] Die genaue Marktabgrenzung kann jedoch – wie nachfolgend aufgezeigt wird – offen gelassen werden.

66. Laut Schreiben der Zusammenschlussparteien[72] sind keine Zahlen zu diesem Markt erhältlich. Die Digitalisierung von Text- und Bildmaterial und dessen Aufbereitung werde jeweils von den Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen selbst vorgenommen. Dies treffe auch auf die Ringier-Titel zu. Ringier übernehme zudem lediglich in bescheidenem Umfang für Dritte Aufträge der Druckvorstufe. Bei Swissprinters würden diese Aufträge [0-10 %] Prozent vom Gesamtumsatz ausmachen und bei Ringier Print Adligenswil AG etwa [0-10 %] Prozent. Ringier sei daher nur zu einem verschwindend kleinen Anteil an diesem Markt beteiligt. Auch Le Temps nehme diese Arbeiten selbst vor, mit Ausnahme von 2 Seiten zu Anlagewerten, welche zu jährlichen Kosten von CHF […] durch einen Dritten erstellt werden.

67. Mit diesen Angaben und unter Berücksichtigung der Marktanteile in den Märkten für Zeitungs- und Akzidenzdruck dürfte mit hoher Wahrscheinlichkeit kein betroffener Markt vorliegen. Auf jeden Fall kann aber ausgeschlossen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

B.4.1.4.2. Markt für Akzidenzdruck

68. Der Akzidenzdruck umfasst in sachlicher Hinsicht Zeitschriftendruck, Werbedrucksachen, Bücher und sonstige Drucksachen.[73] Die Distanz spielt dabei im Gegensatz zum Zeitungsdruck eine untergeordnete Rolle, weshalb mindestens von überregionalen Märkten auszugehen ist.[74] Eine nationale Abgrenzung scheint indes plausibel, und insbesondere bei grösseren Aufträgen dürfte auch Unternehmen im grenznahen Ausland eine disziplinierende Rolle zukommen. Die definitive Marktabgrenzung kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

69. Weder Ringier noch Le Temps sind im Bereich Akzidenzdruck in der Romandie tätig. Der Zusammenschluss hat demnach bei überregionaler Abgrenzung keine Auswirkung. Geht man von einem nationalen Markt aus, so wird der Marktanteil von Ringier (über die mit NZZ-Gruppe kontrollierte Swissprinters AG) auf etwa [0-10 %] geschätzt.[75] EPR ist im Bereich Akzidenzdruck nicht tätig; zu prüfen bleibt demnach nur, ob sich im Falle der Übernahme des Drucks der (im Akzidenzdruck hergestellten) Le Temps-Beilagen[76] Hors Séries und Sortir durch Ringier deren Stellung in einem Ausmass verstärken würde, welches eine marktbeherrschende Stellung begründen könnte. Die Kosten für den Druck dieser Beilagen machen jedoch gerade einmal [0-10 %] am Volumen des Akzidenzdruckumsatzes von Swissprinters aus. Wie die Ausführungen zeigen, liegt daher bei keiner räumlichen Marktabgrenzung ein betroffener Markt vor.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

B.4.2.1 Lesermarkt für überregionale analytische Tageszeitungen in der Romandie

71. Bei den Lesermärkten liegt nur ein betroffener Markt vor, sofern bei der Marktabgrenzung von einem Markt für überregionale Tageszeitungen in der Romandie ausgegangen wird. In einem solchen Markt beträgt der Marktanteil von Le Temps [90-100 %]. Die WEKO hat letztmals 2003 bestätigt, dass Le Temps in diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung inne hat. Vorliegend ist deshalb zu beurteilen, ob es aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zu einer Verstärkung dieser marktbeherrschenden Stellung kommen kann.

72. Zunächst ist festzuhalten, dass es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, da Ringier abgesehen von der zuvor mit Tamedia gemeinsam kontrollierten Le Temps über keine (überregionalen) französischsprachigen Tageszeitungen verfügt. Es ist deshalb aufgrund der aktuellen Konkurrenz vorerst keine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten.

73. Es sind auch keine Verbundseffekte ersichtlich, die dazu geeignet wären, die marktbeherrschende Stellung von Le Temps zu verstärkten. Es sind auch keine Effizienzgewinne erkennbar, die nicht schon bei gemeinsamer Kontrolle möglich gewesen wären.

74. Le Temps wechselt von der gemeinsamen Kontrolle durch Tamedia und Ringier zu alleiniger Kontrolle durch Ringier. Dadurch besteht zumindest die theoretische Möglichkeit, dass Tamedia als grösster Zeitungsverleger der Romandie seine Titel vermehrt überregional ausrichtet oder gar ein überregionales Printmedium neu lanciert. Gleichzeitig ist auch eine Neuausrichtung von Le Temps denkbar, indem diese vermehrt in den regionalen Lesermärkten für Tageszeitungen aktiv wird (beispielsweise mit einem ortsabhängigen Regionalteil). Für die von Tamedia übernommene Edipresse hat die WEKO im Dispositiv des Zusammenschlussverfahrens *Le Temps* eine marktbeherrschende Stellung in den Regionen

[71] Vgl. RPW 2009/3, 268 Rz 181 f.
[72] Schreiben vom 7.8.2014, S. 3.
[73] Vgl. RPW 2009/3, 268 178, *Tamedia/PPSR*.
[74] Vgl. RPW 2009/3, 268 179, *Tamedia/PPSR*.
[75] Schreiben vom 7. August 2014, S. 2.
[76] Diese Beilagen werden derzeit durch ein Drittunternehmen gedruckt ; Schreiben vom 7. August 2014, S. 2.

Genf und Lausanne festgestellt.[77] Es kann davon ausgegangen werden, dass eine Situation, in der Tamedia keine Kontrollrechte an der Le Temps hat, sowohl für Le Temps als auch für Tamedia weniger Anreize zur Marktsegmentierung bietet und damit die Möglichkeit potentieller Konkurrenz verstärkt. Es wird deshalb mit grosser Wahrscheinlichkeit zu keiner Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse kommen; vielmehr ist aufgrund der zusätzlichen potentiellen Konkurrenz eine Verbesserung zu erwarten. Der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle vermindert allenfalls auch die Möglichkeit von Tamedia und Ringier, ihr Verhalten in der Romandie zu koordinieren.

75. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens im Bereich der Lesermärkte eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG).

B.4.2.2 Märkte für Rubrikanzeigen

76. Bei der Beurteilung der Marktstellung in den Märkten für Rubrikanzeigen ergeben sich verschiedene Probleme bezüglich der Marktanteilsberechnungen. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich durchwegs um Märkte, in denen mittlerweile Online-Plattformen von grosser Bedeutung sind. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass zwei unterschiedliche Kundengruppen zusammengeführt werden, vorliegend die Inserenten und die Nutzer von Rubrikanzeigen. Die ökonomische Literatur spricht in diesem Zusammenhang von zweiseitigen Märkten.[78] Charakteristisch für solche Märkte ist das Vorliegen indirekter Netzwerkeffekte, die entstehen, wenn der Nutzen bzw. die Nachfrage auf der einen Plattformseite von der Anzahl der Kunden auf der anderen Plattformseite abhängig ist. Je stärker die Stellung einer Plattform auf einer Marktseite, desto attraktiver ist diese für Kunden auf der anderen Marktseite. Bei der einseitigen Fokussierung auf Marktanteile und deren getrennte Analyse besteht in solchen Märkten die Gefahr einer falschen Beurteilung.

77. Zudem stellt sich bei der Addition der Marktanteile von Print- und Onlinerubrikanzeigen die Frage nach der richtigen Gewichtung des Angebotes (Stellenportale haben beispielsweise eine viel grössere Anzahl von Anzeigen als Print-Medien) und der Nachfrage (nicht jeder Leser einer Tageszeitung sucht beispielsweise eine Stelle). Bei der Addition von gewichteter Auflage und Unique Clients müsste zudem beachtet werden, dass insbesondere die grossen Medienunternehmen Tamedia und Ringier den Print- und Online-Bereich komplementär verwenden, indem sie in Printmedien nur eine Auswahl abdrucken und für weitere Angebote auf die entsprechende Homepage verweisen.

78. Insgesamt lassen die von den Zusammenschlussparteien eingereichten Marktanteilszahlen daher kaum verlässliche Aussagen über die tatsächliche Marktstellung zu. Trotzdem ist vorliegend – wie nachfolgend aufgezeigt wird – davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Rubrikanzeigen zu keiner Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschten Stellung führt.

79. Zuerst kann festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den Leser-/Nutzer- und den Inserentenmärkten für Fahrzeug- und für übrige Rubrikanzeigen zu keinen Marktanteiladditionen führt. Im Bereich der Immobilien-Rubrikanzeigen liegt der Marktanteil von Le Temps bei [0-10 %], weshalb es ebenfalls zu keinen relevanten Marktanteilsadditionen kommt. In all diesen Märkten sind auch keine weiteren Faktoren ersichtlich, welche die Markstellung von Ringier in diesen Märkten verstärken könnten. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass in diesen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG).

80. In den Märkten für Stellen-Rubrikanzeigen haben Tamedia und Ringier eine sehr starke Stellung. Diese ergibt sich einerseits aus der gemeinsamen Kontrolle von Jobcloud, der bezüglich Marktanteilen und Reichweiten grössten Online-Plattform, andererseits aus der Möglichkeit der komplementären Verwendung von Printmedien und Online-Plattformen in diesem Bereich, die insbesondere auf Inserentenseite starke Synergien zu schaffen vermag. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt aber nicht zu wesentlichen Veränderungen dieser Marktverhältnisse. Denn für die Beurteilung der Marktstellung sind die Marktanteile eines gemeinsam kontrollierten Unternehmens jedem Unternehmen vollständig zuzurechnen, da von ihm kein Wettbewerbsdruck ausgeht.[79] Die Marktstellung von Ringier verändert sich daher nur unwesentlich. Gleichzeitig ändert sich auch die Reichweite der Online-Portale von Jobcloud durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht. Insbesondere in der französischsprachigen Schweiz, in der Tamedia aufgrund der vielen von ihr kontrollierten Pressetitel eine starke Stellung hat, kommt es aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eher zu einer Verbesserung der Markverhältnisse, da eine Möglichkeit der Koordination zwischen Ringier und Tamedia wegfällt. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in den Märkten für (Print-/Online-) Stellen-Rubrikanzeigen sowohl leser-/nutzerseitig als auch inserentenseitig eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 1 KG).

B.4.2.3 Zeitschriftenmärkte

81. Ringier verfügt in der Romandie sowohl in den Zeitschriften-Lesermärkten als auch den -Werbemärkten z. T. über hohe Marktanteile, im Bereich News- und Themenpresse ist sie gar die einzige Anbieterin. Hingegen ist ERP bzw. Le Temps in den Zeitschriftenmärkten nicht tätig. D. h. es kommt zu keinen direkten Marktanteilsadditionen in diesen Märkten.

[77] Vgl. RPW 1998/1, 60, Dispositiv Ziff. 1*, Le Temps*.

[78] Vgl. JEAN-CHALES ROCHET / JEAN TIROLE, Platform Competition in Two-Sided Market, Journal of the European Economic Association, 2003, 1014 f.

[79] Vgl. RPW 2013/3, 360 Rz 47, Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you.

82. Weiter ist festzustellen, dass Ringier ERP bereits mitkontrollierte, d. h. davon auszugehen ist, dass bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben kein Wettbewerbsdruck auf Ringier ausging. Eine potenzielle Stärkung der Marktstellung von Ringier beschränkt sich daher auf die Möglichkeit, allfällige Synergien in den Leser- und Werbemärkten zwischen den Zeitschriften von Ringier und Le Temps (insbesondere in Bezug auf die Spezialbeilagen Hors Série und Sortir) zu nutzen, sofern dies vorher wegen der Mitkontrolle von Tamedia allenfalls nicht möglich gewesen wären.

83. In den Lesermärkten scheint eine solche Verstärkung der Marktstellung aufgrund der sehr schwachen Substituierbarkeit von Le Temps und der Ringier-Zeitschriften ausgeschlossen. Auch in den Werbemärkten dürften die Effekte – sofern sie überhaupt bestehen[80] – nur gering sein.[81]

84. Gemäss Meldung ist bei den Zeitschriften ein Trend zu Online feststellbar, jedoch böten auch Print-Zeitschriften noch genügend Potential für neue Produkte und die Besetzung von Nischen.[82] So sei kürzlich die Zeitschrift L'Officiel lanciert worden, welche ein direktes Konkurrenzprodukt zu Edelweiss darstelle.[83]

85. Das Zusammenschlussvorhaben führt daher in den Zeitschriftenmärkten weder zu Marktanteilsadditionen, noch sind sonst Effekte ersichtlich, welche zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen könnten. Es bestehen daher keine Anhaltpunkte im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG.

B.5 Nebenabreden

86. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden sind und/oder für sein Funktionieren notwendig sind. Abreden, die notwendig sind und in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit nicht Nebenabreden in diesem Sinne entsprechen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Diese unterliegen allenfalls einer separaten Prüfung nach Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

87. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Nebenabreden grundsätzlich an der Bekanntmachung[84] der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, orientiert.

88. Vorliegend macht Ringier geltend, dass gewisse Dienstleistungen im Back-Office (sog. «shared services») weiterhin von Tamedia bezogen werden können. Die entsprechenden Dienstleistungsverträge werden jedoch in jedem Falle am 31. Dezember 2014 automatisch gekündigt. Einzig ein Vertrag zwischen Le Temps und der zum Tamedia Konzern gehörenden «Centre d'Impression Lausanne SA» bezüglich des Drucks der Zeitung bleibt weiterhin bestehen.[85]

89. Bei den beschriebenen Vereinbarungen sind keine Wettbewerbsbeschränkungen ersichtlich, d. h. es handelt sich um keine Abreden nach Kartellgesetz. Eine nähere Prüfung, ob die Vereinbarungen die Kriterien für die Qualifikation als Nebenabrede erfüllen, erübrigt sich damit.

B.6 Ergebnis

90. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[80] So dürfte sich (abgesehen vielleicht von Spezialausgaben) die Leserschaft von Illustrierten und der Programmpresse erheblich von der Leserschaft von Le Temps und deren Beilagen unterscheiden, wodurch etwa Kombinationen für Werbetreibende nicht interessant sein dürften.

[81] So dürften für Werbende – auch wenn wie in den früheren Entscheiden *Le Temps* und *Edipresse/Ringier-Le Temps* von enger abgegrenzten Werbemärkten ausgegangen würde – genügend Ausweichmöglichkeiten bestehen (vgl. etwa für Luxusgüter Meldung, Rz 161 und 171, sowie Beilage 161.

[82] Meldung, Rz 220 und 227.

[83] Meldung, Rz 220.

[84] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (nachfolgend: EU-Bekanntmachung Nebenabreden), ABl C 56 vom 5.3.2005, S. 24 ff.

[85] Meldung 130 f.

B 2.3	**2. Verfügung vom 28. August 2014 in Sachen Genehmigung der Änderung der Kapitalstruktur und der Verteilung der Stimmrechte betreffend die ER Publishing SA**

Verfügung vom 28. August 2014 in Sachen Genehmigung der Änderung der Kapitalstruktur und der Verteilung der Stimmrechte betreffend die ER Publishing SA gegen 1. Ringier AG, 2. ER Publishing SA, beide vertreten durch […].

A Sachverhalt

1. Am 28. Juli 2014 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Ringier AG (nachfolgend: Ringier) die alleinige Kontrolle über die ER Publishing SA (nachfolgend: ERP) zu erwerben. Ringier und die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) hielten bisher je 50 % der Aktien der ERP und verfügten daher über die gemeinsame Kontrolle. Die ERP wiederum kontrolliert die Le Temps SA, deren Haupttätigkeit in der Herausgabe der französischsprachigen Tageszeitung Le Temps besteht. Als Resultat des Zusammenschlussvorhabens wird somit Ringier neu die alleinige Kontrolle über die Le Temps SA ausüben.[1]

2. Mit Entscheidung vom 20. Oktober 2003 genehmigte die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben *Edipresse/Ringier – Le Temps*, unter folgenden Auflagen[2]:

- Toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote au sein de la société « Le Nouveau Quotidien ERL SA » est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence.
- Le Président du Conseil d'administration de la société « Le Nouveau Quotidien ERL SA » doit obligatoirement être une personne indépendante de ses actionnaires principaux.
- Tout accord futur de coopération passé entre les parties en relation avec leurs produits de médias en langue française distribués en Suisse, devra être annoncé préalablement à la Commission de la concurrence (cf. ch. 89 ci-dessus).
- toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société « Le Temps SA » est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence
- le Président du Conseil d'administration de la société « Le Temps SA » doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux de la société « Le Nouveau Quotidien ERL SA ».

3. Am 27. August 2014 hat das Präsidium der Wettbewerbskommission entschieden, im gemeldeten Zusammenschlussvorhaben *Ringier/Le Temps* keine Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, und damit das Zusammenschlussvorhaben für unbedenklich erklärt.

Gegenstand der vorliegenden Verfügung ist der Entscheid über die Bewilligung der Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechte an der ERP. Über den durch Ringier im Rahmen der Meldung gestellten Antrag, die in den obgenannten Entscheiden verfügten Auflagen seien aufzuheben, wird zu einem späteren Zeitpunkt mit separater Verfügung entschieden.

B Erwägungen

4. Ringier plant beim gemeldeten Zusammenschlussvorhaben, von Tamedia mittels Aktienkauf deren Anteil von 50 % der Aktien zu übernehmen, womit sie Alleinaktionärin der ERP wird. ERP entspricht der umfirmierten Le nouveau quotidien S.A. Das geplante Zusammenschlussvorhaben führt daher zu einer Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung innerhalb der ERP, weshalb diese Transaktion gemäss der Auflage in Dispositivziffer 2.a) des Entscheids *Edipresse/Ringier–Le Temps*[3] der Wettbewerbskommission vorgängig zur Genehmigung vorzulegen ist.

5. Die Auflage bezüglich der vorgängigen Bewilligung einer Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung an der ERP wurde zusammen mit anderen Auflagen verfügt, um die langfristige Unabhängigkeit von Le Temps zu gewährleisten.[4] Die Wettbewerbskommission hat am 27. August 2014 entschieden, für das dieser Verfügung zugrunde liegende gemeldete Zusammenschlussverfahren keine Prüfung gemäss Art. 33 durchzuführen. D. h. das Zusammenschlussverfahren – die Übernahme der alleinigen Kontrolle über die ERP und damit auch über Le Temps – wurde als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft. Es sind vorliegend keine zusätzlichen Gründe ersichtlich, welche einer Genehmigung der Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung bezüglich der ERP entgegen stehen. Diese ist daher zu genehmigen.

C Kosten

6. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall einerseits Ringier als meldendes Unternehmen, und andererseits die ERP, bezüglich welcher die Kapitalstruktur und Stimmrechtsverteilung geändert werden soll.

[1] Meldung, Rz 1 f., 19, 26 und 35.
[2] RPW 2003/4, 808 f., Dispositiv Ziff. 2, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[3] RPW 2003/4, 808 f.
[4] RPW 2003/4, 807 Rz 85 f.

7. Der Aufwand für die Beurteilung des Zusammenschlusses im Rahmen der vorläufigen Prüfung ist nicht dieser Verfügung zuzurechnen, sondern durch die dort zu bezahlende Pauschalgebühr von CHF 5000.- gedeckt (Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG). In Rechnung gestellt wird lediglich der spezifische Aufwand im Hinblick auf den Erlass dieser Verfügung.

8. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt für die konkrete Gebührenbemessung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Vorliegend resultierte ein Aufwand von 3 Stunden à CHF 200.- und 0.5 Stunden à CHF 290.-. Dies ergibt einen Totalbetrag von CHF 745.-.

9. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV). Somit haften Ringier und ERP solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Die Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung bezüglich der ER Publishing SA entsprechend der Meldung vom 28. Juli 2014 wird genehmigt.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 745.- werden den Verfügungsadressaten Ringier AG und ER Publishing AG zu gleichen Teilen, d. h. je CHF 372.50, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

   - Ringier AG
   - ER Publishing AG

   Beide vertreten durch […].

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.3	**3. Verfügung vom 8. September 2014 in Sachen Aufhebung der Auflagen des Entscheids der WEKO vom 20. Oktober 2003**

Verfügung vom 8. September 2014 in Sachen Aufhebung der Auflagen des Entscheids der WEKO vom 20. Oktober 2003 gegen 1. Ringer AG, 2. ER Publishing SA, 3. Le Temps SA, alle vertreten durch […], 4. Tamedia Publications romandes SA; Lausanne

A Sachverhalt

1. Mit Entscheid vom 1. Dezember 1997 hatte die Wettbewerbskommission die Gründung der Zeitung Le Temps zu prüfen. Le nouveau quotidien ERL S.A. (LNQ) und die Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne hatten dazu eine neue Gesellschaft gegründet, die Le Temps SA (LT), welche sie gemeinsam kontrollierten. In Ihrem Entscheid erliess die WEKO folgendes Dispositiv:

1. Il est constaté:

a. que l'entreprise commune créée par les parties détiendra une position dominante sur le marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande;

b. que la position dominante détenue par le groupe Edipresse sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne sera renforcée à la suite de la concentration;

c. que les modifications structurelles consécutives à l'opération sont à même de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés.

2. En dépit des constatations sous chiffre 1 et sous réserve des charges prévues au chiffre 3, la concentration est autorisée en application de la théorie de l'entreprise défaillante dont les trois conditions sont en l'espèce remplies.

3. Cette décision est assortie des charges suivantes:

a. toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société « Le Temps SA » est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence;

b. le Président du Conseil d'administration de la société éditrice du journal « Le Temps » doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux.

4. Frais […].

5. [Voies de droit].

6. Communications à: […].

2. Mit Entscheid vom 20. Oktober 2003 genehmigte die Wettbewerbskommission die Übernahme der gemeinsamen Kontrolle der Ringier SA (Ringier) und der Edipresse Publications SA (EPS) über die LNQ und indirekt auch über die LT.[1] Das Dispositiv lautete wie folgt:

Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence

1. Autorise l'opération de concentration notifiée par Edipresse Publications SA, Ringier SA et Le Nouveau Quotidien ERL SA le 9 juillet 2003.

2. Assortit son autorisation des charges suivantes:

a. Toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote au sein de la société « Le Nouveau Quotidien ERL SA » est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence.

b. Le Président du Conseil d'administration de la société « Le Nouveau Quotidien ERL SA » doit obligatoirement être une personne indépendante de ses actionnaires principaux.

c. Tout accord futur de coopération passé entre les parties en relation avec leurs produits de médias en langue française distribués en Suisse, devra être annoncé préalablement à la Commission de la concurrence (cf. ch. 89 ci-dessus).

d. Les charges imposées par la Commission de la concurrence à la SA Le Temps dans sa décision *Le Temps* du 1er décembre 1997 (DPC 1998/1, p. 61, ch. 3a et 3b) restent valables en ce sens que:

i) toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société « Le Temps SA » est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence

ii) le Président du Conseil d'administration de la société « Le Temps SA » doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux de la société « Le Nouveau Quotidien ERL SA ».

3. [Frais de procédure]

4. [Voies de recours]

5. [Notification]

3. Am 28. Juli 2014 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt Ringier, von der Tamedia Publications romandes SA (TPR; vormals EPS) deren Anteil von 50 % an der ER Publishing SA (ERP; vormals LNQ) zu erwerben. Damit wird Ringier neu die alleinige Kontrolle (100 %) über ERP und indirekt über die von ERP kontrollierte LT ausüben.[2]

4. In der Meldung stellten Ringier, ERP und LT auch den Antrag, es sei festzustellen, dass die im Entscheid vom 20. Oktober 2003 verfügten Auflagen nicht mehr weitergelten.

[1] RPW 2003/4, 794 ff., *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[2] Meldung, Rz 1 f., 19, 26 und 35.

5. Am 27. August 2014 entschied das Präsidium der Wettbewerbskommission, im gemeldeten Zusammenschlussvorhaben *Ringier/Le Temps* keine Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, und erklärte damit die Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens. Mit Entscheid vom 28. August 2014 genehmigte die Wettbewerbskommission zudem die Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung bezüglich der ERP. In der Folge wurde gemäss Mitteilung der Antragsteller der Aktienkaufvertrag zwischen Ringier und TPR am 5. September 2014 vollzogen.

B Erwägungen

B.1 Formelles

6. Ringier, ERP und LT bringen vor, dass nach Durchführung des Zusammenschlusses die Risiken, welche die WEKO veranlasst hätten, Auflagen zu verfügen, beseitigt würden.[3] Die Gefahr der Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung und der Verhaltensabstimmung bestünden bei Ringier nicht. Zudem würde durch das Ausscheiden der TPR das Risiko aufgehoben, dass die TPR als marktbeherrschendes Unternehmen die Positionen der ERP in der Leitung der LT diktieren und dadurch den Wettbewerb mit ihren anderen Medienprodukten aushebeln könne. Schliesslich werde die Zusammenarbeit zwischen TPR und Ringier bei der LT durch den Aktienkauf beendet. Hierdurch werde die Gefahr, dass der Wettbewerb der beiden Unternehmen wegen ihrer Zusammenarbeit bei LT auf anderen Märkten verringert wird, beendet. Würden hingegen die Auflagen aufrechterhalten oder gar neue Auflagen verfügt, führte dies zu einem Wettbewerbsnachteil für Ringier gegenüber den anderen, weit stärkeren Marktteilnehmern, womit der Wettbewerb eingeschränkt statt gefördert würde. Ringier sei darauf angewiesen, die nach dem Freigabebeschluss ihr gehörende LT frei von Auflagen zu führen. Die Auflagen seien daher zur Förderung des Wettbewerbs in der Romandie weder geeignet noch erforderlich und damit aufzuheben.

7. Die Verfügung von Auflagen durch die WEKO erfolgt im Verfahren nach Art. 32 f. KG gestützt auf Art. 10 Abs. 2 KG. Die in Frage stehenden Auflagen enthalten keine Befristung. Im Hinblick auf die Aufhebung oder Änderung von Verfügungen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen gibt es keine Spezialbestimmung im Kartellgesetz, im Gegensatz zu Art. 30 Abs. 3 KG für Entscheide im Untersuchungsverfahren (vgl. Art. 30 Abs. 3 KG). Eine solche Bestimmung ist jedoch auch nicht notwendig, da sich der Grundsatz aus Art. 30 Abs. 3 KG bereits aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht ergibt.[4] Denn Verfügungen von Behörden erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, d. h. „fehlerhafte" Verfügungen können grundsätzlich angepasst, abgeändert oder aufgehoben werden.[5] Neben bereits bei Erlass der Verfügung bestehenden Mängeln („ursprüngliche Fehlerhaftigkeit") kann eine Verfügung auch „nachträglich fehlerhaft" werden, wenn sich die Verhältnisse/Tatsachen wesentlich geändert haben, wobei diesbezüglich ein Anspruch auf Behandlung durch die Behörde aus Art. 29 BV abgeleitet wird.[6] Haben sich somit die Tatsachen, gestützt worauf die Auflagen in einem Zusammenschlussvorhaben verfügt worden sind, wesentlich geändert, so hat die WEKO auf einen entsprechenden Antrag einzutreten und die ursprüngliche Verfügung zu überprüfen und gegebenenfalls zu widerrufen bzw. anzupassen (d. h. aufzuheben oder abzuändern).

8. Nach Vollzug des Aktienkaufvertrags im Rahmen des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens übt Ringier neu die alleinige Kontrolle über die ERP und damit indirekt auch über die LT aus. In Anbetracht dessen, dass sich die Auflagen hauptsächlich darauf bezogen, Risiken der Beteiligung und Mitkontrolle der Edipresse-Gruppe (resp. aktuell Tamedia) an der LT zu minimieren, haben sich die der Verfügung vom 20. Oktober 2003 zugrundeliegenden Tatsachen somit wesentlich geändert und es rechtfertigt sich daher, die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der am 20. Oktober 2003 verfügten Auflagen zu überprüfen. Vorliegend sind auch keine Interessen (etwa Rechtssicherheit oder Vertrauensschutz) ersichtlich, welche einer Aufhebung bzw. Abänderung der Verfügung entgegenstehen würden.[7]

9. Laut Meldung war Verfügungsadressatin der Auflagen nur die LNQ (heute ERP). Parteien des Entscheids *Edipresse/Ringier-Le Temps* waren jedoch nicht nur die LNQ, sondern auch Ringier und die EPS (heute TPR). Schon aus dem Inhalt der Auflagen (etwa der Meldepflicht bezüglich Kooperationen) ergibt sich, dass auch Ringier und EPS Verfügungsadressaten waren. So wurde der Entscheid denn auch allen drei Gesellschaften eröffnet. Nun ist die TPR nach Vollzug des dieser Verfügung zugrunde liegenden Zusammenschlussvorhabens nicht mehr an der ERP und damit auch an der LT beteiligt. Es stellt sich daher die Frage, ob die vorliegende Verfügung dennoch auch an die TPR zu richten ist. Dies ist zu bejahen. Denn die einzelnen Auflagen wurden laut Erwägungen jeweils den Parteien und nicht jeweils einer spezifischen Gesellschaft auferlegt. Alle drei Parteien waren Verfügungsadressaten des Entscheids und daher verpflichtet, für die Einhaltung der Auflagen zu sorgen. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, dass die Nichteinhaltung von Auflagen Verwaltungssanktionen nach Art. 51 KG zur Folge haben kann. Eine Änderung oder Aufhebung der Auflagen ist folglich gegenüber denselben Parteien, d. h. den Verfügungsadressaten des Entscheids Edipresse/Ringier-Le Temps, zu verfügen.

10. In jenem Entscheid wurden jedoch auch die vorgängige Bewilligungspflicht für Änderungen der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung sowie die Pflicht zur Einsetzung eines von den Hauptaktionären der LNQ unabhängigen Verwaltungsratspräsidenten bezüglich

[3] Meldung, Rz 238 ff.
[4] Vgl. zu Art. 30 Abs. 3 KG: BEAT ZIRKLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg), 2010, Art. 30 Abs. 3 N 122, m. w. H.
[5] AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 58 Rz 4.
[6] ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 998 f. und Rz 1042; ANDREA PFLEIDERER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/ Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 58 N 10, sowie Kommentar VwVG- MÄCHLER (Fn 5), Art. 58 Rz 9, beide m. w. H.
[7] ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 997a; Kommentar VwVG- MÄCHLER, (Fn 5), Art. 58 Rz 10; Praxiskommentar VwVG-PFLEIDERER (Fn 6), Art. 58 N 16.

der LT als Auflagen verfügt. Da damit durch die Auflagen auch Rechte und Pflichten der LT betroffen sind, hat sich die vorliegende Verfügung ebenfalls an die LT zu richten.

B.2 Prüfung der Auflagen

B.2.1 Ausgangslage

11. Die Auflagen des Entscheids Le Temps vom 1. Dezember 1997 haben keine eigenständige Bedeutung mehr, sondern wurden im Entscheid Edipresse/Ringier-Le Temps leicht modifiziert neu verfügt. Zu entscheiden ist somit lediglich über die am 20. Oktober 2003 verfügten Auflagen. Sofern nachfolgend daher von Auflagen die Rede ist, sind immer diejenigen des Entscheids *Edipresse/Ringier-Le Temps* gemeint. Der Entscheid Le Temps ist jedoch insbesondere für die Prüfung des Weiterbestehens der Grundlagen für die Verhängung der Auflagen heranzuziehen, da der spätere Entscheid auf diesem aufbaut.

12. Im Entscheid *Le Temps* stellte die WEKO einerseits die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von LT durch die Zeitung Le Temps auf einem Markt für überregionale „analytische" Zeitungen der Romandie fest.[8] Weiter stellte sie eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Edipresse-Gruppe auf den Märkten für Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne fest.[9] Zur Begründung der Verhängung von Auflagen wurde ausgeführt, dass die Koordination des Wettbewerbsverhaltens zwischen der Herausgeber-Gesellschaft (LT) des neuen Titels Le Temps und der übrigen Einheiten der Edipresse-Gruppe auf benachbarten Märkten die Hauptgefahr für den Wettbewerb darstellt. Da die Parteien keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen hatten, um dem Gemeinschaftsunternehmen (LT) eine ausreichende Unabhängigkeit einzuräumen, verfügte die WEKO, dass der Verwaltungsratspräsident der Herausgebergesellschaft von Le Temps von den Hauptaktionären unabhängig sein muss. Weiter verfügte die WEKO, dass jegliche Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung der Herausgebergesellschaft von Le Temps der WEKO vorgängig zur Genehmigung vorzulegen ist. Damit sollte eine von der WEKO unbemerkte Verstärkung des Einflusses der Edipresse-Gruppe auf LT verhindert werden.

13. Im Entscheid *Edipresse/Ringier-Le Temps* bestätigte die WEKO die Auflagen des Entscheids Le Temps in leicht modifizierter Form. Da Ringier und Edipresse die gemeinsame Kontrolle über LNQ ausübten, welche wiederum LT kotrollierte, dehnte die WEKO diese Auflagen (unabhängiger Verwaltungsratspräsident, Genehmigungspflicht von Kapitalstruktur- und Stimmrechtsverteilungsänderungen) auf die LNQ (heute ERP) aus.[10] Dies geschah ebenfalls in der Absicht, die langfristige Unabhängigkeit von LT sicherzustellen.[11]

14. Die WEKO stellte im Entscheid *Edipresse/Ringier-Le Temps* zudem fest, dass Edipresse und Ringier in aktuellem oder potentiellem Wettbewerb auf Märkten standen, die mit dem relevanten Markt verbunden waren, so insbesondere im Bereich Sonntagspresse, Spezialpresse und Zeitschriften.[12] Durch die verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen von Le Temps entstand daher das Risiko zukünftiger Kooperationen zwischen den beiden Verlagshäusern in anderen Märkten, welche sich allenfalls nachteilig auf den Wettbewerb auswirken könnten.[13] Die WEKO erachtete es daher als notwendig, über alle zukünftigen Kooperationen zwischen Ringier und Edipresse im Pressebereich informiert zu werden, um gegebenenfalls eine Untersuchung über die Zulässigkeit der entsprechenden Zusammenarbeit führen zu können.[14]

B.2.2 Prüfung der Auflagen im Einzelnen

15. Nach Vollzug des am 28. Juli 2014 gemeldeten Zusammenschlussvorhabens wird Ringier die alleinige Kontrolle über die ERP und über die LT ausüben. Tamedia, welche die Aktivitäten von Edipresse in der Romandie übernommen hat, wird keinen Einfluss auf die LT mehr ausüben. Die WEKO hat das Zusammenschlussvorhaben geprüft und ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung zum Schluss gekommen, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Ringier vorliegen. In der Folge hat die WEKO ebenfalls die Änderung der Kapitalstruktur und der Stimmrechtsverteilung bezüglich der ERP genehmigt.

16. Die Auflagen, unabhängige Verwaltungsratspräsidenten in den Gesellschaften ERP und LT zu bestellen, sowie die Genehmigungspflicht für Kapitalstruktur- und Stimmrechtsverteilungsänderungen, hatten sämtlich ihren Zweck darin, die Unabhängigkeit der LT zu gewährleisten. Diese Unabhängigkeit sollte v. a. gegenüber der Edipresse-Gruppe (heute Tamedia-Gruppe) gelten, da diese in den übrigen Pressemärkten, insbesondere den regionalen Zeitungsmärkten in Genf und Lausanne, eine sehr starke bzw. markbeherrschende Stellung innehatte.

17. Wie erwähnt stellte die WEKO im Rahmen der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens die Unbedenklichkeit der Übernahme der alleinigen Kontrolle durch Ringier über LT fest. Es ist vorliegend zudem kein Grund ersichtlich, weshalb die Unabhängigkeit von LT gegenüber Ringier gewährleistet werden müsste. Die Auflagen bezüglich unabhängiger Verwaltungsratspräsidenten und der Genehmigungspflicht für Änderungen der Kapitalstruktur und Stimmrechtsverteilung entbehren daher ihrer Grundlage und sind aufzuheben.

18. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens besteht zudem keine Koordinierungsmöglichkeit von Ringier und Tamedia im Rahmen der gemeinsamen Kontrolle über die ERP und die LT mehr. Damit entfällt die Grundlage, welche Basis für die Verfügung der Auflage der Meldepflicht von Kooperationsvorhaben war. Die Auflage ist daher aufzuheben.

[8] RPW 1998/1, 60, Dispositiv Ziff. 1.a., *Le Temps*.
[9] RPW 1998/1, 60, Dispositiv Ziff. 1.b., *Le Temps*.
[10] RPW 2003/4, 809, Dispositiv Ziff. 1.a), 1.b), 1.d), *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[11] RPW 2003/4, 807 Rz 85, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[12] RPW 2003/4, 803 Rz 63 und 807 Rz 87, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[13] RPW 2003/4, 803 Rz 63 und 807 Rz 88, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.
[14] RPW 2003/4, 808 Rz 89, *Edipresse/Ringier – Le Temps*.

C Kosten

19. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall Ringier, ERP und LT, welche Antrag auf Aufhebung der Auflagen gestellt haben.

20. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt für die konkrete Gebührenbemessung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Vorliegend resultierte ein Aufwand von 20 Stunden à CHF 200.- und 1 Stunde à CHF 290.-. Dies ergibt einen Totalbetrag von CHF 4290.-.

21. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV). Somit haften Ringier, ERP und LT solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Die Auflagen gemäss Dispositivziffer 2 des Entscheids der Wettbewerbskommission vom 20. Oktober 2003 werden mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4290.- werden Ringier AG, ER Publishing AG, Le Temps SA zu gleichen Teilen, d. h. je CHF 1430.-, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

   - Ringier AG
   - ER Publishing AG
   - Le Temps SA

   Alle vertreten durch […]

   - Tamedia Publications romandes SA, Avenue de la gare 33, Case postale, 1001 Lausanne

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.3	**4. Robert Bosch GmbH/BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. November 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. November 2014

1. Am 12. November 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Robert Bosch GmbH (nachfolgend: Bosch), die alleinige Kontrolle über BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH (nachfolgend: BSH) zu erwerben, welche sich unter gemeinsamer Kontrolle der Bosch und der Siemens AG (nachfolgend: Siemens) befindet. Das Zusammenschlussvorhaben erfasst auch den Erwerb von 100 % der Anteile an der Siemens-Electrogeräte GmbH (nachfolgend: Siemens-Electrogeräte).

2. Bosch mit Sitz in Stuttgart, Deutschland, und die mit Bosch verbundenen Unternehmen sind in den Bereichen Kraftfahrzeugtechnik, Gebrauchsgüter (Elektrowerkzeuge und Gartengeräte), Industrietechnik sowie Energie- und Gebäudetechnik tätig.

3. BSH mit Sitz in München, Deutschland, ist ein weltweit führender Hersteller von Haushaltgeräten, u.a. der Marken Bosch und Siemens. Der Geschäftsschwerpunkt der BSH liegt bei grossen Haushaltsgeräten, insbesondere Kühl-, Gefrier- und Kochgeräten, Geschirrspülern, Dunstabzugshauben, Waschmaschinen und Wäschetrocknern. Im Bereich kleiner Haushaltsgeräte umfasst das Produktsortiment Küchenmaschinen, Kaffeevollautomaten und Körperpflegeprodukte, wie z.B. Haartrockner. Weiter bietet BSH Haus-Staubsauger an. Daneben hat BSH noch Aktivitäten im Bereich von Geräten für dezentrale elektrizitätsbasierte Warmwassertechnik in Privathaushalten. In der Schweiz kontrolliert die BSH die BSH Hausgeräte AG mit Sitz in Geroldswil.

4. Die Siemens-Electrogeräte ist formal eine 100 %-Tochter der Siemens, wird aber faktisch […] von BSH allein kontrolliert. […].

5. Die Bosch beabsichtigt, die verbleibenden 50 % an dem bislang gemeinsam mit der Siemens kontrollierten Gemeinschaftsunternehmen BSH vollständig zu übernehmen. Damit liegt ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[1] durch Bosch vor. Das Zusammenschlussvorhaben umfasst auch das Recht zu Gunsten von BSH, […] die Marke „Siemens“ langfristig im Bereich Haushaltsgeräte zu nutzen. Zudem erfasst das Zusammenschlussvorhaben den Erwerb von 100 % der Anteile an der Siemens-Electrogeräte, einer 100 %-Tochter der Siemens, die aber […] wirtschaftlich bereits der BSH zugeordnet ist. Letzterer Erwerbsvorgang ist in demselben Geschäftsanteilskaufvertrag wie der Erwerb des 50 %-Geschäftsanteils an der BSH geregelt; beide Vorgänge sind aus Sicht der Parteien untrennbar miteinander verbunden. Durch die bereits bestehende alleinige Kontrolle von BSH über die Siemens-Electrogeräte auf vertraglicher Grundlage liegt im Erwerb der Anteile der Siemens-Electrogeräte durch Bosch kein eigenständiger Kontrollerwerb.

6. Wie oben erwähnt, ist BSH in den Bereichen Grosshaushaltsgeräte, Kleinhaushaltsgeräte, Haus-Staubsauger und Geräte für dezentrale elektrizitätsbasierte Warmwassertechnik in Privathaushalten tätig. Vorliegend können die genauen sachlichen und räumlichen Marktdefinitionen in diesen Bereichen offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der genauen Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt: Weder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) noch in der Schweiz entstehen horizontale Überschneidungen in den Industriesektoren, in denen BSH tätig ist. Auch in vertikaler Hinsicht ergeben sich keine kartellrechtlichen Bedenken, da zwischen Bosch und BSH keine wesentlichen vertikale Beziehungen bestehen. Vorliegend findet lediglich ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle statt. Die Umsätze und Marktanteile von BSH wurden aufgrund der gemeinsamen Kontrolle bereits vor der Transaktion Bosch zugerechnet, so dass sich in materiellrechtlicher Hinsicht keine Veränderungen ergeben.

7. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[1] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

B 2.3	**5. Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU[2] *vom 24. Septem ber 2014*

1. Am 26. August 2014 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb bestimmter Vermögenswerte und Aktivitäten durch die Varo Energy Tankstorage AG (nachfolgend: Varo Tankstorage) und die Varo Energy Marketing AG (nachfolgend: Varo Marketing) von der Total (Suisse) SA (nachfolgend: Total).

2. Varo Tankstorage und Varo Marketing sind 100-prozentige in der Schweiz ansässige Tochterunternehmen der Varo Energy Holding SA (nachfolgend: Varo) mit Sitz in Genf. Letztere ist in den Bereichen Rohöl-Raffinierung und Verkauf von raffinierten Erdölprodukten tätig und zwar primär in der Schweiz. Varo unterhält ausserdem kleinere Tanklager für Ölprodukte, die allesamt in der Schweiz gelegen sind. Neben Varo Tankstorage und Varo Marketing hat Varo mit der Varo Refining (Cressier) SA ein drittes Tochterunternehmen in der Schweiz. Die Varo Marketing vertreibt raffinierte Erdölprodukte auf verschiedenen Stufen: sowohl ab Raffinerie (Cressier) als auch auf Stufe Nicht-Detailhandel, d.h. als Grosshändler, an grosse Mineralölkonzerne, Händler, industrielle Kunden und Einzelhändler. Varo Tankstorage besitzt und betreibt Einrichtungen für die Lagerung, das Abfüllen und Umschlagen von Erdölprodukten mit Standorten in Birsfelden, Rothenberg und Niederhasli. Varo wird von der Vitol Holding B.V. (nachfolgend: Vitol) und den Portfolio-Gesellschaften, die durch von mit The Carlyle Group L.P. (nachfolgend: Carlyle) verbundenen Unternehmen verwalteten Fonds kontrolliert werden, gehalten.

3. Carlyle ist ein weltweit tätiger Alternative Asset Manager, der Fonds verwaltet, die weltweit in vier Investmentkategorien investieren: Corporate Private Equity, Realvermögen, globale Marktstrategien sowie Solutions. Von den Portfolio-Gesellschaften von Carlyle haben nebst Varo folgende Unternehmen ihren Hauptsitz in der Schweiz: AMEOS, ein Krankenhausbetreiber in Deutschland und Österreich mit Hauptsitz in Zürich und KCS.net, ein Anbieter von Unternehmenssoftware mit Hauptsitz in St. Gallen.

4. Vitols Kerngeschäft ist der Handel mit verschiedenen Waren und Finanzinstrumenten, insbesondere im Öl- und Gassektor. Ihr Trading-Portfolio umfasst Rohöl, Mineralölprodukte, flüssiges Erdgas (LNG), Erdgas, Kohle, Strom und Kohlendioxid-Emissionsrechte. Vitol hält ausserdem eine 50-prozentige Beteiligung an der VTTI B.V., welche Tanklager und eine Raffinerie in Antwerpen betreibt. Zusätzlich unterhält Vitol Förder- und Produktionsaktivitäten in Ghana, Kamerun, Kasachstan, Russland, Aserbaidschan, der Elfenbeinküste und der Ukraine. Zahlreiche Gruppengesellschaften von Vitol sind in der Schweiz domiziliert, allerdings beschränken sich deren Aktivitäten hauptsächlich auf Handelstätigkeiten und verwandte Tätigkeiten ausserhalb der Schweiz.

5. Total ist Teil der Total-Gruppe mit dem Mutterunternehmen Total S.A. Letztere ist eine französische, börsenkotierte Gesellschaft und ein führendes Unternehmen im Bereich Energie. Die Total-Gruppe beschäftigt ungefähr 100‘000 Angestellte und hat Aktivitäten in über 130 Ländern. Sie ist namentlich aktiv in den Bereichen Exploration, Produktion, Veredelung und Vermarktung von Öl und Gas.

6. Die Total ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der Total Marketing und Services AG, welches zur Total-Gruppe gehört, und in folgenden Bereichen tätig: Flüssiggas (LPG), allgemeiner Handel, Schmierstoffe, Spezialflüssigkeiten und Bitumen. Die Aktivitäten im Zusammenhang mit LPG, Schmierstoffen, Spezialflüssigkeiten und Bitumen sind nicht Gegenstand der Übertragung von Vermögenswerten im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens.

7. Gemäss den Parteien werden bei der Transaktion folgende Vermögenswerte und Aktivitäten von der Total auf die Varo Tankstorage bzw. die Varo Marketing übertragen:

a. Die Aktivität Depot umfasst Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Betrieb des Depots in Eclépens, in welchem Heizöl und Diesel gelagert werden.

b. Die Aktivität B2B beinhaltet den Verkauf von Diesel, Benzin und Heizöl an Einzelhändler, Betreiber von Fahrzeugflotten und Grosshändler in der ganzen Schweiz.

c. Die Aktivität B2C umfasst den Verkauf von Heizöl an Endkunden in den Kantonen Genf und Waadt.

d. Die Aktivität auf Einzelhandelsebene betrifft zwei Tankstellen, eine in Cheseaux und eine in Eclépens, welche im Verkauf von Diesel und/oder Benzin an Endkunden tätig sind.

[1] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

8. Gemäss der Praxis der WEKO gilt der Kontrollerwerb über Vermögenswerte nur als Unternehmenszusammenschluss, wenn diese Vermögenswerte ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil darstellen, d.h. einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz haben, dem eindeutig ein Umsatz zugeordnet werden kann.[3] Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn eine gesamte Abteilung übertragen wird zusammen mit der technischen Infrastruktur sowie den Verträgen und den Arbeitsverhältnissen.[4]

9. Obwohl die übertragenen Aktivitäten in die Aktivitäten Depot, B2B, B2C und Tankstellen auf Einzelhandelsebene unterteilt werden können, ist die Transaktion, gemäss Angaben der Parteien, als einheitlicher Zusammenschluss zu betrachten, da die Transaktionen derart voneinander abhängig sind, dass die eine Transaktion ohne die andere nicht durchgeführt werden würde.

10. Im vorliegenden Fall bedingen sich der Erwerb der Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Betrieb des Tanklagers sowie des B2B und B2C Treibstoff- und Brennstoffhandels gegenseitig. Sollte die Übertragung einer dieser Aktivitäten nicht durchgeführt werden, würden, gemäss Angaben der Parteien, die anderen Aktivitäten ebenfalls nicht übertragen werden.

11. Aus den vorstehenden Gründen werden Varo Tankstorage und Varo Marketing von Total die Kontrolle über die in Rz 7 bezeichneten Aktivitäten erwerben, wobei die Übertragung dieser, aufgrund der beschriebenen Praxis der WEKO, als ein einziger Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 KG qualifiziert wird.

12. Zur sachlichen Marktabgrenzung in Bezug auf die Produktion und den Vertrieb von Erdölprodukten hielt die WEKO in ihrer neuesten Entscheidung[5] fest, dass in Bezug auf den Vertrieb von Benzin und Diesel die Vertriebskanäle auf der Grosshandels- und der Detailhandelsebene beinahe identisch seien und daher Benzin und Diesel als ein sachlich relevanter Markt zu betrachten sei.[6] Die genaue Marktabgrenzung in Bezug auf den Vertrieb von Erdölprodukten liess die WEKO letztlich allerdings offen. Im Fall *PKN/Mazeikiu* (COMP/M.4348, Rz 9 ff.) führten die Parteien an, dass zwischen Ex Raffinerie/Cargo Sales Verkäufen und Nicht-Detailhandelsverkäufen zu unterschieden sei, schliesslich grenzte die Europäische Kommission die diesbezüglichen Märkte aber nicht endgültig ab.

13. Im vorliegenden Fall wird für die Analyse von einem sachlich relevanten Markt für den Grosshandel von Benzin und Diesel ausgegangen. Es kann aber letztlich offen gelassen werden, ob dieser in weitere Teilmärkte (beispielsweise in separate Märkte für den Grosshandel von Diesel und den Grosshandel von Benzin) zu unterteilen ist, da dies das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. Gemäss der Praxis der Europäischen Kommission sind Verkäufe von Heizöl auf der Grosshandelsstufe zu unterscheiden von Verkäufen von Treibstoffen (insbesondere Diesel und Benzin) auf der Grosshandelsstufe.[7] Die Aktivitäten des Zielunternehmens im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Brennstoffen sind auf den Vertrieb von Heizöl beschränkt. In Anbetracht der Tatsache, dass auf der Nachfrageseite zumindest kurzfristig kaum Substitutionsmöglichkeiten für Heizöl bestehen, ist, analog zur Praxis der Europäischen Kommission, von einem Markt für den Grosshandel von Heizöl auszugehen und ein solcher abzugrenzen. Die genaue sachliche Abgrenzung dieses Marktes kann aber schliesslich offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

15. Zur räumlichen Marktabgrenzung ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem nationalen Markt für die Produktion von Mineralölprodukten (Motorkraftstoff, Kerosin, Brennstoffe und Schmierstoffe), einem internationalen Markt für Rohöl und einem regionalen Markt für Bitumen ausgegangen.[8] Die WEKO hat den Vertrieb von Tankstellen bei *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* (RPW 2003/1, 162 f. Rz 12) aufgrund der landesweit weitgehend homogenen Wettbewerbsverhältnisse und der im Vergleich zum benachbarten Ausland geringeren Fiskalbelastung national abgegrenzt. In Analogie wäre auch für den Grosshandel mit Mineralölprodukten eine nationale Marktabgrenzung denkbar.

16. Die Europäische Kommission hat in der Regel den räumlichen Markt für Ex Raffinerie Verkäufe mindestens EWR-weit definiert. Im Fall *BP/Mobil* stellte die Kommission fest, dass sich die geografische Reichweite für alle Ex Raffinerie Verkäufe über die EU oder Westeuropa erstreckt.[9] Im Fall *PKN/Mazeikiu* war die Kommission der Auffassung, dass der räumlich relevante Markt für den Ex Raffinerie Verkauf von Flüssiggas (LPG) EWR-weit oder sogar weiter, einschliesslich der GUS-Staaten, sei.[10] Gemäss der Kommission sei dies insbesondere darum der Fall, weil Lieferanten aus den GUS-Ländern bereits an Frachtkunden in der Region Zentral und Osteuropa liefern.

17. Im vorliegenden Fall ist von mindestens nationalen räumlichen Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

18. Auf Basis des Absatzvolumens im Jahr 2013 beträgt der Anteil des Zielunternehmens im Markt für den Grosshandel von Diesel und Benzin in der Schweiz ungefähr [0–10] % und im Markt für den Grosshandel von Heizöl in der Schweiz weniger als [0–10] %. Die Anteile der Varo-Gruppe in der Schweiz im Markt Grosshandel von Diesel und Benzin betragen ungefähr [20–30] %. Im Markt Grosshandel von Heizöl hat die Varo-Gruppe einen ungefähren schweizweiten Marktanteil von [20–30] %. Zusammenfassend sind die Marktanteile des

[3] RPW 2013/2, 254 Rz 17, *Swisscom (Schweiz) AG/Deuromedia Technologies Entwicklungs- und Vertriebs-GmbH*.
[4] RPW 2008/3, 417 Rz 19, *Swisscom AGA/Verizon Switzerland*.
[5] RPW 2014/1, 305, *Carlyle Group/Vitol Group / Varo Energy Holding*.
[6] RPW 2014/1, 305 Rz 6, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding*.
[7] Case COMP/M.4348 Rz 9 ff., *PKN/Mazeikiu*.
[8] RPW 2002/3, 466 Rz 16, *BP/E.ON*.
[9] Case COMP/M.727, Rz 34, *BP/Mobil*.
[10] Case COMP/M.4348, Rz 32, *PKN/Mazeikiu*.

Zielunternehmens in den gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition relativ klein und führen somit beim geplanten Zusammenschluss lediglich zu einer geringen Marktanteilsaddition und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Es gibt neben den betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition auch keine weiteren betroffenen Märkte.

19. Im Ergebnis ergibt die vorläufige Prüfung aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

20. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG /Total (Suisse) SA hat ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

B 2.3	**6. Cargill/Copersucar**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. Juli 2014

A Sachverhalt

1. Am 27. Juni 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine gemeinsame Meldung der Cargill International Luxembourg 2 S.à.r.l (nachfolgend: Cargill International) und der Copersucar S.A. (nachfolgend: Copersucar) über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben besteht in der Neugründung eines Vollfunktions-Joint Ventures (nachfolgend: JV) durch die Cargill, Incorporated (nachfolgend: Cargill) und Copersucar.

2. Cargill International mit Sitz in Luxemburg ist eine Beteiligungs- und Investmentgesellschaft, die durch Cargill mit Sitz in Minnesota, USA, kontrolliert wird. Cargill, Muttergesellschaft der Cargill Gruppe, ist eine privat gehaltene Gesellschaft, welche international Nahrungsmittel und Agrargüter produziert und vermarktet sowie Produkte und Dienstleistungen im Bereich des Risikomanagements bereitstellt. Die Geschäftstätigkeiten von Cargill beinhalten die Vermarktung von Getreide und Rohstoffen, die Verarbeitung und Raffination von Ölsaaten und Getreide, das Mahlen von Mehl, die Fleischverarbeitung und Finanzdienstleistungen. Zudem gewinnt Cargill Zucker in den führenden Zuckerproduktionsländern, handelt mit Rohzucker und weissem Zucker, betreibt in Brasilien ein Exportterminal für Zucker in loser Schüttung und vertreibt Zucker u.a. in Indien, China und Russland. Cargill hat mehrere Tochtergesellschaften in der Schweiz[1] und ist in der Schweiz in folgenden Bereichen tätig: Handel mit Getreide und Ölsaaten, Meerestransport und -logistik, Erdölhandel, Risikomanagement im Bereich Energie und Landwirtschaft, Handel und strukturierte Finanzierung, Risikomanagement im Bereich von Rohstoffen sowie Herstellung und Vertrieb tierischer Nahrungsmittel.

3. Copersucar ist eine privat gehaltene Gesellschaft mit Sitz in São Paulo, Brasilien, deren Kapital von 24 Produktionsgemeinschaften, die in der Zucker- und Ethanolproduktion in Brasilien tätig sind, gehalten wird. Copersucar kombiniert die Produktion dieser Gemeinschaften mit einem integrierten System von Logistik-, Transport-, Lager- und Handelsaktivitäten innerhalb und ausserhalb Brasiliens. Copersucar hat in der Schweiz keine Tochtergesellschaften.

4. Das JV wird die Aktivitäten von Cargill und Copersucar (nachfolgend gemeinsam auch: Parteien) im weltweiten Zuckerhandel kombinieren. Es wird im Handel mit auf Zucker basierenden Derivaten sowie im physischen Zuckerhandel tätig sein (vgl. unten, Rz 38 f.). […]. Das JV wird über eine Handels- und Verkaufsniederlassung in der Schweiz (nachfolgend: STS Branch) verfügen. An dieser Stelle anzumerken gilt es, dass zwar Verkäufe an in der Schweiz ansässige Handelsunternehmen, […].

5. Das Zusammenschlussvorhaben hat den Zweck, die komplementären Kompetenzen von Cargill und Copersucar zu verbinden und auszubauen. Es soll namentlich die Effizienz erhöhen sowie die Qualität und die Dienstleistungen auf allen Vertriebsstufen des Zuckermarktes verbessern.

6. Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) hat das vorliegende Zusammenschlussvorhaben mit Entscheid vom 10. Juli 2014 im vereinfachten Verfahren genehmigt.[2]

7. Ebenfalls gemeldet wurde das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben in Indien (gemeldet am 28. April 2014, genehmigt am 3. Juni 2014), Brasilien (gemeldet am 30. April 2014) und Südkorea (gemeldet am 22. Mai 2014). […].

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, 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

9. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. 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, als Unternehmenszusammenschluss.

[1] […].
[2] Case No COMP/M.7242 (2014), *Cargill/Copersucar/JV*.

11. Hinsichtlich Gemeinschaftsunternehmen wird dies in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) näher präzisiert, wobei es sich bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens um einen Unternehmenszusammenschluss i.S.d. KG handelt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen erstens „auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt" (Art. 2 Abs. 1 VKU; sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) und zweitens „in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfliessen" (Art. 2 Abs. 2 VKU).

12. Beim vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um die Neugründung zweier von den Parteien gemeinsam gehaltener Unternehmen. Das erste von den Parteien gemeinsam gehaltene Unternehmen (nachfolgend: GU) wird seinen Sitz in Spanien haben und für den weltweiten Ankauf von und Handel mit Zucker zuständig sein.[3] Das zweite gemeinsam gehaltene Unternehmen wird seinen Sitz in Brasilien haben […][4] […]. Dessen Neugründung ist in der Schweiz nicht meldepflichtig (vgl. unten, Rz 29 f.), weshalb sich die nachfolgende Ausführungen ausschliesslich auf das GU beziehen. Die unten stehende Abbildung 1 zeigt die Struktur vor und nach Vollendung des Zusammenschlussvorhabens.

[…]

Gemeinsame Kontrolle

13. Cargill International und Copersucar haben am 27. März 2014 das Master Transaction Agreement (nachfolgend: MTA) unterzeichnet, gemäss welchem die Parteien bei der Gründung des GU je hälftig voll einbezahlte Aktien im Gesamtumfang von […] und anschliessend bei Vollzug des Zusammenschlussvorhabens je Aktien im Wert von […] zeichnen werden. Die Parteien werden jeweils 50 % des Aktienkapitals des GU halten (Ziff. 3.2 des MTA).

14. […].

15. […].

16. […].

17. Aus den voranstehenden Ausführungen ergibt sich, dass das beabsichtigte Zusammenschlussvorhaben den Erwerb gemeinsamer Kontrolle der Parteien über das neu zu gründende GU umfasst.

Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

18. Gemäss Praxis der WEKO liegt ein Vollfunktionsunternehmen dann vor, wenn es (i) als Nachfrager oder Anbieter am Markt und (ii) als selbstständige wirtschaftliche Einheit auftritt, (iii) auf Dauer angelegt ist und (iv) über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen verfügt.[5]

19. Das GU wird eine selbständige wirtschaftliche Einheit mit eigener Marke, welche anlässlich des Vollzugs bekanntgegeben wird, sein. Es wird selbständig im globalen Zuckerhandel auftreten und die gleichen Funktionen wahrnehmen, wie dies auch andere Unternehmen im Zuckerhandel tun. Damit tritt das GU nicht nur als Nachfrager sondern auch als Anbieter auf.

20. Das GU wird unabhängig von seinen Muttergesellschaften bestimmen, wo und in welchem Umfang es Zucker beziehen wird. […].[6] […].[7] Verträge über solche Dienstleistungen sind gemäss Parteien bei Zuckerhändlern Standard. Das GU wird laut Parteien in der Lage sein, in operativer und funktionaler Hinsicht als selbständige wirtschaftliche Einheit aufzutreten.

21. Der ABV sieht vor, dass das GU auf unbegrenzte Zeit solange besteht, bis die Parteien übereinkommen, die Zusammenarbeit zu beenden […]. Ein weiterer Nachweis für die Dauerhaftigkeit des GU ist, dass die kontrollierenden Unternehmen – wie vorliegend (vgl. unten, Rz 22) – dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen.[8]

22. Das GU wird über genügend Aktiven, finanzielle Ressourcen und das notwendige Management verfügen, um unabhängig von Cargill und Copersucar im Markt zu agieren. So werden Cargill und Copersucar beim Vollzug des Zusammenschlussvorhabens je eine Bareinlage von […] tätigen (vgl. oben, Rz 13). Die Handelsaktivitäten des GU werden von Genf aus erfolgen. Das GU wird Büros in Hong Kong, São Paulo, Miami, Delhi, Moskau, Jakarta, Shanghai, Bangkok und Dubai sowie zusätzliche Vertretungen weltweit haben. Das GU wird auch über einen eigenen Verwaltungsrat und weitere Schlüsselpersonen wie CEO, CFO und COO verfügen.

23. Aufgrund der obigen von den Parteien gemachten Angaben ist davon auszugehen, dass das GU die Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllt.

Einbringen von Geschäftstätigkeiten

24. Das Erfordernis nach Art. 2 Abs. 2 VKU, Geschäftstätigkeiten von mindestens einem Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, wird in der Praxis der WEKO weit ausgelegt. Hierbei genügt bereits die Einbringung von Vertriebsorganisationen, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-How.[9] Wie bereits voranstehend ausgeführt bringen die Parteien nicht nur substantielle finanzielle Mittel, […].

Fazit

25. Die Voraussetzungen der gemeinsamen Kontrolle, des Vorliegens eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens und des Einfliessens von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen sind erfüllt. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU bzw. Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 VKU vor.

[3] […].
[4] […].
[5] RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.
[6] […].
[7] […].
[8] RPW 2012/4, 868 Rz 39, *Schweizerische Post/La Poste*.
[9] RPW 2013/2, 245 Rz 27 m.w.V., *Orell Füssli/Thalia*.

B.2 Meldepflicht

26. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

27. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Kein beteiligtes Unternehmen ist grundsätzlich das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen.[10]

Tabelle 1: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen, 2012/2013[11].

Unternehmen	Weltweite Umsätze [in Mio.]		Nationale Umsätze [in Mio.]	
	USD / BRL	CHF	USD / BRL	CHF
Cargill	[…] USD	[…]*	[…] USD	[…]*
Copersucar	[…] BRL	[…]**	[…] BRL	[…]**
Kumuliert	-	[…]	-	[…]

Quelle: Angaben der Parteien.

Legende: Die Zusammenschlussparteien haben die Umsätze in CHF aufgrund folgender durchschnittlicher Devisenkurse berechnet: * Zu USD/CHF Juni 2012 bis Mai 2013 von 0.950975. ** Zu BRL/CHF April 2012 bis März 2013 von 0.477321417 (Quelle: Eidgenössische Steuerverwaltung).

28. Wie obenstehender Tabelle 1 zu entnehmen ist, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

29. Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens besteht grundsätzlich Meldepflicht, wenn mindestens zwei beteiligte Unternehmen die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschreiten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Gemäss Ziff. I der Mitteilung: Neue Praxis bei Zusammenschlussvorhaben vom 25.3.2009, Stand 03.5.2011[12] (nachfolgend: Mitteilung neue Praxis), besteht die Meldepflicht ausnahmsweise dann nicht, wenn das Gemeinschaftsunternehmen einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz[13] aufweist (d.h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind.

30. Das GU wird für den Ankauf von und den Handel mit Zucker weltweit verantwortlich sein. […]. Der STS Branch wird anschliessend den Weiterverkauf an Dritte ausserhalb Brasiliens organisieren, was auch Verkäufe an in der Schweiz ansässige Zuckerhandelsunternehmen beinhaltet. Für das GU besteht daher ein Bezug zur Schweiz und damit eine Meldepflicht in der Schweiz. Das zweite von den Parteien gemeinsam gehaltene Unternehmen in Brasilien weist weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz auf. […]. Für das zweite von den Parteien gemeinsam gehaltene Unternehmen in Brasilien besteht daher kein Bezug zur Schweiz und damit keine Meldepflicht.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

31. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.3.1 Relevante Märkte

33. Um die relevanten Märkte sowohl in sachlicher wie auch räumlicher Hinsicht zu definieren, werden im Folgenden zuerst die Lieferkette im Bereich Zucker dargestellt sowie einige Vorbemerkungen angebracht.

[10] Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 9 KG N 45.

[11] Das Geschäftsjahr von Cargill dauerte vom 1.6.2012 bis zum 31.5.2013. Das Geschäftsjahr von Copersucar dauerte vom 1.4.2012 bis zum 31.3.2013.

[12] Abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch> unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren (22.7.2014).

[13] Ausschlaggebend für die geographische Zuordnung der Umsätze ist grundsätzlich der Standort der Nachfrager, d.h. der Ort, an den vertragsgemäss ein Produkt geliefert wird (Leistungsort) bzw. an dem der Wettbewerb mit alternativen Lieferanten um Kunden stattfindet (vgl. Ziff. III Mitteilung neue Praxis).

Zucker-Lieferkette

34. In der Zucker-Lieferkette können im Wesentlichen die folgenden Phasen unterschieden werden: Produktion von Zuckerrohr und Zuckerrüben; Verarbeitung von Zuckerrohr in Rohzucker und weissen Zucker sowie von Zuckerrüben in weissen Zucker; Handel mit Rohzucker und weissem Zucker (sog. „trading"),[14] der sowohl den physischen Handel als auch den Derivatehandel umfasst; Logistik und Transport von Zucker; Vertrieb des Zuckers durch Grosshändler an industrielle Kunden (verarbeitende Industrie) und Detailhändler.

35. Vom weltweit produzierten Zucker werden 79 % aus Zuckerrohr[15] und der Rest aus Zuckerrüben gewonnen. Zuckerrohr wird in tropischen und subtropischen Gebieten angebaut, während Zuckerrüben in Ländern mit gemässigtem Klima, z.B. in der Schweiz, angepflanzt werden. Aus den Zuckerrohrpflanzen wird Zuckerrohrsaft extrahiert, welcher zu Rohzucker verarbeitet wird. Rohzucker als sog. „low quality white" (LQW-)Zucker ist für den Massenumschlag, die Lagerung und den Transport geeignet und wird üblicherweise in Säcke à 50 kg oder 1'000 kg abgepackt. Rohzucker wird entweder eingelagert oder an Raffinerien geliefert, die diesen mittels Waschprozess, Filtration und weiteren Reinigungsprozessen zu raffiniertem weissen Zucker verarbeiten. Bei der Herstellung von Zucker aus Zuckerrüben werden mittels Entsaftung, Filtration, Reinigung, Konzentrierung und Zentrifugierung weisse Zuckerkristalle granuliert. Die Verarbeitung von sowohl Zuckerrohr als auch von Zuckerrüben und das Abpacken finden oftmals nahe des Ernteortes statt.

36. Die weltweit grössten Zuckerproduzenten sind Brasilien, Indien, die EU, China, Thailand, die USA, Mexiko und Pakistan[16]; 2012/13 lag die Weltzuckerproduktion (aus Zuckerrohr und -rüben) bei 177 Mio. Tonnen[17]. In der Schweiz wurden 2013 insgesamt 217'155 Tonnen Zucker ausschliesslich aus Zuckerrüben produziert.[18]

37. Ungefähr 70 % des weltweit produzierten Zuckers werden gemäss Parteien direkt im Produktionsland konsumiert; die verbleibenden 30 % werden international gehandelt. Brasilien ist der grösste Exporteur von Zucker, gefolgt von Thailand, der EU, Australien und Mexiko; die grössten (Netto-)Importeure sind Indonesien, China, die EU, die USA, Malaysia, Nigeria, der Iran, Süd-Korea und Japan.[19] In der Schweiz wurden im Jahr 2013 ungefähr 185'875 Tonnen Zucker importiert[20], wobei der Grossteil davon weisser Zucker war. Im Erntejahr 2012/2013 wurden nur gerade 4'600 Tonnen Rohzucker in die Schweiz importiert.[21]

38. Der Zuckerhandel besteht aus dem weltweiten Ankauf von Zucker (Rohzucker und weissem Zucker) und dem eigentlichen weltweiten Handel mit bzw. Verkauf von Zucker. Händler (sog. „traders") kaufen Zucker von Produzenten/Verarbeitern oder anderen Händlern und verkaufen diesen einerseits wiederum an andere Händler und andererseits an Grosshändler, Raffinerien oder industrielle Kunden (zusammen nachfolgend: Nicht-Händler).

39. Der An- und Verkauf von Zucker erfolgt in unterschiedlichen Formen. Zucker wird einerseits physisch gehandelt mittels Abschluss von strukturierten Verträgen mit Zuckerproduzenten, mittels Abschluss von sog. „spot" und „forward" Verträgen mit Zuckerproduzenten oder -händlern und mittels Entgegennahme von physischen Lieferungen, welche an einer Börse erworben wurden (sog. „taking delivery in port"). Andererseits wird an internationalen Rohstoffbörsen mit auf Zucker basierenden Derivaten gehandelt (sog. „paper trading"). Rohzucker wird an der Börse Intercontinental Exchange (ICE) in New York unter dem sog. „No. 11 (World) sugar contract" gehandelt, während Futures mit Bezug auf raffinierten weissen Zucker an der Börse London International Financial Futures and Options Exchange (LIFFE) in London unter dem so genannten „No. 5 sugar contract" gehandelt werden.

40. Der Vertrieb von Zucker beinhaltet die Belieferung (durch Grosshändler) von Kunden mit Zucker. Diese Kunden benötigen den Zucker entweder als Bestandteil ihrer eigenen Produkte oder verkaufen den Zucker an Konsumenten. Die wichtigsten Abnehmer sind industrielle Kunden, welche in der Nahrungsmittel- und Getränkeindustrie tätig sind, und Detailhandelsketten, die Zucker in kleinen Verpackungen an Konsumenten verkaufen.

Vorbemerkungen

41. Wie bereits in Rz 4 erwähnt, wird das neu zu gründende GU im Zuckerhandel (An- und Verkauf) tätig sein. Das GU wird nicht tätig sein in der Zuckerproduktion und -verarbeitung, in der Logistik und dem Transport sowie dem Vertrieb von Zucker, mit Ausnahme des Vertriebs in Indien, China und […] (vgl. unten, Rz 82). Die Parteien werden diese Aktivitäten weiterhin unabhängig voneinander ausüben. Somit entstehen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben vertikale Beziehungen (vgl. unten, Rz 79 ff.).

42. Nebst dem Zuckerhandel sind Cargill und Copersucar (letztere durch die Produktionsgemeinschaften) in der Produktion und der Lieferung von sowie dem Handel mit Ethanol tätig. Diese Aktivitäten sind nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens; das neu zu gründende GU wird gemäss Meldung nicht in diesen Bereichen tätig sein.

43. Cargill ist in der Schweiz in diversen weiteren Bereichen (vgl. oben, Rz 2) tätig (vgl. auch unten, Rz 77). Weder Copersucar noch das neu zu gründende GU ist bzw. wird laut Meldung in der Schweiz in diesen Bereichen aktiv bzw. tätig sein. Somit bestehen hinsichtlich der in Rz 2 genannten Bereiche keine horizontalen Überschneidungen oder vertikalen Beziehungen.

[14] Verkäufe können dabei auch zwischen nicht direkt benachbarten Teilnehmern der Lieferkette gemacht werden, d.h. Produzenten/Verarbeiter liefern bspw. direkt an Grosshändler.
[15] Quelle gemäss Meldung: International Sugar Organisation (ISO, <http://www.isosugar.org/>).
[16] Quelle gemäss Meldung: ISO (Fn 15).
[17] Quelle gemäss Parteien: United States Department of Agriculture (USDA, <http://www.ers.usda.gov/data-products/sugar-and-sweeteners-yearbook-tables.aspx#25440>).
[18] Quelle gemäss Parteien: Schweizer Zucker AG (<www.zucker.ch>).
[19] Quelle gemäss Meldung: ISO (Fn 15).
[20] Quelle gemäss Parteien: Schweizer Zucker AG (<www.zucker.ch>).
[21] Quelle gemäss Meldung: ISO (Fn 15).

44. Vorliegend werden daher lediglich diejenigen relevanten Märkte definiert, in welchen das GU tätig sein wird.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

45. 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).

46. Bis anhin hat sich weder die WEKO noch die EU-Kommission mit der Frage auseinandergesetzt, wie die Marktabgrenzung im Bereich Zuckerhandel vorzunehmen ist. Im Entscheid *The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy* hat die WEKO festgehalten, dass der physische Handel mit Rohstoffen einerseits und der nicht-physische Handel mit Rohstoffderivaten andererseits separate sachlich relevante Märkte darstellen.[22] Auch die EU-Kommission kam zum Schluss, dass es wohl angebracht wäre, zwischen dem physischen Handel und dem Finanzhandel mit Rohstoffen[23] zu unterscheiden.[24] Dabei liess sie offen, ob diese Märkte allenfalls nach dem gehandelten Rohstoff weiter zu unterteilen wären.[25]

47. Die Parteien sind der Ansicht, dass der physische Handel mit Zucker und der auf Zucker basierende Derivatehandel unterschiedliche – wenn auch eng verbundene – sachlich relevante Märkte darstellen.

48. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann von einem Markt für den physischen Handel mit Zucker und einem Markt für den Handel mit auf Zucker basierenden Derivaten ausgegangen werden. Die Frage, ob allenfalls eine weitere Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes – nämlich ein Markt für den Handel mit Zucker insgesamt – vorzunehmen wäre, kann mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser vorläufigen Prüfung offengelassen werden. Aus diesem Grund offengelassen werden kann ebenfalls die Frage, ob eine Unterteilung nach gehandeltem Rohstoff – vorliegend Zucker – angebracht ist oder aber ein eigenständiger sachlich relevanter Markt für den Handel mit Rohstoffen bzw. eigenständige sachlich relevante Märkte für den physischen Handel mit Rohstoffen und für den Handel mit auf Rohstoffen basierenden Derivaten abgegrenzt werden sollte(n).

49. Zuckerarten werden nach ihrem Reinheitsgrad unterschieden.[26] Weisser Zucker hat den höchsten Reinheitsgrad (45 Icumsa colour) und wird üblicherweise direkt zum Verbrauch durch Konsumenten gekauft. LQW-Zucker (vgl. oben, Rz 35) ist von geringerer Qualität (100 bis 150 Icumsa colour) und daher günstiger als weisser Zucker. Er ist zwar zur Konsumation geeignet, wird aber von Konsumenten in entwickelten Ländern normalerweise nicht verzehrt. Rohzucker hat den tiefsten Reinheitsgrad (400 bis 3000 Icumsa colour).

50. Die Parteien sind der Ansicht, dass eine Unterteilung in Rohzucker/LQW-Zucker und weissen Zucker nicht angebracht sei. Dies aus folgendem Grund: Aus Handelssicht bestehe absatzseitig ein hohes Mass an Substituierbarkeit. Händler einer Zuckerart – und bis zu einem gewissen Grade auch Händler anderer Agrarrohstoffe – könnten einfach auf den Handel mit einer anderen Zuckerart umstellen, da sie bereits über das notwendige Know-How, die Systeme, den Logistikzugang etc. verfügten. Dies zeige sich auch im Umstand, dass sämtliche der wichtigsten internationalen Zuckerhändler wie namentliche Sucres & Denreés, ED&F Man, Bunge, Wilmar International Limited (nachfolgend: Wilmar) und Louis Dreyfus Commodities (nachfolgend: LDC) sowohl mit Rohzucker als auch mit weissem Zucker handeln.[27]

51. Aus Sicht von Nicht-Händlern, welche im Falle von Rohzucker typischerweise Raffinerien und im Falle von weissem Zucker industrielle Kunden sind, besteht nachfrageseitig jedoch eher eine geringe Substituierbarkeit.

52. Vorliegend kann auch die Frage, ob der physische Handel mit Zucker und der mit auf Zucker basierende Derivatehandel (vgl. oben, Rz 48) die sachlich relevanten Märkte darstellen oder aber eine engere Abgrenzung nach den genannten Zuckerarten vorzunehmen ist, letztlich jedoch offengelassen werden, da diese das Ergebnis der vorliegenden Analyse nicht verändert.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

53. 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).

54. Wie bereits in Rz 46 erwähnt, haben sich weder die WEKO noch die EU-Kommission mit der Marktabgrenzung im Bereich des Zuckerhandels auseinandergesetzt.

55. Im Fall *ED&F Man Group/Volcafé Gruppe*, welcher den Grosshandel mit grünem Kaffee (ungeröstete Kaffeebohnen) – einem bezüglich Lieferkette ähnlichen Rohstoff – betraf, ist die WEKO von einem weltweiten Markt ausgegangen, liess die räumliche Marktabgrenzung mangels Einfluss auf das Ergebnis aber letztlich offen.[28] Im Fall *The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy* betreffend den physischen und nicht-physischen Handel mit u.a. Erdöl und -derivaten (vgl. oben, Rz 46) ist die WEKO ebenfalls von einem weltweiten Markt ausgegangen, da für diese Rohstoffe

[22] Vgl. RPW 2007/4, 640 Rz 6 ff., *The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy*.

[23] Dabei werden vier traditionelle Kategorien von Handelsrohstoffen aufgezählt: Energie, Metalle, softe Rohstoffe wie Baumwolle und Agrarprodukte. Vgl. Case No COMP/M.5844 (2010), Rz 8 Fn 5, JP *Morgan/RBS Sempra*.

[24] Vgl. Case No COMP/M.5844 (2010), Rz 10 ff. m.w.V., *JP Morgan/RBS Sempra*.

[25] Vgl. Case No COMP/M.5844 (2010), Rz 13, 16, 19 und 21 m.w.V., *JP Morgan/RBS Sempra*. Vgl. dazu auch Case No IV/M.1376 (1999), Rz 6 ff., *Cargill/Continental Grain*; Case No COMP/M.6740 (2012), Rz 9 Fn 10, *Baywa/Cefetra*.

[26] Die Einteilung erfolgt gemäss der International Commission for Uniform Methods of Sugar Analysis (Icumsa, <http://www. icumsa.org/>).

[27] Die Parteien verweisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die brasilianische Wettbewerbsbehörde CADE, welche sich bereits mit dem Zuckerhandelsmarkt auseinandergesetzt hat, keine separaten Märkte für Rohzucker und weissen Zucker abgegrenzt habe.

[28] Vgl. RPW 2004/4, 1124 Rz 19 f., *ED&F Man Group/Volcafé Gruppe*.

Weltmarktpreise bestehen und die überwiegende Mehrheit der Kunden auf globaler Ebene agieren würde.[29] Schliesslich ging die WEKO auch in einem Fall, der u.a. den Handel mit Derivaten betraf, von einer internationalen Dimension aus.[30]

56. Die EU-Kommission hat die Märkte für den physischen Handel mit Rohstoffen und den Finanzhandel mit Rohstoffen (vgl. oben, Rz 46) in manchen Fällen als weltweit und in anderen Fällen als enger wie bspw. den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) oder den nordischen Raum umfassend definiert.[31]

57. Die Parteien gehen davon aus, dass die Märkte im Zuckerhandel (vgl. oben, Rz 47) in räumlicher Hinsicht weltweit abzugrenzen seien, da Zucker ein Rohstoff sei, der weltweit gehandelt werde, es einen weltweiten Referenzpreis für Zucker basierend auf den Preisen der Börsen ICE (Rohzucker) und LIFFE (weisser Zucker) gebe[32], die Frachtkosten nur gerade [0-10] % des Preises von Rohzucker bzw. weissem Zucker ausmachen würden und die Mehrheit der wichtigsten Zuckerhändler weltweit tätig sei.

58. Auch wenn die Parteien grundsätzlich von einem weltweiten Markt für den physischen Handel mit Zucker ausgehen, wären gemäss Parteien die EU und die USA von diesen weltweiten Märkten auszunehmen, da diese mit Bezug auf die Zuckerproduktion und den Zuckerimport stark reguliert sind.[33] Zwischen der Schweiz und der EU besteht ein Freihandelsabkommen bezüglich Zucker, wonach weder die EU noch die Schweiz Import- oder Exportzölle auf physische Zuckerlieferungen erheben. Die Schweiz erhebt Importzölle auf aus Ländern ausserhalb des EWR importierten Zucker[34] und Schweizer Zuckerrüben-Bauern erhalten staatliche Subventionen[35]. Nach Ansicht der Parteien ist es vorliegend nicht nötig, die regulatorischen Rahmenbedingungen in der Schweiz einer näheren Analyse zu unterziehen, […].

59. Die vorab besprochenen Märkte im Bereich Zuckerhandel (vgl. oben, Rz 45 ff.) können vorliegend als weltweit definiert werden. Letztlich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung aber mangels Einfluss auf die vorliegende Analyse offengelassen werden.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

60. 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 (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.3.2.1 Betroffene Märkte

Märkte für den Handel mit auf Zucker basierenden Derivaten

61. Unten stehende Tabelle 2 zeigt den Anteil an offenen Positionen[36] der Parteien (nach Volumen) an der Börse ICE (Rohzucker) für die Zeitabschnitte 2012, 2013, Januar bis März 2014 sowie Januar 2012 bis März 2014 auf Monatsbasis.[37]

Tabelle 2: Anteil offene Positionen der Parteien an der ICE (Rohzucker), Monatsbasis.

Händler	2012		2013		Jan-Mär 2014		Jan 2012 – Mär 2014	
	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil
Cargill	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Copersucar	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Kumuliert	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Markt insgesamt	707‘535	100 %	838‘432	100 %	819‘606	100 %	778‘017	100 %

Quelle: Angaben der Parteien.

[29] Vgl. RPW 2007/4, 640 Rz 8 und 12, *The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy*.
[30] Vgl. RPW 2007/4, 572 Rz 95, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.
[31] Vgl. Case No COMP/M.5844 (2010), Rz 14 und 20 f. m.w.V., *JP Morgan/RBS Sempra*.
[32] Gemäss Parteien werden alle Zuckerhandelsverträge mit Ausnahme der Verträge betreffend die EU (vgl. unten, Rz 58) auf der Grundlage der ICE und LIFFE Referenzpreise verhandelt.
[33] Die europäische Zuckerpolitik befasst sich vornehmlich mit folgenden Bereichen: Verwaltung der Quoten, Grundreferenzpreis und garantierter Mindestpreis für Landwirte sowie handelspolitische Maßnahmen. Vgl. <http://ec.europa.eu/agriculture/sugar/index_de. htm> (22.7.2014).
[34] Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 26.10.2011 über die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrareinfuhrverordnung, AEV; SR 916.01).
[35] Art. 1 Abs. 1 Bst. e der Verordnung vom 23.10.2013 über Einzelkulturbeiträge im Pflanzenbau (Einzelkulturbeitragsverordnung, EKBV; SR 910.17).
[36] Die Parteien haben die Anteile ihrer monatlich offenen Positionen (sog. „open interest“), welche sie an der Börse ICE halten, als Summe des Volumens ihrer Positionen Ende jedes Monats für jeden gehandelten Vertrag, dividiert durch die insgesamt im Markt befindlichen offenen Positionen am Ende jedes Monats berechnet. Diese wurden dann für die Zeitabschnitte 2012, 2013, Januar bis März 2014 und Januar 2012 bis März 2014 gemittelt.
[37] Die Parteien haben keine Kenntnis von Daten, welche eine Marktanteilsschätzung für einen hypothetischen Schweizer Markt ermöglichen, da nur die internationalen Börsen Statistiken hierzu führen.

62. Die Parteien sind der Ansicht, dass der Anteil an offenen Positionen Ende jedes Monats stellvertretend für ihre Aktivitäten im Handel mit auf Zucker basierenden Derivaten steht. Cargill weist dennoch zum Vergleich den Anteil an offenen Positionen (nach Volumen) an der Börse ICE (Rohzucker) auf Tagesbasis aus (vgl. Tabelle 3).[38] Aus Tabellen 2 und 3 geht hervor, dass sich die Marktanteilsschätzungen (in Bezug auf Cargill) auf Monatsbasis nicht wesentlich von den Marktanteilsschätzungen auf Tagesbasis unterscheiden.

Tabelle 3: Anteil offene Positionen von Cargill an der ICE (Rohzucker), Tagesbasis.

Händler	2012		2013		Jan-Mär 2014		Jan 2012 – Mär 2014	
	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil
Cargill	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Markt insgesamt	707‘535	100 %	838‘432	100 %	819‘606	100 %	778‘017	100 %

Quelle: Angaben von Cargill.

63. Unten stehende Tabelle 4 zeigt den Anteil an offenen Positionen[39] der Parteien (nach Volumen) an der Börse LIFFE (weisser Zucker) für die in Rz 61 erwähnten Zeitabschnitte auf Monatsbasis.

Tabelle 4: Anteil offene Positionen der Parteien an der LIFFE (weisser Zucker), Monatsbasis.

Händler	2012		2013		Jan-Mär 2014		Jan 2012 – Mär 2014	
	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil
Cargill	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Copersucar	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Kumuliert	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Markt insgesamt	66‘397	100 %	67‘151	100 %	76‘522	100 %	67‘856	100 %

Quelle: Angaben der Parteien.

64. Auch hierzu weist Cargill zusätzlich zum Vergleich ihren Anteil an offenen Positionen (nach Volumen) an der Börse LIFFE (weisser Zucker) auf Tagesbasis aus (vgl. Tabelle 5). Die Marktanteilsschätzungen (in Bezug auf Cargill) auf Monatsbasis unterscheiden sich wiederum nicht wesentlich von den Marktanteilsschätzungen auf Tagesbasis.

Tabelle 5: Anteil offene Positionen von Cargill an der LIFFE (weisser Zucker), Tagesbasis.

Händler	2012		2013		Jan-Mär 2014		Jan 2012 – Mär 2014	
	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil	Volumen	Anteil
Cargill	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %
Markt insgesamt	66‘397	100 %	67‘151	100 %	76‘522	100 %	67‘856	100 %

Quelle: Angaben von Cargill.

65. In den Märkten für den Handel mit auf Rohzucker bzw. weissem Zucker basierenden Derivaten liegen die weltweiten Marktanteile der Parteien – unabhängig davon, ob monats- oder tagesbasiert – unter 10 %. Es liegen somit keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

Märkte für den physischen Handel mit Zucker

66. Bezüglich der Marktanteilsschätzung im Markt für den physischen Handel mit Zucker ist laut Parteien auf zwei Probleme hinzuweisen. Erstens gebe es keine genauen Daten zum Umfang des Zuckerhandels, d.h. zur

[38] […].
[39] Vgl. Ausführungen in Fn 36 analog für die Börse LIFFE.

gehandelten Menge Zucker, da innerhalb der Handelskette das gleiche Volumen mehrfach zwischen Zuckerhändlern gehandelt werde und für die Parteien nicht ersichtlich sei, wie oft die jeweilige Zuckermenge weitergehandelt werde. Die Parteien verwenden aus diesem Grunde zwei stellvertretende Grössen, die zu einem gewissen Masse Aufschluss darüber geben, wie viel Zucker in den globalen Zuckerhandel einfliesst und somit Aussagen über das Handelsvolumen zulassen: Die weltweite Produktionsmenge an Zucker sowie die weltweiten Exporte an Zucker.[40]

67. Zweitens haben die Parteien keine verlässlichen Daten mit Bezug auf die räumliche Zuordnung ihrer Verkäufe, da ein verkaufender Zuckerhändler zum Zeitpunkt des Verkaufes zumeist nicht wisse, wo sich der Zielort des Zuckers befinde. Dies ist gemäss Parteien auf folgenden Umstand zurückzuführen: Im Zuckerhandel werde Zucker massenweise auf zwei Arten, nämlich CNF (sog. „cost, no insurance & freight") oder FOB (sog. „free on board") verkauft. Während bei CNF-Verkäufen der Verkäufer für den Transport verantwortlich sei, sei bei FOB-Verkäufen der Käufer für den Transport zuständig. Somit kenne der Händler den Zielort des verkauften Zuckers nur, falls er den Zucker auf CNF-Basis verkaufe. Grundsätzlich würden Verkäufe an Nicht-Händler (vgl. oben, Rz 38) – im Gegensatz zu Verkäufen an andere Händler – auf CNF-Basis getätigt, woraus sich ergibt, dass die Parteien nur dann ihre Verkäufe räumlich zuordnen können, wenn sie Zucker direkt an Nicht-Händler verkaufen.

68. Folgende Tabelle 6 zeigt die weltweiten volumenbasierten[41] Marktanteile der Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 im Markt für den physischen Handel mit Zucker.

Tabelle 6: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit Zucker, weltweit, 2012/2013.

Händler	**Verkäufe[42] (in t, Tsd.)**	**Marktanteile 2012/2013 basierend auf der**	
		weltweit produzierten Zuckermenge von 182,199 Mio. t	**weltweit exportierten Zuckermenge von 57,414 Mio. t**
Cargill	[…]	[0-10] %	[10-20] %
Copersucar	[…]	[0-10] %	[10-20] %
Kumuliert	[…]	[0-10] %	[20-30] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

69. Wie in Tabelle 6 ersichtlich ist, weisen die Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 im weltweiten Markt für den physischen Handel mit Zucker – gestützt auf die weltweit produzierte Zuckermenge als Marktvolumen – mit einer relativ geringen Marktanteilsaddition einen gemeinsamen Marktanteil von [0-10] % auf. Dieser liegt somit unter der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Marktanteilsschwelle. Nimmt man hingegen die weltweit exportierte Zuckermenge als Basis, haben die Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 im weltweiten Markt für den physischen Handel mit Zucker einen gemeinsamen Marktanteil von [20-30] %, welcher somit knapp über der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Schwelle für einen betroffenen Markt liegt (vgl. auch unten, Rz 84 ff.).

70. Die in Tabelle 6 dargestellten Marktanteile sind nach Ansicht der Parteien zu hoch ausgewiesen, da die weltweiten Verkäufe der Parteien – mit Ausnahme der Verkäufe zwischen Cargill und Copersucar (vgl. dazu Fn 42) – auch Verkäufe an andere Händler enthalten, welche ihrerseits das gleiche Volumen wiederum an andere Händler und Nicht-Händler verkaufen. Aus diesem Grund haben die Parteien die Verkäufe an andere Händler von ihren weltweiten Verkäufen abgezogen und zusätzlich ihre Marktanteile im Markt für den physischen Handel mit Zucker – gestützt auf die Menge an weltweit exportiertem Zucker als Marktvolumen – basierend auf ihren CNF-Verkäufen[43] angegeben (vgl. Tabelle 6a).

Tabelle 6a: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit Zucker (CNF-Verkäufe), weltweit, 2012/2013.

Händler	**CNF-Verkäufe (in t, Tsd.)**	**Marktanteile 2012/2013 basierend auf der weltweit exportierten Zuckermenge von 57,414 Mio. t**
Cargill	[…]	[0-10] %
Copersucar	[…]	[0-10] %
Kumuliert	[…]	[0-10] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

[40] Gemäss Parteien gibt es keine Daten zu einem hypothetischen Schweizer Markt, da keine Schätzungen über dessen Gesamtvolumen gemacht werden können (vgl. auch oben, Rz 67).

[41] Laut Parteien gibt es keine verlässlichen öffentlichen Daten zum Wert des gehandelten Zuckers, weshalb die in Tabelle 6 wie auch in den nachfolgenden Tabellen 7 bis 13 ausgewiesenen Marktanteile volumenbasiert sind.

[42] Die weltweiten Verkäufe der Parteien umfassen alle ihre FOB- und CNF-Verkäufe (vgl. oben, Rz 67), womit sämtliche Verkäufe an andere Händler und Nicht-Händler enthalten sind. Nicht enthalten sind hingegen Verkäufe im Produktionsland, da die Parteien ihre Marktanteile im internationalen Handel schätzen. Ebenfalls nicht enthalten sind alle internationalen Verkäufe zwischen den Parteien.

[43] Stellvertretend für Verkäufe an Nicht-Händler stellen die Parteien auf ihre CNF-Verkäufe ab, […].

71. Im Falle einer engeren sachlichen Marktabgrenzung (vgl. oben, Rz 49 ff.) – vorliegend einem Markt für den physischen Handel mit Rohzucker und einem Markt für den physischen Handel mit weissem Zucker – weisen unten stehende Tabellen 7 und 8 die weltweiten volumenbasierten Marktanteile der Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 in den genannten Märkten aus.

Tabelle 7: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit Rohzucker[44], weltweit, 2012/2013.

Händler	**Verkäufe[45] (in t, Tsd.)**	**Marktanteile 2012/2013 basierend auf der**	
		weltweit produzierten Rohzuckermenge von 49,194 Mio. t[46]	**weltweit exportierten Rohzuckermenge von 32,495 Mio. t**
Cargill (Rohzucker)	[…]	[10-20] %	[10-20] %
Copersucar (Rohzucker)	[…]	[10-20] %	[10-20] %
Copersucar (LQW-Zucker)	[…]	-	-
Copersucar (Rohzucker & LQW)	[…]	[10-20] %	[10-20] %
Kumuliert (Rohzucker)	[…]	[20-30] %	[30-40] %
Kumuliert (Rohzucker & LQW)	[…]	[20-30] %	[30-40] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

72. Im weltweiten Markt für den physischen Handel mit Rohzucker haben die Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 – gestützt auf die weltweit produzierte Rohzuckermenge als Marktvolumen – einen gemeinsamen Marktanteil von [20-30] % (vgl. Tabelle 7). Bezieht man die Verkäufe von LQW-Zucker von Copersucar mit ein (vgl. dazu Fn 44), ist der gemeinsame Marktanteil der Parteien mit [20-30] % nicht wesentlich höher. Diese Marktanteile liegen über der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Marktanteilsschwelle.

73. Basierend auf der weltweit exportierten Rohzuckermenge als Marktvolumen ergibt sich für das Geschäftsjahr 2012/2013 ein Marktanteil von [30-40] % bzw. – unter Einbezug der Verkäufe an LQW-Zucker von Copersucar – von [30-40] % im weltweiten Markt für den physischen Handel mit Rohzucker (vgl. Tabelle 7), welche somit über der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Schwelle für einen betroffenen Markt liegen (vgl. auch unten, Rz 84 ff.).

74. Wie in Tabelle 8 ersichtlich ist, weisen die Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 im weltweiten Markt für den physischen Handel mit weissem Zucker – gestützt auf die weltweit produzierte Menge an weissem Zucker als Marktvolumen – einen gemeinsamen Marktanteil von [0-10] % auf. In diesem Markt entsteht keine Marktanteilsaddition, […][47] […]. Bezieht man wiederum die Verkäufe von LQW-Zucker von Copersucar mit ein, ist der gemeinsame Marktanteil der Parteien mit [0-10] % nicht wesentlich höher. Diese Marktanteile liegen somit klar unter der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Marktanteilsschwelle.

[44] Bei einer Trennung von Rohzucker und weissem Zucker stellt sich die Frage, welcher Kategorie LQW-Zucker (vgl. oben, Rz 49 ff.) zuzuordnen ist. Einerseits handelt es sich bei LQW-Zucker um ein teilweises Substitut zu Rohzucker, da daraus mit weiterer Bearbeitung weisser Zucker hergestellt wird. Andererseits ist LQW-Zucker im Unterschied zu Rohzucker ohne weitere Bearbeitung zum menschlichen Verzehr geeignet. Laut Parteien gibt es keine öffentlich verfügbaren Statistiken bezüglich LQW-Zucker, weshalb Copersucar seine Verkäufe an LQW-Zucker separat ausweist. Diese werden dann sowohl den Verkäufen an Rohzucker wie auch den Verkäufen an weissem Zucker (vgl. Tabelle 8) zugeordnet. […], ist jedoch der Ansicht, dass diese keinen wesentlichen Unterschied bei der Marktanteilsberechnungen im Bereich Rohzucker bzw. weissem Zucker (vgl. Tabelle 8) machen würden.

[45] Vgl. Ausführungen in Fn 42.

[46] Gemäss Parteien gibt es keine öffentlich verfügbaren Daten, welche die weltweite Produktion von Rohzucker und weissem Zucker getrennt ausweisen. Die Parteien haben ihre Marktanteile im Markt für den physischen Handel mit Rohzucker bzw. mit weissem Zucker (vgl. Tabelle 8) basierend auf einer von Cargill vorgenommenen Schätzung, dass ca. 27 % des weltweit produzierten Zuckers Rohzucker und ca. 73 % weissen Zucker darstellen, berechnet.

[47] […].

Tabelle 8: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit weissem Zucker[48], weltweit, 2012/2013.

Händler	Verkäufe[49] (in t, Tsd.)	Marktanteile 2012/2013 basierend auf der	
		weltweit produzierten Menge an weissem Zucker von 133,005 Mio. t[50]	weltweit exportierten Menge an weissem Zucker von 24,919 Mio. t
Cargill (weisser Zucker)	[…]	[0-10] %	[0-10] %
Copersucar (weisser Zucker)	[…]	[0-10] %	[0-10] %
Copersucar (LQW-Zucker)	[…]	-	-
Copersucar (weisser Zucker & LQW)	[…]	[0-10] %	[0-10] %
Kumuliert (weisser Zucker)	[…]	[0-10] %	[0-10] %
Kumuliert (weisser & LQW)	[…]	[0-10] %	[0-10] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

75. Nimmt man die weltweit exportierte Menge an weissem Zucker als Basis, verfügen die Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 im Markt für den physischen Handel mit weissem Zucker über einen gemeinsamen Marktanteil von [0-10] %, wobei dieser nicht durch eine Marktanteilsaddition zustande kommt, […]. Unter Einbezug der Verkäufe an LQW-Zucker von Copersucar (vgl. dazu Fn 44) ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil von [0-10] %. Diese Marktanteile liegen damit auch in diesem Fall klar unter der in Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU genannten Schwelle für einen betroffenen Markt (vgl. auch unten, Rz 93).

76. Analog zum Markt für den physischen Handel mit Zucker im Allgemeinen (vgl. oben, Rz 70), d.h. von Rohzucker und weissem Zucker, weisen die Parteien zusätzlich ihre Marktanteile im weltweiten Markt für den physischen Handel mit Rohzucker (vgl. Tabelle 9) bzw. im weltweiten Markt für den physischen Handel mit weissem Zucker basierend auf ihren CNF-Verkäufen aus (vgl. Tabelle 10).

Tabelle 9: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit Rohzucker (CNF-Verkäufe), weltweit, 2012/2013.

Händler	CNF-Verkäufe (in t, Tsd.)	Marktanteile 2012/2013 basierend auf der weltweit exportierten Rohzuckermenge von 32,495 Mio. t
Cargill (Rohzucker)	[…]	[10-20] %
Copersucar (Rohzucker)	[…]	[0-10] %
Copersucar (LQW-Zucker)	[…]	-
Copersucar (Rohzucker & LQW)	[…]	[0-10] %
Kumuliert (Rohzucker)	[…]	[10-20] %
Kumuliert (Rohzucker & LQW)	[…]	[10-20] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

[48] Vgl. Ausführungen in Fn 44.
[49] Vgl. Ausführungen in Fn 42.
[50] Vgl. Ausführungen in Fn 46.

Tabelle 10: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit weissem Zucker (CNF-Verkäufe), weltweit, 2012/2013.

Händler	CNF-Verkäufe (in t, Tsd.)	Marktanteile 2012/2013 basierend auf der weltweit exportierten Menge an weissem Zucker von 24,919 Mio. t
Cargill (weisser Zucker)	[…]	[0-10] %
Copersucar (weisser Zucker)	[…]	[0-10] %
Copersucar (LQW-Zucker)	[…]	-
Copersucar (weisser Zucker & LQW)	[…]	[0-10] %
Kumuliert (weisser Zucker)	[…]	[0-10] %
Kumuliert (weisser & LQW)	[…]	[0-10] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

77. An dieser Stelle ist zu ergänzen, dass Cargill bezüglich ihrer in Rz 2 genannten Tätigkeiten […]. In diesen Bereichen entstehen keine horizontalen Überschneidungen, womit es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt (vgl. oben, Rz 43).

78. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – gestützt auf die weltweiten Marktanteile – der Markt für den physischen Handel mit Zucker ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist, sofern man den weltweit exportierten Zucker als Basis verwendet (vgl. oben, Rz 69). Bei einer allfälligen weiteren Unterteilung dieses sachlich relevanten Marktes (vgl. oben, Rz 49 ff.) – in casu physischer Handel mit Rohzucker und physischer Handel mit weissem Zucker als eigenständige sachlich relevante Märkte – ist der Markt für den physischen Handel mit Rohzucker ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU (vgl. oben, Rz 72 f.), nicht aber der Markt für den physischen Handel mit weissem Zucker. Deshalb wird nachfolgend die Wettbewerbssituation – d.h. die Wettbewerber und deren Marktanteile, die Marktanteilsentwicklung sowie die Markteintrittsschranken und Markteintritte – auf den betroffenen Märkten dargestellt (vgl. unten, Rz 84 ff.).

79. Zuvor wird jedoch kurz auf die bereits in Rz 41 erwähnten vertikalen Beziehungen zwischen den Parteien und dem neu zu gründenden GU eingegangen. Vertikale Beziehungen bestehen einerseits zwischen dem Zuckerhandel und der Zuckerproduktion/-verarbeitung sowie der Logistik und dem Transport (vorgelagerte Märkte) und andererseits zwischen dem Zuckerhandel und dem Vertrieb (nachgelagerter Markt).[51]

80. Betreffend die Zuckerproduktion bzw. -verarbeitung ist festzuhalten, dass das GU in diesem Bereich nicht aktiv sein wird. Cargill ist mittels Beteiligungen an einigen Zuckerfabriken und -raffinerien in der Zuckerproduktion und -verarbeitung aktiv. Während Copersucar selbst in diesem Bereich nicht tätig ist, produzieren die Produktionsgemeinschaften, in deren Besitz Copersucar ist, Zucker (und Ethanol) in Brasilien. Der gemeinsame volumenbasierte Marktanteil der Parteien in der weltweiten Produktion von Zucker liegt gemäss Parteien im Geschäftsjahr 2012/2013 unter [0-10] %.

81. Das GU wird ebenfalls keine Logistik- oder Transportdienstleistungen anbieten. Cargill und Copersucar betreiben Hafenanlagen und -terminals einzig in Brasilien, wo zahlreiche weitere Hafenanlagen und -terminals von Dritten bestehen. […].

82. Während Copersucar nur im Vertrieb (vgl. oben, Rz 40 f.) von Zucker in Brasilien tätig ist, vertreibt Cargill Zucker in […]. Der Vertrieb von weissem Zucker in China, Indien und […] wird zukünftig durch das GU übernommen. Die EU-Kommission hat die räumlich relevanten Märkte für den Vertrieb von Zucker an industrielle Kunden und Detailhändler kürzlich als national definiert.[52] Das in diesen Ländern vertriebene Volumen an weissem Zucker macht gemäss Parteien nur einen sehr geringen Anteil an deren inländischem Konsum von weissem Zucker aus.

83. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gemäss Meldung die gemeinsamen Marktanteile der Parteien in den dem Markt, in welchem das GU tätig sein wird, vor- und nachgelagerten Märkten unter 30 % liegen, womit die Voraussetzungen für ein vereinfachtes Verfahren in der EU erfüllt sind.[53]

B.3.2.2 Aktueller Wettbewerb

Wettbewerber

84. Gemäss Parteien gibt es zahlreiche bedeutende Wettbewerber im globalen Zuckerhandel. Die Parteien nennen diesbezüglich folgende Unternehmen als ihre fünf stärksten Konkurrenten: Sucres & Denrées, ED&F Man, Bunge, Wilmar und LDC. Weiter zählen die Parteien folgende Unternehmen auf, die zu ihnen im starken Wettbewerb bezüglich Zuckerhandel stehen: Archer Daniels Midland, Noble Group, Olam International und Ecom Agroindustrial/Armajaro Trading.

[51] Die Parteien sind in der Schweiz weder in der Zuckerproduktion bzw. -verarbeitung noch in der Logistik und dem Transport oder dem Vertrieb von Zucker tätig.
[52] Vgl. Case No COMP/M.6286 (2012), Rz 259, *Südzucker/ED&F Man*.
[53] Vgl. Bekanntmachung der Kommission über ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Zusammenschlüsse gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, ABl. C366 vom 14.12.2013 S. 5, Rz 5.

85. Die nachfolgende Tabelle 11 zeigt die Marktanteile der fünf wichtigsten Wettbewerber sowie zum Vergleich den Marktanteil von Copersucar im Geschäftsjahr 2012/2013 im weltweiten physischen Handel mit Zucker auf.

86. Bezüglich der Marktanteilsschätzung der oben genannten Wettbewerber ist laut Parteien anzumerken, dass dazu keine verlässlichen öffentlichen Daten bestehen. […].[54] […].[55] […].

Tabelle 11: Marktanteile der fünf wichtigsten Wettbewerber im physischen Handel mit Zucker, weltweit, 2012/2013.

Wettbewerber	CNF-Verkäufe (in t, Tsd.)	Marktanteile 2012/2013 basierend auf	
		der weltweit exportierten Zuckermenge von 64,209 Mio. t[56]	dem intern verfolgten Zucker-Verkaufsvolumen von 19,615 Mio. t
Sucres & Denrées	[…]	[0-10] %	[10-20] %
ED&F Man	[…]	[0-10] %	[10-20] %
Bunge	[…]	[0-10] %	[0-10] %
Wilmar	[…]	[0-10] %	[0-10] %
LDC	[…]	[0-10] %	[0-10] %
Copersucar[57]	[…]	[0-10] %	[10-20] %

Quelle: Schätzungen der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

87. Aus den in der vierten Spalte der Tabelle 11 dargestellten Marktanteilen der Wettbewerber geht hervor, dass das GU nach seiner Gründung erheblichem Wettbewerbsdruck durch konkurrierende Handelsunternehmen ausgesetzt sein wird.

88. Die Marktanteile der Wettbewerber im Markt für den weltweiten physischen Handel mit Rohzucker liegen nicht vor, da die Parteien gemäss eigener Aussage nicht in der Lage sind, diese Marktanteilsschätzungen nach der Qualität des Zuckers vorzunehmen.

Marktanteilsentwicklung

89. Die Tabellen 12 und 13 zeigen die Entwicklung der weltweiten volumenbasierten Marktanteile der Parteien im Markt für den physischen Handel mit Zucker bzw. im Markt für den physischen Handel mit Rohzucker über die Geschäftsjahre 2010/2011, 2011/2012 und 2012/2013 auf. Die Parteien gehen davon aus, dass die Marktanteile der Wettbewerber in den vergangenen Jahren 2011/2012 und 2010/2011 im Wesentlichen gleich wie in Tabelle 11 dargestellt waren.

Tabelle 12: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit Zucker, weltweit, 2010/2011 bis 2012/2013.[58]

Händler	2010/2011		2011/2012		2012/2013	
	Verkäufe[59] (in t, Tsd.)	MA	Verkäufe (in t, Tsd.)	MA	Verkäufe (in t, Tsd.)	MA
Cargill	[…]	[20-30] %	[…]	[10-20] %	[…]	[10-20] %
Copersucar	[…]	[0-10] %	[…]	[0-10] %	[…]	[10-20] %
Kumuliert	[…]	[20-30] %	[…]	[20-30] %	[…]	[20-30] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

90. Im Geschäftsjahr 2012/2013 weisen die Parteien im weltweiten Markt für den physischen Handel mit Zucker einen Marktanteil von [20-30] % auf. In den vorangehenden Jahren waren die gemeinsamen Marktanteile mit [20-30] % im Geschäftsjahr 2011/2012 und mit [20-30] % im Geschäftsjahr 2010/2011 höher (vgl. Tabelle 12). Laut Parteien ist diese Marktanteilsabnahme auf das in den letzten Jahren aufgrund der stärker werdenden Konkurrenz im Zuckerhandel (vgl. unten, Rz 94 ff.) […] zurückzuführen.

91. Auch im Markt für den physischen Handel mit Rohzucker – vorausgesetzt, dass der physische Handel mit Rohzucker einen eigenständigen sachlich relevanten Markt darstellt (vgl. oben, Rz 49 ff.) – sind die gemeinsamen Marktanteile der Parteien in den letzten Jahren

[54] […].
[55] […].
[56] Die von den Parteien hier verwendete weltweit exportierte Zuckermenge von 64,209 Mio. t als Marktvolumen entspricht nicht der in Tabelle 6 angegebenen weltweit exportierten Zuckermenge von 57,414 Mio. t., was dazu führt, dass die angegebenen Marktanteile geringfügig tiefer ausfallen.
[57] […].
[58] Zur Berechnung der in Tabelle 12 aufgeführten Marktanteile wurde analog zu Tabelle 6 die weltweit exportierte Zuckermenge, welche 2010/2011 55,680 Mio. t, 2011/2012 56, 536 Mio. t und 2012/2013 57,414 Mio. t betrug, als Marktvolumen zugrunde gelegt.
[59] Vgl. Ausführungen in Fn 42.

rückläufig. Im Geschäftsjahr 2012/2013 haben die Parteien einen Marktanteil von [30-40] %. Auch in diesem Markt waren die Marktanteile mit [30-40] % bzw. [40-50] % in den vergangenen Jahren 2011/2012 bzw. 2010/2011 höher (vgl. Tabelle 13).

92. Unter Einbezug der Verkäufe an LQW-Zucker von Copersucar (vgl. dazu Fn 44) sind die Marktanteile mit [30-40] % im Geschäftsjahr 2012/2013, [40-50] % im Geschäftsjahr 2011/2012 und [40-50] % im Geschäftsjahr 2010/2011 nicht wesentlich anders (vgl. Tabelle 13). Auch die Marktanteilsabnahme im Markt für den physischen Handel mit Rohzucker ist gemäss Parteien auf das in den letzten Jahren aufgrund der stärker werdenden Konkurrenz im Zuckerhandel […] zurückzuführen. Die zunehmende Konkurrenz im Zuckerhandel wiederum sei ein Resultat der sehr tiefen Markteintrittsschranken (vgl. unten, Rz 94 ff.).

Tabelle 13: Marktanteile der Parteien im physischen Handel mit Rohzucker[60], weltweit 2010/2011 bis 2012/2013.[61]

Händler	2010/2011		2011/2012		2012/2013	
	Verkäufe[62] (in t, Tsd.)	MA	Verkäufe (in t, Tsd.)	MA	Verkäufe (in t, Tsd.)	MA
Cargill (Rohzucker)	[…]	[20-30] %	[…]	[20-30] %	[…]	[10-20] %
Copersucar (Rohzucker)	[…]	[10-20] %	[…]	[10-20] %	[…]	[10-20] %
Copersucar (LQW-Zucker)	[…]	-	[…]	-	[…]	-
Copersucar (Rohzucker & LQW)	[…]	[10-20] %	[…]	[10-20] %	[…]	[10-20] %
Kumuliert (Rohzucker)	[…]	[40-50] %	[…]	[30-40] %	[…]	[30-40] %
Kumuliert (Rohzucker & LQW)	[…]	[40-50] %	[…]	[40-50] %	[…]	[30-40] %

Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Statistiken der ISO und internen Aufzeichnungen.

93. Obwohl der weltweite Markt für den physischen Handel mit weissem Zucker nicht im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen ist (vgl. oben, Rz 74 f.), weisen die Parteien die Entwicklung ihres gemeinsamen Marktanteils in diesem Markt aus. Im Geschäftsjahr 2011/2012 weisen die Parteien einen gemeinsamen Marktanteil von [0-10] % bzw. – unter Einbezug der Verkäufe an LQW-Zucker von Copersucar (vgl. dazu Fn 44) – von [10-20] % auf. Im Geschäftsjahr 2010/2011 hatten die Parteien einen gemeinsamen Marktanteil von [10-20] % bzw. von [10-20] %, falls wiederum die Verkäufe an LQW-Zucker von Copersucar miteinbezogen werden. […].

B.3.2.3 Potentieller Wettbewerb

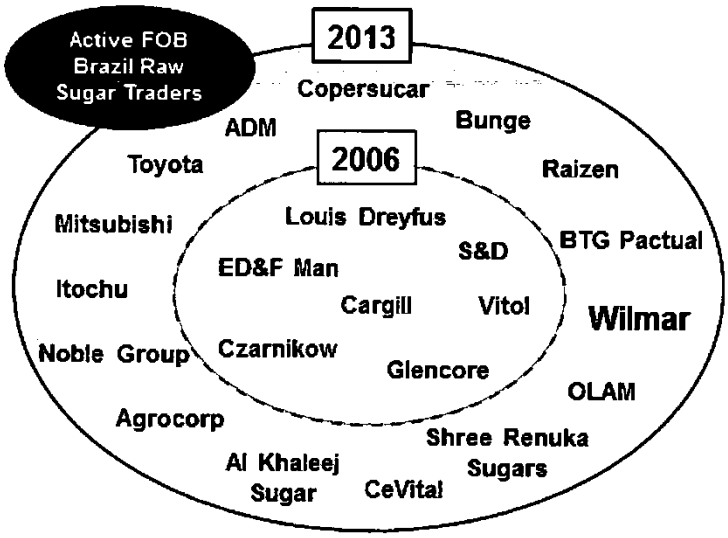
Markteintrittsschranken und Markteintritte

94. Gemäss den Parteien gibt es im Zuckerhandel keine nennenswerten Markteintrittsschranken. Die Möglichkeit eines Markteintritts hänge hauptsächlich davon ab, ob ausreichend finanzielle Mittel und Mitarbeiter zur Verfügung stünden. Insbesondere sei es für Händler möglich, in den globalen Zuckerhandel einzusteigen, ohne dass sie Beteiligungen oder Zugang zu Hafeninfrastrukturen hätten, da die Zuckerverträge, welche an den Börsen ICE und LIFFE gehandelt werden, auf FOB-Basis abgeschlossen würden, wonach der Käufer für den Transport, bspw. das Chartern des Schiffes, zuständig sei (vgl. oben, Rz 67). Know-How und Immaterialgüterrechte würden sodann auch keine nennenswerten Markteintrittsschranken darstellen.

95. Aufgrund dieser tiefen Markteintrittsschranken war und ist laut Parteien eine bedeutende Zunahme des Wettbewerbs im Zuckerhandel zu beobachten. Nachfolgende Abbildung 2 stellt die Markteintritte seit 2006 bildlich dar. Händler, die andere Rohstoffe gehandelt haben und bereits über IT-Systeme, Logistik, Netzwerke und Personal verfügten, haben ihre Tätigkeit auf den Zuckerhandel ausgeweitet. Die Parteien nennen dazu RCMA, ECOM und Agrifert als Beispiele. Einige der Marktteilnehmer haben sich gemäss Meldung vertikal integriert, wobei Produzenten/Raffinerien in den Zuckerhandel expandieren und Händler Beteili-gungen an Produktionsanlagen erwerben, so bspw. Olam International, Noble Group, Bunge, LDC und Glencore. Schliesslich seien auch Zuckerproduzenten in Brasilien in der Lage, auf FOB-Basis Zucker zu verkaufen. Nach Kenntnisstand der Parteien haben kürzlich auch BTG Pactual, eine brasilianische Bank, und Toyota Tsusho Trading mit dem Zuckerhandel begonnen.

[60] Vgl. Ausführungen in Fn 44.
[61] Zur Berechnung der in Tabelle 13 aufgeführten Marktanteile wurde analog zu Tabelle 7 die weltweit exportierte Rohzuckermenge, welche 2010/2011 32,404 Mio. t, 2011/2012 33,533 Mio. t und 2012/2013 32,495 Mio. t betrug, als Marktvolumen zugrunde gelegt.
[62] Vgl. Ausführungen in Fn 42.

Abbildung 2: Markteintritte seit 2006.



Quelle: Angaben der Parteien.

96. Angesichts der voranstehenden Ausführungen der Parteien ist davon auszugehen, dass das GU nicht nur Wettbewerbsdruck durch aktuelle Wettbewerber sondern auch durch potentielle Wettbewerber ausgesetzt sein wird.

B.3.2.4 Fazit

97. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus den oben dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte bestehen, dass das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Markt für den physischen Handel mit Zucker führt.

C Nebenabreden

98. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid (d.h. sie fallen nicht unter das Konzentrationsprivileg). Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.[63]

99. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich nach der einschlägigen EU-Bekanntmachung[64] gerichtet.[65]

100. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sind in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden und sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.[66]

101. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Nebenabrede der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte.[67] Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.[68]

[63] RPW 2014/1, 301 Rz 55, Tam*edia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; vgl. auch RPW 2012/1, 115 Rz 29 m.w.V., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

[64] Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 056/3 vom 5.3.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

[65] RPW 2014/1, 301 Rz 56, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*.

[66] RPW 2014/1, 301 Rz 57, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; EU-Bekanntmachung (Fn 64), Rz 12.

[67] EU-Bekanntmachung (Fn 64), Rz 13.

[68] RPW 2014/1, 301 Rz 58, *Tamedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; EU-Bekanntmachung (Fn 64), Rz 13.

102. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung vorgesehen sind. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sein und für diese als notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.[69] Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen abgesetzt bzw. erbracht haben.[70] Dieselben Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.[71]

103. Bezüglich Nebenabreden gilt, dass die Parteien der Wettbewerbsbehörde in der Meldung anzugeben haben, welche Bestimmungen sie als Nebenabreden geprüft haben wollen.[72] Die Zusammenschlussparteien verstehen gemäss Meldung folgende Vereinbarungen als Nebenabreden: […].

104. […].

105. Das […] ist daher als Nebenabrede im oben genannten Sinne zu qualifizieren und fällt somit unter das Konzentrationsprivileg. Betreffend […] ist festzuhalten, dass dieses nur solange vom Konzentrationsprivileg gedeckt ist, wie das GU besteht. […].

D Ergebnis

106. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[69] RPW 2013/4, 673 Rz 92, 95, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; EU-Bekanntmachung (Fn 64), Rz 36.
[70] EU-Bekanntmachung (Fn 64), Rz 37.
[71] RPW 2013/4, 673 Rz 92, 95, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; EU-Bekanntmachung (Fn 64), Rz 41.
[72] Vgl. RPW 2012/4, 879 Rz 140, *Schweizerische Post/La Poste*; RPW 2012/1, 116 Rz 35, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.

B 2.3	**7. Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. August 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 1. September 2014

A Sachverhalt

1. Am 6. August 2014 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die gemeinsame Meldung von Thomas Kirschner und den Eheleuten A und B XY (nachfolgend: Eheleute XY) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.[1] Als Ergebnis des gemeldeten Vorhabens sollen Thomas Kirschner und die Eheleute XY – letztere via die ATLAS Beteiligungen GmbH & Co. KG (nachfolgend: Atlas) – die gemeinsame Kontrolle über die Schweizer Pressegrossistin Valora Mediaservices AG (nachfolgend: VMS) erlangen.[2]

2. Kürzlich fand das Zusammenschlussvorhaben *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG* statt, welches von der Wettbewerbskommission mit Stellungnahme vom 9. Juli 2014 für unbedenklich erklärt wurde. Bei jenem Zusammenschluss ging es um den mittelbaren Kontrollerwerb von Thomas Kirschner – via die von ihm kontrollierte Brillant Media Services GmbH – über VMS, die auf dem Weg der Ausgliederung aus dem Valora-Konzern entstanden ist. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben knüpft an das Zusammenschlussverfahren *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG* an.[3]

A.1 Involvierte Unternehmen

A.2 VMS

3. VMS[4] mit Sitz in Muttenz ist hauptsächlich als Pressegrossistin für den deutsch- und italienischsprachigen Teil der Schweiz tätig. Dies umfasst insbesondere die Sortimentierung, Kommissionierung und Distribution sowie Abholung und Rückführung von Presseerzeugnissen (Zeitungen, Zeitschriften, Bücher und andere Veröffentlichungen) für den Einzelhandel. Daneben ist VMS in der Abholung, Grob- und Feinkommissionierung, Feinverteilung sowie Rückführung, Aufbereitung und Entsorgung von Waren im Paket-Bereich im Auftrag von Drittkunden tätig. Weiter erbringt sie Dienstleistungen in der Presse-, Prospektversand- und Zusteller-Logistik sowie im Bereich Night Logistics Services.[5]

4. VMS erwirtschaftet rund 95 Prozent ihres Umsatzes im Bereich Pressegrosshandel und erbringt als Pressegrossistin umfassende Dienstleistungen gegenüber den Verlagen. Diese umfassen neben einer eigentlichen Logistikdienstleistung, d. h. der Beförderung der Presseerzeugnisse zu den Verkaufsstellen des Detailhandels, auch vor- und nachgelagerte Dienstleistungen. Vorgelagerte Dienstleistungen für Verlagshäuser umfassen beispielsweise die Disposition von ca. 6000 Titeln in der Schweiz mit Analyse der Distributionskanäle (Verteiler und Verkaufsstruktur) sowie die allgemeine Verlagsbetreuung. Vorgelagerte Dienstleistungen für Verkaufsstellen beinhalten beispielsweise die aktive Marktausschöpfung mit Absatz- und Umsatzverantwortung und die Unterstützung der Verkaufsstellen bei der Sortimentierung. Nachgelagerte Dienstleistungen innerhalb der Wertschöpfungskette umfassen bei den Verkaufsstellen die Optimierung der Presseverkäufe, Beratung durch den Aussendienst und die Bewirtschaftung des Nachlieferungslagers. Nachgelagerte Dienstleistungen für die Verlagshäuser umfassen die Verarbeitung von Presseremissionen (Termingerechter Titel- und Remissionsaufruf) sowie die Erstellung der Verlagsabrechnungen.[6]

5. Daneben erbringt VMS in sehr geringem Umfang auch reine Logistikdienstleistungen für einzelne Verlage. In Abgrenzung zum Begriff „Pressegrosshandel" wird diese Tätigkeit als „Presselogistik" bezeichnet. Der Umsatzanteil der Presselogistik am Gesamtumsatz von VMS liegt gemäss Meldung bei unter einem Prozent. Im Rahmen der Presselogistik beliefert VMS für einzelne Verlage vereinzelte Verkaufsstellen direkt mit Presseerzeugnissen. Die Funktion der VMS ist diesbezüglich auf eine reine Logistikdienstleistung beschränkt. Sie befördert lediglich Presseerzeugnisse von A nach B und erbringt – anders als im Bereich Pressegrosshandel – keine zusätzlichen Dienstleistungen. Die Tätigkeit der Presselogistik ist gemäss Meldung dem Geschäftsbereich der Drittkundenlogistik zuzuordnen.[7]

6. Die Drittkundenlogistik von VMS baut auf dem Logistik-Netzwerk für den Pressegrosshandel auf und erbringt entlang der Logistik-Wertschöpfungskette Dienstleistungen zugunsten von Geschäftskunden (B2B – Business to Business) und Endkonsumenten (B2C – Business to Consumer). Der Umsatzanteil der Drittkundenlogistik am Gesamtumsatz von VMS liegt gemäss Meldung bei rund 5 Prozent. Im B2B-Bereich übernimmt VMS für Geschäftskunden im Bereich der Kleinmengenlieferungen (insbesondere Pakete) als Logistik Outsourcing-Partner

[1] Meldung vom 6. August 2014 (nachfolgend: Meldung).
[2] Vgl. Meldung, Rz 1.
[3] Beschlussbegründung vom 9. Juli 2014 in Sachen Thomas Kirschner / Valora Mediaservices AG (zur Publikation vorgesehen in RPW 2014/2).
[4] Gemäss Mitteilung der meldenden Unternehmen vom 18. August 2014 ist die Valor Media Services AG in der Zwischenzeit in 7Days Media Services AG umfirmiert worden. Vorliegend wird am in der Meldung erwähnten Namen und damit auch an der Abkürzung „VMS" festgehalten.
[5] Vgl. Meldung, Rz 34.
[6] Vgl. Meldung, Rz 36.
[7] Vgl. Meldung, Rz 37.

Nacht- und Tagzustellungen. Weitere von VMS im Bereich B2B erbrachte Dienstleistungen sind der Prospektversand sowie die Belieferung von Zeitungsboxen. Daneben werden im B2C-Bereich für den Endkonsumenten PUDO Dienstleistungen („Pick-up-Drop-off"; Bedienung von Abgabe- und Abholstellen für Online- und Versandhändler) angeboten.[8]

A.3 Thomas Kirschner

7. Seit ihrer Ausgliederung aus dem Valora-Konzern im zweiten Quartal 2014 ist VMS Teil einer Gruppe von Gesellschaften, die von der SOKI Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (nachfolgend: SOKI) und deren Komplementärgesellschaft Brillant 1874 GmbH (nachfolgend: Brillant 1874) beherrscht werden. Die Anteile an SOKI und Brillant 1874 werden derzeit zu 100 Prozent von Thomas Kirschner, Frankfurt am Main, gehalten.[9] Die Beteiligungsstruktur dieser durch Thomas Kirschner kontrollierten Gruppe von Gesellschaften (nachfolgend: TK-Gruppe) sieht wie folgt aus:

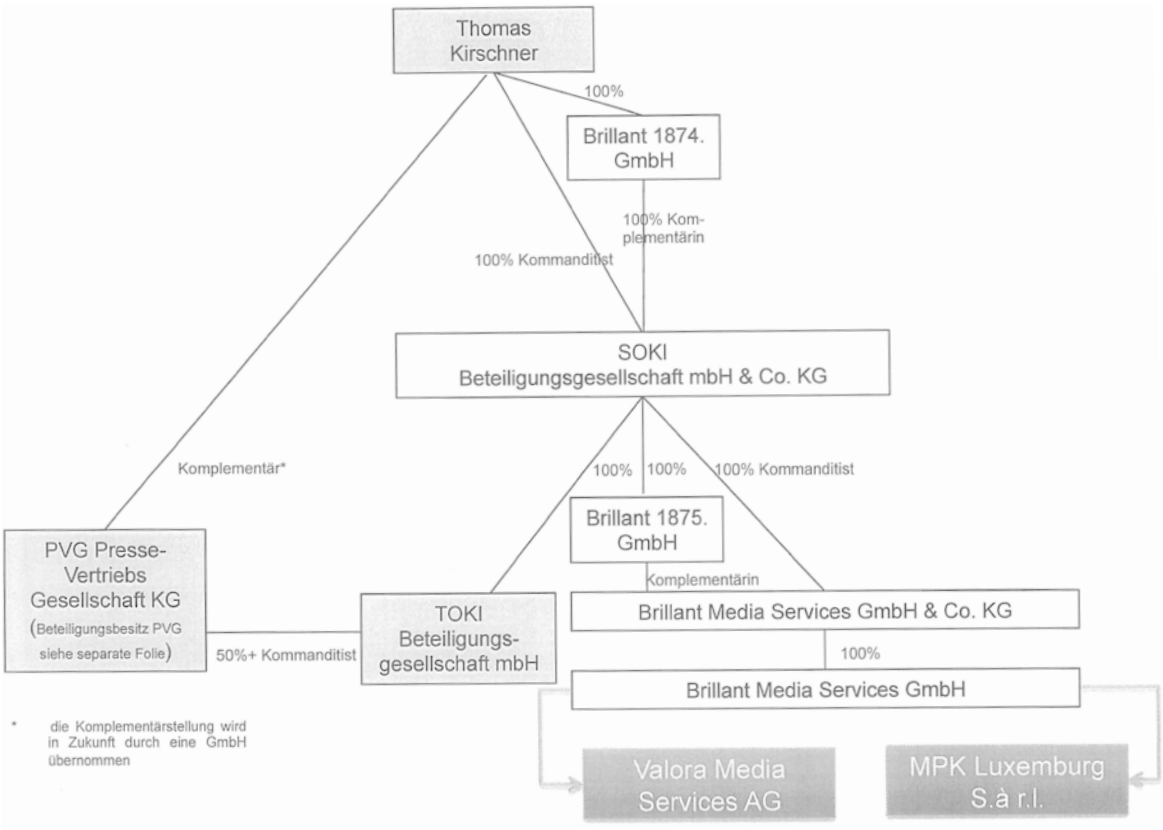


Abbildung 1: Beteiligungsstruktur der TK-Gruppe einschliesslich VMS[10]

8. Bei den in Abbildung 1 erwähnten TK-Gruppengesellschaften Brillant 1874, SOKI, Brillant 1875. GmbH, TOKI Beteiligungsgesellschaft mbH, Brillant Media Services GmbH & Co. KG sowie Brillant Media Services GmbH handelt es sich um reine Beteiligungsgesellschaften, die keiner eigenen operativen Geschäftstätigkeit nachgehen. Operativ tätig ist die TK-Gruppe neben VMS mit der PVG Presse-Vertriebs Gesellschaft KG (nachfolgend: PVG) und der MPK Luxemburg S.à. r.l. (nachfolgend: MPK); dies vornehmlich als Pressegrossistin für die deutschen Bundesländer Hessen und Rheinland-Pfalz (PVG) sowie als Pressegrossistin für das Grossherzogtum Luxemburg (MPK).[11]

9. Mit Blick auf das zu prüfende Zusammenschlussvorhaben kann festgehalten werden, dass die TK-Gruppe in der Schweiz einzig über ihr Tochterunternehmen VMS tätig ist.

[8] Vgl. Meldung, Rz 38.
[9] Vgl. Meldung, Rz 9 ff.
[10] Meldung, Beilage 5.
[11] Vgl. Meldung, Rz 9 ff.

A.4 A und B XY

10. A und B XY sind die beiden einzigen Gesellschafter der Satlas Beteiligungen GmbH & Co KGaA, Frankfurt am Main (nachfolgend: Satlas). Unabhängig von der formell-gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung ihrer Beteiligungen kontrollieren sie die Satlas faktisch gemeinsam. Die Zwischenholdinggesellschaft Atlas gehört zu 100 Prozent der Satlas.[12]

11. Satlas ist eine reine Holdinggesellschaft, deren Gesellschaftszweck das Halten und Verwalten von Beteiligungen inklusive der aktiven Verwaltung des eigenen Vermögens ist. Dies umfasst insbesondere eine Mehrheitsbeteiligung von […] Prozent an der [L-Gruppe], die weltweit über mehrere operative Gesellschaften verfügt. Die [L-Gruppe] ist ein international tätiger Logistikkonzern, der sich vor allem auf Logistiklösungen für […], in abgelegenen Orten spezialisiert hat. Laut Meldung zählen hierzu insbesondere der Transport sowie die Beschaffung, Lieferung und Lagerung von Treibstoffen und Nahrungsmitteln. Darüber hinaus bietet die [L-Gruppe] in Europa Logistikleistungen für die Systemgastronomie an, beispielsweise für […].

12. Satlas hält zudem 100 Prozent der Beteiligungen an der Zwischenholdinggesellschaft Atlas, über welche der zu prüfende Kontrollerwerb abgewickelt werden soll.

13. Laut Meldung verfügen die von den Eheleuten XY kontrollierten Gesellschaften (nachfolgend: XY-Gruppe) über keine Geschäftsaktivitäten in der Schweiz. Mit Blick auf das zu prüfende Zusammenschlussvorhaben ist weiter festzustellen, dass die XY-Gruppe bislang auch nirgends im Bereich Pressegrosshandel tätig ist.[13]

A.5 Vorhaben

14. Mit Beteiligungsvereinbarung vom 29. Juli 2014 erwerben die Eheleute XY – via Atlas – von Thomas Kirschner 50 Prozent der Gesellschaftsanteile an Brillant 1874. Ferner werden sie Kommanditisten (nach Schweizer Terminologie Kommanditäre) an SOKI im Umfang von 50 Prozent.[14] Damit sieht die Beteiligungsstruktur an VMS nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wie folgt aus:

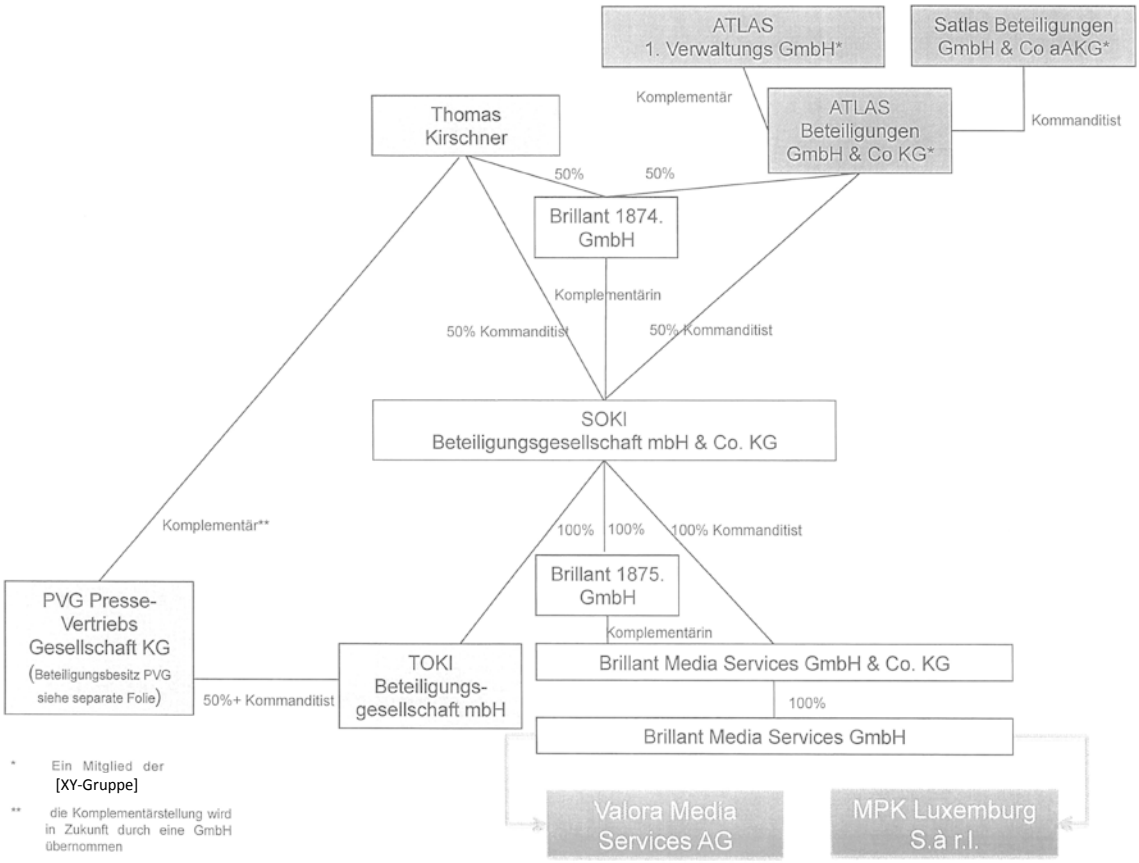


Abbildung 2: Übernahmevorhaben[15]

15. Als Ergebnis des Zusammenschlusses üben Thomas Kirschner und die Eheleute XY insbesondere die gemeinsame Kontrolle über die in der Schweiz tätige VMS aus.

[12] Vgl. Meldung, Rz 23 f. sowie die zusätzlichen Angaben gemäss Art. 15 VKU vom 18. August 2014.
[13] Vgl. Meldung, Rz 27.
[14] Vgl. Meldung, Rz 49.
[15] Meldung, Beilage 5.

A.6 Verfahren

16. Am 6. August 2014 wurde dem Sekretariat die Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben überbracht. Mit Schreiben vom 12. August informierte das Sekretariat Thomas Kirschner sowie A und B XY, dass die eingereichte Meldung vollständig sei und verlangte zusätzliche Angaben gemäss Art. 15 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Am 18. August 2014 wurden dem Sekretariat die zusätzlich verlangten Angaben eingereicht.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

17. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, 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

18. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG geht von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von 2 Abs. 1bis KG sind. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[16]

19. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) kann auch natürlichen Personen, zumindest bezüglich der Zusammenschlusskontrolle, Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zukommen.[17] In Anlehnung an die Praxis der EU werden natürliche Personen namentlich dann als Unternehmen erfasst, wenn sie einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen. D. h. ein Kontrollerwerb durch natürliche Personen wird dann als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG angesehen, wenn diese Personen einer weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.[18]

20. Thomas Kirschner, die Eheleute XY sowie VMS sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

21. Betreffend Thomas Kirschner bzw. den Eheleuten XY ist Folgendes anzumerken: Auch wenn Thomas Kirschner bzw. die Eheleute XY als natürliche Personen den obligationenrechtlichen Konzernbegriff nicht erfüllen,[19] sind die bei Thomas Kirschner bzw. den Eheleuten XY vorliegenden Beteiligungsstrukturen in analoger Weise insofern als wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren, als den von ihnen kontrollierten Gesellschaften die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt. Diese stellt eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar.[20] Nachfolgend wird daher grundsätzlich unter Thomas Kirschner jeweils die TK-Gruppe bzw. unter den Eheleuten XY jeweils die XY-Gruppe als Ganzes verstanden.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

23. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand.[21]

B.1.2.1 Änderung der Kontrollverhältnisse

24. Das gemeldete Vorhaben führt zu einer Änderung der Kontrollverhältnisse betreffend VMS, indem diese neu durch Thomas Kirschner und die Eheleute XY gemeinsam kontrolliert wird.[22]

B.1.2.2 Gemeinschaftsunternehmen

25. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

26. Da VMS bereits zuvor eigenständig auf dem Markt tätig war, sind die Kriterien von Art. 2 Abs. 1 VKU ohne Weiteres erfüllt.

B.1.2.3 Beteiligte Unternehmen

27. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

---

[16] Vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; vgl. auch Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 118 f. E.3, *Publigroupe SA et. al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E.4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[17] Vgl. RPW 2013/3, 390 Rz 16, *Publigroupe/S1TV*; Beschlussbegründung vom 20.5.2014 in Sachen *Aurelius/Publicitas*, Rz 16 (zur Publikation vorgesehen in RPW 2014/2); Beschlussbegründung vom 9.7.2014 in Sachen *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG* (zur Publikation vorgesehen in RPW 2014/2) Rz 2.

[18] Vgl. die konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Br. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.2.2009, S. 15 Rz 12.

[19] Vgl. Art. 963 des Bundesgesetzes vom 30. März 1991 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

[20] Vgl. RPW 2012/3, 681 Rz 23, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*.

[21] Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

[22] Vgl. Meldung, Rz 1.

28. Als beteiligte Unternehmen sind damit Thomas Kirschner, die Eheleute XY und VMS zu bezeichnen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

29. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den meldenden Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

30. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG); und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2013 (in Mio. CHF*)[23]

	Eheleute XY	Thomas Kirschner	VMS
Weltweit	[…]	[…]	[…]
Schweiz	[…]	[…]	[…]

Wechselkurse: 1 EUR = 1,2308 CHF; 1 USD = 0.9270 CHF (durchschnittliche Wechselkurse 2013)

31. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG vorliegend nicht erfüllt. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG untersteht ein Zusammenschlussvorhaben jedoch ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

32. Mit Verfügung vom 5. Juli 1999 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Kiosk AG im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.[24] Die Kiosk AG wurde 2007 im Rahmen einer internen Reorganisation der Valora-Gruppe mit der Valora AG fusioniert.[25] Laut Meldung sind die Dienstleistungen der Bereiche „Pressegrosso“ und „Presselogistik“ über mehrere Jahrzehnte, und seit einigen Jahren auch der Bereich „Drittkundenlogistik“, konzernintern innerhalb der Valora-Gruppe durch die Division Services erbracht worden, die gesellschaftsrechtlich ein Teil der Valora Schweiz AG (nachfolgend: Valora Schweiz) war. Das Unternehmen VMS ist – aufgrund einer konzerninternen Restrukturierung – auf dem Wege der Ausgliederung aus Valora Schweiz entstanden. Dies, indem Valora Schweiz gewisse zu den Geschäftsbereichen „Pressegrosso“, „Presselogistik“ und „Drittkundenlogistik“ zugehörige Aktiven und Passiven per 1. Januar 2014 auf die bis zu diesem Zeitpunkt ohne Geschäftstätigkeit bestehende Gruppengesellschaft VMS übertragen hat.[26]

33. Damit kann festgestellt werden, dass die Dienstleistungen der ehemaligen Kiosk AG im Bereich des Pressevertriebs, mit Bezug auf welche das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung rechtskräftig festgestellt wurde, derzeit von VMS erbracht werden. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt, womit das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

34. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.4.1 Relevante Märkte

36. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte beschrieben, welche für das Zusammenschlussvorhaben von Relevanz sind.

37. Die Eheleute XY verfügen über keine für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevanten Tätigkeiten in der Schweiz (vgl. Rz 13). Es kann deshalb ausgeschlossen werden, dass der zu prüfende Zusammenschluss zu Marktanteilsadditionen führt.

[23] Vgl. Meldung, Rz 116 ff.
[24] RPW 1999/3 414, Rz 83, *Bahnhofkioske*.
[25] Vgl. RPW 2009/1, 78 Rz 12, *Valora AG/cenanova AG*.
[26] Vgl. Meldung, Rz 47.

38. Da Thomas Kirschner in der Schweiz einzig über VMS tätig ist (vgl. Rz 9), kann vorliegend einzig dort ein „betroffener Markt“ im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen, wo der Marktanteil von VMS in der Schweiz 30 Prozent oder mehr beträgt.

39. Anlässlich der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG hat die WEKO festgestellt, dass VMS betreffend den Pressegrosshandel auf folgenden relevanten Märkten tätig ist:

- Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen in der deutschsprachigen Schweiz;
- Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen in der italienischsprachigen Schweiz;
- Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf in der deutschsprachigen Schweiz;
- Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf in der italienischsprachigen Schweiz.[27]

40. Aufgrund der zeitlichen Nähe zum Zusammenschluss *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG* ist davon auszugehen, dass für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens an den damals vorgenommenen Marktabgrenzungen betreffend den Bereich Pressegrosshandel festgehalten werden kann. Da VMS gemäss Meldung die derzeit einzige Vertriebspartnerin für Presseerzeugnisse aller Verlagshäuser für den Einzelverkauf in der deutsch- und italienischsprachigen Schweiz ist und entsprechend in den von ihr bearbeiteten Märkten über einen Marktanteil von gegen 100 Prozent verfügt,[28] handelt es sich bei den genannten relevanten Märkten um „betroffene Märkte“ im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

41. Betreffend die Tätigkeiten von VMS im Logistikbereich (namentlich im Bereich Drittkundenlogistik) ist anzumerken, dass in der Meldung plausibel dargelegt wurde, dass der Marktanteil von VMS unabhängig von der genauen Marktabgrenzung deutlich unter der Schwelle von 30 Prozent liegt, da in der Schweiz grosse nationale und internationale Wettbewerber wie namentlich DHL/Deutsche Post oder die Schweizerische Post tätig sind.[29]

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

42. Die WEKO hat im Rahmen der Untersuchung *Bahnhofkioske* festgestellt, dass die Kiosk AG – bzw. wie unter Rz 32 f. aufgezeigt derzeit die VMS – im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.[30] Vor diesem Hintergrund sowie gestützt auf die Angaben in der Meldung[31] ist davon auszugehen, dass VMS auf den betroffenen Märkten bereits heute über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Bezüglich die voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten wird nachfolgend daher vor allem geprüft, ob es aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens unter Umständen zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG kommt. Da sich aus wettbewerblicher Sicht für die betroffenen Märkte grundsätzlich dieselben Effekte ergeben, werden die Wettbewerbsverhältnisse nachfolgend zusammen betrachtet.

Aktueller Wettbewerb

43. Die Eheleute XY und VMS sind nicht auf denselben sachlich und räumlich relevanten Märkten tätig und stehen somit auch nicht im aktuellen Wettbewerb zueinander.[32] Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt demnach zu keinen Marktanteilsadditionen. Damit kommt es auf den betroffenen Märkten nicht zu einer Verminderung der aktuellen Konkurrenz und somit mit Bezug auf die aktuelle Konkurrenz auch nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von VMS.

Potenzieller Wettbewerb

44. Die Eheleute XY sind weder in der Schweiz noch sonst wo im Pressegrosshandel tätig (Rz 13). Folglich fehlt es den Eheleuten XY im Bereich des Pressegrosshandels an Know-how. Auch wenn das fehlende Know-how der Eheleute XY ausser Acht gelassen würde, dürfte der Aufbau einer logistischen Infrastruktur in der Schweiz mit hohem Kostenaufwand verbunden sein. Selbst bei Aufbau einer eigenen logistischen Infrastruktur in der Schweiz dürfte es den Eheleuten XY aufgrund des Fehlens von Geschäftskontakten sowie der bestehenden Vertragsbeziehungen zwischen VMS und den Verlagen kaum möglich sein, innert der für eine effektive potentielle Konkurrenz erforderlichen Frist im Gebiet der Schweiz tätig zu werden.[33]

45. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Verminderung der potenziellen Konkurrenz auf den betroffenen Märkten führt. Entsprechend kommt es auch hinsichtlich der potenziellen Konkurrenz nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von VMS.

Verbundeffekte

46. Es stellt sich schliesslich noch die Frage, ob aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses Verbundeffekte resultieren, die dazu geeignet sind, die marktbeherrschende Stellung der VMS zu verstärken. Verbundeffekte könnten vorliegen, falls die neu mittkontrollierenden Eheleute XY vorgelagert, nachgelagert oder benachbart in einem Markt tätig wären, und dies ihnen erlauben würde, signifikante Kostenvorteile zu generieren.

[27] Für die genaue Marktabgrenzung vgl. Beschlussbegründung vom 9. Juli 2014 betreffend das Zusammenschlussvorhaben 41-0737: *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*, Rz 36 ff. (Zur Publikation vorgesehen in RPW 2014/2).
[28] Vgl. Meldung, Rz 72.
[29] Vgl. Meldung, Rz 67 und 81 ff.
[30] RPW 1999/3, 414, Rz 83, *Bahnhofkioske*.
[31] Vgl. Meldung, Rz 72.
[32] Vgl. Meldung, Rz 122.
[33] Vgl. Meldung, Rz 122.

47. Wie unter Rz 11 erwähnt, bietet die [L-Gruppe] der Eheleute XY in Europa (nicht aber in der Schweiz) in geringem Umfang Logistikleistungen für die Systemgastronomie an. Inwiefern diese Leistungen Märkten zuzuordnen sind, die den betroffenen Märkten im Bereich Pressegrosshandel vorgelagert, nachgelagert oder benachbart sind, kann vorliegend offen gelassen werden. Es ist davon auszugehen, dass die Logistikdienstleitungen der Eheleute XY keine signifikanten Kostenvorteile bei VMS generieren werden und damit auch keine entscheidenden Verbundeffekte resultieren.

B.4.3 Ergebnis

48. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Zusammenschluss die marktbeherrschende Stellung von VMS auf den betroffenen Märkten verstärken würde. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	**8. KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. November 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. November 2014

A Sachverhalt

1. Am 7. November 2014 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb indirekter gemeinsamer Kontrolle über die Selecta AG und ihre Gruppengesellschaften (nachfolgend: Selecta) durch Mittel von Tochtergesellschaften der Investmentgesellschaft KKR & Co. L.P. (nachfolgend: KKR). Verkäuferin ist die Allianz SE (nachfolgend: Allianz), welche Selecta vor der Transaktion über ihre Tochtergesellschaft ACP Vermögensverwaltung GmbH & Co. KG Nr. 4 d (nachfolgend: ACP) alleine kontrolliert.

2. **KKR** ist eine weltweit tätige Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in New York, USA, welche Investoren ein breites Spektrum von Investmentprodukten und Kapitalmarktlösungen anbietet. KKR kontrolliert namentlich die Württembergische Metallwarenfabrik Aktiengesellschaft (nachfolgend: **WMF**), eine Herstellerin von Tisch- und Küchenwaren, kleinen elektrischen Geräten für private Haushalte, professioneller Ausrüstung für Hotels sowie vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch der Marken WMF und Schaerer.

3. **Allianz** ist ein internationaler Versicherungs- und Finanzdienstleister, der im Lebensversicherungs- und Sachversicherungsgeschäft, der Vermögensverwaltung und im Bankdienstleistungsgeschäft tätig ist. Die Tochtergesellschaft **ACP** hat ihren Sitz in München, Deutschland.

4. **Selecta** mit Sitz in Kirchberg, Schweiz, bietet Vending[1] von kalten und warmen Getränken sowie Snacks an. Selecta ist in 17 Vertragsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (nachfolgend: EWR) und der Schweiz tätig. Selecta bedient sowohl öffentliche Kunden (Bewirtschafter von Bahnhöfen, Flughäfen, Tankstellen und Einkaufszentren) wie auch private Kunden (Büros, Fabriken) mit Vending-Maschinen. Im Vending von Heissgetränken bietet Selecta eine Vielzahl von Tischmaschinen und freistehenden Maschinen an, die Kaffee, Spezialkaffeegetränke, Tee und heisse Schokolade bereitstellen. Tischmaschinen sind vorwiegend für den Einsatz bei privaten Kunden geeignet, während freistehende Maschinen grundsätzlich für öffentliches Vending an Hochfrequenz-Standorten eingesetzt werden. Selecta produziert selbst keine Maschinen für Heissgetränke, sondern bezieht sie bei verschiedenen Lieferanten.

5. Das Zusammenschlussvorhaben ist für KKR eine Gelegenheit, die der Strategie entspricht, in attraktive Gesellschaften zu investieren, um den Wert der Geschäfte im Hinblick auf deren möglichen Verkauf zu verbessern. Für Allianz ist das Zusammenschlussvorhaben Teil einer grösseren Zahl von Transaktionen, die eine finanzielle Restrukturierung von Selecta ermöglichen und das Investitionsrisiko von Allianz verringern. Für Selecta ist die Transaktion Teil einer grösseren Zahl von Transaktionen zur Refinanzierung ihrer Schulden.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 13. Oktober 2014 bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet. Die EU-Kommission hat das Zusammenschlussvorhaben am 14. November 2014 ohne Auflagen gutheissen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, 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

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. 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, als Unternehmenszusammenschluss.

10. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen

[1] Die WEKO hat Vending umschrieben als „das Füllen und den hygienischen Service, den technischen Unterhalt sowie das ‚Gel[d]handling' von Verpflegungsautomaten". RPW 2001/2, 345 Rz 6, *Compass Group/Selecta Group*.

auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen; Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

11. Das Zusammenschlussvorhaben bezieht sich auf den Erwerb indirekter gemeinsamer Kontrolle über Selecta durch Mittel, welche von Tochtergesellschaften von KKR verwaltet werden. Selecta steht derzeit unter alleiniger Kontrolle von ACP. Nach Abschluss der Transaktion wird Selecta indirekt gemeinsam von KKR und Allianz kontrolliert, wobei KKR nach der Transaktion Optionen für den Erwerb von [weniger als ein Drittel] der Gesellschaftsanteile an Selecta halten wird und Vetorechte bezüglich strategischer Entscheide besitzt, welche eine gemeinsame Kontrolle begründen.

12. Selecta wird ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 VKU sein: Selecta tritt als Anbieterin von Vending am Markt auf. Dabei handelt Selecta als selbstständige, wirtschaftliche Einheit und ist in der Lage, eine eigene Geschäftspolitik zu verfolgen, da weder KKR noch Allianz im relevanten Markt tätig sind. Ferner ist Selecta dazu bestimmt und in der Lage, ihre Tätigkeiten langfristig auszuüben.

13. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit zum Erwerb der indirekten gemeinsamen Kontrolle über Selecta und stellt daher einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

B.2 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

15. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Dies sind im vorliegenden Fall KKR, Allianz und Selecta.

16. Die Tabelle 1 zeigt auf, dass die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG in casu erreicht sind. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Weltweite und nationale Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahr 2013

	Weltweite Umsätze [in CHF]	Nationale Umsätze [in CHF]
KKR (inklusive kontrollierte Beteiligungen)	[…]	[…]
Allianz	[…]	[…]
Selecta	[…]	[…]
Total	[…]	[…]

Quelle: Angaben der Parteien.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

17. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

19. Vorab wird darauf hingewiesen, dass zwischen den Geschäftstätigkeiten von Selecta, von KKR, von Allianz und den von diesen kontrollierten Portfolio-Gesellschaften keine Überschneidungen bestehen. Mit anderen Worten führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen. Es besteht jedoch eine vertikale Beziehung zwischen Selecta und WMF: Selecta bezieht von WMF vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch. Abgesehen davon sind weder KKR (inkl. kontrollierte Portfolio-Gesellschaften) noch Allianz auf einem dem Geschäft von Selecta vorgelagerten, nachgelagerten oder – eng verbundenen – benachbarten[2] Markt tätig.

[2] Zu verstehen im Sinne von Ziffer 6.3 des Anhangs 1 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Demgemäss sind Produktmärkte als eng miteinander verknüpfte benachbarte Märkte zu betrachten, wenn die Produkte einander ergänzen (z.B. Hefter und Heftklammern) oder zu einer Produktpalette (z.B. verschiedene Arten von Baustoffen für das Baugewerbe) gehören, die generell von der gleichen Abnehmerkategorie gekauft und der gleichen Endnutzung zugeführt werden.

20. Somit hat das Zusammenschlussvorhaben lediglich mögliche Wettbewerbswirkungen im Markt, auf welchem WMF vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen anbietet (vorgelagerter Markt), und im Markt, auf welchem Selecta tätig ist (nachgelagerter Markt). Diese Märkte werden im Folgenden analysiert.

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

Vorgelagerter Produktmarkt: Vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch

22. Die Parteien sind der Auffassung, dass der Markt für vollautomatische Heissgetränke-Tischautomaten für den professionellen Gebrauch vorliegend den kleinstmöglichen vorgelagerten Markt darstellt. Dieser Markt umfasst vollautomatische Heissgetränke-Maschinen für gewisse HoReCa (Hotels, Restaurants, Cafeterias) Anwendungen wie auch das private Bürosegment.

23. Die EU-Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis auf eine mögliche Marktsegmentierung in HoReCa und Büro-Getränkemaschinen hingewiesen, die Frage der genauen Marktdefinition jedoch letztlich offengelassen.[3]

24. Eine solche Marktsegmentierung ist laut den Parteien nicht angezeigt, weil die Hauptanbieter von Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch gewisse Maschinen herstellen, die sowohl für HoReCa- wie auch für Bürokunden geeignet sind. Sodann würden HoReCa- und Bürokunden auch tatsächlich, jeder nach seinen Bedürfnissen (insb. Kapazität), oft dieselben Maschinen kaufen.

25. Vorliegend kann die genaue Marktabgrenzung im vorgelagerten Markt offengelassen werden, da das Resultat der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht tangiert wird.

Nachgelagerter Produktmarkt: Klassisches Vending

26. Laut Praxis der WEKO ist das klassische Vending, d.h. das Füllen und der hygienische Service, der technische Unterhalt sowie das Geldhandling, zu unterscheiden vom Ancillary-Vending, welches vorliegt, wenn das Vending im Zusammenhang mit Catering-Dienstleistungen steht.[4]

27. Die EU-Kommission hat ebenfalls schon erwogen, dass separate Produktmärkte in Abhängigkeit von der Art und dem Ausmass des angebotenen Vendings sowie der verkauften Produkte zu unterscheiden sind. Die genaue Marktabgrenzung wurde bis anhin offengelassen.[5]

28. Vorliegend könnte eine Marktsegmentierung in Vending von Heissgetränken ohne Kaltgetränke und Snacks angezeigt sein. Laut den Parteien ist der Markt für klassisches Vending der massgebende nachgelagerte Produktmarkt, weil Vending-Kunden typischerweise das ganze Spektrum an Vending-Dienstleistungen beanspruchen und Vending-Anbieter typischerweise ebenfalls im gesamten Spektrum tätig sind. Die genaue Marktabgrenzung kann offengelassen werden, weil das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der konkreten sachlichen Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

29. 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).

Vorgelagerter räumlicher Markt: Vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch

30. In Übereinstimmung mit der europäischen Praxis hat der Markt für vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch aus folgenden Gründen eine mindestens nationale Dimension. Für eine nationale Dimension des relevanten Marktes spricht, dass sowohl Kunden wie Anbieter typischerweise auf nationaler Basis tätig sind und die Produzenten einen nationalen Verkaufspunkt oder nationale Distributoren benötigen, um den regulären Unterhalt der Maschinen sicherzustellen.[6] Für eine weitere als nationale Dimension spricht dahingegen, dass in ganz Europa dieselben Maschinen verwendet werden, die europäischen Nachfrager von einer kleinen Anzahl Ländern beliefert werden und die grössten Kunden europaweit tätig sind.[7] So verkauft auch WMF innerhalb des gesamten EWR und der Schweiz die gleichen vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch mit jeweils nur kleinen Anpassungen (z.B. verschiedene Netzwerkstecker). Zudem verhandelt WMF ihre Verkaufsverträge, je nach Kunden, sowohl lokal als auch zentral.

31. Da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der genauen Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt, wird keine abschliessende räumliche Marktabgrenzung vorgenommen.

Nachgelagerter räumlicher Markt: Klassisches Vending

32. Der räumliche Markt für klassisches Vending ist nach Praxis der WEKO und der EU-Kommission national, weil es von Land zu Land unterschiedliche Rechtsordnungen gibt, die Hygienestandards verschieden sind und sich die Essgewohnheiten aus kulturellen Gründen unterscheiden.[8] Dasselbe gilt für das allfällige Segment des Heissgetränke-Vendings.

---

[3] KOMM, COMP/M.5338, 31.10.2008, *Barclays/Investcorp/N&V Global Vending*, Rz 10-12.
[4] RPW 2002/1, 151 Rz 13, *Compass – Restorama/Rail Gourmet*.
[5] KOMM, COMP/M.5973, 12.10.2010, *CVC/Charden International*, Rz 11-13; KOMM, COMP/M.4202, 19.5.2006, *Charterhouse/Elior*, Rz 13-16; KOMM, COMP/M.2373, *Compass/Selecta*, Rz 14-17.
[6] KOMM, COMP/M.5338, 31.10.2008, *Barclays/Investcorp/N&V Global Vending*, Rz 21.
[7] KOMM, COMP/M.5338, 31.10.2008, *Barclays/Investcorp/N&V Global Vending*, Rz 20.
[8] RPW 2002/1, 151 Rz 14, *Compass-Restorama/Rail Gourmet*; RPW 2001/2, 346 Rz 6, *Compass Group/Selecta Group*; KOMM, COMP/M.2373, 8.5.2001, *Compass/Selecta*, Rz 26 f.; KOMM, COMP/M.5973, 12.10.2010, *CVC/Charden International*, Rz 14-16.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

Marktstellung Parteien in betroffenen Märkten

34. Die nachfolgende Tabelle 2 zeigt auf, dass vorliegend lediglich der Markt für klassisches Vending oder – bei einer Marktsegmentierung – der Markt für das Vending von Heissgetränken ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist, welcher mit dem Zusammenschlussvorhaben in Zusammenhang steht.[9]

Tabelle 2: Marktanteile der Zusammenschlussparteien in der Schweiz und im EWR 2013

Produktmarkt	**Schweiz**		**EWR**	
	WMF	**Selecta**	**WMF**	**Selecta**
Vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen	[20-30] %	0 %	< 30 %	0 %
Heissgetränke-Tischmaschinen für HoReCa-Kanal*	max. [30-40] %	0 %	< 30 %	0 %
Heissgetränke-Tischmaschinen für Bürobedarf*	max. [<30] %	0 %	< 30 %	0 %
Klassisches Vending	0 %	[40-50] %	0 %	< [40-50] %
Vending von Heissgetränken	0 %	[30-40] %	0 %	< [30-40] %

Legende: *Schätzung des Sekretariats der WEKO basierend auf Angaben der Parteien und vier befragten Herstellern von vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen. Es handelt sich um einen absoluten Höchstwert, da die kumulierten geschätzten Umsätze der fünf Unternehmen in den Marktsegmenten HoReCa und Bürobedarf als Gesamtmarktvolumina in den jeweiligen Marktsegmenten betrachtet wurden. Die genannten Unternehmen decken im Gesamtmarkt der vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen […] % des durch die European Vending Association (EVA) geschätzten Marktvolumens ab.

Quelle: Schätzungen der Parteien basierend auf Umsätzen von WMF und Angaben der EVA; Schätzungen des Sekretariats der WEKO basierend auf Marktbefragung.

35. Der Tabelle 2 ist eine Grössenordnung der Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf hypothetischen EWR-weiten räumlichen Märkten zu entnehmen; konkrete Marktanteilsschätzungen liegen nicht vor. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die vorgelagerten Märkte auch bei einer EWR-weiten räumlichen Betrachtung nicht vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind, da der Marktanteil von WMF im „Heimmarkt“ Deutschland im Gesamtmarkt für vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen mit [30-40] % am bedeutendsten ist. In den anderen europäischen Ländern, für welche Marktanteilsdaten vorhanden sind, liegen die umsatzbasierten Marktanteile von WMF im Markt für vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen bei [20-30] % (Grossbritannien), [20-30] % (Spanien) und [10-20] % (Frankreich). Mengenbasierte Marktanteile liegen für die Niederlanden ([10-20] %), Schweden ([5-10] %), die Slowakei ([0-5] %) und Ungarn ([0-5] %) vor.

36. Im nachgelagerten Markt für klassisches Vending dürften die Marktanteile bei einer EWR-weiten Betrachtungsweise tiefer liegen als auf dem Schweizer Markt mit [40-50] % (vgl. Tabelle 2), denn die Marktanteile von Selecta sind in den einzelnen EU-Staaten tiefer als in der Schweiz.[10] Im engeren Marktsegment des Vendings von Heissgetränken dürften die Marktanteile im EWR ebenfalls kleiner sein als in der Schweiz mit [30-40] % (vgl. Tabelle 2), weil sie lediglich in Schweden mit [30-40] % höher sind und sonst grundsätzlich bedeutend tiefer liegen.[11]

37. Die Tabelle 2 illustriert sodann, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinen horizontalen Überlappungen und somit zu keinen Marktanteilsadditionen führt. Es besteht einzig eine vertikale Beziehung zwischen Selecta und WMF: In bestimmten europäischen

[9] Da es sich bei der Schätzung des Markanteils von WMF im Segment HoReCa um einen absoluten Höchstwert handelt (vgl. Legende zu Tabelle 2), ist davon auszugehen, dass dieser Markt vom Zusammenschluss nicht betroffen ist.

[10] Schweden: [30-40] %, Finnland: [20-30] %, Litauen: [20-30] %, Slowakei: [10-20] %, Lettland: [10-20] %, Frankreich: [10-20] %, Estland: [5-10] %, Tschechien: [5-10] %, Niederlanden: [5-10] %, Ungarn: [5-10] %, Grossbritannien: [0-5] %, Österreich: [0-5] %, Dänemark: [0-5] %, Spanien: [0-5] %, Belgien: [0-5] %, Deutschland: [0-5] %. Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Daten der EVA und internen Schätzungen.

[11] Quelle: Angaben der Parteien basierend auf Daten der EVA und internen Schätzungen.

Ländern kauft Selecta vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch von WMF. In der Schweiz hat Selecta im Jahr 2013 keine solchen Maschinen von WMF gekauft, die vertikale Beziehung ist hier somit lediglich potenzieller Natur.

38. Nichthorizontale Zusammenschlüsse bedrohen den wirksamen Wettbewerb nur, wenn das Unternehmen nach dem Zusammenschluss über ein deutliches Mass an Marktmacht in wenigstens einem der betroffenen Märkte verfügt.[12] Selecta ist mit dem geschätzten Marktanteil in Höhe von [40-50] % mit Abstand der wichtigste Wettbewerber im Schweizer Markt für klassisches Vending, gefolgt von Dallmayr Automaten Service (Ticino) SA (nachfolgend: Dallmayr; ca. […] % Marktanteil), Vending Service AG (nachfolgend: Vending Service; ca. […] % Marktanteil) und Leomat AG (ca. […] % Marktanteil).[13] Die wichtigsten Konkurrenten von Selecta im Heissgetränkevending sind nach Angaben der Parteien Dallmayr (ca. […] % Marktanteil), Vending Service (ca. […] % Marktanteil) und Cecchetto Import AG (nachfolgend: Cechetto).[14] Der bedeutende Marktanteil von Selecta und deren Vorsprung auf den zweitgrössten Marktteilnehmer (Dallmayr) legen nahe, dass Selecta sowohl im Markt für klassisches Vending als auch im Segment des Vendings von Heissgetränken über Marktmacht verfügt.

39. Auf dem vorgelagerten Markt für die Herstellung und den Verkauf von vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch schätzen die Parteien den Marktanteil von WMF auf [20-30] %. Basierend auf zusätzlichen Angaben aus der Marktbefragung hat das Sekretariat der WEKO eine eigene Marktanteilsschätzung vorgenommen, welche [20-30] % beträgt.[15] Die wichtigsten Wettbewerber in der Schweiz sind nach Auffassung von WMF die Thermoplan AG (nachfolgend: Thermoplan; ca. […] % Marktanteil), Franke Kaffeemaschinen AG (ca. […] % Marktanteil), Cimbali[16] und Melitta GmbH/Cafina AG (ca. […] % Marktanteil).[17]

40. Somit führt das Zusammenschlussvorhaben lediglich in vertikaler Hinsicht zu möglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Deshalb wird im Folgenden die vertikale Beziehung zwischen WMF und Selecta analysiert.[18] Hierzu wird untersucht, ob das Zusammenschlussvorhaben zu einer Abschottung von Einsatzmitteln und/oder zu einer Abschottung von Kunden führen kann.

Keine Abschottung von Einsatzmitteln

41. Eine Abschottung von Einsatzmitteln oder Vorleistungen kann erfolgen, falls ein vertikal integriertes Unternehmen Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten nicht mehr oder nur zu höheren Preisen beliefert. In beiden Fällen kann dies im Ergebnis zu einem Anstieg der Vorleistungspreise (Inputpreise) nach dem Zusammenschluss führen, womit die Vorleistungskosten für Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten angehoben werden.[19] In diesem Fall ist zu untersuchen, ob die gestiegenen Einsatzmittelkosten auch höhere Verbraucherpreise zur Folge haben. Denn möglicherweise ergeben sich aus dem Zusammenschlussvorhaben Effizienzgewinne, welche eine Erhöhung der Endverbrauchspreise verhindern.

42. Bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Einsatzmitteln ist erstens zu untersuchen, ob das Unternehmen nach dem Zusammenschluss die Möglichkeit hätte, den Zugang zu den Einsatzmitteln abzuschotten, zweitens, ob es den Anreiz dazu hätte, und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf den nachgelagerten Wettbewerb hätte. In der Praxis werden diese Faktoren häufig gemeinsam untersucht, da sie eng miteinander verflochten sind.[20]

43. Die Ausgaben für vollautomatische Heissgetränke-Tischmaschinen sind nach Angaben der befragten Vending-Unternehmen ein bedeutender Kostenfaktor (rund […] % der Durchschnittskosten).[21] Dies suggeriert, dass Heissgetränke-Tischmaschinen für das nachgelagerte Produkt wichtige Einsatzmittel sind. Folgende Elemente legen nahe, dass WMF dennoch **keine Fähigkeit zur Abschottung von Einsatzmitteln** hat: Zunächst liegt der Marktanteil von WMF in der Schweiz unter 30 % und nebst WMF sind weitere umsatzmässig wichtige Unternehmen auf dem Markt tätig (vgl. oben, Rz 39). Darüber hinaus suggeriert die Tatsache, dass Selecta im Jahr 2013 in der Schweiz keine vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen von WMF gekauft hat, dass WMF kein zentrales Einsatzmittel für Selecta und seine Wettbewerber in der Schweiz darstellt. Soweit Selecta Einkäufe von anderen Anbietern auf WMF verlagern würde, hätten gewisse Anbieter sodann zusätzliche Kapazität zur Bedienung der Wettbewerber von Selecta: […] schätzt, dass das Unternehmen ca. […] % der Nachfrage der bisherigen Kunden von WMF bedienen könnte, […] schätzt diesen Anteil auf ca. […] % und […] auf […] %.

[12] Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6 (im Folgenden: Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse), Rz 23; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, 377.

[13] Quelle: Schätzungen des Sekretariats der WEKO basierend auf Marktbefragung (Umsatz der Unternehmen) und Angaben der EVA (Gesamtmarktvolumen).

[14] Quelle: Schätzungen des Sekretariats der WEKO basierend auf Marktbefragung (Umsatz der Unternehmen) und Angaben der EVA (Gesamtmarktvolumen). Für Cecchetto liegen keine Daten für eine Marktanteilsschätzung vor.

[15] Diese Markanteilsschätzung ergibt sich aus der Division des Umsatzes von WMF durch den Durchschnitt der Gesamtmarktschätzungen von fünf Herstellern von vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen (inklusive WMF).

[16] Es liegen keine Daten für eine Marktanteilsschätzung vor.

[17] Quelle: Schätzungen des Sekretariats der WEKO basierend auf Marktbefragung. Die Markanteilsschätzung ergibt sich aus der Division der Umsätze der einzelnen Unternehmen durch den Durchschnitt der Gesamtmarktschätzungen von fünf Herstellern von vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen (inklusive WMF).

[18] Für Ausführungen zur Analyse von vertikalen Fusionen siehe RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 12); MOTTA (Fn 12), 372 ff.

[19] RPW 2007/4, 582 Rz 186, *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

[20] Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 12), Rz 32.

[21] Durchschnitt der Angaben der vier verfügbaren Antworten der befragten Vending-Unternehmen.

44. Ferner suggeriert die Tatsache, dass ein Unternehmen ([…]) – welches laut Angaben der Parteien in den letzten fünf Jahren in den Schweizer Markt für klassisches Vending eingetreten ist – keine Tischmaschinen von WMF bezieht, darauf hin, dass die Tischmaschinen von WMF kein zentraler Inputfaktor sind. Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis denn auch festgehalten, dass im Markt für Vending nur geringe Zutrittsschranken bestehen, was durch die Tatsache deutlich werde, dass jedes Jahr kleine neue Unternehmen in den Markt eintreten würden.[22]

45. Als Argument gegen die Fähigkeit zur Abschottung von Einsatzmitteln bringen die Parteien sodann vor, dass die Wechselkosten der Vending-Anbieter beim Bezug von Heissgetränke-Tischmaschinen tief seien und die Vending-Anbieter typischerweise nur eine geringe Loyalität zu einer bestimmten Marke hätten. Die meisten Vending-Anbieter würden verschiedene Marken anbieten und die Marke der Maschinen sei am Gerät für den Endkunden in der Regel nicht ersichtlich.

46. Die Marktbefragung zeigt hingegen Schwierigkeiten der Vending-Unternehmen bei einem Lieferantenwechsel auf, welcher notwendig würde, falls WMF nach der Transaktion nur noch Selecta mit Heissgetränke-Tischmaschinen beliefern würde: Drei der sechs befragten Vending-Unternehmen erachten es zumindest in der kurzen Frist als schwierig und aufwändig, den Lieferanten zu wechseln; zwei weitere Unternehmen ([…]) beurteilen einen Lieferantenwechsel sogar als sehr schwierig. Begründet wurde diese Einschätzung namentlich mit langfristigen Verträgen mit Kunden, die sich für eine bestimmte Marke der Maschinen entschieden hätten. Weiter bestünden zwischen den übrigen (wichtigsten) schweizerischen Lieferanten bereits Vereinbarungen mit den übrigen Vending-Unternehmen. Auch würden andere Lieferanten nicht die qualitativ hochstehenden Produkte anbieten, wie WMF es tue und wie es von den Schweizer Kunden gefordert werde. Weiter müssten bei einem Lieferantenwechsel die Servicetechniker umgeschult werden. Falls keine Ersatzteile mehr geliefert würden, müssten darüber hinaus noch nicht amortisierte Geräte entsorgt werden.

47. Diese Befürchtungen sind dahingehend zu relativieren, als die befragten Lieferanten angaben, dass sie genügend Kapazitäten hätten, um die bestehenden Kunden von WMF zu bedienen (vgl. oben, Rz 43), und andere Vending-Unternehmen (Selecta, […]) auch ohne Tischmaschinen von WMF auf dem Schweizer Markt tätig sind. Zwei der befragten Unternehmen, welche keine Tischmaschinen von WMF beziehen ([…]), beurteilen einen Lieferantenwechsel denn auch nicht als schwierig, eines dieser Unternehmen erachtete es jedoch als sehr aufwändig.

48. Basierend auf Angaben der befragten Konkurrenten von WMF (vgl. oben, Rz 43) ist zusammenfassend davon auszugehen, dass die Vending-Unternehmen zumindest in der langen Frist über ausreichende Ausweichmöglichkeiten auf andere Lieferanten als WMF verfügen. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass sich die Vending-Unternehmen mit einer anderen Qualität der Heissgetränke-Tischmaschinen begnügen müssten. Laut Angaben der Parteien gehören die Maschinen von WMF denn auch zu den teuersten verfügbaren Maschinen. Sie seien im Durchschnitt mehr als doppelt so teuer wie Konkurrenzprodukte, die Selecta gegenwärtig beziehe.

49. Sodann stellt sich die Frage, ob WMF überhaupt einen Anreiz zur Abschottung von Einsatzmitteln hat. Der Abschottungsanreiz hängt davon ab, in welchem Masse eine Abschottung gewinnbringend wäre. Folgende Elemente legen nahe, dass WMF **keinen Anreiz zur Abschottung von Einsatzmitteln** hat: Laut den Parteien sei die Nachfrage von Selecta erstens nicht genügend hoch, um die Durchführung einer Abschottungsstrategie von Einsatzmitteln zu unterstützen. Dieses Argument wurde in der Marktbefragung auch von einem Konkurrenten erwähnt. Zweitens seien die Einkäufe von Selecta bei WMF in der Vergangenheit für die Annahme einer Abschottungsstrategie zu unbedeutend gewesen. WMF habe in der Schweiz im Jahr 2013 deshalb keine Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch an Selecta verkauft, weil die meisten Maschinen aus der Produktion von WMF nicht den Bedürfnissen von Selecta entsprechen würden (vgl. unten, Rz 55). Eine Produktionsumstellung von WMF, um den Bedürfnissen von Selecta besser entsprechen zu können, mache wirtschaftlich keinen Sinn. Dies insbesondere deshalb, weil die Maschinen von WMF im Durchschnitt mehr als doppelt so teuer seien wie Konkurrenzprodukte, die Selecta gegenwärtig beziehe. Dies verdeutliche auch, dass WMF keinen Anreiz habe, ihre gegenwärtigen Kunden nicht mehr zu beliefern. Drittens würde KKR die gesamten Kosten einer Abschottungsstrategie tragen, während der Nutzen mit Allianz geteilt werden müsste. Auch dies würde aus Sicht der KKR wirtschaftlich keinen Sinn ergeben.

50. Zusammenfassend ist unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Einsatzmitteln führt.

Keine Abschottung von Kunden

51. Eine Kundenabschottung kann stattfinden, wenn sich ein Lieferant mit einem wichtigen Kunden im nachgelagerten Markt zusammenschliesst und damit den Zugang der Wettbewerber im vorgelagerten Markt zu wichtigen Absatzkanälen beschränkt, so dass die Fähigkeit und der Anreiz dieser Wettbewerber verringert werden, in Wettbewerb mit der fusionierten Einheit zu treten. Folge davon könnten erhöhte Kosten der nachgelagerten Wettbewerber sein. Dies kann die neue Einheit in die Lage versetzen, höhere Preise im nachgelagerten Markt gewinnbringend durchzusetzen. Möglicherweise verhindern jedoch Effizienzgewinne, welche durch den Zusammenschluss entstehen, dass sich nachteilige Auswirkungen auf die Verbraucher ergeben.

[22] KOMM, COMP/M.2373, *Compass/Selecta*, Rz 31; KOMM, COMP/M.4202, *Charterhouse/Elior*, Rz 27.

52. Vor diesem Hintergrund wird bei der Bewertung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Kundenabschottung erstens untersucht, ob die fusionierte Einheit in der Lage wäre, den Zugang zu den nachgelagerten Märkten durch die Verringerung ihrer Käufe bei den vorgelagerten Wettbewerbern abzuschotten. Zweitens wird analysiert, ob die fusionierte Einheit den Anreiz hätte, ihre Bezüge auf der vorgelagerten Ebene zu verringern und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf die Kunden im nachgelagerten Markt hätte.[23]

53. Die Parteien machen geltend, dass Selecta **keine Fähigkeit zur Kundenabschottung** hätte, da die meisten Lieferanten von vollautomatischen Heissgetränke-Tischmaschinen für den professionellen Gebrauch in einer Mehrzahl von Ländern tätig seien, so dass ein Rückgang der Verkäufe in der Schweiz kaum bedeutende Auswirkungen auf ihr Geschäft hätte. Viele der an Selecta verkauften Maschinen könnten zudem auch ausserhalb des Vendings Verwendung finden (z.B. in Hotels, Restaurants und für Catering).

54. Die Marktbefragung hat diese Sichtweise nur teilweise bestätigt: Zwei der vier befragten Konkurrenten von WMF ([…]) gaben an, dass sie ausreichende wirtschaftliche Alternativen für den Verkauf der Produktion hätten, falls sie Selecta als Kunde verlieren würden. Der dritte befragte Konkurrent ([…] mit einem geschätzten Marktanteil von […] % (vgl. oben, Rz 39), arbeitet mit keinem Vending-Unternehmen zusammen. Das vierte Unternehmen ([…]), welches in der Schweiz rund […] % des Umsatzes mit Selecta erzielt, gab […]. Angesichts der starken Stellung von Selecta in den Vending-Märkten (vgl. oben, Rz 38) ist diese Einschätzung nachvollziehbar: Sollte WMF nach der Transaktion nur noch Selecta beliefern und würden die befragten Vending-Unternehmen[24] ihre gesamten bisherigen Bezüge bei WMF auf […] verlagern, könnte […] nur ca. […] % des bisherigen jährlichen Umsatzes mit Selecta kompensieren.[25] Die damit möglicherweise erforderliche Produktionsumstellung dürfte für […]. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob gewisse Lieferanten von Selecta individuell abhängig sind und ob eine allenfalls bestehende individuelle Abhängigkeit ohne Selbstverschulden des Lieferanten aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten entstanden ist, in der vorliegenden vorläufigen Prüfung nicht analysiert wurde.[26] Eine allenfalls bestehende individuelle Abhängigkeit würde bei einem missbräuchlichen Verhalten von Selecta nach Art. 7 KG geprüft.[27]

55. Allerdings legen folgende Elemente nahe, dass Selecta erst gar **keinen Anreiz zur Kundenabschottung** hätte: WMF gehört nicht zu den wichtigsten Lieferanten von Selecta; in der Schweiz hat Selecta im Jahr 2013 keine Maschinen von WMF bezogen. Selecta hat in den letzten drei Jahren von einer Reihe anderer Anbieter Maschinen bezogen, die teilweise entsprechend den Bedürfnissen von Selecta entwickelt worden sind. In jedem der Jahre 2011, 2012 und 2013 hat Selecta im EWR [vertrauliche Kundeninformation]. Nach Angaben der Parteien gehören die Tischmaschinen von WMF denn auch nicht zu den von Selecta bevorzugten Maschinen, weil die meisten Maschinen, die WMF herstellt, im Allgemeinen für den Gebrauch bei Selecta nicht geeignet seien, u.a. wegen eines höheren Betreuungsaufwands für die Maschinen und höheren Preisen verglichen mit der typischen Maschine von Selecta (vgl. hierzu oben, Rz 49). Insgesamt ist Selecta der Auffassung, dass nur 5-10 % ihrer Nachfrage nach Heissgetränke-Tischmaschinen von WMF erfüllt werden könnte. Eine Produktionsumstellung von WMF entsprechend den Bedürfnissen von Selecta macht laut Aussagen der Parteien betriebswirtschaftlich keinen Sinn (vgl. oben, Rz 49).

56. Vor diesem Hintergrund ist es unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer wettbewerbswidrigen Abschottung von Kunden führt.

Fazit

57. In casu ist einzig der Markt für klassisches Vending – bei einer Marktsegmentierung der Markt für das Vending von Heissgetränken – vom Zusammenschluss betroffen. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen und somit zu keinen Wettbewerbsbedenken in horizontaler Hinsicht. In vertikaler Hinsicht ist sodann unwahrscheinlich, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Abschottung von Einsatzmitteln oder Kunden führt.

B.3.3 Ergebnis

58. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen und somit zu keinen Wettbewerbsbedenken in horizontaler Hinsicht. Auch die vertikale Beziehung zwischen WMF, einer von KKR kontrollierten Portfoliogesellschaft, und Selecta, führt zu keinen substantiierten wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Abgesehen hiervon sind weder KKR (inkl. kontrollierte Portfolio-Gesellschaften) noch Allianz in Geschäftsbereichen tätig, welche einem Tätigkeitsbereich von Selecta vorgelagert, nachgelagert oder eng benachbart wären.

59. Die vorläufige Prüfung ergibt deshalb keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[23] Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 12), Rz 58 f.

[24] Zu den befragten Vending-Unternehmen gehören u.a. die drei wichtigsten Konkurrenten von Selecta.

[25] Quelle: Berechnung des Sekretariats der WEKO basierend auf Marktbefragung und Angaben der Parteien.

[26] Für eine ausführliche Analyse individueller Abhängigkeiten siehe RPW 2008/1, 201 ff. Rz 604 ff., *Migros/Denner*, RPW 2008/4, 657 ff. Rz 476 ff., *Coop/Carrefour*.

[27] Vgl. hierzu RPW 2005/1, 146 ff., *CoopForte*.

B 2.3	**9. Tamedia/home.ch**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. November 2014

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. November 2014

A Sachverhalt

1. Am 27. Oktober 2014 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Meldung der Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über den Unternehmensteil home.ch zu übernehmen.[1]

A.1 Die beteiligten Unternehmen

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften sowie Betreiberin von Online-Plattformen. Sie ist auch im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwergewichtig in der Schweiz tätig.[2]

3. Vertragspartei auf Seiten von Tamedia ist die Homegate AG (nachfolgend: Homegate). Homegate betreibt den Online-Marktplatz für Immobilien-Rubrikanzeigen „homegate.ch“. Homegate steht unter der alleinigen Kontrolle von Tamedia. Gemäss Meldung hält die Zürcher Kantonalbank an Homegate eine Minderheitsbeteiligung von 10 %, […].[3]

4. Home.ch ist ein Online-Markplatz für Immobilien. Sowohl Private als auch Unternehmen können gemäss Meldung auf home.ch Rubrikanzeigen für die Vermietung und den Verkauf von Immobilien platzieren. Der Online-Marktplatz sei in deutscher, französischer, italienischer und englischer Sprache verfügbar und richte sich damit an Nutzer und Inserenten in der ganzen Schweiz.[4] Daneben erziele home.ch sehr geringe Umsätze mit Banner- und Netzwerkwerbung.[5]

5. Home.ch werde von der LTV Gelbe Seiten AG (nachfolgend: LTV) betrieben und bilde innerhalb der LTV einen Unternehmensteil, dem ein eigener Umsatz zugeordnet werden könne. LTV befinde sich seit kurzem unter der alleinigen Kontrolle der Swisscom AG.[6]

A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

6. Tamedia bezwecke mit der Übernahme von home.ch, die Geschäftstätigkeit im Bereich der Online-Marktplätze auszubauen und damit die Produktepalette von Tamedia abzurunden. Die LTV bezwecke mit dem Zusammenschluss demgegenüber den Ausstieg aus dem Geschäft mit Immobilien-Rubrikanzeigen.[7]

A.3 Verfahren

7. Am 14. Oktober 2014 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2014 nahm das Sekretariat dazu Stellung.

8. Am 27. Oktober 2014 reichte Tamedia eine Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

9. Mit Schreiben vom 4. November 2014 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 28. Oktober 2014, und endet am 28. November 2014.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

11. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

[1] Vgl. Meldung vom 24. Oktober 2014 (nachfolgend: Meldung), Rz 1.
[2] Vgl. Meldung, Rz 3.
[3] Vgl. Meldung, Rz 6.
[4] Vgl. Meldung, Rz 8.
[5] Vgl. Meldung, Rz 40.
[6] Vgl. Meldung, Rz 9 und 14.
[7] Vgl. Meldung, Rz 20 f.

13. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

14. Derzeit wird home.ch von der LTV betrieben und bildet einen Unternehmensteil innerhalb der LTV, dem ein eigener Umsatz zugeordnet werden kann.[8] Tamedia plant, von der LTV die relevanten Vermögenswerte von home.ch und damit die alleinige Kontrolle zu übernehmen.[9] Beim vorliegenden Kontrollwechsel handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

15. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

16. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

17. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:[10]

	Tamedia	**home.ch**	**insgesamt**
Schweiz	[…]	[…]	[…]
Weltweit	1‘069	[…]	[…]

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2013 (in Mio. CHF)

18. Wie aus der Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

19. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d’analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) und die Edipresse-Gruppe auf dem „marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne“ (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) marktbeherrschend sind.[11] Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia entfaltet[12] die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe.

20. Anzumerken ist, dass Tamedia kürzlich ihre Beteiligung an Le Temps verkauft hat.[13] Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist – wie nachfolgend aufgezeigt wird – meldepflichtig, weil es jedenfalls den Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne betrifft. Offengelassen werden kann die Frage der Meldepflicht, falls sich Tamedia in Zukunft an einer Transaktion beteiligen sollte, welche den Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz oder einen Markt betrifft, der diesem Markt vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

21. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit insbesondere, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne betrifft. Andererseits besteht eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG, falls der geplante Zusammenschluss einen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

22. Wie erwähnt, ist home.ch ein Online-Marktplatz für die Vermietung und den Verkauf von Immobilien. Daneben erzielt home.ch sehr geringe Umsätze mit Banner- und Netzwerkwerbung. Der Online-Marktplatz ist in deutscher, französischer, italienischer und englischer Sprache verfügbar und richtet sich damit an Nutzer und Inserenten in der ganzen Schweiz (vgl. Rz 4). Home.ch ist somit insbesondere auch auf den folgenden Märkten tätig (vgl. auch Rz 38 ff.):

[8] Vgl. Meldung, Rz 9.
[9] Vgl. Meldung, Rz 17 ff.
[10] Vgl. Meldung, Rz 35 ff.
[11] Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.
[12] Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.
[13] Vgl. Beschlussbegründung vom 27.8.2014 betreffend das Zusammenschlussvorhaben *Ringier/LeTemps*, Rz 1 und 16 (Veröffentlichung der Beschlussbegründung in der RPW vorgesehen).

- Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

23. In der Meldung bzw. der Beratungsanfrage vom 18. September 2014 wird geltend gemacht, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betreffe keinen Markt, für welchen eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden sei. Es wird insbesondere vorgebracht, die Feststellung der Marktbeherrschung habe sich gemäss dem damaligen Entscheid ausschliesslich auf die Lesermärkte und nicht auf die Werbemärkte bezogen. Für die Werbemärkte habe die WEKO ausdrücklich festgehalten, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung weder begründe noch verstärke. In den Lesermärkten würden Leser lokale und regionale News, d.h. Informationen über lokale und regionale Aktualitäten in Politik, Wirtschaft, Kultur etc. nachfragen.[14]

24. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich Tageszeitungen nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser richten.[15] Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung können insbesondere auch an die Leserschaft gerichtete Immobilien-Rubrikan-zeigen sein.[16] Daher umfassen die in der Verfügung der WEKO vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Märkte für überregionale „analytische" Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz und für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne je auch den Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz. Dies gilt selbst bei der in der Meldung bzw. Beratungsanfrage geltend gemachten Einschränkung der Rechtskraft gemäss Verfügung vom 1. Dezember 1997 auf Lesermärkte. Ob diese Lesermärkte auch den Markt für Inserenten von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikan-zeigen umfassen, kann vorliegend offengelassen werden.

25. Die von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne (namentlich Tribune de Genève und 24 heures)[17] enthalten ebenfalls Immobilien-Rubrikanzeigen. Da home.ch wie erwähnt auch in den Regionen Genf und Lausanne Online-Rubrikanzeigen für Immobilien anbietet, betrifft der geplante Zusammenschluss auch den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen der Regionen Genf und Lausanne, für welchen die marktbeherrschende Stellung von Tamedia in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wurde.

26. Somit erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen Auslegung des Dispositivs der Verfügung der WEKO vom 1. Dezember 1997 (nur Lesermärkte) als meldepflichtig gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

27. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erweist sich das vorliegende Zusammenschlussvorhaben jedoch selbst dann als meldepflichtig nach Art. 9 Abs. 4 KG, falls es entgegen der obigen Einschätzung nicht den (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betreffen sollte:

28. In diesem Fall würde es sich beim Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zwar entgegen den obigen Ausführungen nicht um einen integralen Bestandteil des mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 abgegrenzten Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch nichts daran ändern, dass diese Märkte gleichwohl in einem Nahverhältnis zueinander stehen. Konkret wäre davon auszugehen, dass der Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz nur knapp ausserhalb des Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne liegt. Im Übrigen liegt es auf der Hand, dass die Online-Immobilien-Rubrikanzeigen von home.ch für die französischsprachige Schweiz bzw. die Regionen Genf und Lausanne aus Sicht der Leser/Nutzer wie der Inserenten bis zu einem gewissen Grad mit den Immobilien-Rubrikanzeigen in den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne substituierbar sind. Davon ist namentlich auszugehen, da Print- und Online-Immobilien-Rubrikanzeigen gemäss aktueller Praxis den gleichen sachlichen Leser- bzw. Inserentenmärkten zugerechnet werden (vgl. nachfolgend Rz 41).

29. Gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist mittels des Begriffs des benachbarten Marktes um den relevanten Markt ein etwas grösserer Kreis zu ziehen. So erscheint gemäss dieser Rechtsprechung etwa auch ein Produktmarkt, der knapp ausserhalb des relevanten (beherrschten) Marktes liegt, für die Fusionskontrolle noch als beachtlich.[18] Somit würde es sich beim Markt für Leser/Nutzer von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz nach dem Gesagten unter Berücksichtigung dieser bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung um einen benachbarten Markt zum (Leser-) Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne handeln.

[14] Vgl. Meldung, Rz 28 und Beratungsanfrage vom 18.9.2014 (nachfolgend: Beratungsanfrage), Rz 7 und 17.
[15] Vgl. in diese Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.
[16] RPW 2007/2 204 Rz 101, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften. VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.
[17] Vgl. https://secureself.tamedia.ch/gv/ (04.11.2014).
[18] Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

30. Es gilt zudem festzuhalten, dass das zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts einen Fall betrifft, in welchem die WEKO ein Unternehmen wegen Verletzung der Meldepflicht gestützt auf Art. 51 KG sanktioniert hat. Das Bundesverwaltungsgericht verwies[19] diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe.[20] Das Bundesgericht führte darin aus, dass aufgrund des strafrechtlichen Charakters[21] der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen das in Art. 7 EMRK[22] und Art. 15 Uno-Pakt II[23] enthaltene Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände zum Tragen komme.

31. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Art. 32 ff. KG handelt es sich im Gegensatz dazu um ein reines Administrativverfahren ohne strafrechtlichen Charakter, zumal es dabei einzig um die Bewilligung oder Nichtbewilligung eines meldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens geht. Selbst wenn eine allfällige Nichtbewilligung für die betroffenen Unternehmen einen Nachteil mit erheblichen finanziellen Folgen darstellen kann, weist sie keinerlei pönalen Gehalt auf. Es droht mithin bei der Zusammenschlusskontrolle keine Strafe im Sinne der EMRK bzw. des UNO-Pakts II. Unsicherheiten über die Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens kann ein Unternehmen im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG klären. Damit entfällt für das Unternehmen auch das Risiko eines sanktionsbedrohten Verfahrens nach Art. 51 KG wegen Verletzung der Meldepflicht. Art. 9 Abs. 4 KG ist daher für die Belange der Zusammenschlusskontrolle auch nicht im Sinne des strafrechtlichen Bestimmtheits- und Klarheitsgebots restriktiv auszulegen.

32. Anzumerken ist zudem, dass für die Bejahung des Tatbestandes von Art. 9 Abs. 4 KG auch eine bloss geringfügige Tätigkeit des in Rede stehenden Unternehmens im gleichen, einem vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt ausreicht. Der Umsatz bzw. die Marktanteile sind erst in einem zweiten Schritt – bei der Beurteilung des meldepflichtigen Zusammenschlussvorhabens – relevant. Demgemäss spielt es keine Rolle, dass in den klassischen Tageszeitungen heute gemäss den Ausführungen in der Meldung kaum noch Immobilien-Rubrikanzeigen geschaltet würden und sich die Suche nach einer Immobilie fast vollständig ins Internet verlagert habe.[24] Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind unabhängig davon insgesamt erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erweist sich als meldepflichtig.

33. Grundsätzlich kann allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob es angesichts des vom meldenden Unternehmen angesprochenen Strukturwandels noch zeitgemäss ist, für Rubrikanzeigen den Print- und Online-Bereich in einem gemeinsamen Markt zusammenzufassen. Das Sekretariat behält sich daher für die Zukunft vor, für den Bereich der Leser- und Inserenten-Märkte für Rubrikanzeigen gegebenenfalls abweichend von der bisherigen Praxis je separate sachliche Print- und Onlinemärkte abzugrenzen.

34. Aber selbst wenn separate Print- und Onlinemärkte für Rubrikanzeigen abgegrenzt würden, kann davon ausgegangen werden, dass separat abgegrenzte Märkte ebenfalls nur wenig ausserhalb des Marktes für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne lägen. Insbesondere würde weiterhin zumindest eine gewisse Substitutionsbeziehung zwischen den Online-Immobilien-Rubrikanzeigen von home.ch für die französischsprachige Schweiz bzw. die Regionen Genf und Lausanne und den Immobilien-Rubrikanzeigen in den von Tamedia vertriebenen regionalen Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne bestehen. Durch eine entsprechende Anpassung der Marktabgrenzung würde sich an der Meldepflicht des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund des Vorliegens von mindestens einem benachbarten Markt im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG somit nichts ändern.

35. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

36. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

38. 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).

39. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sind die folgenden sachlichen Märkte relevant:

B.4.1.1.1. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

40. Der Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Inserenten von Immobilienangeboten, die Immobilien zur Miete oder zum Kauf anbieten.[25]

[19] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 476 E. 2.1, *The Swatch Group AG/WEKO*.
[20] BGE 139 I 72, E. 8.2 (= RPW 2013/1, 124 ff. E. 8.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[21] BGE 139 I 72, E. 2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[22] Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).
[23] Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).
[24] Vgl. Meldung, Rz 28 und Beratungsanfrage vom 18.9.2014, Rz 21.
[25] Vgl. RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

41. Gemäss konstanter Praxis der WEKO und der REKO/WEF werden Print- und Online-Rubrikanzeigen im gleichen Markt zusammengefasst.[26] Eine differenziertere Betrachtung erscheint denn auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht notwendig.

B.4.1.1.2. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

42. Der Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen umfasst auf der Angebotsseite den Betreiber einer Online-Plattform für Rubrikanzeigen oder den Herausgeber eines Print-Mediums und auf der Nachfrageseite Leser von Print-Inseraten bzw. Nutzer von Online-Plattformen, über welche Immobilien zur Miete oder zum Kauf angeboten werden.[27] Hierbei werden praxisgemäss grundsätzlich auch Metaportale berücksichtigt.[28]

B.4.1.1.3. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen

43. Gemäss Meldung ist insgesamt ein Markt für die Bereitstellung für Online-Firmenwerbung abzugrenzen, welcher nicht weiter zu unterteilen sei.[29] Nach Praxis der WEKO ist im Bereich der Online-Firmenwerbung jedoch zwischen statischen Werbeformen (insbesondere Bannerwerbung) und dynamischen Werbeformen (insbesondere Suchmaschinen- und Netzwerkwerbung) zu unterscheiden. Gemäss Meldung ist home.ch lediglich im Bereich der Bereitstellung von Bannerwerbung und Netzwerkwerbung tätig, wobei aber lediglich sehr geringe Umsätze erzielt würden.[30] Entsprechend sind nachfolgend sowohl der sachlich relevante Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen als auch jener für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen weiter zu analysieren.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Märkte für (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen

45. In räumlicher Hinsicht sind gemäss Praxis der WEKO sowohl sprachregionale Märkte abzugrenzen als auch Marktabgrenzungen nach Wirtschaftsgebieten vorzunehmen.[31]

46. In der Meldung wird geltend gemacht, dass es sich für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens rechtfertige, auf eine Marktabgrenzung nach Wirtschaftsgebieten zu verzichten. Die Nutzung von home.ch in den einzelnen Wirtschaftsgebieten unterscheide sich kaum von der Nutzung in den entsprechenden Sprachregionen. Der Onlinemarktplatz home.ch sei nicht speziell auf eine oder mehrere Regionen ausgerichtet, sondern richte sich in gleicher Weise an alle Nutzer der Schweiz. Home.ch strebe keine regionale Schwerpunktbildung an. Die Marktanteile von home.ch in den einzelnen Wirtschaftsgebieten seien deshalb mit den Marktanteilen in den entsprechenden Sprachregionen vergleichbar.[32]

47. Da gemäss den Angaben in der Meldung davon ausgegangen werden kann, dass die Marktanteile in den einzelnen Wirtschaftsgebieten kaum oder nur geringfügig von jenen in den Sprachräumen abweichen, kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Sinne einer Vereinfachung auf eine zusätzliche Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte in Grossräume verzichtet werden. Daher werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in räumlicher Hinsicht lediglich sprachregionale Märkte abgegrenzt.

48. Entsprechend ist ein Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz, ein Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz, ein Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz, ein Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz, ein Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz und ein Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz abzugrenzen.

B.4.1.2.2. Märkte für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen

49. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen wurde bisher zumeist sprachregional abgegrenzt.[33] Auch für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist eine räumliche Marktabgrenzung nach Sprachregionen vorzunehmen.

50. Der Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen wurde bisher national[34] oder sprachregional[35] abgegrenzt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die räumliche Abgrenzung vorliegend aufgrund der sehr geringen Marktanteile in diesem Bereich allerdings offengelassen werden.[36]

---

[26] Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 14, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*; RPW 2012/3, 673 Rz 42, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*, RPW 2011/3 411 Rz 6, *Tamedia/car4you*; RPW 2009/3 262 Rz 104, *Tamedia/PPSR*; RPW 2006/2 382 E 8.3.2, *Entscheid REKO/WEF Tamedia/BZ/20 Minuten*.

[27] Vgl. RPW 2012/3, 673 Rz 45, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

[28] Vgl. RPW 2013/1, 82 Rz 15, *Tamedia/Ringier/Jobs.ch/Jobup*.

[29] Vgl. Meldung, Rz 41.

[30] Vgl. Meldung, Rz 33 und 40.

[31] Vgl. RPW 2012/3, 673 Rz 44 und 46, *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*.

[32] Vgl. Meldung, Rz 37.

[33] Vgl. RPW 2014/1, 297 Rz 38, T*amedia AG/Unternehmensteil B2C der Ticketportal AG*; RPW 2012/3, 673 Rz 42 ff., *Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet*; RPW 2012/1, 142 Rz 51, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

[34] Vgl. RPW 2012/1, 156, Rz 114 ff. *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense /PPN*.

[35] Vgl. RPW 2013/3, 363 Rz 73, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.

[36] Vgl. hinten, Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen gemäss Meldung.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Betroffene Märkte

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

52. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile von Tamedia und home.ch auf den relevanten Märkten wie folgt:[37]

Markt	Marktanteile im Geschäftsjahr 2013		
	Tamedia	home.ch	gemeinsam
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz	[20 – 30] %	[0 - 10] %	[30 – 40]%
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[30 – 40]%	[0 - 10] %	[30 – 40]%
Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[10 – 20] %	[0 - 10] %	[10 – 20] %
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz	[20 – 30] %	[0 - 10] %	[20 – 30] %
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz	[10 – 20] %	[0 - 10] %	[20 – 30] %
Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der italienischsprachigen Schweiz	[10 – 20] %	[0 - 10] %	[10 – 20] %
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz	[30 – 40]%	[0 - 10] %	[30 – 40]%
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in französischsprachigen Schweiz	[50 – 60]%	[0 - 10] %	[50 – 60]%
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[40 – 50]%	[0 - 10] %	[40 – 50]%
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz	[0 - 10] %	[0 - 10] %	[0 - 10] %
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz	[0 - 10] %	[0 - 10] %	[0 - 10] %
Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für dynamische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz	[0 - 10] %	[0 - 10] %	[0 - 10] %

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen gemäss Meldung

53. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, liegen vorliegend die folgenden betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor:

- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz
- Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz
- Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in französischsprachigen Schweiz
- Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

[37] Vgl. Meldung, Rz 45 ff.

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

54. Nachfolgend wird eine Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation vorgenommen.

55. Bei den betroffenen Märkten handelt es sich durchwegs um Märkte im Online-Bereich. Diese zeichnen sich durch einen ständigen technologischen Wandel aus, der in der Regel auch eine sehr dynamische Entwicklung der Marktanteile nach sich zieht. Daher ist in diesen Märkten zu berücksichtigen, dass selbst hohe Marktanteile nicht zwingend eine marktbeherrschende Stellung nach sich ziehen müssen.

56. Gleichzeitig kann sich aufgrund der Zweiseitigkeit von Plattform-Märkten auch bei vergleichsweise tiefen Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung ergeben.

B.4.2.2.1. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

57. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[38]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Ringier[39]	newhome.ch AG[40]	urban group gmbh
2013	# Objekte	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[10 - 20]
2012	# Objekte	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2011	# Objekte	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

Tabelle 3: Marktanteile im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

58. Im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz hat Tamedia einen Marktanteil von [20 - 30 %] und home.ch einen solchen von [0 - 10 %]. Daneben sind mit Ringier, newhome.ch AG und urban group gmbh drei relativ starke Konkurrenten vorhanden, die alle über – in den letzten Jahren konstant gebliebene – Marktanteile von zwischen [10 - 20 %] und [10 - 20 %] verfügen.

59. Damit ergeben sich insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

[38] Vgl. Beilage 8 zur Meldung.
[39] Zu Ringier gehört insbesondere das Immobilienportal immoscout24.ch.
[40] Newhome.ch ist ein Immobilienportal, hinter dem 15 Kantonalbanken stehen.

B.4.2.2.2. Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

60. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[41]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Ringier	petitesannontesannon-ces.ch[42]	Achter-Louer.ch & Publimmo Sarl[43]
2013	# Objekte	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[30 - 40]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2012	# Objekte	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[30 - 40]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2011	# Objekte	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[30 - 40]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

Tabelle 4: Marktanteile im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

61. Im Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz hat Tamedia derzeit einen Marktanteil von [30 - 40 %] und home.ch einen solchen von [0 - 10 %]. Es kommt damit zu einer nennenswerten Marktanteilsaddition zu Gunsten von Tamedia. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass mit Ringier ein starker Konkurrent vorhanden ist, der seine Marktposition in den letzten drei Jahren ebenfalls ausbauen konnte. Neben Ringier sind zudem noch zwei weitere, und mit Marktanteilen von [10 - 20 %] bzw. [0 - 10 %] relativ starke Konkurrenten vorhanden.

62. Somit kann aufgrund der noch ausreichenden aktuellen Konkurrenz davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Inserenten in (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz führen wird.

B.4.2.2.3. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

63. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[44]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	RE/MAX International LLC.	Ringier	comparis.ch AG
2013	# Nutzer (Tsd)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2012	# Nutzer (Tsd)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

[41] Vgl. Beilage 9 zur Meldung.
[42] Petitesannonces.ch ist ein Onlineportal für Kleinanzeigen in der Westschweiz.
[43] Bei acheter-louer.ch handelt es sich um ein Immobilienportal für die Westschweiz.
[44] Vgl. Beilage 10 zur Meldung.

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	RE/MAX International LLC.	Ringier	comparis.ch AG
2011	# Nutzer (Tsd)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

Tabelle 5: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz

64. Tamedia verfügt derzeit im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz über einen Marktanteil von [20 - 30 %] und home.ch über einen solchen von [0 – 10 %]. Daneben sind mit RE/MAX International LLC. und Ringier zwei starke Konkurrenten vorhanden, die über Marktanteile von [10 - 20 %] bzw. [10 - 20 %] verfügen. Zudem ist mit comparis.ch AG eine weitere, relativ starke Konkurrentin zugegen, die ihren Marktanteil in den letzten drei Jahren von [0 - 10 %] auf [0 - 10 %] ausbauen konnte.

65. Gestützt auf diese Ausgangslage ergeben sich damit insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der deutschsprachigen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2.2.4. Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

66. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[45]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Société Privée de Gérance	Ringier	comparis.ch AG
2013	# Nutzer (Tsd)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[10 - 20]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2012	# Nutzer (Tsd)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2011	# Nutzer (Tsd)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20 - 30]	[0 - 10]	[10 - 20]	[0 - 10]	[0 - 10]

Tabelle 6: Marktanteile im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz

67. Im Markt für Nutzer/Leser von (Print-/Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz hat Tamedia derzeit einen Marktanteil von [10 - 20 %] und home.ch einen solchen von [0 - 10 %]. Es handelt sich somit nur knapp um einen betroffenen Markt. Da zudem mit der Société Privée de Gérance, Ringier und comparis.ch AG drei relativ starke Konkurrenten vorhanden sind, ergeben sich damit insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für Nutzer/Leser von (Print-/

[45] Vgl. Beilage 11 zur Meldung.

Online-) Immobilien-Rubrikanzeigen in der französischsprachigen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2.2.5. Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz

68. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[46]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Ringier	Swisscom (ohne home.ch)	NZZ
2013	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[30 - 40]	[0 - 10]	[10 - 20]	[0 - 10]	[0 - 10]
2012	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[30 - 40]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2011	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[30 - 40]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

Tabelle 7: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz

69. Zur Zeit verfügt Tamedia im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz über einen Marktanteil von [30 - 40 %]; jener von home.ch liegt gemäss Meldung bei [0 - 10 %]. Durch das Zusammenschlussvorhaben kommt es in diesem Bereich also lediglich zu einer äusserst geringen Marktanteilsaddition. Der grösste Wettbewerber im Markt – Ringier – verfügt demgegenüber über einen Marktanteil von [10 - 20 %]. Daneben gibt es mit Swisscom und NZZ zwei weitere relativ starke Konkurrenten mit Marktanteilen von zwischen [0 - 10 %] und [0 - 10 %].

70. Insgesamt ergeben sich demzufolge keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der deutschsprachigen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2.2.6. Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

71. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[47]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Swisscom (ohne home.ch)	Virtual Networks	Ringier
2013	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[50 - 60]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2012	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[50 - 60]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

[46] Vgl. Beilage 12 zur Meldung.

[47] Vgl. Beilage 13 zur Meldung.

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Swisscom (ohne home.ch)	Virtual Networks	Ringier
2011	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[50 - 60]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

Tabelle 8: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz

72. Tamedia verfügt im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz derzeit über einen Marktanteil von [50 - 60 %], während home.ch gemäss Meldung einen solchen von [0 - 10 %] aufweist. Durch den geplanten Zusammenschluss kommt es praktisch zu keiner Marktanteilsaddition. Allerdings können auch niedrige Marktanteilsadditionen in der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht zwangsläufig als unproblematisch angesehen werden, falls das übernehmende Unternehmen über eine starke Stellung verfügt. Wie soeben ausgeführt, hat Tamedia einen Marktanteil von [50 - 60 %] und somit eine starke Stellung auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischen Schweiz. Obwohl somit eine Marktanteilsaddition zu Gunsten des stärksten Marktteilnehmers erfolgt, wird dies jedoch dadurch relativiert, dass mit Swisscom und Virtual Networks zwei grössere Wettbewerber vorhanden sind, die über einen Marktanteil von [10 - 20 %] bzw. [10 - 20 %] verfügen. Darüber hinaus verfügt Ringier – der drittgrösste Konkurrent – über einen in den letzten Jahren konstant gebliebenen Marktanteil von [0 - 10 %]. Daraus folgt, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz voraussichtlich zu keiner Änderung der Wettbewerbsverhältnisse führen wird.

73. Insgesamt ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der französischsprachigen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2.2.7. Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

74. Die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren präsentiert sich nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[48]

		Gesamtmarkt	Parteien		Wettbewerber		
			Tamedia	home.ch	Timedia	Swisscom (ohne home.ch)	Corriere del Ticino
2013	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[40 - 50]	[0 - 10]	[10 - 20]	[0 - 10]	[0 - 10]
2012	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[40 - 50]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]
2011	Tsd. CHF	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[40 - 50]	[0 - 10]	[10 - 20]	[10 - 20]	[0 - 10]

Tabelle 9: Marktanteile im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz

[48] Vgl. Beilage 14 zur Meldung.

75. Im Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz verfügt Tamedia zur Zeit über einen Marktanteil von [40 - 50 %]; jener von home.ch liegt gemäss Meldung bei [0 - 10 %]. Entsprechend führt das Zusammenschlussvorhaben lediglich zu einer äusserst geringen Marktanteilsaddition. Zudem sind mit Timedia, Swisscom und Corriere del Ticino drei relativ starke Konkurrenten vorhanden, deren Marktanteile bei zwischen [0 - 10 %] und [10 - 20 %] liegen. Demzufolge ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischen Schweiz voraussichtlich zu keiner Änderung der Wettbewerbsverhältnisse führen wird.

76. Aufgrund der obigen Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss auf dem Markt für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen in der italienischsprachigen Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.3 Nebenabreden

77. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.[49]

78. In der Meldung wird eine Nebenabrede in Form eines Konkurrenzverbotes für die Veräusserin von home.ch geltend gemacht:

79. […].[50]

80. […].[51] Auch diese Regelung habe den Charakter eines Konkurrenzverbotes. […].[52]

81. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind[53] (EU-Bekanntmachung) gerichtet.[54]

82. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.[55]

83. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.[56]

84. Der Erwerber hat im Allgemeinen ein grösseres Schutzinteresse als der Veräusserer. Daher gilt grundsätzlich die Regel, dass Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.[57]

85. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.[58]

86. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.[59]

[49] Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*, m. w. H.
[50] Vgl. Meldung, Rz 96.
[51] Vgl. Meldung, Rz 97.
[52] Vgl. Meldung, Rz 99.
[53] ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.
[54] Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[55] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.
[56] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.
[57] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 17.
[58] Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, F*rance Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[59] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.

87. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren – einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle – und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.[60]

88. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.[61]

89. Das in der Meldung geltend gemachte Konkurrenzverbot entspricht in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und kann daher als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden. Es bleibt anzumerken, dass die verschiedenen genannten Kontrollerwerbe über eine Zielgesellschaft unter Umständen erneut meldepflichtig wären.

B.4.4 Ergebnis

90. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den Märkten für Immobilien-Rubrikanzeigen oder auf den Märkten für die Bereitstellung von Werbeflächen für statische Werbeformen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

91. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[60] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.
[61] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.

B 2	**5. Andere Entscheide** Autres décisions Altri decisioni
B 2.5	**1. Zwischenverfügung vom 29. Juli 2014 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG betreffend Untersuchung gemäss Art. 27 KG Währungswechselkurse**

Zwischenverfügung vom 29. Juli 2014 in Sachen Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG betreffend Untersuchung gemäss Art. 27 KG Währungswechselkurse gegen […]

A Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bei der Fixierung diverser Wechselkurse im Devisenhandel (Forex) vor. Es besteht der Verdacht, dass unter einigen Devisenhändler von verschiedenen Banken Abreden zur Beeinflussung des Wechselkurses von diversen Wechselkurspaaren stattgefunden haben. Die derzeit vermuteten fehlbaren Verhaltensweisen betreffen namentlich a) koordinierte Handlungen zur Beeinflussung des WM/Reuters Fix […], b) die allgemeine Koordination in Bezug auf den Devisenkauf und -verkauf […], c) die Koordination von Kauf und Verkauf von Devisen in Bezug auf bestimmte Gegenparteien und d) den Austausch von vertraulichen Informationen. Das Sekretariat eröffnete daher im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG[1]. Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG vorliegt.

2. Die Adressatin der vorliegenden Verfügung, […], ist eines der Finanzinstitute, gegen welches sich die vorliegende Untersuchung richtet.[2]

3. Zwecks Abklärung der Verdachtsmomente gemäss Rz 1 wurde der Verfügungsadressatin zusammen mit dem Schreiben der Untersuchungseröffnung am 28. März 2014 ein Fragebogen zugestellt und diese beauftragt, diesen bis 30. April 2014 beantwortet einzureichen.[3] Am 15. April 2014 trafen sich Vertreter der Partei mit Mitarbeitenden des Sekretariats zwecks Besprechung des Fragebogens. Es wurde vereinbart, dass die […] vorerst die Organigramme (sog. Org Charts) für den relevanten Zeitraum […] des globalen FX Spot Desks sowie sämtliche Kommunikationen gemäss Ziffer 3 des Fragebogens vom 28. März 2014 für die Periode vom […] von […] sowie […] einreicht. Für diese […] Custodians hat die […] die Kommunikationen ab dem Jahr […] bereits für die […]. Die Frist zur umfassenden Beantwortung von Ziffer 3 des Fragebogens wurde abgenommen und nach Einreichung der Org Charts neu angesetzt.

4. Im Schreiben vom 30. April 2014 reichte die […] Dokumente zur Organisationsstruktur des FX Spothandels in der Schweiz ein und teilte mit, dass die Daten für die Organisationsstruktur ausserhalb der Schweiz bei der […] nicht vorhanden seien und sie die Möglichkeiten einer Bereitstellung abklären werde.[4] Im Weiteren führte sie aus, dass die angekündigte Datenlieferung wegen eines technischen Fehlers nicht innert vereinbarter Frist eingereicht werden könne und stellte eine Teillieferung der Kommunikationen von […] (in Rz 3) erwähnten Custodians bis 2. Mai 2014 in Aussicht. Am 2. Mai 2014 wurde ein Teil der Kommunikationen geliefert und um eine Fristerstreckung bis 27. Mai 2014 für die gesamte Datenlieferung ersucht.[5] Diese wurde vom Sekretariat mit Schreiben vom 7. Mai 2014 gutgeheissen.[6] Zugleich setzte das Sekretariat Frist bis 15. Mai 2014 zur Einreichung der ausstehenden Org Charts und forderte zugleich die Kommunikationen von weiteren Custodians ein, welche kurz darauf im Schreiben vom 9. Mai 2014 nochmals eingegrenzt wurden.[7] Die ausstehenden Org Charts wurden fristgemäss eingereicht. Die Gesamtlieferung der Kommunikationen von […] erfolgte mit Schreiben vom 27. Mai 2014.[8] Am selben Tag teilte die […] in einem separaten Schreiben mit, dass die Daten fristgemäss im txt-Format geliefert werden können, nicht aber im verlangten pdf-Format aufgrund eines hohen Zeitaufwandes für die Bereitstellung der Daten.[9] In der Folge ersuchte die […] um Fristerstreckung bis 2. Juli 2014 zur Einreichung der Kommunikationen für die […] Custodians. Aufgrund der ersuchten, verhältnismässig lange zu erstreckenden Frist für die Umwandlung von txt- in pdf-Dateien, verlangte das Sekretariat eine Begründung, welche innert Frist bis 4. Juni 2014 beim Sekretariat einging.[10] Unter anderem erklärte die […], dass der Datenumfang von […] denjenigen aller anderen […] Personen zusammen übertreffen würde. Das Sekretariat akzeptierte den Vorschlag, dass die Kommunikationen von

[1] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Vgl. Kopie Untersuchungseröffnungsschreiben vom 28. März 2014 (Beilage 1).
[3] Vgl. Fn 2.
[4] Vgl. Kopie Schreien […] vom 30. April 2014 (Beilage 2).
[5] Vgl. Kopie Schreiben […] vom 2. Mai 2014 (Beilage 3).
[6] Vgl. Kopie Schreiben Sekretariat vom 7. Mai 2014 (Beilage 4).
[7] Vgl. Kopie Schreiben Sekretariat vom 7. und 9. Mai 2014 (Beilage 4 und 5).
[8] Vgl. Kopie Schreiben […] vom 27. Mai 2014 (Beilage 6).
[9] Vgl. Kopie Schreiben […] vom 27. Mai 2014 (Beilage 7).
[10] Vgl. Kopie Schreiben […] vom 4. Juni 2014 (Beilage 8).

[…] Personen bis am 13. Juni 2014 und die noch ausstehenden Daten von […] bis spätestens 2. Juli 2014 eingereicht werden.[11]

5. Mit Schreiben vom 27. Mai 2014 verlangte das Sekretariat – gestützt auf die später eingereichten Org Charts (betreffend das Jahr […] für Custodinas in der Schweiz sowie betreffend die gesamte relevante Periode für Custodians ausserhalb der Schweiz) – die Einreichung von Kommunikationen entsprechend Ziffer 3 des Fragebogens vom 28. März 2014 von weiteren Custodians.[12]

6. Am 11. und 12. Juni 2014 wurde mit der […] mündlich vereinbart, dass die Fristen für weitere Datenlieferungen bis zum 18. Juni 2014 vorläufig ausgesetzt werden, um eine Lösung für den Datentransfer zu finden.

7. Am 17. Juni 2016 erfolgte zwischen Vertretern der […] und des Sekretariats eine telefonische Besprechung in Bezug auf die Modalitäten der weiteren Datenlieferungen. Die […] hat die geforderten Daten dem Sekretariat wie folgt einzureichen:

8. Chat-Kommunikationen (namentlich Bloomberg Chats): […].[13]

9. E-Mails: Die Lieferung der Daten erfolgt grundsätzlich gemäss Auskunftsbegehren vom 27. Mai 2014. Die Lieferung der E-Mails erfolgt nach denselben Vorgaben wie für die Chat-Kommunikationen (siehe Rz 8). Die […] führt in Ihrem Schreiben vom 18. Juni 2014 aus, dass sie bezüglich E-Mails, die innerhalb der Schweiz abgespeichert sind, durch die Schweizer Gesellschaft Zugriff habe und diese liefern könne. Hingegen habe sie auf die ausserhalb der Schweiz gelegenen E-Mail Kommunikationen keinen Zugriff und ersucht um Erlass einer formellen Verfügung.[14] Entsprechend dem Gesuch vom 18. Juni 2014 betrifft es die nachfolgenden Custodians:

[…]

10. Die […] reichte mit Schreiben vom 30. Juni 2014 die in der Schweiz verfügbaren (und noch nicht mittels der […]-Suchbegriffe selektierten) E-Mail-Kommunikationen der im Schreiben vom 9. Mai 2014 bestimmten Custodians ein und stellte in Aussicht, dass die Bloomberg-Kommunikationen dieser Custodians voraussichtlich bis Ende Juli 2014 eingereicht werden. Die Bloomberg-Kommunikationen der Custodians gemäss Schreiben vom 27. Mai 2014 sind derzeit in Bearbeitung bei der […].[15]

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

11. Auskunftsverfügungen dienen der Erhebung des Sachverhaltes und sind deshalb als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren.[16] Zuständig für den Erlass verfahrensleitender Verfügungen ist gemäss Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums.

B.2 Auskunftspflicht

12. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Auskunftspflicht gilt in allen kartellrechtlichen Verfahren, also auch in Untersuchungen.[17] Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG ist zudem weit gefasst.

13. Gemäss Art. 40 Satz 2 KG richtet sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 und 17 VwVG.[18] Im vorliegenden Verfahren wurden solche Auskunftsverweigerungsgründe weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

14. Die Verfügungsadressatin ist somit gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet. Diese wird von ihr auch nicht bestreitet. Um dem Auskunftsbegehren nachzukommen, ersucht die Verfügungsadressatin betreffend die im Ausland gelegenen E-Mail-Kommunikationen, auf welche sie angibt, keinen Zugriff darauf zu haben, indes um eine formelle Verfügung der Wettbewerbsbehörden.

B.3 Gegenstand und Frist

15. Gegenstand der vorliegenden Auskunftsverfügung bildet der Fragebogen vom 28. März 2014 sowie das darauf gestützte Schreiben vom 27. Mai 2014, welches den Fragebogen vorläufig eingrenzt.[19]

16. […] ist verpflichtet, die ausserhalb der Schweiz liegenden E-Mail-Kommunikationen – basierend auf dem Fragebogen vom 28. März 2014 sowie dem Schreiben vom 27. Mai 2014 – dem Sekretariat bis spätestens am 16. September 2014 (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) einzureichen. Eine allfällige Fristerstreckung richtet sich nach der Praxis des Sekretariats (vgl. das Merkblatt Fristen des Sekretariats, abrufbar unter www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Merkblatt Fristen).

B.4 Verhältnismässigkeit

17. Auskunftsverfügungen haben dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen. Daher müssen die einverlangten Auskünfte ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das Ziel des jeweiligen Verfahrens erreichen zu können. Zudem müssen sie in einem vernünftigen Verhältnis zum Eingriff in die Freiheit des Auskunftspflichtigen stehen.[20]

---

[11] Vgl. Kopie Schreiben Sekretariat vom 6. Juni 2014 (Beilage 9).
[12] Vgl. Kopie Schreiben Sekretariat vom 27. Mai 2014 (Beilage 10).
[13] […].
[14] Vgl. Kopie Schreiben […] vom 18. Juni 2014 (Beilage 11).
[15] Vgl. Kopie Schreiben […] vom 30. Juni 2014 (Beilage 12).
[16] RPW 2007/3, 487 Rz 3, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; RPW 2006/3, 510 Rz 3 m.Nw., *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*.
[17] RPW 2007/3, 487 Rz 4, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*; RPW 2006/3, 510 Rz 5, *Auskunftsverfügung IMS Health GmbH*; BENOÎT MERKT, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 40 KG N 7; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 40 N 3; DERS., Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 239 (zit. BILGER, Verwaltungsverfahren).
[18] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).
[19] Vgl. Kopien Schreiben Sekretariat vom 28. März 2014 und 27. Mai 2014 (Beilagen 1 und 10).
[20] RPW 2007/3, 487 Rz 9, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc.*, und RPW 2006/3, 510 Rz 11, *IMS Health GmbH*, je m.w.Hw.

18. Im vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren nach Art. 27 KG soll abgeklärt werden, ob der untersuchte Sachverhalt (vgl. Rz 1) eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG darstellt, was gegebenenfalls zur Sanktionierung der beteiligten Unternehmen führen kann.

19. Der an die Verfügungsadressatin gerichtete Fragebogen sowie das darauf gestützte Schreiben vom 27. Mai 2014, welches auch die E-Mail Kommunikationen von ausgewählten […]-Mitarbeitenden beinhaltet, dient der Klärung dieses Sachverhalts. Die damit einverlangten E-Mail-Kommunikationen sind nicht öffentlich zugängig, befinden sich allerdings im Herrschaftsbereich des Konzerns der Verfügungsadressatin. Nun besteht der Verdacht, dass Mitarbeitende von verschiedenen Banken Absprachen zur Manipulation von Währungswechselkursen getroffen haben. Vor diesem Hintergrund ist auch deren (E-Mail)Kommunikation mit anderen Banken für den Nachvollzug der Funktionsweise der mutmasslichen Kartelle und zur Beurteilung der Beteiligung der […]-Mitarbeitenden an mutmasslichen Wettbewerbsverstössen essentiell. Das Sekretariat ist daher auf Informationen von Verfahrensparteien wie der Verfügungsadressatin angewiesen. Die anderen im Gesetz vorgesehenen Instrumente zur Informationsbeschaffung – so namentlich Hausdurchsuchungen (Art. 42 KG) – sind im vorliegenden Verfahrensstadium zur Klärung des Sachverhalts keine milderen Mittel als ein schriftliches Auskunftsbegehren. Die Einforderung der genannten Auskünfte ist im vorliegenden Fall somit geeignet und erforderlich zur Abklärung und Beurteilung des kartellrechtlich relevanten Sachverhalts.

20. Die Einreichung von ausserhalb der Schweiz gelegenen E-Mail-Kommunikationen betrifft […]-Mitarbeitende. Die Auskunftspflicht ist naturgemäss mit einem gewissen Aufwand verbunden. Angesichts der Wichtigkeit dieser Auskünfte für das Kartellverfahren ist dieser Aufwand jedoch zumutbar. Zur Beantwortung des Fragebogens sowie dem darauf basierenden Schreiben vom 27. Mai 2014 wurde eine angemessene Frist angesetzt. Die Frist zur Lieferung der geforderten Daten wurde einstweilen abgenommen und wird in dieser Verfügung neu angesetzt.

21. Schliesslich sei erwähnt, dass die Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 25 KG an das Amtsgeheimnis gebunden sind und keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Es ist somit gewährleistet, dass die durch die Verfügungsadressatin eingereichten vertraulichen Daten nicht an Dritte oder an die Öffentlichkeit gelangen.

B.5 Entzug der aufschiebenden Wirkung

22. Auskunftsverfügungen stellen Zwischenverfügungen dar. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Die Beurteilung, ob diese Voraussetzung in casu erfüllt und somit auf eine allfällige Beschwerde einzutreten wäre, obliegt der Beschwerdeinstanz.

23. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen; dabei hat eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zu erfolgen.[21]

24. Für die Fortsetzung der Ermittlungen werden die von den Parteien mittels koordinierter Auskunftsbegehren einverlangten Auskünfte zum jetzigen Zeitpunkt benötigt. Ohne genaueres Verständnis der Funktionsweise der mutmasslichen Kartelle und der Rolle der Parteien innerhalb dieser Kartelle können die Wettbewerbsbehörden weder den Sachverhalt abklären noch beurteilen, ob bestimmte Verhaltensweisen kartellrechtlich zulässig sind oder nicht. Eine Verlängerung des Verfahrens infolge Verzögerung der Sachverhaltsklärung ist aus Gründen der Prozessökonomie und des Beschleunigungsgebots zu vermeiden. Dies gilt vorliegend umso mehr, als in diesem Verfahren auch sieben andere Parteien beteiligt sind. Dem Gleichbehandlungsgebot ist daher besondere Beachtung zu schenken. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Auskunftsverfügung wird daher aus Gründen des öffentlichen Interesses an der effizienten Durchsetzung des Kartellrechts und des privaten Interesses aller Verfahrensbeteiligten an der beförderlichen Durchführung des kartellrechtlichen Verfahrens die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.6 Verwaltungs- und Strafsanktionen

25. Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag bis zu CHF 100'000.- belastet.

26. Zudem wird eine natürliche Person, welche vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) nicht oder nicht richtig befolgt, gemäss Art. 55 KG mit Busse bis zu CHF 20'000.- bestraft.

27. Sollte die Verfügungsadressatin die mit dieser Verfügung geforderten Auskünfte dem Sekretariat der WEKO nicht bis am 16. September 2014 (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) zustellen, kann die WEKO sowohl eine Verwaltungs- als auch eine Strafsanktionen gemäss Art. 52 und 55 KG verhängen.

28. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.[22]

B.7 Kosten

29. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung[23] ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch

[21] RPW 2007/3, 487 Rz 14, *Auskunftsverfügung i.S. Preise von Viagra etc*., und RPW 2006/3, 510 Rz 19, *IMS Health GmbH*; statt vieler HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 55 VwVG N 90 ff., und REGINA KIENER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 14, je m.Nw.

[22] Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

[23] Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

das Verfahren auf Erlass einer Zwischenverfügung im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.- bis CHF 400.- richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Den Erlass der Zwischenverfügung hat im vorliegenden Verfahren die Verfügungsadressatin verursacht, indem sie explizit um eine formelle Verfügung ersuchte.

30. Der Zeitaufwand für die vorliegende Verfügung beläuft sich auf 16.75 Stunden à 200.00 also insgesamt CHF 3‘350.00 Diese Kosten hat die Verfügungsadressatin zu tragen.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die […] ist verpflichtet, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission sämtliche ausserhalb der Schweiz gelegenen E-Mail Kommunikationen von

   […]

   bis am 16. September 2014 (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) einzureichen.

2. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 3‘350.00 werden der […] auferlegt.

3. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

   […]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	**8. BGBM** LMI LMI
B 2.8	**1. Publikation einer Stellungnahme, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission / Publication d'une prise de position au sujet de l'application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence**

Pubblicazione di una presa di positione resa in applicazione della Legge sul mercato interno (art. 10a cpv. 1 LMI) con i commenti di Simon Odermatt e Gaël Schaffter, Centro di competenza Mercato interno, Segreteria della Commissione della concorrenza.

Publication d'une prise de position au sujet de l'application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 1 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence.

Publikation einer Stellungnahme, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 1 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission.

***

1 Commenti / Commentaires / Erläuterungen

1.1 In italiano

1. Nel 2013, il Tribunale federale (TF) ha invitato la COMCO a prendere posizione secondo l'articolo 102 capoverso 1 in relazione con l'articolo 89 capoverso 2 lettera a della Legge sul Tribunale federale (LTF; RS 173.110)[1] nel quadro di una procedura di ricorso (2C_315/2013) contro una sentenza del Tribunale amministrativo del Canton Ticino nell'ambito degli acquisti pubblici. Questa sentenza confermava una decisione del Dipartimento ticinese competente che aveva condannato un'impresa ticinese a cinque mesi di esclusione dagli acquisti pubblici e ad una multa di 40'000.- franchi per violazione grave della Legge cantonale sulle commesse pubbliche (art. 45 cpv. 1 LCPubb; RL 7.1.4.1). Questa decisione si giustificava per il fatto che l'impresa in oggetto ha ottenuto la commessa sulla base di false indicazioni (art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb). L'offerta contestata menzionava che l'impresa in causa disponeva di otto persone (di cui cinque operai) mentre in realtà essa non aveva (ancora) assunto gli operai necessari alla realizzazione dei lavori.

2. Nella sua sentenza il TF ha in primo luogo esaminato (consid. 1; cfr. punto 3.1.1 qui sotto) secondo quale procedura doveva essere trattato il ricorso. Dopo aver escluso il ricorso in materia penale (per il TF la sanzione è chiaramente di diritto amministrativo, consid. 1.1), il TF ha escluso anche il ricorso di diritto pubblico, avendo costatato che le condizioni dell'articolo 83 lettera f LTF non erano riunite (valore della commessa inferiore alle soglie determinanti e assenza di questioni di diritto d'importanza fondamentale). A partire dall'avocazione del suo potere di esame (consid. 1.2), il TF ha indicato che avrebbe trattato le censure della ricorrente – tutte di ordine costituzionale - nell'ambito della procedura di ricorso sussidiario in materia costituzionale. Il TF non ha quindi esaminato la presa di posizione della COMCO sotto l'aspetto della Legge sul mercato interno (LMI; RS 943.02). In effetti, da un lato, il ricorrente aveva fatto sue tardivamente – nella sua replica – le considerazioni della COMCO relative alla LMI e, d'altro lato, il ricorrente non aveva invocato una censura costituzionale che permette di esaminare una violazione della LMI – la quale sarebbe stata esaminata d'ufficio nel quadro di un ricorso di diritto pubblico.

3. Ai considerandi 8.2 (cfr. punto 3.1.2 di seguito), il TF ha precisato le ragioni che l'hanno condotto a non considerare la presa di posizione della COMCO. Il TF ha così costatato che gli argomenti contenuti nella presa di posizione della COMCO uscivano dal quadro legale di quelli contenuti nell'atto della ricorrente che non aveva invocato ne l'arbitrarietà nell'apprezzamento dei fatto o nell'applicazione della norma, ne rimesso in causa la compatibilità della LCPubb con il diritto federale attraverso l'effetto derogatorio del diritto federale (art. 49

[1] Ciò che il TF può anche fare in virtù dell'articolo 10 capoverso 2 della Legge federale sul mercato interno. La COMCO non era parte alla procedura ma unicamente invitata a prendere posizione, come risulta d'altronde dalla prima pagina della decisione.

cpv. 1 Cost.) e neppure si era lamentata di una violazione dell'articolo 27 Costituzione federale (fatta eccezione per una semplice critica della misura della sanzione). Ne consegue che, tenuto conto della LTF e le regole che reggono il ricorso sussidiario in materia costituzionale, il TF non poteva che respingere il ricorso senza esaminare la posizione e gli argomenti della COMCO.

4. In sostanza, nella sua presa di posizione (punto 2), la COMCO ha considerato da una parte, che l'esigenza di disporre della manodopera già al momento di sottoporre un'offerta costituiva una restrizione all'accesso al mercato contrario all'articolo 5 LMI, di modo che il diritto cantonale sulle commesse pubbliche non era stato violato e che la sanzione doveva essere annullata. D'altra parte, la COMCO è d'avviso che la sanzione di 5 mesi di esclusione dagli appalti pubblici non era proporzionata. Per concludere, la COMCO ha inoltre precisato che le sue considerazioni valevano anche in analogia con le censure relative al ricorso sussidiario in materia costituzionale della sanzione.

5. In conclusione, la Segreteria della COMCO attira l'attenzione dei futuri ricorrenti nell'ambito degli appalti pubblici sulla possibilità di censure che offre la LMI e a fare uso di queste nell'ambito di ricorsi sussidiari in materia costituzionale attraverso i rinvii all'articolo 49 Costituzione federale.

6. NB: i numeri di paragrafo così come i numeri delle note a piè di pagina della presa di posizione di seguito (cfr. para. 19 a 70) non corrispondono a quelli del documento originale in lingua italiana.

1.2 En français

7. En 2013, sur la base de l'art. 102 al. 1 en lien avec l'art. 89 al. 2 let. a de la Loi sur le tribunal fédéral (LTF; RS 173.110)[2], le Tribunal fédéral (TF) a invité la COMCO à prendre position dans une procédure de recours (2C_315/2013) contre un jugement du Tribunal administratif du canton du Tessin dans le domaine des marchés publics. Ce jugement confirmait une décision du Département tessinois compétent qui avait condamné une entreprise tessinoise à cinq mois d'exclusion des marchés publics et 40'000.- francs d'amende pour violation grave de la Loi cantonale sur les marchés publics (art. 45 al. 1 de la *Legge sulle commesse pubbliche*; LCPubb; RL 7.1.4.1), au motif qu'elle avait obtenu le marché en cause sur la base d'indications fausses (art. 45 al. 2 let. c LCPubb). L'offre litigieuse mentionnait que la société en cause disposait de 8 personnes (dont 5 ouvriers) alors qu'en réalité elle n'avait pas (encore) engagé les ouvriers nécessaires à la réalisation des travaux.

8. Dans son arrêt, le TF a en premier lieu (consid. 1; cf. pt 3.2.1 ci-dessous) examiné selon quelle procédure de recours il devait traiter l'acte du recourant. Après avoir exclu le recours en matière pénale (pour le TF la sanction est clairement de droit administratif; consid. 1.1), le TF a également exclu le recours de droit public, ayant constaté que les conditions de l'art. 83 let. f LTF n'étaient pas réunies (valeur seuil inférieure aux seuils déterminants et absence de question juridique de principe). Dès l'évocation de son pouvoir d'examen (consid. 1.2), le TF a indiqué qu'il allait traiter les griefs de la recourante - tous d'ordre constitutionnel - dans la cadre de la procédure du recours constitutionnel subsidiaire. Le TF n'a pas examiné la prise de position de la COMCO qui considérait l'affaire sous l'angle de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02). En effet, d'une part ce n'était que tardivement - dans sa réplique - que le recourant avait fait siennes les considérations de la COMCO relatives à la LMI et, d'autre part, ce que le TF a encore précisé dans le considérant 8, le recourant n'avait pas invoqué un grief constitutionnel qui permette d'examiner une violation de la LMI - qui s'examinerait d'office dans le cadre d'un recours de droit public.

9. Au consid. 8.2 (cf. pt 3.2.2 ci-dessous), le TF a précisé les raisons qui l'avaient amené à ne pas prendre en considération la prise de position de la COMCO. Le TF a ainsi constaté que les arguments contenus dans la prise de position de la COMCO sortaient du cadre de ceux de l'acte du recourant qui n'avait au demeurant invoqué ni l'arbitraire dans l'appréciation des faits ou dans l'application de la norme, ni remis en cause la compatibilité de la LCPubb avec le droit fédéral par le biais de l'effet dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), ni ne s'était plaint d'une violation de l'art. 27 Cst. (hormis une simple critique de la mesure de la sanction). Il s'ensuivait que, tenu par la LTF et les règles qui régissent le recours constitutionnel subsidiaire, le TF ne pouvait que rejeter le recours sans examiner la position et les arguments de la COMCO.

10. En substance, dans sa prise de position (pt 2), la COMCO a considéré d'une part que l'exigence de disposer de la main d'œuvre déjà au moment de la soumission d'une offre constituait une restriction à l'accès au marché contraire à l'article 5 LMI, de sorte que le droit cantonal sur les marchés publics n'avait pas été violé et que la sanction devait être annulée. D'autre part, la COMCO a jugé que la sanction de 5 mois d'exclusion des marchés publics était disproportionnée. Pour terminer, la COMCO a encore expliqué que ses considérations valaient également par analogie pour les griefs du recours constitutionnel subsidiaire relatifs à la sanction.

11. En conclusion, le Secrétariat de la COMCO attire l'attention des futurs recourants potentiels dans le domaines des marchés publics sur les possibilités de griefs qu'offre la LMI et à faire usage de celles-ci dans le cadre de recours constitutionnels subsidiaires (par des renvois à l'article 49 Cst.).

12. Remarque: les numéros de paragraphe ainsi que les numéros de note de bas de page de la prise de position ci-dessous (ch. 19 à 70) ne correspondent pas à ceux du document d'origine en langue italienne.

[2] Ce que le TF peut également faire en vertu de l'art. 10 al. 2 de la Loi fédérale sur le marché intérieur. La COMCO n'était pas partie à la procédure, mais uniquement invitée à prendre position, comme cela ressort d'ailleurs de la page de couverture de l'arrêt.

1.3 In Deutsch

13. Gestützt auf Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes (LTF; RS 173.110)[3] hat das Bundesgericht die WEKO 2013 zur Stellungnahme in einem Beschwerdeverfahren (2C_315/2013) gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin im Bereich des Beschaffungswesens eingeladen. In diesem Urteil wurde eine Verfügung der zuständigen kantonalen Behörde des Kantons Tessin bestätigt, mit welcher ein Unternehmen für fünf Monate von künftigen öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen und zu einer Busse von CHF 40‘000 verurteilt wurde wegen einer schwerwiegenden Verletzung des kantonalen Gesetzes über die öffentliche Beschaffung (Art. 45 Abs. 1 *Legge sulle commesse pubbliche*, LCPubb, RL 7.1.4.1). Das Verwaltungsgericht begründete dies damit, dass das Unternehmen den Zuschlag aufgrund von falschen Angaben erhalten habe (Art. 45 Abs. 2 Bst. c LCPubb). Das Unternehmen hatte in ihrem Angebot angegeben, dass es über acht Mitarbeiter (davon fünf Handwerker) verfüge, wobei sich herausstellte, dass es die für den Auftrag erforderlichen Handwerker (noch) nicht angestellt hatte.

14. In seinem Urteil prüft das Bundesgericht zunächst, nach welchem Verfahren es die Eingabe der Beschwerdeführerin behandeln soll (E. 1; vgl. Ziff. 3.3.1 weiter unten). Das Bundesgericht schliesst eine Beschwerde in Strafsachen aus (für das Bundesgericht handelt es sich bei den verhängten Sanktionen zweifelsfrei um verwaltungsrechtliche Sanktionen). Ebenso erachtet es die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 83 Bst. f BGG nicht als erfüllt (Auftragswert unter dem massgeblichen Schwellenwert und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung). In den Ausführungen zur Überprüfungsbefugnis (E. 1.2) hält das Bundesgerichts fest, dass es die Rügen der Beschwerdeführerin (alle sind verfassungsrechtlicher Art) im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde prüft. Das Bundesgericht berücksichtigt dabei die Stellungnahme der WEKO, welche die Sache unter dem Aspekt des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) geprüft hatte, nicht. Denn die Beschwerdeführerin habe die Argumente der WEKO zum BGBM erst in ihrer Replik aufgegriffen, also zu spät. Die Beschwerdeführerin selbst habe kein verfassungsmässiges Recht vorgebracht, welche es erlauben würde, eine Verletzung des BGBM zu prüfen (eine solche Prüfung würde im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen vorgenommen).

15. In E. 8.2 (vgl. Ziff. 3.3.2 weiter unten) führt das Bundesgericht die Gründe weiter aus, welche es veranlasst haben, die Stellungnahme der WEKO nicht zu berücksichtigen. So würden die Argumente in der Stellungnahme der WEKO über jene in der Eingabe der Beschwerdeführerin hinausgehen. Die Beschwerdeführerin habe selbst weder eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts noch eine willkürliche Rechtsanwendung geltend gemacht; ebensowenig stelle sie die Vereinbarkeit zwischen der LCPubb und dem Bundesrecht mit Verweis auf Art. 49 Abs. 1 BV in Frage oder bringe sie eine Verletzung von Art. 27 BV vor (mit Ausnahme einer Kritik über die Höhe der Sanktion). Daraus folgert das Bundesgericht mit Verweis auf das BGG und die Voraussetzungen der subsidiären Verfassungsbeschwerde, dass es die Beschwerde abweisen muss, ohne den Standpunkt und die Argumente der WEKO zu prüfen.

16. Die WEKO hatte in ihrer Stellungnahme (siehe Titel 2 unten) einerseits vorgebracht, dass die Pflicht, schon bei Einreichung der Offerte über die notwendige Belegschaft zu verfügen, eine Marktzugangsbeschränkung darstellt, die Art. 5 BGBM verletzt. Das sanktionierte Tessiner Unternehmen hat deshalb nicht gegen das kantonale Recht verstossen, sodass die verhängten Sanktionen hätten aufgehoben werden müssen. Andererseits qualifizierte die WEKO einen Ausschluss von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von fünf Monaten als unverhältnismässig. Abschliessend wies die WEKO darauf hin, dass ihre Vorbringen analog auch für Rügen in der subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen die Sanktion gelten würden.

17. Gestützt auf diese Ausführungen macht das Sekretariat der WEKO potentielle Beschwerdeführer im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf die Rügen gemäss BGBM aufmerksam und weist auf die Möglichkeit hin, davon im Rahmen von subsidiären Verfassungsbeschwerden (mit Verweis auf Art. 49 BV) Gebrauch zu machen.

18. Bemerkung: Die Randziffern und Fussnoten der nachfolgenden Stellungnahme (Rz 19-70) entsprechen nicht denjenigen des beim Bundesgericht eingereichten Originaldokuments in Italienisch.

2 Estratto della presa di posizione della COMCO del 11 luglio 2013 nella procedura 2C_315/2013 / Extrait de la prise de position de la COMCO du 11 juillet 2013 dans la procédure 2C_315/2013 / Auszug aus der Stellungnahme vom 11. Juli 2013 der WEKO im Verfahren 2C_315/2013

[…]

I. In ordine

19. Con decreto del 22 maggio 2013 la Cancelleria del Tribunale federale, per ordine del Presidente della IIa Corte di diritto pubblico, ha invitato la COMCO a prendere posizione in merito al ricorso sopra citato entro il 24 giugno 2013. In data 29 maggio 2013 la COMCO ha richiesto una proroga del termine fino al 12 luglio 2013. Con decreto del 31 maggio 2013 la Cancelleria del Tribunale federale, per ordine del Presidente della IIa Corte di diritto pubblico, ha accordato una proroga del termine fino al 12 luglio 2013. Ne consegue che la presente presa di posizione è tempestiva.

II. In fatto

20. In base alla documentazione in possesso della COMCO, segnatamente la decisione dell’istanza inferiore e il gravame della ricorrente, la fattispecie si presenta come segue:

[3] Die WEKO kann auch gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BGBM im Verfahren vor Bundesgericht angehört werden. Die WEKO war nicht als Partei am Verfahren beteiligt, sondern wurde lediglich zur Stellungnahme eingeladen.

21. La B. ha pubblicato il 14 febbraio 2012 un bando di concorso soggetto alla Legge cantonale sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL TI 7.1.4.1) per l'aggiudicazione delle opere di pavimentazione per C. di X.

22. La committente ha richiesto agli offerenti di indicare il numero di maestranze relativo all'intera ditta nonché quelle previste per l'esecuzione della commessa. La ricorrente ha presentato un'offerta indicando che all'esecuzione dell'opera avrebbero contribuito, tra quadri e maestranze, otto persone, precisando che si sarebbe trattato di un'unità di personale amministrativo, una di personale tecnico, una di personale domiciliata e cinque di personale estero.

23. Il 21 maggio 2012 la committente ha deliberato l'aggiudicazione della commessa in favore della ricorrente [A.].

24. A seguito di successivi controlli svolti dalla Commissione paritetica cantonale, è emerso che parte dei lavoratori presenti sul cantiere sono stati assunti a titolo temporaneo solo dopo la delibera di aggiudicazione della commessa. In seguito è stato aperto un procedimento amministrativo ai sensi dell'articolo 45 LCPubb per violazione delle normative cantonali vigenti in materia di appalti pubblici.

25. Con decisione del 5 dicembre 2012 il Consiglio di Stato ticinese, ai sensi dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb, che prevede sanzioni in caso di gravi violazioni della LCPubb, segnatamente in caso di ottenimento di un'aggiudicazione sulla scorta di false indicazioni, ha escluso la ricorrente dalla partecipazione a tutte le commesse pubbliche soggette alla LCPubb per il periodo di cinque mesi infliggendole una pena pecuniaria di CHF 40'000.-.

26. La ricorrente è insorta d'innanzi al Tribunale amministrativo del Canton Ticino contestando la qualifica dell'accaduto nel novero delle violazioni gravi di cui all'articolo 45 LCPubb. Il ricorso è stato tuttavia respinto. La decisione è stata in seguito impugnata d'innanzi al Tribunale federale.

27. La COMCO, nella stesura della propria presa di posizione, si basa sui fatti presentati dall'istanza inferiore in maniera determinante per il Tribunale federale (art. 105 cpv. 1 Legge sul Tribunale federale; RS 173.110).

III. In diritto

28. La COMCO sorveglia il rispetto della Legge federale sul mercato interno (LMI; RS 943.02) da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a svolgere compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). La COMCO è legittimata a presentare ricorso contro decisioni cantonali al fine far accertare se una decisione limiti in modo inammissibile l'accesso al mercato, ovvero se la decisione sia compatibile con la LMI (art. 9 cpv. 2bis LMI). Inoltre, secondo l'articolo 10 capoverso 2 LMI, la COMCO può essere sentita in occasione di procedure d'innanzi al Tribunale federale.[4]

29. La LMI garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e indiscriminato al mercato al fine di poter esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). Per questo scopo la LMI sancisce varie libertà (art. 2 LMI) che è possibile limitare solo a determinate condizioni (art. 3 LMI).

30. Il diritto all'accesso al mercato comprende egualmente l'accesso agli appalti pubblici cantonali e comunali. Le disposizioni del diritto del mercato interno applicabili alle commesse pubbliche si trovano all'articolo 5 LMI. Si tratta di una disposizione di diritto federale direttamente applicabile alle commesse pubbliche cantonali e comunali.[5] *L' articolo 5 LMI statuisce i principi minimi materiali e formali che devono venir rispettati dalle procedure di aggiudicazione cantonali. Si tratta segnatamente del principio di non discriminazione (art. 5 cpv. 1 LMI) e dell'obbligo di pubblicazione (art. 5 cpv. 2 LMI).*

31. L'articolo 5 capoverso 1 LMI sancisce il diritto all'accesso indiscriminato alle commesse pubbliche cantonali e comunali così come degli enti preposti allo svolgimento di compiti cantonali o comunali. Secondo la dottrina del Tribunale federale l'accesso indiscriminato alle commesse pubbliche è garantito a tutti gli offerenti, siano essi indigeni o esterni.[6] *Ciò significa che anche offerenti con sede all'interno del territorio in cui è stata indetta la commessa godono delle garanzie statuite dall'articolo 5 capoverso 1 LMI. Questa disposizione costituisce un principio di uguaglianza e di non discriminazione nell'ambito delle commesse pubbliche cantonali e comunali regolate dal diritto intercantonale o cantonale.*[7]

32. L'articolo 5 capoverso 2 LMI impone inoltre che i progetti relativi ad acquisti pubblici di considerevole importanza, a prestazioni di servizi e a lavori di costruzione, come pure i criteri di partecipazione e di aggiudicazione dell'appalto, siano pubblicati su un organo ufficiale. Tale prescrizione sancisce l'obbligo di trasparenza per gli enti pubblici nell'ambito delle commesse pubbliche indicando tutti i criteri necessari per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.

33. In altri termini i principi sanciti dall'articolo 5 LMI devono essere trasposti e concretizzati attraverso la legislazione cantonale ed intercantonale e rispettati dalla committente nell'ambito di una commessa pubblica. Concretamente le disposizioni cantonali riguardanti le commesse pubbliche devono rispettare i criteri sanciti dall'articolo 5 LMI.[8] *Ciò vale anche per le disposizioni circa le sanzioni amministrative. Una decisione in tal senso deve rispettare i principi sanciti dalla LMI.*[9] *Ne*

---

[4] *DTF 136 II 470, consid. 1.1.*

[5] *EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (curatori), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2a ed., art. 5 LMI N 37; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 segg., 184.*

[6] *MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch / Rolf Weber / Roger Zäch (curatori), Kommentar Wettbewerbsrecht II, art. 5 LMI N 1; DTF 125 I 406, consid. 2; decisione del Tribunale federale 2P.151/1999 del 30.5.2000, consid. 1c.*

[7] *DTF 125 I 406, consid. 2; decisione del Tribunale federale 2P.151/1999 del 30.5.2000, consid. 1c ; DIEBOLD, 180; OESCH/ZWALD, art. 5 LMI N 1; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1 volume, 2a ed., N 53.*

[8] *Messaggio del Consiglio di Stato ticinese del 28 ottobre 1998, nr. 4806.*

[9] *DIEBOLD, 184; CLERC, art. 5 LMI N 130.*

consegue che la decisione del 5 dicembre 2012 del Consiglio di Stato ticinese è rilevante dal punto di vista della LMI.

34. La COMCO nella presente presa di posizione analizzerà due aspetti che, oltre a quelli di natura costituzionale, sono rilevanti per la valutazione del ricorso. Innanzitutto verrà analizzato se, nell'ambito di un'interpretazione conforme al diritto federale, sia possibile dedurre un obbligo per gli offerenti di disporre della manodopera già al momento della presentazione dell'offerta, come riconosciuto implicitamente dall'istanza inferiore. In seguito verrà analizzata la legittimità della sanzione alla luce della LMI.

A. L'obbligo di disporre della manodopera necessaria al momento dell'offerta è contrario alla LMI

35. La sanzione comminata alla ricorrente è stata pronunciata in applicazione dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb, che prevede la possibilità per il Consiglio di Stato, in caso di gravi violazioni della LCPubb, segnatamente in caso di ottenimento di un'aggiudicazione sulla scorta di false indicazioni (art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb), di comminare al contravventore una congrua pena pecuniaria (al massimo 20 % del valore della commessa) e/o la sua esclusione da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di 5 anni.

36. Stando all'accertamento dei fatti stabilito in maniera determinante per il Tribunale federale dall'istanza inferiore, la ricorrente ha inoltrato l'offerta più bassa, "indicando che all'esecuzione della commessa avrebbero contribuito – tra quadri e maestranze – otto persone" (cfr. decisione del 12 marzo 2013, punto A). Avendo la ricorrente assunto parte dei lavoratori solo dopo aver ottenuto l'aggiudicazione (cfr. decisione del 12 marzo 2013, punto B.d), tale indicazione è stata giudicata fallace ai sensi dell'articolo 45 capoverso 2 lettera c LCPubb. La ricorrente, a detta dell'istanza inferiore, si sarebbe procurata in tal modo un vantaggio nei confronti degli altri offerenti permettendole di aggiudicarsi la commessa.

37. L'istanza inferiore ha riconosciuto nel comportamento della ricorrente una grave violazione della legge sulle commesse pubbliche. Essa ha quindi implicitamente riconosciuto un obbligo da parte dei partecipanti ad una commessa pubblica di disporre della manodopera necessaria all'esecuzione dell'opera già al momento dell'inoltro dell'offerta.

38. A tal proposito va costatato che, in base alle circostanze di fatto stabilite dall'istanza inferiore, si può unicamente dedurre la presenza della richiesta agli offerenti di indicare il numero di maestranze relative all'intera ditta e quelle previste per l'esecuzione della commessa. Non vi sono elementi che possano far desumere la presenza di un'esplicita richiesta agli offerenti da parte della committente, sia attraverso la fissazione dei criteri di idoneità o di aggiudicazione che in qualsiasi altra forma, di disporre della manodopera necessaria già al momento dell'inoltro dell'offerta. Se quale criterio di idoneità o di aggiudicazione fosse stato effettivamente richiesto di disporre della manodopera necessaria già al momento della presentazione dell'offerta, i capitolati avrebbero previsto l'inoltro di documentazione comprovante l'assunzione delle maestranze necessarie. Non essendoci elementi in tal senso, la COMCO parte dal presupposto che il bando di concorso non prevedesse esplicitamente alcun obbligo formale di disporre della manodopera necessaria al momento della presentazione dell'offerta e pertanto la richiesta formulata dalla committente non può essere interpretata come fatto dall'istanza inferiore. Se tuttavia la committente nel caso specifico avesse effettivamente espresso una richiesta in tal senso, tale condizione rappresenterebbe una restrizione illecita della libertà d'accesso al mercato delle commesse pubbliche.

39. Per la COMCO si pone la questione se sia conforme ai sensi della LMI qualificare, attraverso un'interpretazione della legislazione cantonale in materia di commesse pubbliche, l'assunzione della manodopera necessaria dopo l'inoltro dell'offerta come grave violazione della legge sulle commesse pubbliche e se sia legittimo qualificare le indicazioni fornite dalla ricorrente come false e di conseguenza se sia possibile ritenere sanzionabile questo comportamento.

40. Nella legislazione cantonale non vi sono obblighi di disporre della manodopera al momento dell'inoltro dell'offerta e non possono essere dedotti dall'articolo 45 LCPubb come ha fatto l'istanza inferiore.[10] *L'istanza inferiore cita l'articolo 20 LCPubb che prevede la possibilità per il committente di esigere dagli offerenti la prova dell'idoneità tecnica richiedendo la relativa documentazione. L'articolo 22 LCPubb concretizza questa norma prevedendo la facoltà di richiedere una dichiarazione riguardante le capacità del personale che concorre nello svolgimento della commessa. Tuttavia, come già affermato in precedenza, non vi sono elementi che possano ricondurre alla presenza della richiesta, in virtù delle norme citate, di disporre della manodopera necessaria al momento dell'inoltro dell'offerta.*

41. L'interpretazione data dall'istanza inferiore, secondo la quale sussiste l'obbligo di disporre della manodopera necessaria al momento dell'inoltro dell'offerta, rappresenta una limitazione dell' articolo 5 LMI. Infatti, tale premessa agisce in maniera discriminatoria nei confronti di quelle imprese che, per varie ragioni, non possono disporre in maniera stabile di un ampio numero di collaboratori. L'accesso al mercato delle commesse pubbliche verrebbe in particolare limitato per le piccole e medie imprese. Esse potrebbero partecipare soltanto a commesse misurate al loro attuale numero di dipendenti. La concorrenza tra gli offerenti necessaria per l'ottenimento dell'offerta più favorevole dal punto di vista economico verrebbe in tal modo manipolata.

42. L'obbligo di disporre della manodopera necessaria al momento dell'inoltro dell'offerta agisce in modo discriminante ai sensi dell'articolo 5 LMI e rappresenta una limitazione al libero accesso al mercato e in quanto tale

[10] *L'art. 45 LCPubb ha come scopo quello di rispondere all'esigenza emersa alla luce di "[…] fenomeni di degenerazione dei metodi e delle condizioni di lavoro […] " di "rafforzare l'apparato sanzionatorio […] in modo da garantire una più efficace lotta agli abusi che si riscontrano nella gestione deli cantieri pubblici.", in: Rapporto della Commissione della legislazione del 28 settembre 2011 concernente la modifica dell'art. 45 LCPubb, 1.*

deve essere giustificata dalle premesse di cui all'articolo 3 LMI. Concretamente, la norma su cui si basa la limitazione deve essere valida per chiunque e non discriminante, la sanzione deve essere indispensabile per il perseguimento di un interesse pubblico preponderante e rispettare il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 LMI).

43. La norma applicata varrebbe per tutte le imprese operanti nell'settore delle commesse pubbliche e di conseguenza non agirebbe in maniera discriminante nei confronti di un solo offerente. La premessa di cui all'articolo 3 capoverso 1 lett. a LMI è pertanto adempiuta.

44. In relazione all'interesse pubblico si pone la questione se un tale obbligo sia indispensabile per la tutela di un interesse pubblico preponderante. Di principio la committente ha un interesse legittimo affinché la realizzazione della commessa possa iniziare come pianificato, senza che a causa del mancato reperimento dei lavoratori necessari da parte dell'aggiudicante vi siano ritardi nella realizzazione dell'opera o subentrino maggior costi. Un ulteriore interesse consiste nel permettere alla committente, attraverso le indicazioni contenute nelle offerte, una valutazione delle varie offerte in modo da poter stabilire quella economicamente più vantaggiosa. Se ad esempio un'offerente dovesse offrire la manodopera altamente specializzata indispensabile par la realizzazione dell'offerta, senza tuttavia averla formalmente sotto contratto, l'offerta verrebbe alterata. Lo scopo di tale restrizione sarebbe quello di tutelare l'interesse pubblico consistente in una corretta esecuzione della commessa, senza che a causa di inadempimenti da parte dell'aggiudicante vi siano ritardi nella realizzazione dell'opera o subentrino maggior costi.

45. Restrizioni al libero accesso al mercato rappresentano una limitazione della libertà economica.[11] *Per l'esame della proporzionalità della restrizione si deve pertanto tener conto degli stessi principi applicabili alle limitazioni dei diritti fondamentali secondo l'articolo 36 capoverso 3 della Costituzione federale (Costituzione federale; RS 101).*[12] *Tali principi prevedono tre elementi che devono essere adempiuti cumulativamente: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto.*[13]

46. Richiedere agli offerenti di disporre della manodopera necessaria già al momento dell'inoltro dell'offerta, può essere una misura idonea per poter perseguire lo scopo previsto e tutelare l'interesse pubblico consistente nella realizzazione inopinabile della commessa (cfr. para. 26 [44]).

47. Tuttavia tale restrizione non è per nulla necessaria. Il diritto mette a disposizione sufficienti mezzi per tutelare l'interesse pubblico consistente in una corretta esecuzione della commessa. Vi è la possibilità di agire nei confronti dell'aggiudicante, qualora non fosse in grado di iniziare i lavori, con una richiesta di risarcimento o inserendo pene convenzionali nel contratto d'appalto per il ritardo nello svolgimento dei lavori. Tali misure forniscono sufficienti garanzie adatte a coprire la perdita e i maggior costi causati da eventuali ritardi dai lavori. Inoltre basterebbe richiedere agli offerenti garanzie circa la reale facoltà di disporre della manodopera necessaria in tempo per l'inizio dell'esecuzione della commessa. Va inoltre fatto notare che la commessa in questione non aveva come oggetto lavori specialistici richiedenti manodopera particolarmente qualificata di difficile reperimento sul mercato del lavoro, per i quali può essere giustificabile la richiesta di particolari garanzie circa la disponibilità di tali specialisti.[14]

48. Infine, bisogna ponderare gli interessi in gioco. Da una parte quelli pubblici e dall'altra quelli privati dell'offerente. Gli effetti negativi di tale restrizione non sarebbero in alcun modo giustificati dalla tutela dell'interesse pubblico perseguito. Un obbligo tale avrebbe un effetto discriminante stabilendo di fatto una barriera d'accesso al mercato delle commesse pubbliche, limitando la libertà di numerose aziende nell'organizzazione del proprio esercizio, creando la necessità di assumere costi sproporzionati e non giustificati.

49. Il comportamento della ricorrente, da un punto di vista puramente aziendale, può essere inoltre giustificabile. Infatti la partecipazione ad una concorso pubblico non dà alcuna garanzia all'ottenimento dell'appalto e quindi sulla possibilità di poter eseguire i lavori offerti. Assumere il personale necessario per l'esecuzione dei lavori ancor prima che l'offerente abbia la certezza di poter effettivamente eseguire l'opera, comporta un rischio notevole per l'offerente. Essa infatti si troverebbe a dover assumere costi che, qualora non dovesse aggiudicarsi la commessa, non verrebbero in alcun modo coperti. Assicurandosi al momento dell'offerta di essere in grado, una volta ottenuta la commessa, di poter assumere il personale necessario per l'esecuzione dell'opera, l'offerente minimizza i rischi.

50. Inoltre la disponibilità della manodopera al momento dell'offerta non rientra nel completo controllo dell'offerente. Fluttuazioni del personale sono possibili in ogni momento. Nel caso in cui l'offerente non dovesse poter disporre della manodopera prevista prima dell'inoltro dell'offerta, ad esempio in seguito alle dimissioni di uno o più collaboratori, essa sarebbe obbligata ad assumere nuovo personale per l'esecuzione dell'opera, senza che le possa venir rimproverato di aver fornito indicazioni fallaci, altrimenti si vedrebbe costretta a rinunciare alla partecipazione alla commessa.

51. Il Tribunale amministrativo del Canton Ginevra, in una sentenza del 2000[15]*, è stato chiamato a giudicare un caso analogo a quello contestato alla ricorrente. In tale occasione la Corte ginevrina ha riconosciuto che una concorrente può depositare un'offerta senza disporre della totalità del personale necessario per fornire la prestazione, alla condizione che essa sia in grado di procurarsi la manodopera necessaria per tempo. Viene riconosciuto inoltre che è giustificabile che parte degli investimenti necessari alla realizzazione dell'opera vengano effettuati solamente una volta ottenuta la commessa.*

[11] *Decisione del Tribunale federale 2C_85/2008 del 24.9.2008, consid. 6.2.3.*
[12] *Decisione del Tribunale federale 2C_85/2008 del 24.9.2008, consid. 6.2.3.*
[13] *DTF 124 I 107, consid. 4.*
[14] *Cfr. para. 33 [51].*
[15] *Sentenza del Tribunale amministrativo di Ginevra, ATA/100/2000 del 15.02.2000.*

52. Ciò vale ancor di più nel caso della ricorrente, essendo la stessa attiva solo in modo marginale nello specifico mercato della posa di pavimenti. Dover disporre in ogni momento della manodopera qualificata necessaria per lo svolgimento di tali lavori, non avrebbe alcun senso dal punto di vista aziendale per la ricorrente. È del tutto legittimo, dal punto di vista gestionale e concorrenziale, ricorrere alla manodopera necessaria e ad altri fattori di produzione in vista di un determinato progetto. In caso contrario si precluderebbe la partecipazione alle commesse pubbliche a nuovi offerenti o ad aziende attive principalmente in altri settori.. In relazione a quali fattori di produzione debbano essere disponibili già al momento dell'inoltro dell'offerta e quali al momento dell'inizio della realizzazione della commessa, la COMCO ritiene determinante la questione della loro reperibilità sul mercato. Se un fattore di produzione sia di difficile reperimento sul mercato, è giustificabile che vengano poste delle condizioni relative alla prova circa la disponibilità di tale fattore di produzione, rispettivamente circa la possibilità di disporne in tempo per l'inizio dei lavori. Nella fattispecie la ricorrente ha indicato la partecipazione di un numero di posatori di pavimenti che sarebbe stato possibile reperire senza alcuna difficoltà, per cui non si giustifica un obbligo di assunzione già al momento dell'inoltro dell'offerta.

53. Si lascia desumere che quanto stabilito dall'istanza inferiore sia in palese contrasto con la LMI. Alla luce di quest'ultima e di un'interpretazione della legislazione cantonale conforme al Diritto federale, esigere di disporre della manodopera al momento dell'inoltro dell'offerta rappresenta una limitazione del libero accesso al mercato non giustificata ai sensi dell'articolo 3 LMI ed è pertanto illecita. Per questo motivo la COMCO ritiene che il comportamento della ricorrente non rappresenti une violazione della LCPubb e pertanto non deve essere sanzionabile.

B. La sanzione non è giustificata ai sensi dell'articolo 3 LMI

54. Qualora tuttavia, contrariamente al parere della COMCO, l'interpretazione data dall'istanza inferiore dovesse essere ritenuta conforme alla LMI e quindi il comportamento della ricorrente dovesse essere giudicato contrario alla LCPubb, si pone in ogni caso la questione sulla legittimità della sanzione comminata alla ricorrente (esclusione per 5 mesi da tutte le commesse pubbliche e multa di CHF 40'000).

55. Una sanzione, sia essa una multa o una esclusione dalle commesse pubbliche, pronunciata in applicazione di una norma amministrativa penale nei confronti di un offerente, agisce nei suoi confronti in maniera discriminante e rappresenta quindi una lesione dell'articolo 5 LMI.[16] *L'esclusione della ricorrente da ogni aggiudicazione per un periodo di 5 mesi rappresenta una limitazione al libero accesso al mercato e in quanto tale deve essere giustificata dalle premesse di cui all'articolo 3 LMI (cfr. punto 24 [para. 42]).*

56. Qualunque offerente che dovesse violare la legislazione cantonale in materia di appalti pubblici in maniera grave potrebbe venir sanzionato ai sensi dell'articolo 45 LCPubb. Di conseguenza non vi sarebbe una discriminazione nei confronti di un solo offerente. La premessa di cui all'articolo 3 capoverso 1 lettera a LMI è pertanto adempiuta.

57. In merito all'interesse pubblico può essere affermato che sanzionare il comportamento scorretto degli offerenti nell'ambito di una commessa pubblica ha uno scopo di prevenzione generale e speciale. Di principio va impedito che un offerente mediante un comportamento scorretto si crei un vantaggio nei confronti di altri offerenti. Inoltre il reciproco rapporto di fiducia necessario tra la committente e l'offerente non può venir leso da comportamenti scorretti di quest'ultimo.

58. La ricorrente con il suo comportamento non si è tuttavia creata alcun vantaggio illecito nei confronti degli altri offerenti. Essa attraverso il proprio modello gestionale, ovvero l'assunzione di manodopera in relazione ad un progetto specifico, deve sostenere costi minori potendo quindi accedere e rimanere attiva in mercati nei quali è presente solo marginalmente. Fintantoché la ricorrente si attiene alle norme in materia di protezione dei lavoratori e di assicurazioni sociali e di lavoratori stranieri, tale vantaggio concorrenziale non è in alcun modi illecito.

59. Dal momento che la ricorrente è stata in grado di fornire la manodopera promessa ed iniziare i lavori come stabilito riuscendo a concluderli per tempo, senza che nessuno sollevasse obiezioni, una sanzione di questa portata non è indispensabile per salvaguardare l'interesse pubblico perseguito. Come illustrato in precedenza, assumere manodopera, anche straniera, in totale rispetto delle normative vigenti rappresenta un comportamento legittimo (cfr. para. 32 [50]). Viene quindi meno un interesse di prevenzione generale atto a impedire il ripetersi di tali pratiche. Non si giustifica così l'esclusione della ricorrente da tutte le commesse pubbliche per un periodo così lungo.

60. La limitazione della libertà di accesso al mercato rappresentata da una esclusione di cinque mesi da tutte le commesse pubbliche non è quindi in alcun modo necessaria e non indispensabile per la tutela dell'interesse pubblico preponderante in questione. Come illustrato precedentemente, vi sono altri strumenti in grado di garantire la corretta esecuzione della commessa o di ridurre i rischi ad essa connessi. Per il comportamento della ricorrente, una esclusione di cinque mesi non è affatto necessaria bensì è del tutto sproporzionata. Sarebbe sufficiente, qualora il comportamento rappresenti una violazione della LCPubb, comminare unicamente una multa o un ammonimento. Inoltre, dal momento che la ricorrente è un importante attore nel mercato delle commesse pubbliche cantonali, si può affermare che essa in tal modo si atterrebbe alle norme in futuro, con il rischio di veder preclusa la possibilità di accedere liberamente al mercato delle commesse pubbliche.

61. Bisogna infine riconoscere che il comportamento tenuto dalla ricorrente non consiste nel aver dato in false indicazioni in merito alle qualifiche dei propri dipendenti o in merito alle proprie referenze. Inoltre, alla ricorrente

[16] *DIEBOLD, 185.*

non vengono contestati comportamenti di indubbia gravità quali la violazione delle norme vigenti in materia di diritto del lavoro o di norme riguardanti l'assunzione di lavoratori stranieri. In tal caso la ricorrente si sarebbe senza dubbio procacciata un chiaro vantaggio illecito nei confronti degli altri offerenti in quanto le sarebbe stato possibile inoltrare un'offerta più bassa, violando tuttavia la legge. Un comportamento simile rappresenterebbe sicuramente una violazione grave ai sensi dell'articolo 45 LCPubb.

62. Guardando nella giurisprudenza di altri Cantoni, vi sono diversi casi in cui sono state applicate sanzioni simili a quella comminata alla ricorrente. Tuttavia le fattispecie si differenziano di molto da quella del caso oggetto del presente procedimento. Nel caso di violazioni gravi delle normative vigenti in materia di protezione dei lavoratori, il Tribunale amministrativo del Canton Grigioni ha riconosciuto come adeguata una esclusione da tutti gli appalti pubblici per un periodo di due mesi.[17] *Il Tribunale amministrativo del Canton Ginevra ha giudicato l'aver alle proprie dipendenze un lavoratore straniero per la durata di due anni senza i necessari permessi come violazione non grave delle disposizioni legali in materia di lavoro nero.*[18] *La lodevole II^a Corte di diritto pubblico del Tribunale federale ha avuto modo di giudicare un caso in cui per l'impiego di lavoratori sprovvisti dei permessi necessari per svolgere attività in Svizzera è stata comminata unicamente una multa.*[19]

63. Paragonato alle fattispecie citate il comportamento contestato alla ricorrente non può essere qualificato come grave violazione ai sensi dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb. È evidente come una sanzione di questa portata e l'esclusione di cinque mesi da tutte le commesse pubbliche sia sproporzionata.

64. Infine si può dedurre che, essendo la ricorrente è un importante attore nel mercato delle commesse pubbliche e avendo la stessa una comprovata esperienza nel settore, la stessa non avrebbe riscontrato grandi difficoltà nel reperire la manodopera necessaria, sia svizzera che straniera, per l'esecuzione di una commessa che non richiede manodopera altamente specializzata (cfr. para. 29 [47]). Per la tipologia dei lavori in questione, la ricorrente sarebbe stata in grado, come effettivamente è accaduto, di reperire i lavoratori necessari in breve tempo, rendendo infondata e oltremodo priva di ogni giustificazione una sanzione di tale entità.

65. Riassumendo, l'esclusione di cinque mesi da tutte le commesse pubbliche non è indispensabile per la salvaguardia dell'interesse pubblico ed è palesemente sproporzionata in relazione alla gravità del comportamento contestato. La ricorrente verrebbe danneggiata oltre modo subendo una grave limitazione della propria libertà economica vedendosi preclusa la possibilità di accedere liberamente al mercato. Una multa sarebbe ampiamente sufficiente per la tutela dell'interesse pubblico.

IV. Conclusione

66. Alla luce di quanto esposto, esigere dai partecipanti ad una commessa pubblica di disporre della manodopera necessaria già al momento dell'inoltro dell'offerta rappresenti una restrizione della libertà di accesso al mercato ai sensi dell'articolo 5 LMI non giustificata dalle premesse di cui all'articolo 3 LMI e pertanto illecita. Il comportamento della ricorrente non è da considerarsi una violazione ai sensi dell'articolo 45 capoverso 1 LCPubb e di conseguenza non è sanzionabile. Per questo motivo la sanzione pronunciata deve essere annullata.

67. Qualora tuttavia tale obbligo generale dovesse essere giudicato una restrizione legittima della LMI, l'esclusione della ricorrente da tutte le commesse pubbliche per cinque mesi rappresenta una restrizione sproporzionata del libero accesso al mercato e non giustificabile ai sensi dell'articolo 3 LMI. La sanzione deve quindi venir ridotta.

68. Le argomentazioni presentate sono applicabili anche all'esame della costituzionalità della sanzione lamentata dalla ricorrente nel suo gravame.

69. [saluti]

70. [sig.]

3 Estratto dei considerandi, decisione del Tribunale federale del 18 settembre 2014 (2C_315/2013) / Extraits (traduits) des considérants, Arrêt du Tribunal fédéral du 18 septembre 2014 (2C_315/2013) / Auszüge (übersetzt) aus den Erwägungen des Urteils des Bundesgerichts vom 18. September 2014 (2C_315/2013)

3.1 In italiano

3.1.1 Considerando 1.2 (estratto): Ricevibilità del ricorso in materia di diritto pubblico (art. 83 lett. f LTF) e del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 seg. LTF)

71. "[…] Se è vero infatti che le critiche della ricorrente - tutte di ordine costituzionale - non impongono una distinzione [NdR: tra le due tipi di ricorso] (sentenza 2C_1022/2011 del 22 giugno 2012 consid. 2, non pubblicato in DTF 138 I 367), non così è per quelle contenute nella presa di posizione della COMCO, che la ricorrente ha dichiarato di condividere. Visto che la loro condivisione in replica è tardiva (DTF 135 I 19 consid. 2.2 pag. 21) e che, come ancora verrà precisato (cfr. consid. 8), le censure di ordine costituzionale sollevate nel ricorso non permettono la verifica della conformità del giudizio impugnato con la legge sul mercato interno, tale aspetto può in effetti essere esaminato - d'ufficio - solo nel caso che fosse aperta la via del ricorso in materia di diritto pubblico (DTF 133 II 249 consid. 1.4 pag. 254 seg.)."

[17] *Decisione del Tribunale amministrativo del Canton Grigioni del 12.4.2005, U 05 13.*
[18] *Decisione del Tribunale amministrativo del Canton Ginevra del 13.12.2011, TA GE ATA/758/2011.*
[19] *Decisione del Tribunale federale 2C_1022/2011 del 22.6.2012.*

3.1.2 Considerando 8.2: gli effetti della limitazione del potere di cognizione del Tribunale federale nell'ambito di un ricorso sussidiario in materia costituzionale

72. "Le obiezioni della COMCO, che attengono alla conformità della LCPubb e dell'applicazione fattane dal Tribunale cantonale amministrativo con il diritto federale, ovvero con gli art. 5 e 3 LMI, vanno al di là delle critiche contenute nell'impugnativa, esaminata qui quale ricorso sussidiario in materia costituzionale. S'è visto che la ricorrente non contesta di avere violato l'art. 45 cpv. 2 lett. c LCPubb, e neppure che il suo comportamento debba perciò essere sanzionato in forza dell'art. 45 cpv. 1 LCPubb. A questo proposito essa non si prevale né dell'accertamento arbitrario dei fatti, né dell'applicazione arbitraria della norma; tantomeno mette in dubbio la compatibilità della LCPubb con il diritto federale, tramite la censura costituzionale fondata sull'art. 49 cpv. 1 Cost. (DTF 134 I 269 consid. 6.2 pag. 283), o denuncia una violazione dell'art. 27 Cost. che vada oltre la critica dell'entità della sanzione comminatale. Nel contesto di un ricorso sussidiario in materia costituzionale, censure simili potrebbero essere esaminate soltanto se la ricorrente le avesse proposte e motivate sufficientemente (art. 106 cpv. 2 LTF; cfr. consid. 3).
73. Il Tribunale federale non può perciò affrontare le questioni sollevate dalla COMCO; deve dare per acquisito che la ricorrente ha ottenuto l'aggiudicazione sulla scorta di indicazioni false, ha violato così facendo il diritto cantonale e va sanzionata in applicazione dell'art. 45 cpv. 1 e cpv. 2 lett. c LCPubb. Anche per l'esame della proporzionalità delle sanzioni il Tribunale federale non può prescindere dai fatti accertati nella sentenza e dalle argomentazioni della ricorrente."

3.2 En français

3.2.1 Considérant 1.2 (extrait) : Recevabilité du recours en matière de droit public (art. 83 let. f LTF) et du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF)

74. «[…] S'il est vrai que les griefs de la recourante – tous d'ordre constitutionnel – n'imposent pas de faire la distinction [NDR: entre les deux types recours] (arrêt 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 2, non publié dans l'ATF 138 I 367), il n'en va pas de même avec la prise de position de la COMCO à laquelle la recourante a déclaré adhérer. Vu que son adhésion, au moment de la réplique, est tardive (ATF 135 I 19, consid. 2.2, p. 21) et que, comme cela sera encore précisé plus loin (cf. consid. 8), les griefs d'ordre constitutionnel soulevés dans le recours ne permettent pas la vérification de la conformité du jugement attaqué avec la Loi sur le marché intérieur, cet aspect pourrait en effet être examiné – d'office – seulement dans le cas où la voie du recours en matière de droit public était ouverte (ATF 133 II 249, consid. 1.4, p. 254 s.).»[20]

3.2.2 Considérant 8.2 : Les effets de la limitation du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire

75. «Les observations de la COMCO qui concernent la conformité de la LCPubb et de son application faite par le Tribunal cantonal administratif avec le droit fédéral, à savoir avec les articles 5 et 3 LMI, vont au-delà des griefs contenus dans le recours, examiné ici en tant que recours constitutionnel subsidiaire. Il apparaît que la recourante n'a pas contesté avoir violé l'art. 45 al. 2 let. c LCPubb, ni même que son comportement pouvait être sanctionné au sens de l'article 45 al. 1 LCPubb. À cet égard, la recourante n'invoque ni l'arbitraire dans l'appréciation des faits, ni une application arbitraire de la norme et ne remet pas en cause la compatibilité de la LCPubb avec le droit fédéral par le biais de l'effet dérogatoire du droit fédéral de l'art. 49 al. 1 Cst. (ATF 134 I 269, consid. 6.2, p. 283) ou ne se plaint d'une violation de l'art. 27 Cst. allant au-delà de la critique de la mesure de la sanction. Dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire, de tels griefs peuvent être examinés seulement si la recourante les invoque et les motive suffisamment (art. 106 al. 2 LTF ; cf. consid. 3).

76. Le Tribunal fédéral ne peut donc pas traiter les questions soulevées par la COMCO ; il est ainsi acquis que la recourante a obtenu l'adjudication sur la base de fausses indications, ce faisant a violé le droit cantonal et doit être sanctionnée en application de l'art. 45 al. 1 et al. 2 let. c LCPubb. Même dans l'analyse de la proportionnalité de la sanction, le Tribunal fédéral ne peut pas faire abstraction des faits établis dans le jugement et de l'argumentation de la recourante.»[21]

3.3 In Deutsch

3.3.1 Erwägung 1.2 (Auszug) : Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 83 Bst. f BGG) und der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

77. «[…] In den Vorbringen der Beschwerdeführerin – welche alle verfassungsrechtlicher Art sind – ist keine Unterscheidung vorzunehmen [Anm. d. Aut.: zwischen den zwei Beschwerdearten] (Urteil 2C_1022/2011 vom 22. Juni 2012 E. 2, nicht publiziert im BGE F 138 I 367), anders als in den Vorbringen der WEKO, auf welche die Beschwerdeführerin verweist. Da dieser Verweis in der Replik zu spät erfolgt (BGE 135 I 19, E. 2.2, S. 21) und da es, was nachfolgend weiter erläutert wird (vgl. E. 8), die verfassungsrechtlichen Rügen der Beschwerde nicht zulassen, das angefochtene Urteil auf seine Konformität mit dem Binnenmarktgesetz zu prüfen, kann dieser Aspekt – von Amtes wegen – nur geprüft werden, wenn der Weg der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offenstehen würde. (BGE 133 II 249, E. 1.4, S. 254 f.).»[22]

3.3.2 Erwägung 8.2 : Die Auswirkungen der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde

78. «Die Einwände der WEKO zur Konformität der LCPubb und ihrer Anwendung durch das kantonale Verwaltungsgericht mit dem Bundesrecht, d.h. mit Art. 5

[20] Traduction libre du ch. 71.
[21] Traduction libre des ch. 72 s.
[22] Sinngemässe Übersetzung von Rz 71.

Abs. 3 BGBM, gehen weiter als die Rügen der Beschwerde, welche an dieser Stelle als subsidiäre Verfassungsbeschwerde geprüft wird. Es hat sich gezeigt, dass die Beschwerdeführerin weder bestreitet, Art. 45 Abs. 2 Bst. c LCPubb verletzt zu haben, noch dass ihr Verhalten folglich nach Art. 45 Abs. 1 LCPubb sanktioniert werden kann. In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin weder eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts noch eine willkürliche Rechtsanwendung vor; ebensowenig stellt sie mit Verweis auf Art. 49 Abs. 1 BV (BGE 134 I 269, E. 6.2, S. 283) die Vereinbarkeit zwischen der LCPubb und dem Bundesrecht in Frage oder bringt sie eine Verletzung von Art. 27 BV vor, die über die Kritik an der Höhe der Sanktion hinausgeht. Im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde können solche Rügen nur geprüft werden, wenn sie von der Beschwerdeführerin vorgebracht und ausreichend begründet wurden (Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. E. 3).

79. Das Bundesgericht kann deshalb die von der WEKO aufgeworfenen Fragen nicht prüfen ; somit gilt als erstellt, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag aufgrund falscher Angaben erhielt, dass sie damit das kantonale Recht verletzt hat und dass sie in Anwendung von Art. 45 abs. 2 Bst. c LCPubb sanktioniert wird. Auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Sanktion kann das Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Urteils und die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht ausser Acht lassen.»[23]

[23] Sinngemässe Übersetzung von Rz 72 ff.

B 2.8	**2. Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz / Expertise du 1er décembre 2014 à l'intention de l'Office fédéral de la justice relative au projet «eOperations Schweiz»**

Gestützt auf eine Anfrage des Bundesamts für Justiz hat die WEKO ein binnenmarktrechtliches Gutachten gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) erstellt. Das Gutachten stützt sich auf den nicht publizierten Bericht „Priorisiertes E-Government Vorhaben B1.15, Entwurf Schlussbericht", der gegenüber dem publizierten Schlussbericht des Bundesamts für Justiz Abweichungen enthalten kann.

Der genannte Bericht enthält ein Konzept für die Schaffung einer Organisation (eOperations Schweiz genannt), die durch Bund und Kantone getragen würde und die Bund, Kantone und Gemeinden bei der Erarbeitung, Umsetzung und im Betrieb von E-Government-Lösungen unterstützen soll. Die Organisation würde die von ihr benötigten Leistungen gemäss Beschaffungsrecht beschaffen, während die Gemeinweisen, für die beschafft wird, Leistungen von der Organisation eOperations Schweiz vergaberechtsfrei beziehen können sollten.

Im Gutachten wird die Frage geprüft, ob Gemeinden und Kantone, von denen nicht alle an eOperations beteiligt sein sollen, gestützt auf das sogenannte Quasi-in-house- oder das In-state-Privileg bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen dürfen, ohne gegen Art. 5 BGBM zu verstossen. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass dies unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen möglich ist.

***

À la suite d'une demande de l'Office fédéral de la justice, la COMCO a procédé à une expertise (au sens de l'art. 10 al. 1 de la Loi fédéral sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]) sur la conformité d'un projet au droit du marché intérieur. L'expertise se fonde sur un rapport non publié intitulé «Priorisiertes E-Governement Vorhaben B1.15, Entwurf Schlussbericht» qui peut différer de la version du rapport publiée par l'Office fédéral de la justice.

Ledit rapport présente un concept pour la création d'une organisation (appelé «eOperations Schweiz») qui serait supportée par la Confédération et les cantons et dont le but serait de soutenir la Confédération, les cantons et les communes dans l'acquisition, la mise en place et l'exploitation de solutions d'Administration électronique («e-gouvernance»). Cette organisation se procurerait les prestations nécessaires conformément au droit des marchés publics, alors que les pouvoirs publics pour lesquels les achats sont effectués ne devraient pas avoir à appliquer le droit des marchés publics pour obtenir des prestations de la part de «eOperations Schweiz».

L'expertise examine la question de savoir si des communes et des cantons qui ne participeraient pas à «eOperations Schweiz» pourraient recourir aux privilèges dits «quasi In-House» ou «In-State» afin de pouvoir lui acheter des prestations en n'étant pas soumis au droit des marchés publics, sans violer l'art. 5 LMI. L'expertise arrive à la conclusion que cela est possible moyennant le respect de conditions bien précises.

***

1 Ausgangslage

1. Mit Schreiben vom 20. August 2014 hat sich das Bundesamt für Justiz (nachfolgend BJ) an das Kompetenzzentrum Binnenmarkt der Wettbewerbskommission (WEKO) gewandt und darum gebeten, das E-Government Projekt „eOperations Schweiz, Organisation und Finanzierung gemeinschaftlich genutzter E-Government Lösungen" auf seine Konformität mit dem BGBM[1] zu prüfen.

2. Mit dem Projekt eOperations Schweiz soll eine von Bund und Kantonen gemeinsam getragene Organisation mit eigener – dem öffentlichen Recht unterstehenden – Rechtspersönlichkeit ins Leben gerufen werden, die als Dienstleisterin zugunsten von Verwaltungen aller föderalen Ebenen auftritt. Die Organisation eOperations Schweiz (nachfolgend eOperations) soll behördenübergreifende E-Government Lösungen (z.B. eVoting) unterstützen und hierfür kooperativ zu nutzende Lösungen als Projektleiterin beschaffen und in der Folge auch betreiben und betreuen können.

3. Das Projekt soll so konzipiert sein, dass die öffentlichen Kunden (Bund, Kantone, Gemeinden) vergaberechtsfrei Leistungen bei eOperations beschaffen können und eOperations ihre eigenen Einkäufe sowie Beschaffungen für ihre öffentlichen Kunden gemäss dem Vergaberecht öffentlich ausschreibt. Im Zentrum steht die Frage, ob das Projekt des BJ mit den Vergaberechtsbestimmungen von Art. 5 BGBM vereinbar ist.

1.1 Zuständigkeit

4. Die WEKO und ihr Sekretariat überwachen die Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die WEKO kann zu diesem Zweck Untersuchungen durchführen, Empfehlungen abgebe, Gutach-

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

ten erstellen und unter gewissen Umständen Beschwerde führen.[2] Die WEKO erstattet dem BJ ihre rechtliche Beurteilung vorliegend als Gutachten (Art. 10 Abs. 1 BGBM).

5. Das BGBM besteht im Wesentlichen aus drei Pfeilern, namentlich den interkantonalen Marktzugangsregeln (Art. 2 Abs. 1–5 und Art. 4 BGBM), den Regeln über den Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM) sowie den Regeln über den Zugang zu kantonalen und kommunalen Monopolmärkten (Art. 2 Abs. 7 BGBM).[3]

6. Im Bereich der öffentlichen Beschaffung gilt das BGBM einzig für Kantone, Gemeinden sowie kantonale und kommunale Träger von öffentlichen Aufgaben. Die Bundesbeschaffung ist vom Geltungsbereich des BGBM nicht erfasst. Entsprechend kann die WEKO auch nur die Einhaltung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsregeln durch Kantone und Gemeinden überwachen und diesbezüglich Gutachten erstatten.

1.2 Darstellung des Projekts eOperations

7. Mit Beschluss des Bundesrates vom 29. August 2012 hat das EJPD den Auftrag erhalten, mit weiteren Bundesämtern und Kantonen das Interesse am Aufbau einer Organisation für die organisatorische, finanzielle und betriebliche Abwicklung von gemeinschaftlich genutzten IT-Lösungen über die föderalen Ebenen hinweg zu prüfen. Die Abklärung hat ergeben, dass ein Interesse vorhanden ist. Daraufhin wurde das Projekt eOperations entwickelt. Nachfolgend werden die relevanten Eckpunkte des Projekts kurz dargestellt.

1.2.1 Rechtsform

8. Im Bericht zum Projekt eOperations werden verschiedene Möglichkeiten der Rechtsform geprüft (Einheit mit oder ohne Rechtspersönlichkeit; privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Form; Körperschaft oder Anstalt)[4]. Voraussichtlich wird die Organisation eOperations mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet und öffentlich-rechtlich organisiert.

9. Ob dies in Form einer Körperschaft (Fokus Mitglieder) oder einer Anstalt (Fokus Benutzer) geschehen soll, ist nicht abschliessend geklärt, wobei die Form der Anstalt favorisiert zu werden scheint.[5] Die Wahl der Rechtsform hat allerdings keinen Einfluss auf die binnenmarktrechtliche Analyse (siehe dazu Rz 49 und 92).

1.2.2 Rechtliche Grundlage

10. Die Kantone, die sich an eOperations beteiligen wollen, würden ein Konkordat abschliessen, in welchem insbesondere die Schaffung der Organisation, ihr Zweck, die Beteiligungsmöglichkeit weiterer Mitglieder wie Gemeinden sowie die Leistungsmöglichkeiten gegenüber Nicht-Trägern geregelt würden.[6]

11. Der Bund würde sich an eOperations bzw. am Konkordat beteiligen, indem er entweder ein Bundesgesetz erlässt, das die Beteiligung des Bundes regelt, oder indem er das Konkordat in einem Bundesbeschluss genehmigt, der dem Referendum unterliegt.

1.2.3 Träger

12. eOperations soll von den föderalen Ebenen gemeinsam getragen werden (Bund, Kantone).[7] Die Beteiligung von Gemeinden als Träger wird zwar als Möglichkeit angesprochen,[8] in der Folge aber aufgrund der Schwierigkeit, die Beteiligung der über 2‘300 Schweizer Gemeinden zu organisieren, verworfen.[9] Private können nicht Träger von eOperations werden.[10]

13. Die Beteiligung der einzelnen Kantone ist freiwillig. Allerdings ist eOperations darauf ausgerichtet, dass sich neben dem Bund sämtliche Kantone beteiligen können bzw. sollen. Der Tabelle 11 des Berichts eOperations ist zu entnehmen, dass das angestrebte Gesamtbetriebskapital CHF 5 Mio. beträgt, von welchem 1/3 auf den Bund und 2/3 auf die Kantone entfallen soll.[11]

1.2.4 Aufgaben

14. Mit eOperations soll eine national agierende Organisation gegründet werden, die die operative Umsetzung von E-Government Lösungen unterstützt, die in der Folge von mehreren Gemeinwesen gemeinsam genutzt werden können. Es soll die Kooperation zwischen Verwaltungen im Bereich E-Government/IT vereinfacht und damit gefördert werden mit dem Ziel, die Kosten der Verwaltung bei der Entwicklung und dem Betrieb von IT-Lösungen erheblich zu senken.[12] Es geht darum, das Prinzip „einmal entwickeln – mehrmals anwenden“ zu realisieren.

15. eOperations erbringt für Gemeinwesen insbesondere folgende Dienstleistungen, die gemäss Servicevereinbarungen modular bezogen werden können:[13]

- Kooperationsmodelle entwickeln
- Partnermanagement zwischen Verwaltungen und externen Leistungserbringern sicherstellen
- Finanzielle Abwicklung sicherstellen (z.B. Inkasso)
- Betriebsverantwortung übernehmen und Betriebsmodelle entwickeln (mit Nutzern und Leistungserbringern)
- Entwicklungs- und Betriebsleistungen beschaffen
- Fachliche Unterstützung und Support (IT-Projektleitung, rechtliche Fragen)

16. eOperations wird einzig gestützt auf einen Auftrag aktiv werden und mit den jeweils beteiligten Verwaltungen pro Vorhaben eine Vereinbarung für die Umsetzung

[2] NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 109/2013, 177 ff., 182 f. (nachfolgend DIEBOLD Beschwerdelegitimation).
[3] NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 I, 219 ff., 224 (nachfolgend DIEBOLD Ausschreibung).
[4] Bericht eOperations, S. 46 f.
[5] Bericht eOperations, S. 5 und 60.
[6] Bericht eOperations, S. 47 f.
[7] Bericht eOperations, S. 46 und 57 sowie Tabelle 6.
[8] Bericht eOperations, S. 49.
[9] Bericht eOperations, S. 59, 63, 73.
[10] Bericht eOperations, S. 61.
[11] Bericht eOperations, S. 72.
[12] Bericht eOperations, S. 5.
[13] Bericht eOperations, S. 62.

abschliessen (für jedes Vorhaben entsteht eine sogenannte Serviceorganisation).[14] Sie wird dabei die Projektleitung für die Beschaffung aber auch für den Betrieb von Systemen übernehmen können. Es wird klar getrennt zwischen der Finanzierung der Organisation e-Operations als solcher und der Finanzierung der einzelnen Vorhaben.

17. Für den Betrieb und die Weiterentwicklung einer jeweiligen Lösung soll eOperations als Vergabestelle für die jeweiligen Serviceorganisationen dienen. Dienstleistungen in den Bereichen IT-Entwicklung und Betrieb sollen von eOperations im Normalfall von externen IT-Anbietern beschafft werden. Im betrieblichen Bereich soll eOperations als Bindeglied zwischen Auftraggebern und IT-Anbietern auftreten und sicherstellen, dass die Anforderungen der Nutzer erfüllt und zu wirtschaftlichen Konditionen erbracht werden. Hierfür wird eOperations die entsprechenden Verträge mit den Lieferanten abschliessen.

18. eOperations ist nicht gewinnorientiert[15] und erlegt sich selbst ein „Verbot der Marktteilnahme“ auf, indem festgehalten wird, dass keine Leistungen am Markt, sondern nur und ausschliesslich für staatliche Stellen erbracht werden sollen.[16]

1.2.5 Organisation

19. eOperations wird über vier Organe verfügen:[17] Die Trägerversammlung, die strategische Führung, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle.

20. Die Trägerversammlung wird aus zehn Bundesvertretern und je zwei Vertretern pro unterzeichnenden Kanton bestehen. Sie hat unter anderem die Aufgaben, die strategische Führung zu wählen, über die Gewinnverwendung zu entscheiden, das Organisationsreglement zu verabschieden und über die Aufnahme neuer Träger zu entscheiden.

21. Die strategische Führung besteht aus fünf – aufgrund von fachlichen Kriterien – von der Trägerversammlung gewählten Mitgliedern. Insgesamt soll die Rolle der strategischen Führung jener eines Verwaltungsrates entsprechen.

22. Die Geschäftsleitung wird die im Organisationsreglement umschriebenen Aufgaben übernehmen, insbesondere die Geschäftsführung.

23. Zusätzlich wird es für jedes einzelne Vorhaben sogenannte Serviceorganisationen geben, welche auf einer Vereinbarung zwischen den jeweiligen Auftraggebern beruhen (siehe dazu auch Rz 16).

24. Die nachfolgende Abbildung zeigt die geplante Organisation von eOperations:

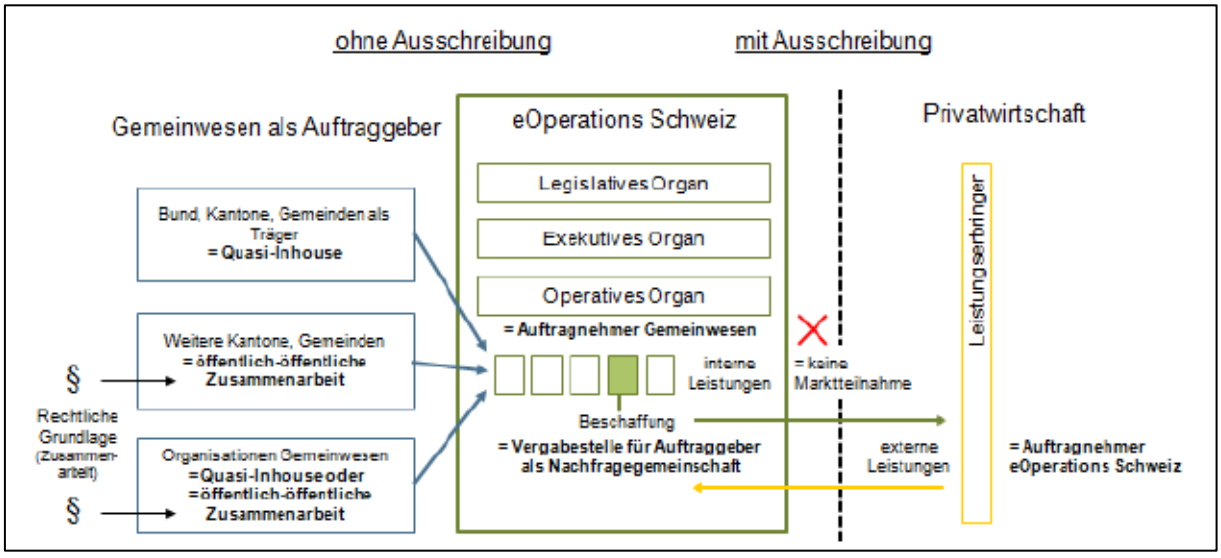


Abbildung 13 des Berichts eOperations (S. 50): Beschaffungsrechtliche Überlegungen zu eOperations

1.2.6 Auftraggeber bzw. Kunden

25. eOperations dient der Zusammenarbeit zwischen Gemeinwesen und wird keine Leistungen am Markt, d.h. für Private erbringen. Als denkbare Auftraggeber bzw. Kunden von eOperations werden genannt:[18]

- Gemeinwesen, die gleichzeitig Träger (Mitglied) von eOperations sind (d.h. Bund und Kantone);
- Gemeinwesen, die nicht Träger (Mitglied) von e-Operations sind (Kantone, Gemeinden);
- Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen).

1.3 Binnenmarktrechtliche Vergaberegeln

26. Wie oben dargelegt, besteht das BGBM aus drei Pfeilern (Rz 5): den interkantonalen Marktzugangsregeln

[14] Bericht eOperations, S. 65.
[15] Bericht eOperations, S. 6, 50, 62.
[16] Bericht eOperations, S. 51.
[17] Bericht eOperations, S. 63.
[18] Bericht eOperations, S. 49.

(Art. 2 Abs. 1–5 und Art. 4 BGBM), dem Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten (Art. 5 BGBM) und dem Zugang zu kantonalen und kommunalen Monopolmärkten (Art. 2 Abs. 7 BGBM). Alle drei Pfeiler enthalten zumindest teilweise Vergaberegeln[19], wobei vorliegend nur die beschaffungsrechtlichen Vergaberegeln gemäss Art. 5 BGBM von Interesse sind, da es weder um eine Frage des Marktzugangs gemäss Art. 2 Abs. 1-5 BGBM noch um die Erteilung einer Konzession nach Art. 2 Abs. 7 BGBM geht.

27. Wie bereits erwähnt, sind öffentliche Beschaffungen des Bundes vom Geltungsbereich des BGBM ausgenommen. Auf Kantons- und Gemeindeebene verankert Art. 5 Abs. 1 BGBM den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen. Abs. 2 von Art. 5 BGBM bringt den beschaffungsrechtlichen Grundsatz des Transparenzgebotes zum Ausdruck und beinhaltet die Pflicht der Vergabestelle, öffentliche Aufträge sowie sämtliche Kriterien, nach denen ein öffentlicher Auftrag vergeben werden soll, zu umschreiben und zu publizieren.[20] Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)[21] sowie die kantonalen Beschaffungsrechte setzen diese Mindestanforderungen des BGBM im Bereich der öffentlichen Beschaffung auf kantonaler Ebene um.

28. Das BGBM legt also fest, welche Mindeststandards die Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben bei der Durchführung von „öffentlichen Beschaffungen“ bzw. bei „öffentlichen Einkäufen, Dienstleistungen und Bauten“ zu beachten haben. Schreibt somit ein Kanton oder eine Gemeinde einen Leistungsbezug im Geltungsbereich des BGBM nicht öffentlich aus, verletzt dies vorbehältlich eines Ausnahmegrundes von Art. 3 Abs. 1 BGBM den Grundsatz in Art. 5 BGBM.

29. Die WEKO legt die binnenmarktrechtlichen Grundsätze und Begrifflichkeiten in Anlehnung an die beschaffungsrechtlichen Bestimmungen (inkl. staatsvertraglicher Verpflichtungen) und die dazu bestehende Praxis aus.[22]

30. Dementsprechend ist der subjektive und objektive Geltungsbereich von Art. 5 BGBM im Kontext mit dem internationalen und interkantonalen Beschaffungsrecht auszulegen. In diesem Sinne hat die WEKO unter Beachtung von Art. 8 IVöB festgehalten, dass neben den Kantonen und Gemeinden die weiteren Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben nur insofern Art. 5 BGBM unterstehen, als sie nicht kommerziell oder industriell tätig sind.[23] Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts legt fest, welche Geschäfte es sind, die von den subjektiv unterstellten Auftraggebern in vergaberechtlich geordneten Verfahren vergeben werden müssen.[24] Ein solches Geschäft wird als öffentlicher Auftrag bzw. öffentliche Beschaffung bezeichnet. Im GPA[25] und in der IVöB werden die Begriffe des öffentlichen Auftrags[26] oder der öffentlichen Beschaffung zwar verwendet bzw. vorausgesetzt, eine Definition dieser Begriffe findet sich im schweizerischen Vergaberecht aber nicht.[27] Zum objektiven Geltungsbereich von Art. 5 BGBM hat die WEKO festgehalten, dass eine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (privaten)[28] Leistungserbringer ein Vertrag über die Beschaffung von Lieferungen, Bauarbeiten oder Dienstleistungen gegen einen vom Staat zu bezahlenden Preis geschlossen wird.[29]

31. Gewisse Leistungsflüsse, die entgegen der vorstehenden Ausführungen zwischen zwei staatlichen Akteuren erfolgen, gelten demnach beschaffungsrechtlich nicht als öffentliche Beschaffungen und sind unter gewissen Voraussetzungen als Ausnahmetatbestände vom beschaffungsrechtlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Die Ausnahmetatbestände, die für das vorliegende Gutachten von Interesse sind, werden nachfolgend losgelöst von konkreten Rechtsquellen kurz dargestellt, um die Begrifflichkeiten zu klären.

1.3.1 In-house-Ausnahme

32. Als In-house-Ausnahme gilt eine Beschaffung innerhalb einer einzigen juristischen Person (z.B. das Amt A übernimmt für alle Ämter desselben Gemeinwesens die Reinigungsarbeiten der Verwaltungsgebäude). Diese Ausnahme kommt vorliegend klarerweise nicht zur Anwendung, weil eOperations eine eigene, von ihren öffentlichen Kunden unabhängige juristische Person ist. Die In-house-Ausnahme wird deshalb vorliegend nicht weiter geprüft.

1.3.2 Quasi-in-house-Ausnahme

33. Als Quasi-in-house-Ausnahme gilt eine Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen juristischen Person, über die er alleine die Kontrolle innehat und die im Wesentlichen für ihn tätig ist (d.h. nur in geringem Mass für andere, keine Kontrolle innehabenden Kunden, welche öffentlich oder privat sein können). Als Wesentlichkeitserfordernis hat sich in der europäischen Praxis ein minimaler Anteil des Umsatzes von 80 % ergeben, der mit Tätigkeiten für den kontrollierenden Auftraggeber erzielt werden muss.

34. Eine Unterart der Quasi-in-house-Ausnahme ist die Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen juristischen Person, über die er gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern die Kontrolle innehat

[19] DIEBOLD Ausschreibung (Fn 3), 224 ff.
[20] DIEBOLD Beschwerdelegitimation (Fn 2), 180.
[21] Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; abrufbar unter: www.bpuk.ch >Konkordate >IVöB.
[22] RPW 2014/2, 443 Rz 10 ff., *Empfehlung vom 30.6.2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts* (Art. 5 BGBM) (nachfolgend Empfehlung VRSG).
[23] Empfehlung VRSG (Fn 22), 444 f. Rz 18.
[24] MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, 269, Rz 602 (nachfolgend BEYELER Geltungsanspruch).
[25] Government Procurement Agreement GPA / Accord sur les marchés publics du 15.4.1994, SR 0.632.231.422; die Anhänge sind abrufbar unter: www.wto.org >Trade topics >Government procurment >GPA 1994 (die Annex‘ 1 – 5 finden sich unter >Coverage schedules).
[26] Zur Verwendung des Begriffs des öffentlichen Auftrags siehe Art. 6 Abs. 2 IVöB, zu jenem der öffentlichen Beschaffung siehe Art. 1 Abs. 1 IVöB.
[27] Vgl. BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 269, Rz 605 und 273, Rz 615 (m.w.H. auf Art. I Abs. 2 und Art. II Abs. 2 GPA, in welchen sich einzelne Hinweise zur Definition finden).
[28] BEYELER spricht vom kommerziell motivierten Wettbewerbsteilnehmer, BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 269, Rz 603.
[29] Empfehlung VRSG (Fn 22), 443 Rz 10; EVELYNE CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds), CR Concurrence 2013, LMI 5 N 56 m.w.H.; DIEBOLD Ausschreibung (Fn 3), 223.

und die im Wesentlichen für die kontrollierenden Auftraggeber tätig ist (d.h. nur in geringem Mass für andere, keine Kontrolle innehabenden Kunden, welche öffentlich oder privat sein können).

35. Das BJ erwähnt lediglich die Voraussetzungen einer Quasi-in-house-Vergabe[30] und sagt dazu, dass erst noch geregelt werden müsse, ob eOperations auch zuhanden von weiteren, nicht kontrollierenden Trägern Leistungen erbringen soll.

1.3.3 In-state-Ausnahme

36. Als In-state-Ausnahme gilt eine Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers bei einer anderen öffentlichen Organisation, über die der Auftraggeber keine Kontrolle innehat. Im Gegensatz zur In-house-Ausnahme und zur Quasi-in-house-Ausnahme haben Praxis und Lehre zur In-State-Ausnahme keine klaren und allgemein anerkannten Voraussetzungen entwickelt. Wichtig erscheint nach allen Rechtsauffassungen zumindest, dass sich an der beauftragten öffentlichen Organisation Private nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen beteiligen können und dass die beauftrage Organisation nicht bzw. nur in geringem Ausmass kommerziell für private Kunden tätig sein sollte.

37. Das BJ beruft sich auf die In-State-Ausnahme und ist der Auffassung, dass eOperations so ausgestaltet ist, dass ihre öffentlichen Kunden von dieser vergaberechtsfrei Leistungen beziehen können.

1.4 Fragestellung

38. Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass die Gemeinden und Kantone ihre öffentlichen Beschaffungen im Bereich der IT gestützt auf Art. 5 BGBM grundsätzlich in einem offenen Verfahren ausschreiben müssen. Vor diesem Hintergrund prüft das vorliegende Gutachten die Frage, ob Gemeinden und Kantone, von denen nicht alle an eOperations beteiligt sein sollen, gestützt auf das Quasi-in-house- oder das In-state-Privileg bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen dürfen, ohne gegen Art. 5 BGBM zu verstossen.

39. Das Gutachten stützt sich dabei auf die Prämisse, dass eOperations ihre eigenen Beschaffungen gemäss Vergaberecht tätigt und ihre Aufträge öffentlich ausschreibt.[31] Ferner nimmt die WEKO vorliegend keine Prüfung der Frage vor, ob eOperations überhaupt gegründet werden darf oder ob eine Staatstätigkeit in diesem Fall verfassungsrechtlich oder wettbewerbspolitisch angezeigt ist. Es wird eine rein binnenmarktrechtliche Analyse vorgenommen, welche sich an den Zielen und Bestimmungen des Vergaberechts orientiert.

40. Somit wird mit diesem Gutachten weder die Frage beantwortet, was der Staat selbst herstellen darf (alles oder nur bestimmte einer Kernaufgabe zurechenbare Leistungen) noch die Frage, wie er dies gegebenenfalls tun darf (als staatlicher Akteur ohne Gewinnstrebigkeit oder als Akteur des Marktes). Zu diesen Fragen und damit zur Tragweite von Art. 94 BV[32] hat das Bundesgericht unlängst entschieden, dass es dem Staat erlaubt ist, als Akteur des Marktes aufzutreten, um Leistungen zu erbringen, die keine staatlichen Kernaufgaben darstellen (in casu ging es um private Versicherungsleistungen), solange durch die staatliche Leistungserbringung das private Angebot nicht geradezu verdrängt wird.[33]

41. Vorliegend wird einzig die Frage behandelt, ob Leistungen zwischen staatlichen Akteuren unter gewissen Voraussetzungen vergaberechtsfrei erfolgen können oder ob die Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Sollte sich zeigen, dass das Vergaberecht einzuhalten ist, würde dies nicht bedeuten, dass der Staat die Leistung nicht erbringen darf, sondern eben nur, dass die Aufträge auszuschreiben sind.

42. Der Entscheid für die Gründung von eOperations und ihrer Ausgestaltung stellen demnach einen politischen Entscheid des kantonalen bzw. eidgenössischen Gesetzgebers dar, der von der WEKO im Rahmen der vorliegenden binnenmarktrechtlichen Analyse nicht überprüft wird. Aus wettbewerbspolitischer Sicht begrüsst die WEKO jedenfalls das Ziel des Projekts eOperations, Dienstleistungen in den Bereichen IT-Entwicklung und Betrieb im Normalfall von externen IT-Anbietern zu beschaffen.[34]

2 Prüfung der Quasi-in-house Ausnahme

2.1 Rechtsgrundlagen

2.1.1 Fehlende Rechtsgrundlage in der Schweiz

43. Weder das BGBM, noch die IVöB oder anderen Normen des Beschaffungsrechts regeln die Quasi-in-

[30] Bericht eOperations, S. 48 f.

[31] Träger von eOperations sollen zu 2/3 die Kantone und zu 1/3 der Bund werden. Sowohl gestützt auf das GPA als auch gestützt auf die IVöB (siehe dazu Art. 8 Abs. 1 und 2 IVöB) gilt eOperations als öffentliche Auftraggeberin; da die Kantone die Mehrheit kontrollieren, untersteht eOperations wohl dem kantonalen Beschaffungsrecht und Art. 5 BGBM. Zum selben Ergebnis führt die Anwendung des GPA (Empfehlung VRSG (Fn 22), 443 Rz 10 und 446 f. Rz 32 ff.).

[32] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

[33] BGE 138 I 378, E. 6.2.2 (Glarnersach); in der Lehre ist dieser Entscheid auf Kritik gestossen, insbesondere weil erhebliche Zweifel am Vorliegen eines öffentlichen Interesses geäussert wurden (KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar, 2014, 3. Aufl., Art. 94 N 27). Wie sich nachfolgend zeigen wird, verfolgt eOperations durchaus öffentliche Interessen, sodass es ihr verfassungsrechtlich erlaubt sein dürfte, Leistungen an öffentliche Kunden zu erbringen, die auch auf dem Markt erhältlich sind. Siehe dazu auch GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, 2014, S. 8 f. Ziff. 2.3.2 und 2.3.3: „Vielmehr ist der Staat grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob er eine Leistung selber erbringt oder auf dem privaten Markt beschafft. Immerhin legen Zweckmässigkeitsüberlegungen und ökonomische Gesichtspunkte nahe, das jeweils effizienteste und effektivste Vorgehen zu wählen.“ Zu Leistungen an fremde Verwaltungen ist zudem zu lesen: „Auch wenn man davon ausgeht, dass verwaltungsübergreifende administrative Hilfstätigkeiten die Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich nicht tangieren, verändern die Aussenwirkungen doch ihren Charakter und damit auch die rechtsstaatlichen Anforderungen an diese. Sie müssen jedenfalls denjenigen Verfassungsprinzipien entsprechen, welche für (selbständige) staatliche Tätigkeiten im Allgemeinen gelten. Gefordert ist insbesondere eine gesetzliche Grundlage. (…) Falls Verwaltungseinheiten des Bundes auch für kantonale Stellen administrative Hilfstätigkeiten ausüben, ist zusätzlich erforderlich, dass der Bund in dem betreffenden Aufgabenbereich über eine genügende Kompetenzgrundlage verfügt.“

[34] Bericht eOperations, S. 59.

house-Ausnahme in allgemeiner Form.[35] Soweit ersichtlich besteht auch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zum Quasi-in-house-Tatbestand. Immerhin liegen einige Urteile von kantonalen Verwaltungsgerichten vor, welche die Quasi-in-house-Ausnahme anerkennen[36] und dabei auf die Rechtsprechung des EuGH abstellen. Grundsätzlich wird eine Übernahme und Anwendung der EuGH-Praxis zu den Quasi-in-house-Vergaben befürwortet, „da das schweizerische und das europäische Vergaberecht im Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung des Gebarens öffentlicher Auftraggeber auf denselben Gedanken, Anliegen und Regelungszwecken beruhten".[37]

44. Gestützt auf dieselben Überlegungen hat auch die WEKO den Quasi-in-house-Tatbestand anerkannt und stellt für dessen Voraussetzungen auf die Rechtsprechung des EuGH ab.[38]

2.1.2 Rechtslage de lege ferenda

45. Das revidierte GPA (GPA 2012)[39] wurde von der Schweiz bereits unterzeichnet aber noch nicht ratifiziert. Darin ist kein Quasi-in-house-Tatbestand aber dafür ein sehr weitreichender In-state-Tatbestand als Ausnahme vom Anwendungsbereich des Abkommens vorgesehen. Unabhängig von jedem Kontroll- oder Tätigkeitserfordernis ist das GPA 2012 nicht anwendbar, sofern der Auftragnehmer ebenfalls subjektiv dem Beschaffungsrecht untersteht.[40] Ungeachtet dieser Regelung steht es der Schweiz indessen frei, für den Binnenmarkt Schweiz strengere Voraussetzungen für sämtliche In-house-/in-state-Tatbestände zu formulieren und so innerstaatlich mehr Wettbewerb zu schaffen.

46. Der Entwurf für eine revidierte IVöB (E-IVöB) sieht je eine Ausnahmeregelung für die In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Tatbestände vor.[41] Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB soll ein Bezug von Leistungen nicht öffentlich ausgeschrieben werden müssen, wenn die Leistungen von öffentlichen Unternehmen stammen, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen (Quasi-in-house). In den Erläuterungen wird dabei explizit auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen. Es wird allerdings betont, dass für die kantonalen Gesetzgeber eine GPA-konforme Kodifikation der Teckal-Praxis[42] im Vordergrund steht und nicht notwendigerweise eine dynamische Übernahme der EuGH-Praxis erfolgen soll. Für das Wesentlichkeitserfordernis wird dabei wie in der EU auf das Minimum von 80 % des Umsatzes mit Leistungen an den kontrollierenden Auftraggeber abgestellt, allerdings mit dem Verweis auf das GPA.[43]

47. Zusammenfassend zeigt sich, dass die kantonalen Gesetzgeber unter Einhaltung der Bestimmungen des GPA 2012 planen, de lege ferenda eine Quasi-in-state-Ausnahme zu schaffen, die der nachfolgend dargestellten EU-Rechtslage entsprechen soll.

2.1.3 Rechtslage in der EU

48. Der Ausnahmetatbestand der Quasi-in-house-Ausnahme wurde vom EuGH mit dem Teckal-Urteil von 1999 geschaffen.[44] Die Voraussetzungen haben sich in der Folge weiterentwickelt und können mittlerweile als gefestigt bezeichnet werden.[45] Eine Quasi-in-house Beschaffung liegt dann vor,

1. wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der unter der Kontrolle öffentlicher Auftraggeber steht (Kontrollerfordernis) und
2. wenn der Leistungserbringer im Wesentlichen für den ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber tätig ist (Tätigkeitserfordernis).[46]

49. Das Kontrollerfordernis ist – unabhängig von der Rechtsform des Leistungserbringers – erfüllt, wenn der Auftraggeber den Leistungserbringer effektiv und ausschlaggebend beeinflussen kann und wenn kein Privater direkt oder indirekt am Leistungserbringer beteiligt ist.[47]

---

[35] Siehe immerhin die Notes relatives zu Anhang I, Annex 4, Ziff. 2 GPA, in welchem Dienstleistungen dem Anwendungsbereich des GPA entzogen werden gestützt auf Voraussetzungen, die mit den Quasi-in-house-Kriterien der EU vergleichbar sind (wobei zur Form einer notwendigen Kontrolle nichts gesagt wird; in Bezug auf das Tätigkeitserfordernis ist ein Mindestumsatz von 80 % mit Leistungen zuhanden des mit der leistungserbringenden Einheit verbundenen öffentlichen Auftraggebers erforderlich).

[36] Siehe z.B. VGer VD MBU.2010.0008, E. 6 b m.w.H.(„Or, il ne s'agit pas ici d'adjuger un marché „in-house", exempté de la législation sur les marchés publics en raison de la neutralité sur le plan de la concurrence, par lequel un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration."); VGer ZH VB.2008.00194, E. 4.5 („Die EG-Vergaberichtlinien und die Rechtsprechung des EuGH hierzu sind für die rechtsanwendenen Schweizer Behörden zwar nicht verbindlich ; dennoch ist es zweckmässig, das bereits entwickelte EG-Vergaberecht als Inspirationsquelle heranzuziehen und eine gewisse Einheitlichkeit zwischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht anzustreben.").

[37] VGer AG WBE.2012.159.01.07.2013 E. 2.1. i.f. mit Verweis auf BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 640, Rz 1228.

[38] Empfehlung VRSG (Fn 22), 443 Rz 10; WEKO-Gutachten vom 22.2.2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2, 348 Rz 46.

[39] Der Vertragstext des GPA 2012 ist abrufbar unter: www.wto.org >Trade topics >Government procurment >Revised GPA.

[40] GPA 2012, Anhang I, Annex 7, B, Ziff. 1.

[41] Siehe dazu Art. 11 Abs. 3 Entwurf IVöB (E-IVöB). Der Entwurf und die dazugehörigen Erläuterungen sind abrufbar unter: www.bpuk.ch >Konkordate >IVöB >E-IVöB.

[42] Urteil des EuGH vom 18.11.1999 (C-107/98; Teckal); Zusammenfassung: Eine italienische Gemeinde beauftragte ein Gemeindekonsortium (zu welchem auch sie selbst gehörte) mit dem Betrieb der Heizungsanalgen in bestimmten Gemeindeimmobilien, ohne diesen Auftrag öffentlich auszuschreiben. Das private Unternehmen Teckal setzte sich gegen diese Vergabe zur Wehr. Der EuGH prüft, ob ein öffentlicher Auftrag vorliege, wofür ein Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen werden müsse. In einem einzigen, abschliessenden Satz ohne Begründung legt der EuGH in der Folge die Voraussetzungen für die später als Quasi-in-house-Vergabe bezeichnete Ausnahme fest: „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben."

[43] Erläuternder Bericht zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 18.9.2014, S. 20.

[44] Urteil des EuGH vom 18.11.1999 (C-107/98; Teckal) (Fn 42), Rz 50.

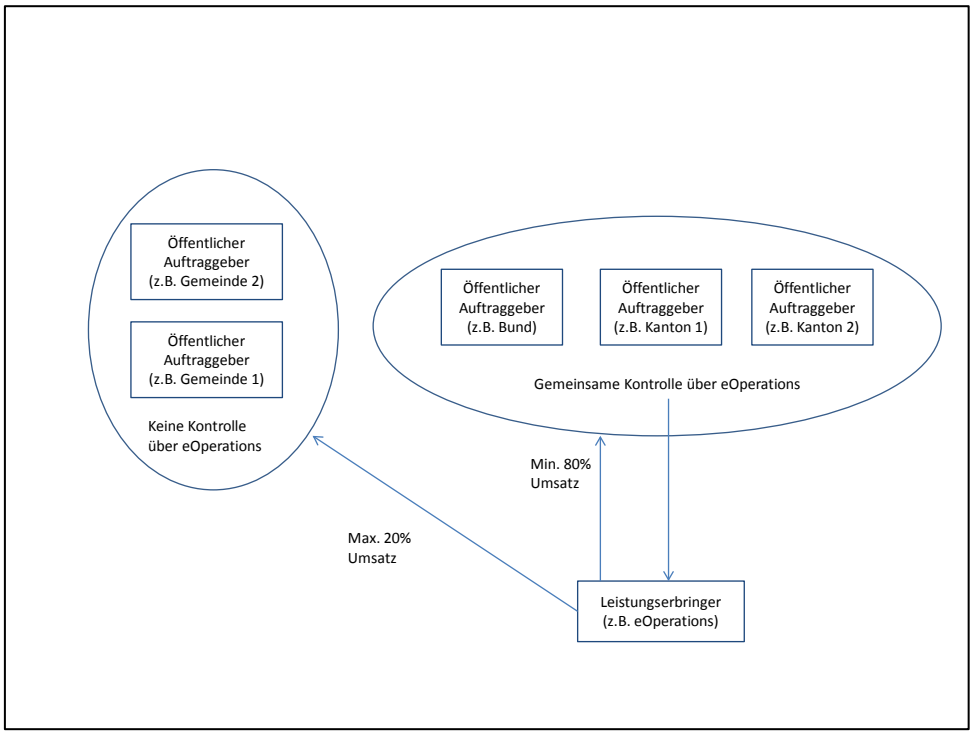
[45] JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Marchés „in-house" et „quasi in-house", in: BR/DC 1/2013, S. 28, 30.

[46] Vgl. BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 639 Rz 1223 m.w.H.

[47] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 644 Rz 1237 und 647 Rz 1241 m.w.H.

Für die Bestimmung der Wesentlichkeit verglich der EuGH die Umsätze, die der Leistungserbringer mit Leistungen an die kontrollierenden Auftraggeber erzielte, mit den Umsätzen, die er mit Leistungen an Dritte erzielte, wobei er sich nicht auf eine fixe Quote festgelegt hat.[48]

Die EU hat diese Praxis in Art. 12 der Richtlinie 2014/24/EU (EU-Richtlinie-Auftragsvergabe)[49] kodifiziertund eine fixe Quote von maximal 20 % Umsatz mit Dritten festgelegt. Diese Rechtslage lässt sich graphisch wie folgt darstellen:



Grafik des Sekretariats

50. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass diese Praxis zur Quasi-in-house-Ausnahme durchaus in der Schweiz angewendet werden könne, weil das europäische Vergaberecht in den grossen Linien auf denselben Gedanken beruhe, insbesondere was das Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung von Handlungen öffentlicher Auftraggeber anbelangt.[50]

51. Trotz der möglichen Anwendbarkeit in der Schweiz wird in der Literatur auch Kritik an den Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme gemäss EU-Praxis geübt. Diese Kritik besteht darin, dass die Voraussetzungen der EU-Praxis letztlich nicht ganz konsistent sind, insbesondere was das Kriterium der Kontrolle anbelangt.[51] Denn einerseits ist die gemeinsame Kontrolle durch öffentliche Auftraggeber – selbst wenn Minderheitsbeteiligte eigentlich selbst gar keine Kontrolle ausüben können – möglich; andererseits wird jede Beteiligung – und sei sie noch so klein – von Privaten ausgeschlossen, selbst wenn damit eigentlich gar keine Kontrolle verbunden ist. Daraus ergebe sich, dass es entgegen dem Wortlaut der Kontrolle nicht um eine eigentlich Kontrolle über den Leistungserbringer gehe, sondern vielmehr darum, dass Leistungen ausschliesslich innerhalb der Staatssphäre fliessen („Wettbewerbsneutralität" gemäss BEYELER).[52] Für die Erfüllung des *Kontrollerfordernis*' sei es deshalb nicht nötig, dass exakt jener Auftraggeber, der einen Auftrag vergeben wolle, am Leistungserbringer beteiligt sei; es genüge vielmehr, wenn keine Privatbeteiligung vorliege, der Leistungserbringer also insgesamt nur von öffentlichen Auftraggebern gehalten werde.[53]

52. Das *Tätigkeitserfordernis* wird insofern kritisiert, als das Erfordernis des innerstaatlichen Leistungsflusses (siehe dazu nachfolgend Rz 86) an sich verlangen würde, dass ein Leistungserbringer überhaupt nicht für private Kunden (die keine öffentlichen Auftraggeber sind) tätig wird, also nicht einmal bis zu den in der EU zulässigen 20 % des Umsatzes.[54] Gestützt auf diese Kritik und die Entwicklung der Rechtsprechung in der EU wurden deshalb Voraussetzungen für die sogenannte In-state-Ausnahme definiert, die sich an der Frage ausrichten, ob ein bestimmter Vorgang wettbewerbsneutral ist (siehe dazu unter Rz 86 ff.).

[48] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 665 Rz 1275 m.w.H.
[49] Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65 (nachfolgend EU-Richtlinie-Auftragsvergabe).
[50] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 640 Rz 1228.
[51] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 654 ff. Rz 1253 ff., 1261, 1287 ff., 1300.
[52] Siehe dazu nachfolgend Rz 86 ff.
[53] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 657 Rz 1258.
[54] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 667 Rz 1277.

53. Da sich die gefestigte EU-Praxis zum Quasi-in-house-Tatbestand weitgehend am Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre orientiert, die im Übrigen im Einklang mit der geplanten neuen Regelung des interkantonalen Beschaffungsrechts steht (Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB), wird das Projekt eOperations nachfolgend anhand der Voraussetzungen dieser EU-Praxis geprüft. Der Kritik der Schweizer Literatur, wonach es gemäss dem Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre gar nicht darauf ankomme, ob ein Leistungserbringer für seine Träger oder für Dritte aktiv wird, solange die Kunden öffentliche Auftraggeber sind, wird insofern Rechnung getragen, als dies im Rahmen der In-state-Ausnahme berücksichtigt wird. Auf den zweiten Kritikpunkt, wonach eine Quasi-in-state-Ausnahme gar nicht zulässig sein sollte, wenn der Leistungserbringer auch Leistungen an Private erbringt, muss vorliegend nicht eingegangen werden, weil eOperations dies nicht plant.

2.2 Beurteilung des Projekts eOperations

54. Gemäss dem Bericht eOperations[55] ist geplant, dass eOperations Leistungen für Bund, Kantone, Gemeinden und Organisationen des Gemeinwesens (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen)[56] erbringen soll. Getragen werden soll eOperations von Bund und Kantonen. Ob es weitere Träger geben wird, ist derzeit offen.

55. Sofern sämtliche Kunden von eOperations gleichzeitig auch Träger von eOperations sind, wird eOperations die oben genannten Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme erfüllen, sodass die Kunden bei dieser vergaberechtsfrei Leistungen beziehen können.

56. Die Voraussetzungen der Quasi-in-house-Ausnahme wären vorliegend auch dann noch erfüllt, wenn eOperations mindestens 80 % ihres Umsatzes ausschliesslich mit den sie kontrollierenden Trägern (Bund und Kantone) und maximal 20 % ihres Umsatzes mit nicht kontrollierenden Gemeinden erzielen würde. Allerdings müssten die nicht kontrollierenden Kunden Beschaffungen bei eOperations nach dem Beschaffungsrecht vornehmen und vor der Auftragserteilung eine öffentliche Ausschreibung durchführen.

57. Überschreitet der Umsatz mit nicht kontrollierenden Gemeinden 20 %, fällt die Quasi-in-house-Ausnahme dahin und auch kontrollierende Kunden hätten nicht mehr die Möglichkeit, Aufträge vergaberechtsfrei an eOperations zu erteilen.

2.3 Fazit

58. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Quasi-in-house-Ausnahme für eOperations in Frage kommt. Sie hat dabei aber hohe Anforderungen an die Trägerschaft (die Kunden sind Träger) und an die Tätigkeiten (nicht mehr als 20 % des Umsatzes mit Leistungen an Nicht-Träger, wobei die nicht kontrollierenden Kunden ihre Leistungen bei eOperations nach den Regeln des Vergaberechts zu beziehen hätten) zu erfüllen. Werden diese Anforderungen nicht erfüllt, können auch die kontrollierenden öffentlichen Kunden nicht mehr vergaberechtsfrei bei eOperations beschaffen.

3 Prüfung der In-state Ausnahme

59. Das BJ kommt in seinem Bericht zum Schluss, dass die oben dargelegte Ausgestaltung der eOperations die Voraussetzungen der In-state-Ausnahme erfülle (siehe Rz 37). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob sämtliche öffentlichen Kunden gestützt auf die In-state Ausnahme vergaberechtsfrei bei eOperations einkaufen können.

3.1 Rechtsgrundlagen

3.1.1 Fehlende Rechtsgrundlage in der Schweiz

60. Wie bereits die Quasi-in-house-Ausnahme ist auch die In-state-Ausnahme weder im BGBM noch in den anderen anwendbaren Grundlagen des Beschaffungsrechts geregelt.[57] Es muss deshalb eine Interpretation des objektiven Geltungsbereichs der in casu anwendbaren beschaffungsrechtlichen Bestimmungen vorgenommen werden (insb. GPA und IVöB). Soweit ersichtlich liegt bisher keine Schweizer Rechtsprechung zur Anwendung der In-state-Ausnahme vor. In der Schweizer Literatur wird die Anwendung der In-state-Ausnahme grundsätzlich als zulässig erachtet.[58]

3.1.2 Rechtslage de lege ferenda

61. Das revidierte (aber von der Schweiz noch nicht ratifizierte) GPA 2012 bestimmt neu: „Le présent Accord ne couvre pas les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique.“[59] Diese Ausnahme vom Anwendungsbereich des GPA ist sehr weit gefasst, da jede Leistung, die ein dem GPA unterstellter Auftraggeber bei einem ebenfalls unterstellten Auftraggeber bezieht, vom Anwendungsbereich des GPA 2012 ausgenommen ist.

62. Zur Stärkung des Wettbewerbs und des Binnenmarkts kann die Schweiz innerstaatlich Ausnahmen vom Anwendungsbereich ihres eigenen Beschaffungsrechts unter strengere Voraussetzungen stellen, was im E-IVöB

[55] Bericht eOperations, S. 49.

[56] Für Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen) ist allerdings darauf hinzuweisen, dass diese als öffentlich gelten müssen, was bei Aktiengesellschaften, die zwar von Gemeinwesen gehalten werden, aber auf dem Markt aktiv sind (z.B. Kantonalbanken) nicht der Fall sein dürfte.

[57] Das GPA enthält immerhin eine Regel zur Quasi-in-house-Ausnahme in Bezug auf Dienstleistungen (siehe dazu Rz 35).

[58] ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, 123 ff. Rz 198 ff. und insb. 128 ff. Rz 203 f. (nachfolgend POLTIER Marchés); PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, 111 Rz 256 f. (diese Autoren bezeichnen die In-State-Vergabe als submissionsrechtsfrei und nennen hierzu folgendes Beispiel: „So kann beispielsweise eine Gemeinde die Informatikabteilung einer anderen Gemeinde oder des Kantons mit dem Unterhalt ihrer EDV-Infrastruktur beauftragen oder den IT-Bereich vollständig auf eine Nachbargemeinde auslagern.“); BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 593 ff. Rz 1139 ff. und insb. 671 ff Rz 1283 ff., der sich am Kriterium der „Wettbewerbsneutralität“ orientiert; ebenfalls zustimmend, aber kritisch gegenüber dem Kriterium der „Wettbewerbsneutralität“: CLERC (Fn 29), 1987 f. Rz 79, die sich für eine Beschränkung der In-state-Ausnahme auf Fälle der reinen interadministrativen Zusammenarbeit im Sinne des Urteil des EuGH vom 6.9.2009 (C-480/06; Stadtreinigung Hamburg) (Fn 59) ausspricht.

[59] Annex 7, B Ziff. 1 des GPA 2012.

auch so vorgesehen ist. Die In-state-Ausnahme soll restriktiver als im GPA, aber weniger restriktiv als in der EU geregelt werden: Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB soll die Beschaffung von Leistungen von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, nicht ausgeschrieben werden, soweit die Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen.[60]

63. Diese Voraussetzung erfüllt eOperations, da sie ihre Leistung ausschliesslich gegenüber öffentlichen Auftraggebern und nicht auch auf dem privaten Markt erbringt.

3.1.3 Rechtslage in der EU

64. Wie erwähnt hat der EuGH mit seinem Entscheid Teckal im Jahr 1999[61] die Voraussetzungen für die Quasi-in-house Ausnahme geschaffen, wonach ein öffentlicher Auftraggeber bei einem durch ihn kontrollierten Subjekt unter gewissen Voraussetzungen vergaberechtsfrei Leistungen beschaffen darf (vgl. vorne, Rz 48). Daraus entwickelte sich später die In-state-Ausnahme, wonach öffentliche Auftraggeber bei von ihnen unabhängigen juristischen Personen, die ebenfalls öffentliche Auftraggeber sind, vergaberechtsfrei Leistungen beziehen können, obwohl sie nicht Träger dieser unabhängigen juristischen Personen sind und diese auch nicht kontrollieren.

65. Im Entscheid Stadtreinigung Hamburg[62] (2009) hat der EuGH erstmals entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber nicht zwingend am ebenfalls öffentlichen Leistungserbringer beteiligt sein muss, um von diesem unter gewissen Voraussetzungen vergaberechtsfrei Leistungen beziehen zu können. Im Fall Lecce[63] (2012) betreffend Gutachtensaufträge von öffentlichen Kunden an Universitäten hat der EuGH die In-state Ausnahme weiter präzisiert und vier kumulative Voraussetzungen definiert, die er in der Folge in mehreren Urteilen wiederholt hat (siehe nachfolgend unter Rz 70).

66. Im Urteil Lecce hatte der EuGH die Direktvergabe eines Auftrags durch ein Gemeinwesen an eine öffentliche Universität zur Abklärung der Erdbebensicherheit von Krankenhäusern zu beurteilen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass es italienischen Universitäten grundsätzlich erlaubt ist, im Wettbewerb aufzutreten und auch Privatpersonen Dienstleistungen anzubieten. Der EuGH stellte fest, dass die in Frage stehende Zusammenarbeit zu einem überwiegenden Teil Tätigkeiten umfasste, die grundsätzlich von Ingenieuren oder Architekten erbracht und keine Forschungstätigkeiten darstellen würden. Darin sei – anders als im Fall Stadtreinigung Hamburg, in welchem Auftraggeber und Auftragnehmer dieselbe öffentliche Aufgabe zu erfüllen hatten – keine öffentliche Aufgabe zu erkennen, die dem Gemeinwesen und der Universität gemeinsam obliege. Diese Rechtsprechung wurde bestätigt im Fall Unviersità Pavia.[64] Das Erfordernis der Gemeinsamkeit der öffentlichen Aufgabe hat der EuGH allerdings nicht weiter begründet.

67. Im Fall Piepenbrock[65] beauftragte ein Gemeindeverband eines seiner Mitglieder mit der Reinigung von Verwaltungsgebäuden der an ihm beteiligten Gemeinden. Der Auftrag sollte durch ein vom beauftragten Mitglied kontrollierten Reinigungsdienst ausgeführt werden. Der EuGH kam zum Schluss, dass der Auftrag nicht die Vereinbarung einer Zusammenarbeit zur Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe zum Gegenstand zu haben scheine. Weil zudem zur Erfüllung der

[60] Für Auftraggeber, die „Organisationen darstellen, die von Gemeinwesen getragen werden wie z.B. Vereine Aktiengesellschaften“ gemäss Bericht eOperations, S. 49 siehe die Ausführungen unter Rz 93.

[61] Urteil des EuGH vom 18.11.1999 (C-107/98; Teckal) (Fn 42), Rz 50.

[62] Urteil des EuGH vom 6.9.2009 (C-480/06; Stadtreinigung Hamburg); Zusammenfassung: Vier deutsche Landkreise schlossen mit der Stadtreinigung Hamburg (ebenfalls eine Körperschaft öffentlichen Rechts) einen Vertrag (ohne Ausschreibung) über die Entsorgung ihrer Abfälle in einer Müllverbrennungsanlage. Dabei verpflichtete sich die Stadtreinigung Hamburg, für die Landkreise eine bestimmte Kapazität der Müllverbrennungsanlage zur Verfügung zu stellen und die Landkreise verpflichteten sich hierfür eine Jahresvergütung zu zahlen. Hierzu hält der EuGH einleitend fest, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erbringen könne, ohne gezwungen zu sein, sich an Externe zu wenden oder eine bestimmte Rechtsform einzuhalten. Sodann verletzt die beschriebene Zusammenarbeit das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs nicht, solange die Umsetzung der Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen und kein privates Unternehmen besser gestellt wird. Eine öffentliche Ausschreibung des Vertrags sei deshalb nicht nötig.

[63] Urteil des EuGH vom 19.12.2012 (C-564/11; Lecce); Zusammenfassung: Die öffentliche Einrichtung ASL erteilte der Universität Lecce den Auftrag für die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhäuser in Lecce. ASL übt keine Kontrolle im Sinne der Quasi-in-house-Ausnahme über die Universität aus. Gemäss italienischem Gesetz sind Universitäten befugt, Forschungs- und Beratungsdienstleistungen an Private zu erbringen. Der EuGH stellte die erwähnten Voraussetzungen der In-state-Vergabe auf und erachtete diese Voraussetzungen nicht als gegeben. Zudem könnte der fragliche Vertrag zu einer Bevorzugung Privater führen, wenn zu dem hochqualifizierten externen Personal, das die Universität laut Vertrag heranziehen dürfe, Private zählen würden.

[64] Urteil des EuGH vom 16.5.2013 (C-564/11; Università Pavia); Zusammenfassung: Die Gemeinde Pavia hat der Universität Pavia den Auftrag erteilt, einen neuen Zonenplan auszuarbeiten. Die Gemeinde hat keine Kontrolle über die Universität im Sinne der Quasi-in-house-Ausnahme. Gemäss italienischem Gesetz sind Universitäten befugt, Forschungs- und Beratungsdienstleistungen an Private zu erbringen. Der EuGH prüft deshalb die Voraussetzungen der In-state-Vergabe: Ein Vertrag kommt ausschliesslich zwischen öffentlichen Einrichtungen zustande (also ohne Beteiligung von Privaten); kein Privater wird gegenüber seinen Konkurrenten privilegiert; die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Der EuGH erachtete diese Voraussetzungen nicht als gegeben, weil die in Frage stehenden Verträge zu einem überwiegenden Teil Tätigkeiten umfassten, die grundsätzlich von Ingenieuren oder Architekten erbracht würden und keine Forschungstätigkeiten darstellen würden. Deshalb scheine die Aufgabe der öffentlichen Dienstleistung, welche den Gegenstand der vorliegenden Zusammenarbeit bilde, nicht die Erfüllung einer Aufgabe einer öffentlichen Dienstleistung sicherzustellen, die den Universitäten und den Gemeinden gemeinsam sei.

[65] Urteil des EuGH vom 13.6.2013 (C-386/11; Piepenbrock); Zusammenfassung: Ein deutscher Gemeindeverband, zu dem die Stadt Dürren gehört, beauftragte – ohne öffentliche Ausschreibung – die Stadt Dürren mit der Reinigung der Gebäude der Gemeinden des Gemeindeverbands. Die Reinigungen sollten von einer Reinigungsgesellschaft erbracht werden, deren Träger die Stadt Dürren ist. Der EuGH prüft die Voraussetzungen der In-state-Ausnahme und kam zum Schluss, dass diese nicht erfüllt seien, weil der in Frage stehende Vertrag nicht die Vereinbarung einer Zusammenarbeit zwischen den beiden vertragsschliessenden öffentlichen Einrichtungen zur Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe zum Gegenstand zu haben scheine.

vorgesehenen Aufgabe auf einen Dritten zurückgegriffen werde, könnte dieser gegenüber auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden. Auch in diesem Fall begründete der EuGH dieses Ergebnis nicht. Worin das fehlende Element der In-state-Voraussetzungen besteht, wird jedenfalls nicht klar. So ist dem Urteil nicht explizit zu entnehmen, ob der EuGH die Erbringung von Hilfsleistungen (Reinigungen) nicht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betrachtet, wie sich dies aufgrund älterer Urteile allenfalls vermuten liesse.[66]

68. Im Entscheid Universitäten Pescara und Camerino[67] bestätige der EuGH seine Rechtsprechung Lecce und Pavia zu den italienischen Universitäten.

69. Im jüngsten Entscheid des EuGH[68] zu diesem Thema war ein Vorhaben zu beurteilen, das jenem von e-Operations sehr ähnlich ist. Dabei prüfte der EuGH zunächst die Quasi-in-house-Ausnahme, die er aufgrund fehlender Kontrolle verwarf. In zwei Sätzen prüfte er sodann die In-state-Ausnahme, die er als nicht gegeben erachtet, weil der Auftraggeber (Universität) und der Leistungserbringer (IT-Unternehmen, vergleichbar mit eOperations) keine gemeinsamen Aufgaben erfüllen würden. Auch hier legte der EuGH nicht offen, welche Überlegungen hinter dem Erfordernis der Gemeinsamkeit der Aufgabe stehen.

70. Zusammenfassend lassen sich aus der EU-Praxis die nachfolgenden kumulativen Voraussetzungen der In-state-Vergabe entnehmen, die im Urteil Lecce[69] aufgestellt und auf diese in der Folge wiederholt verwiesen wurde (so auch im Fall Piepenbrock[70] und HIS[71]), wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Rechtsform des Leistungserbringers keine Rolle spielt[72]:

1. Es handelt sich um eine Zusammenarbeit durch welche öffentliche Einrichtungen einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbaren;
2. an der Zusammenarbeit sind ausschliesslich öffentliche Einrichtungen beteiligt (also ohne Beteiligung Privater);
3. kein privater Dienstleistungserbringer wird besser gestellt als seine Wettbewerber und
4. die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

71. Aus der zitierten Praxis ergibt sich nicht (zumindest nicht explizit),

- dass die Herstellung von Hilfsleistungen grundsätzlich nicht unter die In-state-Ausnahme fallen kann;
- dass unter dem Titel der In-state-Ausnahme keine Leistungen erbracht werden können, die üblicherweise auch auf dem Markt erbracht werden.

[66] Urteil des EuGH vom 5.12.1989 (C-3/98; Italienische Republik); Zusammenfassung: Der italienische Staat hatte Vorschriften erlassen, wonach von staatlichen Stellen benötigte Lieferungen von Datenverarbeitungssystemen nur durch Unternehmen im Staatsbesitz erbracht werden durften. Der EuGH stellte fest, dass diese Vorschriften zwar auf alle italienischen und ausländischen Unternehmen anwendbar seien, sie aber im Wesentlichen italienische Unternehmen begünstigen würden. Als Rechtfertigung brachte Italien vor, dass die Lieferung von Datenverarbeitungssystemen zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehöre und somit vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäss EWG-Vertrag ausgenommen sei. Hierzu hielt der EuGH fest, dass die Herstellung und Lieferung von Datenverarbeitungssystemen keine Tätigkeiten darstellten, die zur Ausübung öffentlicher Gewalt gehöre.

[67] Urteil des EuGH vom 20.6.2013 (C-352/12; Universitäten Pescara und Camerino); Zusammenfassung: Zwei Gemeinden, die vom Erdbeben vom 6.4.2009 betroffen waren, haben zwei Universitäten – ohne öffentliche Ausschreibung – den Auftrag erteilt, einen Wiederaufbauplan für die Gemeinden zu erstellen. Gemäss italienischem Gesetz sind Universitäten befugt, Forschungs- und Beratungsdienstleistungen an Private zu erbringen. Der EuGH prüfte, ob diese Konstellation die Voraussetzungen einer In-state-Ausnahme erfüllt: Ein Vertrag kommt ausschliesslich zwischen öffentlichen Einheiten zustande (also ohne Beteiligung von Privaten); kein Privater wird gegenüber seinen Konkurrenten privilegiert; die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Der EuGH erachtete diese Voraussetzungen nicht als gegeben, weil die in Frage stehenden Verträge zu einem überwiegenden Teil Tätigkeiten umfassten, die grundsätzlich von Ingenieuren oder Architekten erbracht würden und keine Forschungstätigkeiten darstellen würden. Deshalb scheine die Aufgabe der öffentlichen Dienstleistung (mission de service public), welche den Gegenstand der vorliegenden Zusammenarbeit bilde, nicht die Erfüllung einer Aufgabe einer öffentlichen Dienstleistung sicherzustellen, die den Universitäten und den Gemeinden gemeinsam sei.

[68] Urteil des EuGH vom 8.5.2014 (C-15/13; HIS); Zusammenfassung: Die Universität Hamburg-Harburg (Einrichtung des öffentlichen Rechts und damit öffentliche Auftraggeberin) wollte bei der Hochschul-Informations-System GmbH (HIS) ohne vorgängige Ausschreibung ein IT-Hochschul-Managementsystem im Wert von € 840‘000 beziehen. Die HIS ist eine privatrechtliche GmbH, deren Kapital zu 1/3 vom deutschen Staat und zu 2/3 von den 16 deutschen Bundesländern gehalten wird (Anteil der Stadt Hamburg am Gesamtkapital: 4 %). Die HIS ist gemäss ihrer Satzung ausschliesslich gemeinnützig tätig und arbeitet nicht gewinnorientiert. Sie erzielt 5 % ihres Umsatzes mit Tätigkeiten für andere Einrichtungen als öffentliche Hochschulen, wobei aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, ob darunter im Unterschied zur Konstellation von eOperations auch Private sind. Der EuGH betonte dabei einleitend, dass das Hauptziel der Vorschriften des EU-Rechts über das öffentliche Auftragswesen in der Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb bestehe. Zudem wies er darauf hin, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Möglichkeit habe, seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit seinen eigenen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden. Der EuGH prüfte dabei in einem ersten Schritt ob der beschriebene Vorgang als besonderer Fall der Quasi-in-house-Ausnahme zu qualifizieren sei (normale Quasi-in-house-Vergabe: kontrollierende Einheit beauftrag kontrollierte Einheit; horizontale Quasi-in-house-Vergabe: eine Einheit kontrolliert zwei Einheiten, zwischen denen ein Vertrag zustande kommt, sodass der Auftraggeber über den Leistungsbringer keine Kontrolle ausübt). Er verwarf dies, weil die Universität Hamburg-Harburg über eine weitgehende Autonomie verfügt, sodass Hamburg über eine der beiden Einheiten keine Kontrolle im Sinne der Quasi-in-house-Ausnahme verfügte. In einem zweiten Schritt prüfte der EuGH, die Zusammenarbeit zwischen der Universität Hamburg-Harburg als In-state-Ausnahme qualifiziert werden könne. Er verwarf dies (in zwei Sätzen), weil die Zusammenarbeit zwischen der Universität und HIS nicht der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe diene, wobei er auf sein Urteil Lecce verwies.

[69] Urteil des EuGH vom 19.12.2012 (C-564/11; Lecce) (Fn 63), Rz 34 – 37.

[70] Urteil des EuGH vom 13.6.2013 (C-386/11; Piepenbrock) (Fn 65), Rz 36 f.

[71] Urteil des EuGH vom 8.5.2014 (C-15/13; HIS) (Fn 58), Rz 35.

[72] CLERC (Fn 29), 1986 Rz 78.

72. Am 26. Februar 2014 erliess die EU die EU-Richtlinie-Auftragsvergabe, welche eine Bestimmung zur In-state-Ausnahme enthält (Art. 12 Abs. 4). Die Bestimmung setzt ähnliche Anforderungen, wie sie in der Praxis entwickelt wurden, wobei sie eine etwas andere Formulierung wählt. Zudem ist eine zusätzliche Voraussetzung enthalten (ausschliesslich Überlegungen im Zusammenhang mit öffentlichen Interessen). Sodann scheint das Verbot der Privilegierung Privater weggefallen zu sein. Schliesslich ist eine Erleichterung vorgesehen, indem neu öffentliche Einrichtungen bis zu 20 % ihrer Leistungen auf dem offenen Markt erbringen können, ohne dass ihre öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit verlieren, sich auf die In-state-Ausnahme zu berufen. Soweit ersichtlich gibt es noch keine Rechtsprechung zur Frage der In-state-Ausnahme gestützt auf diese neue EU-Richtlinie-Auftragsvergabe.

3.2 Beurteilung des Projekts eOperations nach Rechtslage in der EU

73. Die soeben erwähnte EU-Richtlinie-Auftragsvergabe stellt in Art. 12 Abs. 4 die Voraussetzungen für die neu geltende In-state-Vergabe auf:

1) Ein ausschliesslich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag[73] fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn

2) der Vertrag eine Zusammenarbeit[74] begründet zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;

3) die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschliesslich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

4) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.

74. Die Kriterien 1 und 4 werden vom Projekt eOperations erfüllt.

75. Des Weiteren stellt das Projekt eOperations eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern dar, mit dem Ziel ihnen obliegende öffentliche Aufgaben (z.B. die Führung eines Grundbuches oder Handelsregisters)[75] mit Hilfe von E-Government Lösungen zu erfüllen. Kriterium 2 lässt sich somit in einer Weise interpretieren, mit der das Projekt eOperations in Einklang steht. Allenfalls ist diese Kriterium für jedes konkrete Vorhaben gesondert zu prüfen. Auch das Kriterium 3 widerspricht von seinem Wortlaut her der Ausgestaltung der eOperations nicht: Die Organisation ist nicht gewinnstrebig und sucht keine Tätigkeiten auf dem Markt, sodass ihre Tätigkeiten als ausschliesslich in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse stehen.

76. Aufgrund der fehlenden Praxis zur neuen EU-Richtlinie-Auftragsvergabe kann allerdings nicht gesagt werden, wie der EuGH die EU-Richtlinie-Auftragsvergabe auslegen wird. POLTIER betont, dass die Grundidee der In-state-Ausnahme von Art. 12 Abs. 4 der EU-Richtlinie-Auftragsvergabe darin bestehe, dass auf das Kontrollkriterium der Quasi-in-house-Ausnahme verzichtet und der Schwerpunkt auf das Tätigkeitserfordernis gelegt werde, um auszuschliessen, dass der staatliche Leistungserbringer eine Tätigkeit auf dem Markt ausübe, um nur für den öffentlichen Sektor tätig zu sein.[76]

77. Es ist davon auszugehen, dass sich der EuGH bei der Auslegung der Richtlinie an der oben dargelegten Rechtsprechung und den darin genannten Kriterien orientieren wird, die – zumindest soweit für den vorliegenden Fall relevant – im Wesentlichen mit den Kriterien der EU-Richtlinie-Auftragsvergabe übereinstimmen. Nachfolgend wird das Projekt eOperations deshalb auch anhand dieser in der Praxis entwickelten Kriterien geprüft (siehe zuvor Rz 70):

1. Es handelt sich um eine Zusammenarbeit durch welche öffentliche Einrichtungen einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbaren;

2. an der Zusammenarbeit sind ausschliesslich öffentliche Einrichtungen beteiligt (also ohne Beteiligung Privater);

3. kein privater Dienstleistungserbringer wird besser gestellt als seine Wettbewerber und

4. die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.

78. Unter diesen Kriterien erfüllt das Projekt eOperations Nr. 2 und Nr. 3 ohne Weiteres. Kriterium 1 und 4 lassen sich wie oben dargestellt (Rz 75) rein gestützt auf den Wortlaut so interpretieren, dass das Projekt eOperations diese erfüllt. Gemäss den Urteilen Lecce, Piepenbrock und HIS scheint der EuGH die Kriterien 2 und 3 aber in einer Weise zu interpretieren, die dem Projekt eOperations entgegensteht (ohne allerdings jeweils zu sagen, welches konkrete Sachverhaltselement welches Kriterium nicht erfüllt).

79. Im Urteil HIS[77], welches in erster Linie die Voraussetzungen der Quasi-in-house-Vergabe prüfte, stellte der EuGH fest, dass die Zusammenarbeit zwischen einer öffentlichen Universität und der HIS (deren Organisation mit jener von eOperations verglichen werden

[73] Nach wie vor zulässig scheinen gemeinsam gegründete Einrichtung zu sein, deren Rechtsform unerheblich ist (SVEN BROCKHOFF, Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien, in: Zeitschrift für das Vergaberecht, 5/2014, S. 625, 633).

[74] Gemäss BROCKHOFF (Fn 73), 633, darf sich der Beitrag einer an einer Kooperation teilnehmenden staatlichen Einheit nicht auf eine reine Kostenerstattung beschränken (zur Kritik dazu siehe: Fn 81).

[75] Bericht eOperations, S. 81.

[76] ETIENNE POLTIER, La nouvelle directive de l'UE sur la passation des marchés publics (2014/24/UE; Directive générale), in: BR/DC 5/2014, 231 ff. 233f. (nachfolgend Poltier Directive): "L'idée de base revient en l'occurrence à renoncer à l'exigence d'un contrôle et à mettre l'accent sur la seconde condition, afin d'**exclure** que l'entité adjudicataire exerce des **activités sur le marché**, pour n'être active qu'en faveur du secteur public.".

[77] Urteil des EuGH vom 8.5.2014 (C-15/13; HIS)(Fn 68), Rz 35.

kann) nicht der Erledigung einer gemeinsamen Aufgabe diene. Weshalb dies nicht der Fall ist, wird zwar nicht vollständig ersichtlich, es aber damit zu rechnen, dass der EuGH ein Projekt wie das vorliegend zu beurteilende als EU-rechtswidrig einstufen würde. In zwei Punkten erscheint die Organisation eOperations jedoch von der Organisation der HIS abzuweichen, sodass nicht mit letzter Gewissheit gesagt werden kann, wie der EuGH das Projekt eOperations beurteilen würde: Die Organisation eOperations soll in erster Linie E-Government Lösungen erarbeiten und nicht wie die HIS IT-Systeme. Zudem soll eOperations in erster Linie an ihre Träger und Gründer (Gebietskörperschaften) und nicht an selbständige öffentliche Einrichtungen liefern, denen eine eigene Aufgabenerfüllung übertragen wurde (wie z.B. Universitäten).

80. Im Urteil Piepenbrock[78] wird eine rein öffentliche Zusammenarbeit zwischen Gemeinden (eine Gemeinde übernimmt, mit Hilfe eines von ihr beherrschten Drittunternehmens, die Reinigungsarbeiten für die anderen Gemeinden) als nicht vereinbar mit den oben genannten Kriterien bezeichnet. Hierfür werden zwei Gründe angegeben: Es liege keine Zusammenarbeit vor und es könnte das Drittunternehmen bessergestellt werden gegenüber von Privaten. Dieses Urteil kann so verstanden werden, dass der EuGH Reinigungsarbeiten nicht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben qualifiziert und deshalb die In-state-Ausnahme verwirft. Sollte diese Lesart zutreffen, wäre das Projekt eOperations wohl nicht EU-rechtskonform.[79] Gemäss POLTIER ergibt sich aus diesem Urteil, dass für den EuGH die Erbringung von IT-Dienstleistungen einer Gemeinde zuhanden von anderen Gemeinwesen nicht unter die In-state-Ausnahme fallen würde. Er verweist hierzu auf Rz 29 des Urteils, in welcher nicht die Öffentlichkeit einer Aufgabe, sondern der grundsätzliche Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts behandelt wird.[80] BEYELER vermutet, dass das Urteil Piepenbrock auf einer sehr wortgetreuen Auslegung des Begriffs „Zusammenarbeit" basiert.[81] Danach würde eine Zusammenarbeit nur vorliegen, wenn jedes beteiligte Gemeinwesen einen Arbeitsbeitrag und nicht lediglich einen Geldbetrag als Bezahlung für die Dienstleistung erbringe. Sollte das Urteil Piepenbrock so zu verstehen sein, dürfte das Projekt eOperations nicht EU-rechtskonform sein, zumindest für diese öffentlichen Kunden von eOperations, die lediglich einen Geldbetrag für die Nutzung von eOperations-Lösungen leisten würden.

81. Im Urteil Lecce[82] werden die Kriterien der In-state-Vergabe als nicht erfüllt betrachtet, insbesondere weil eine Zusammenarbeit (Prüfung der Erdbebensicherheit von Spitälern) zwischen einer Universität und einer Gemeinde nicht als Wahrnehmung einer ihnen beiden obliegenden öffentlichen Aufgabe gelte. Der EuGH wies dabei unter anderem darauf hin, dass die fraglichen Tätigkeiten im Allgemeinen auch von Ingenieuren und Architekten erbracht würden. Sollte dieses Urteil so zu verstehen sein, dass Leistungen, die üblicherweise auch auf dem Markt erbracht werden, vom Staat nicht unter Berufung auf das In-state-Privileg erbracht werden dürfen (was allerdings nichts darüber aussagt, ob er sie unter Einhaltung des Vergaberechts erbringen dürfte), wäre das Projekt eOperations nicht EU-rechtskonform. Allerdings wird dieses Kriterium nicht explizit aufgestellt. Da die fragliche Universität – im Gegensatz zu eOperations – zudem auch Leistungen auf dem freien Markt erbringen durfte, entsteht auch in Bezug auf die Auslegung des Urteils Lecce keine vollständige Klarheit darüber wie der EuGH das Projekt eOperations beurteilen würde.

82. **Zusammenfassend** ergibt sich (erstens), dass der EuGH keine expliziten und eindeutigen Kriterien aufgestellt hat,[83] anhand derer sich eine klare Beurteilung des Projekts eOperations vornehmen liesse. Nach gewissen Lesarten der zitierten Urteile lassen sich der EU-Rechtsprechung implizite Kriterien entnehmen: die In-state-Ausnahme könne nur die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffen; die In-state-Ausnahme könne nur gemeinsam wahrzunehmende öffentliche Aufgaben betreffen; unter der In-state-Ausnahme dürften keine Leistungen bezogen werden, die auch Private herstellen. Diese Kriterien dürfte das Projekt eOperations nicht erfüllen.[84]

[78] Urteil des EuGH vom 13.6.2013 (C-386/11; Piepenbrock) (Fn 65), Rz 36 f.

[79] Allerdings kann möglicherweise zwischen den verschiedenen Tätigkeiten von eOperations unterschieden werden: Auf der einen Seite liegt eine „gemeinsame Entwicklung und Pflege von Software" vor, die nicht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben qualifiziert würde. Auf der anderen Seite könnte die „Kooperation zur gemeinsamen Betriebsteuerung und ggf. Beschaffung von Software" als Wahrnehmung öffentlicher Interessen betrachtet werden. Genau diese Unterscheidung nimmt der deutsche IT-Planungsrat vor (Föderale IT-Kooperation (FITKO), Konzept für eine von Bund und Ländern gemeinsam getragene Einrichtung zur Unterstützung des IT-Planungsrates, Ergebnisbericht vom 24.6.2014, S. 37, abrufbar unter: > www.it-planungsrat.de >Entscheidungen >2014 >2014/22 >Entscheidung 2014/22 >Ergebnisbericht AG FITKO).

[80] POLTIER Marchés (Fn 58), 129 Rz 203 Fn 161; als Begründung verweist Poltier auf Rz 29, in welcher zu lesen ist: „Erstens ist dabei [d.h. für die grundsätzliche Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts] ohne Bedeutung, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist und dass die betreffende Einrichtung nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstrebt, nicht unternehmerisch strukturiert ist oder nicht ständig auf dem Markt tätig ist." BEYELER unterstützt diese Kriterien und erachtet sie als notwendig, aber nicht ausreichend für eine Vergaberechtsfreiheit. Er kritisiert aber, dass die grundsätzliche Anwendbarkeit des Vergaberechts auf eine Dienstleistung nicht entscheidend sein könne für die Frage, ob die In-state-Ausnahme zulässig sei, „dann darauf kommt es auch im Rahmen der In-house- und der Quasi-in-house-Geschäfte nicht an." (MARTIN BEYELER, Grenzen der öffentlichen Zusammenarbeit, in: BR/DC 1/2014, S. 17 Ziff. 2a (nachfolgend BEYELER Zusammenarbeit)).

[81] BEYELER Zusammenarbeit (Fn 80), S. 17 Ziff. 4a und 5a; BEYELER kritisiert diese wortgetreue Auslegung des Wortes „Zusammenarbeit" als zu eng und betont, dass es auch in Bezug auf die In-state-Ausnahme letztlich lediglich um die „Wettbewerbsneutralität" gehen könne.

[82] Urteil des EuGH vom 19.12.2012 (C-564/11; LECCE) (Fn 59), Rz 34 – 37.

[83] Siehe dazu POLTIER Directive (Fn 76), 233, der sich auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur In-state-Ausnahme bezieht (allerdings vor dem Erlass des Urteils HIS, das aber diese Einschätzung nicht grundlegend ändern dürfte): „La portée de ces précédents n'est pas entièrement claire, mais la réflexion, d'ailleurs marquée par une certaine méfiance, a été prolongée lors de l'élobaration de la directive générale." (siehe die Äusserungen von Poltier zur genannten directive générale unter Rz 76 und Fn 76).

[84] Allenfalls können aber verschiedenen Tätigkeiten von eOperations unterschieden werden (die Abgrenzung dürfte in der Praxis allerdings schwierig sein): Danach wäre beispielsweise eine gemeinsame Bedarfsabklärung, die Beschaffung und der Betrieb von eGovernment-Systemen zulässig; nicht aber die Entwicklung von Software (siehe dazu Fn 79).

83. Allerdings ist (zweitens) darauf hinzuweisen, dass diese Kriterien nicht restlos überzeugen. Denn die Beschränkung auf öffentliche Aufgaben dürfte mit Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden sein und entspricht nicht einer im Schweizer Recht vorgenommenen Unterscheidung.[85] Dasselbe gilt für das Verbot, unter dem In-state-Privileg Leistungen zu beziehen, die auch von Privaten hergestellt werden. In Bezug auf alle drei Kriterien ist schliesslich nicht klar, weshalb sie bei der Anwendung der In-state-Ausnahme gelten sollen, nicht aber bei der Anwendung der In-house- und der Quasi-in-house-Ausnahme.

84. Schliesslich kann (drittens) in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH nicht von einer gefestigten Praxis gesprochen werden. Die In-state-Ausnahme wurde erstmals 2009 anerkannt[86] und gewinnt seither erst langsam an Konturen.[87]

85. Aus diesen Gründen nimmt die WEKO nachfolgend eine Prüfung des Projekts eOperations anhand des Kriteriums des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre („Wettbewerbsneutralität" gemäss BEYELER) vor.

3.3 Beurteilung des Projekts eOperations nach dem Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre

86. Der Zweck des Beschaffungsrechts besteht darin, die tatsächlich stattfindenden Marktkontakte des Staates zu regulieren und dabei für eine haushälterische Verwendung der öffentlichen Mittel und Wettbewerb zu sorgen; das Vergaberecht will nicht darüber entscheiden, ob ein Marktkontakt überhaupt stattfinden muss.[88] Daraus folgt, dass sämtliche Leistungsflüsse an staatliche Organisationen, die gar keine Marktkontakte darstellen, vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen sind.

87. Zentraler Aspekt ist, dass sich eine öffentliche Zusammenarbeit innerhalb der Staatssphäre abspielt. Es wird vom im Schweizer Recht geltenden Grundsatz ausgegangen, dass der Staat frei ist in seiner Entscheidung, ob er die für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben notwendigen Mittel selbst herstellt oder ob er diese auf dem Markt einkauft (sogenannter „Make-or-Buy" Entscheid). Dies gilt auch dann, wenn der „Make-or-Buy" Entscheid dazu führt, dass der Privatwirtschaft insgesamt allenfalls Umsätze entgehen, weil durch die öffentliche Aufgabenerfüllung bestimmte Bedürfnisse der Bevölkerung durch den Staat gestillt werden, welche ansonsten in der Privatwirtschaft zu gewissen Umsätzen geführt hätten. Denn darin ist keine Ungleichbehandlung einzelner Gewerbegenossen zu erblicken; sie werden vom Staat alle gleich behandelt. Es handelt sich also höchstens um eine Berührung des Wirtschaftssystems als Ganzes und damit um eine erlaubte Systemkonkurrenz zwischen Staat und Wirtschaft.[89]

88. Gestützt auf diese Ausgangslage wurde das Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre entwickelt, welches sicherstellen soll, dass kein Marktteilnehmer durch vergaberechtsfreie Aufträge Vorteile erhält, die ihn bei seiner sonstigen Markttätigkeit bevorzugen. Deshalb darf der Leistungserbringer nicht für private Kunden tätig sein und deshalb dürfen sich Private auch nicht am Leistungserbringer beteiligen. Hingegen ist die „Wettbewerbsneutralität" nicht gefährdet, wenn der Staat Leistungen selber herstellt, die er auch von Privaten beziehen könnte („Make-or-Buy" Entscheid).

89. Demnach kann sich ein öffentlicher Auftraggeber auf die In-state-Ausnahme berufen, wenn er einen Auftrag an ein rechtlich selbständiges Subjekt (sonst käme die In-house-Vergabe zum Tragen) erteilt,

1. das seine eigenen Bezüge nach Vergaberecht beschafft,
2. das rein öffentlich ist (d.h. keine Privaten sind beteiligt),
3. das ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, die
4. im öffentlichen Interesse stattfinden und
5. auf nicht-kommerzieller Basis abgewickelt werden.[90]

[85] Siehe dazu Rz 95; siehe auch CLERC (Fn 29), 1987 Rz 79 m.w.H., wo darauf hingewiesen wird, dass die Abgrenzung zwischen der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und einer Hilfstätigkeit fliessend ist.

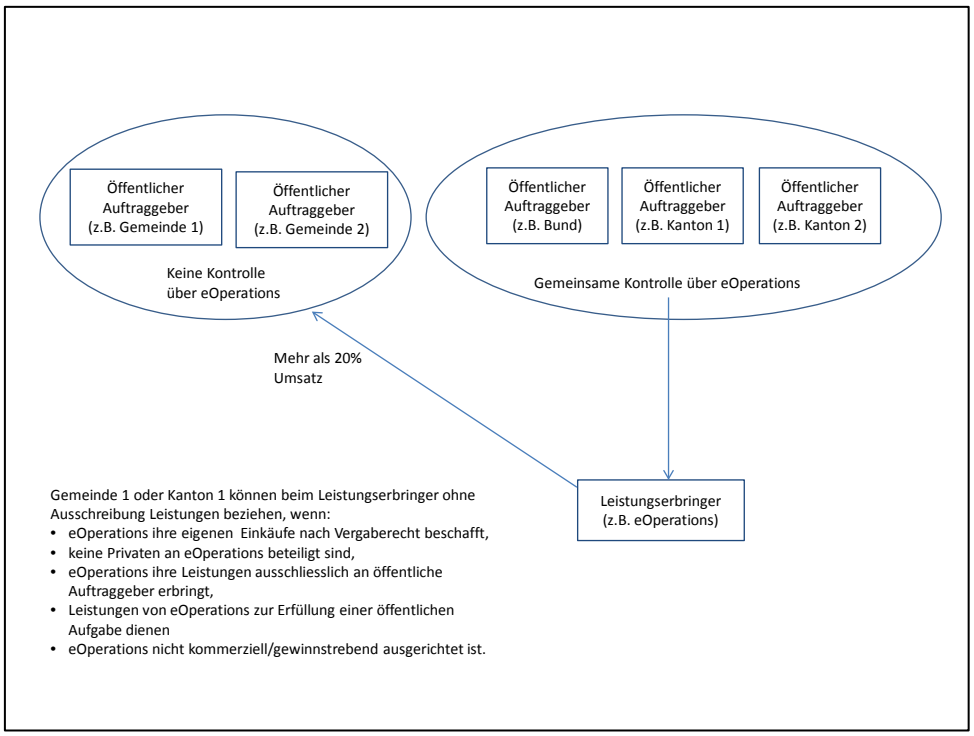
[86] Siehe Urteil des EuGH vom 6.9.2009 (C-480/06; Stadtreinigung Hamburg) (Fn 62).

[87] Siehe dazu POLTIER (Fn 58), 130 Rz 204: „L'évolution du régime des marchés in-state est encore incertaine en droit de l'Union; on pourrait dès lors imaginer que le droit suisse développe ses propres solutions." (diese Passage bezieht sich auf die Rechtsprechung vor dem Erlass des Urteils HIS; allerdings dürfte das Urteil HIS diese Einschätzung nicht grundlegend ändern); siehe auch BEYELER Zusammenarbeit (Fn 80), S. 17 Ziff. 1.

[88] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 539 ff., Rz 1199.

[89] Siehe zum Ganzen: BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 539 ff., Rz 1183 und 1188.

[90] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 2012, 682 Rz 1300.



Grafik des Sekretariats

90. Der E-IVöB hat die Idee einer vergaberechtsfreien In-State-Vergabe aufgegriffen und sieht eine eigene, leicht abgewandelte Definition vor. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB bedarf die Beschaffung von Leistungen von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit die Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen, keiner Ausschreibung. Diese Voraussetzungen dürften sich mit den soeben dargelegten Kriterien decken, da sie festlegen, dass ein Leistungserbringer eine Leistung nicht gestützt auf das In-state-Privileg erbringen darf, wenn er diese Leistung auch auf dem Markt anbietet. Da das Projekt eOperations – wie sich nachfolgend zeigen wird – die Voraussetzungen des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre erfüllt, erfüllt es deshalb auch die gesetzlichen Bestimmungen de lege ferenda.

91. Bezüge nach Beschaffungsrecht: eOperations wird dem Beschaffungsrecht (wohl dem kantonalen)[91] unterstehen. Unter dieser Prämisse nimmt die WEKO die vorliegende Beurteilung vor.

92. Rein öffentliche Einrichtung: Rein öffentlich bedeutet, dass keine Privatbeteiligung vorliegt. Keine Rolle spielt die Rechtsform des Leistungserbringers (es kann sich sowohl um eine Rechtsform handeln, bei der Beteiligungen möglich sind, wie z.B. Anteile oder Mitgliedschaften, als auch um Gebietskörperschaften, an welchem gar niemand „beteiligt“ sein kann).[92] Dieses Kriterium ist vorliegend erfüllt, indem an eOperations nur der Bund und Kantone beteiligt sein sollen (allenfalls noch Gemeinden; diese würden das Kriterium der öffentlichen Beteiligung aber auch erfüllen).

93. Ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber: Damit Leistungen ausschliesslich innerhalb der Staatssphäre bleiben, ist weiter erforderlich, dass der Leistungserbringer selber kein Wettbewerbsteilnehmer ist. Hierzu ist es erforderlich, dass der Leistungserbringer nur für öffentliche Auftraggeber tätig ist. Soweit zu den Kunden der eOperations nur Bund, Kantone und Gemeinden gehören sollen, ist auch dieses Erfordernis erfüllt. Keine Rolle spielt dabei, ob es sich um einen einzelnen öffentlichen Kunden oder um eine Gruppe von öffentlichen Kunden (die zusammen in der Form einer Serviceorganisation auftreten [siehe Rz 16]) handelt. eOperations hat aber in allen Fällen bei ihren eigenen Leistungsbezügen auf dem Markt das Beschaffungsrecht zu beachten und muss dieses auch einhalten, wenn sie durch eine nachträgliche Vergrösserung der Gruppe öffentlicher Kunden neue Leistungen auf dem Markt beziehen muss.

94. In Bezug auf die weiteren vorgesehenen Kunden wie „Organisationen, die von Gemeinwesen getragen werden (z.B. Vereine, Aktiengesellschaften von Bund und Kantonen)“[93] sind allerdings Zweifel angebracht. Derartige Unternehmen können als „Private“ Subjekte gelten. Eine derartige Konstellation liegt beispielsweise dann vor, wenn Private an diesen Organisationen beteiligt sind. Dasselbe gilt, wenn solche Organisationen Leistungen an Private erbringen oder gewinnorientiert sind. Insbesondere in diesen Fällen ist eine Berufung auf die In-state-Ausnahme nicht möglich.

[91] Siehe Fn 31.
[92] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 687 Rz 1306.
[93] Bericht eOperations, S. 49.

95. Im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten: Für die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe von e-Operations ist erforderlich, dass eOperations zu einem besonderen, im allgemeinen Interesse liegenden Zweck gegründet wurde, wobei im Allgemeininteresse alles liegt, was dem institutionellen Funktionieren des Staates dient, was also die Bereitstellung der Infrastruktur und Sachmittel für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch das Gemeinwesen betrifft oder unterstützt.[94] Relevant ist nicht die Natur der Tätigkeit an sich (d.h. direkte Aufgabenerfüllung im engeren Sinne oder Tätigkeiten im Vor- und Umfeld derselben). Entscheidend ist einzig, dass die Grundlage, die Struktur, der Charakter und der Zweck des Geschäfts durchwegs vom Geist der öffentlichen Aufgabenerfüllung geprägt ist.[95] Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da eOperations für ihre öffentlichen Kunden E-Government Lösungen erarbeiten, beschaffen und betreiben soll. Mit den geplanten E-Government Lösungen wird eOperations Tätigkeiten ausüben, die einzig im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (z.B. Betrieb eines Grundbuches). Diese Lösungen sollen den notwendigen Kontakt zwischen Staat und Bürger unterstützen bzw. vereinfachen. eOperations wird auf dieser Grundlage gegründet und verfolgt keinen anderen Zweck, insbesondere kein kommerzielles Ziel (siehe dazu nachfolgende Randziffer).

96. Nicht kommerziell tätig: Schliesslich ist zu prüfen, ob die Tätigkeiten von eOperations als nicht industriell bzw. nicht kommerziell qualifiziert werden können. Hierzu ist erforderlich, dass eOperations keine Gewinnabsicht hat und auch sonst keine kommerziellen Motive verfolgt. Da eOperations nur für öffentliche Kunden aktiv werden soll und nicht gewinnstrebig ist, ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

97. Zusätzlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich eOperations nie an öffentlichen Vergabeverfahren als Anbieterin beteiligen sollte. Andernfalls gefährdet sie das für ihre Kunden geltende In-state-Privileg, weil ein Subjekt, das an Ausschreibungen teilnimmt, in den direkten Wettbewerb mit privaten Marktteilnehmern tritt und so zum Wettbewerbsteilnehmer wird.[96]

98. Es zeigt sich somit, dass sich eOperations bzw. Bund, Kantone und Gemeinden auf das In-state-Privileg berufen können.

3.4 Fazit

99. Es erscheint als fraglich, ob die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie Erteilung von öffentlichen Aufträgen an eOperations erfüllt sind, wenn die In-state-Ausnahme nach den in der EU geltenden Kriterien beurteilt wird. Da aber die vom EuGH entwickelten Kriterien nicht vollständig klar sind, nicht restlos überzeugen und sich zudem noch in Entwicklung zu befinden scheinen, stellt die WEKO auf das in der Schweizer Literatur zur In-state-Ausnahme entwickelte Kriterium des Leistungsflusses innerhalb der Staatssphäre ab. Die Prüfung des Projekts eOperations ergibt, dass es dieses Kriterium grundsätzlich erfüllt. Ebenso entspricht es der von den Kantonen de lege ferenda geplanten Lösung gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. c E-IVöB.

4 eOperations als zentrale Beschaffungsstelle?

100. Zentrale Beschaffungsstellen sind Vergabestellen, die systematisch Aufträge zur Deckung von Bedürfnissen anderer Dienststellen vergeben.[97] Es wäre denkbar, eOperations als zentrale Beschaffungsstelle zu qualifizieren, da sie in erster Linie Beschaffungen für ihre öffentlichen Kunden vornimmt. Würde sich eOperations darauf beschränken, Leistungen für ihre Träger zu beschaffen, ohne selbst Tätigkeiten zu entwickeln, würde sie auch gemäss EU-Recht als zentrale Beschaffungsstelle qualifiziert (Art. 37 i.V.m. Art. 2 § 15 und § 16 der EU-Richtlinie-Auftragsvergabe).

101. Nach derzeitiger Ausgestaltung wird eOperations im Betrieb von E-Government Systemen Support- und Betriebsaufgaben übernehmen, sodass sie voraussichtlich Eigenleistungen produzieren und nicht eine reine Beschaffungsstelle sein wird.

102. Die Frage, ob eOperations eine zentrale Beschaffungsstelle ist, ist allerdings von untergeordneter Bedeutung für die binnenmarktrechtliche Einschätzung des Projektes eOperations. Denn auch wenn eOperations als zentrale Beschaffungsstelle qualifiziert würde, wären im Verhältnis zwischen eOperations und ihren Kunden nur dann vergaberechtsfreie Beschaffungen möglich, wenn die In-house-/Quasi-in-house-/In-state-Voraussetzungen erfüllt sind.[98]

103. Schliesslich ist zur Problematik der zentralen Beschaffungsstelle darauf hinzuweisen, dass das Vergaberecht nicht vorgibt, ob öffentliche Auftraggeber ihre Bedürfnisse selber decken wollen oder ob sie sich zusammentun bzw. Beschaffungsaufgaben delegieren, um Know-how zu konzentrieren und grössere Beschaffungsvolumina mit den damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteilen zu erzielen.[99] Ob dadurch die Beschaffungsstelle allfällige Marktmacht auf sich vereinigt und rechtskonform ausübt, ist eine Frage des Kartellrechts.

104. Eine kartellrechtliche Analyse wird vorliegend nicht vorgenommen und wäre auch nicht möglich. Es ist derzeit nicht bekannt, wie viele Gemeinwesen sich für welche konkreten Projekte an eOperations wenden werden. Ebenso wenig besteht Klarheit über die zu beschaffenden Produkte bzw. des jeweils betroffenen Marktes.

105. Die Kunden von eOperations seien an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen, dass konkrete Projekte je nach Anzahl beteiligter Gemeinwesen eine kartellrechtliche Analyse erforderlich machen könnten.

5 Fazit

106. Das vorliegende Gutachten prüft die Frage, ob Gemeinden und Kantone, von denen nicht alle an eOperations beteiligt sein sollen, gestützt auf das Quasi-inhouse- oder das In-state-Privileg bei eOperations vergaberechtsfrei Leistungen beziehen dürfen, ohne gegen

[94] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 121 Rz 242 und 127 Rz 252, 620 ff. Rz 1191 ff.; Empfehlung VRSG (Fn 22), 447 Rz 33 ff.
[95] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 685 Rz 1301.
[96] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 689 Rz 1310.
[97] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 39 Rz 72 ff.
[98] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 41 Rz 73, Fn 57.
[99] BEYELER Geltungsanspruch (Fn 24), 42 Rz 74.

Art. 5 BGBM zu verstossen. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich a), dass eOperations unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen Leistungen gestützt auf die Quasi-in-house-Ausnahme vergaberechtsfrei an ihre Träger erbringen kann (die Quasi-in-house-Ausnahme gilt allerdings nicht für Nicht-Träger). Zudem zeigt sich b), dass sich Bund, Kantone und Gemeinden (zu welchen auch nicht-Träger gehören können) unter Einhaltung sehr ähnlicher Voraussetzungen auf die In-state-Ausnahme berufen können, um von eOperations vergaberechtsfrei Leistungen zu beziehen.

a) Quasi-in-house

107. Bund, Kantone und Gemeinden, die eOperations gemeinsam kontrollieren, können bei dieser gestützt auf die Quasi-in-house-Ausnahme vergaberechtsfrei Leistungen beziehen, sofern eOperations nicht mehr als 20 % ihres Umsatzes mit nicht-kontrollierenden Kunden erzielt. Öffentliche Kunden, die keine Kontrolle über e-Operations ausüben, können sich nicht auf die Quasi-in-house-Ausnahme berufen (unter gewissen Umständen aber auf die In-state-Ausnahme, siehe dazu die nachfolgende Randziffer) und dürfen öffentliche Aufträge nur unter Anwendung des Beschaffungsrechts an eOperations erteilen. Zudem fällt die Quasi-in-house-Ausnahme insgesamt dahin, wenn eOperations über 20 % ihres Umsatzes mit nicht-kontrollierenden Kunden erwirtschaftet.

b) In-state

108. Sofern eOperations die Voraussetzungen gemäss Rz 89 beachtet, können Bund, Kantone und Gemeinden (zu welchen auch Nicht-Träger gehören können) von dieser vergaberechtsfrei Leistungen beziehen. eOperations hat dabei insbesondere darauf zu achten, dass sie keine Leistungen an private Kunden erbringt und ihre eigenen Beschaffungen öffentlich ausschreibt. Zudem dürfen sich keine privaten Akteure an eOperations beteiligen. Unter diesen Voraussetzungen ist gewährleistet, dass die vergaberechtsfreie Erteilung von Aufträgen an eOperations zu keinen Wettbewerbsverzerrungen zwischen eOperations und ihren möglichen Konkurrenten führt. Zwar kann der „Make-or-Buy“-Entscheid bewirken, dass der Privatwirtschaft insgesamt öffentliche Aufträge und Umsätze entgehen, weil der Staat bestimmte Leistungen zur öffentlichen Aufgabenerfüllung selber herstellt. Das Beschaffungsrecht beinhaltet jedoch keine Verpflichtung, dass der Staat die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Leistungen nicht selber herstellen darf und auf dem Markt beschaffen muss.

109. Abschliessend weist die WEKO noch einmal darauf hin, dass das vorliegende Gutachten weder die verfassungsrechtliche Frage, ob der Staat Leistungen selbst herstellen darf, noch die wettbewerbspolitische Frage, ob er dies tun soll, behandelt. Sie nimmt einzig eine binnenmarktrechtliche Beurteilung des ihr vom BJ vorgelegten Projekts eOperations vor.

B 2.8	**3. Empfehlungen vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen betreffend Auswirkung der Revision und Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf das Binnenmarktgesetz**

1 Zusammenfassung

1. Das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02) regelt heute als Rahmenerlass die Mindestanforderungen hinsichtlich die Vergabe von Konzessionen (Art. 2 Abs. 7 BGBM), die öffentliche Beschaffung (Art. 5 BGBM) und den Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 2 BGBM) für die Kantone und Gemeinden. Es gewährleistet für alle Anbieter mit Sitz in der Schweiz den gleichberechtigten Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungs- und Monopolmärkten.

2. Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat den gesetzlichen Auftrag, die Einhaltung dieser binnenmarktrechtlichen Mindeststandards zu überwachen. Dazu stehen ihr verschiedene Instrumente zur Verfügung, namentlich Untersuchungen (inkl. Amtshilfe und Auskunftspflicht), Empfehlungen, Gutachten, Beschwerde, Stellungnahmen ans Bundesgericht sowie Publikation von Urteilen und Verfügungen. Mit den binnenmarktgesetzlichen Vorschriften und der Aufsicht der WEKO erfüllt der Bund seinen Verfassungsauftrag, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV).

3. Der Revisionsentwurf zum Beschaffungsrecht (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB[1] und Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB) sieht einen Systemwechsel vor, indem die beschaffungsrechtlichen Mindestgarantien des BGBM für Kantone, die der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2015) beigetreten sind, nicht mehr gelten sollen. Die Rechtsschutzgarantie nach Art. 9 BGBM soll aufgehoben und in abgeschwächter Form ausschliesslich in der IVöB 2015 verankert werden. Dies hätte zur Nebenfolge, dass auch die genannten Instrumente der WEKO zur Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Vorschriften wegfallen würden. Fällt das Binnenmarktgesetz oder die Aufsicht weg, wird der Bund seinem Verfassungsauftrag nicht mehr gerecht.

4. Die WEKO ist der Auffassung, dass keine Veranlassung besteht, am bewährten System und Zusammenspiel zwischen Art. 5 und 9 BGBM und der IVöB 2015 sowie am Aufsichtsauftrag der WEKO etwas zu ändern. Die Mindeststandards hinsichtlich Transparenz, Nichtdiskriminierung und Ausschreibungspflicht sollen wie bis anhin im Binnenmarktgesetz verankert, durch die WEKO überwacht und durch die IVöB umgesetzt werden. Die angestrebte Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen wird dadurch nicht behindert.

5. Vor diesem Hintergrund erlässt die WEKO folgende **Empfehlungen** an den Bundesrat und das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB):

(1) Das **Binnenmarktgesetz** soll in der heute geltenden Fassung fortbestehen und **nicht revidiert** werden.

(2) Damit die E-IVöB im Einklang mit dem geltenden Binnenmarktgesetz umgesetzt werden kann, empfiehlt die WEKO dem Bundesrat und dem InöB, im revidierten BöB und in der revidierten IVöB einen **Rechtschutz ab Auftragswert von Fr. 50‘000** vorzusehen.

6. Sollte das Binnenmarktgesetz entgegen den Empfehlungen der WEKO trotzdem angepasst werden, müsste eine solche Revision zur Vermeidung einer wettbewerbspolitisch nicht angezeigten Schwächung des Binnenmarktrechts jedenfalls folgende Grundsätze beachten:

(1) Die Bestimmung über die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Konzessionen gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM soll entgegen dem Revisionsentwurf unverändert fortbestehen.

(2) Gemäss dem Revisionsentwurf sollen im Bereich des Beschaffungswesens die Mindestanforderungen an die kantonale und kommunale Beschaffung (Art. 5 BGBM) sowie der Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM) neu nur noch für Kantone gelten, die nicht der IVöB 2015 beigetreten sind. Aufgrund der Aufhebung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsbestimmungen für Konkordatskantone müssten die in Rz 2 genannten Aufsichtsinstrumente der WEKO im Binnenmarktgesetz, insbesondere das Behördenbeschwerderecht, auf die Überwachung der Einhaltung der IVöB ausgedehnt werden, insoweit diese die Mindeststandards von Art. 5 BGBM umsetzt.

7. Unter Beachtung dieser Grundsätze könnte dem Ziel der Harmonisierung der Beschaffungsrechte zwischen Bund und Kantonen vollumfänglich Rechnung getragen und der E-IVöB gemäss dem Vernehmlassungstext ohne weiteres umgesetzt werden.

[1] Entwurf für eine revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB), erhältlich auf www.bpuk.ch.

2 Ausgangslage

8. Eine aus Vertretern von Bund und Kantonen zusammengestellte Arbeitsgruppe hat einen Revisionsentwurf für ein neues Beschaffungsrecht (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] und Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]) erarbeitet, mit dem Ziel, das revidierte WTO/GPA[2] innerstaatlich umzusetzen und das Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen zu harmonisieren. Von der Revision ist auch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) betroffen. Am 22. September 2014 hat das InöB die Vernehmlassung zur Komplettrevision der IVöB eröffnet und die WEKO eingeladen, eine Stellungnahme einzureichen.[3]

9. Die Revision der beiden Bundesgesetze BöB und BGBM sowie des Konkordats IVöB sind eng miteinander verbunden. Die vorliegende Empfehlung der WEKO nach Art. 8 Abs. 2 BGBM betrifft einzig die vorgeschlagenen Revisionspunkte zum Binnenmarktgesetz und zeigt auf, inwiefern das Binnenmarktgesetz von der Revision des Beschaffungsrechts betroffen ist und ob bzw. wie dieses Gesetz im Rahmen der Revision angepasst werden sollte.

10. Da es sich beim Binnenmarktgesetz um Bundesrecht handelt, richtet sich die vorliegende Empfehlung in erster Linie an den Bundesrat. Weil aber die Revision der IVöB im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz erfolgen muss, richtet sich die vorliegende Empfehlung gleichzeitig auch an das InöB. Die generelle Stellungnahme der WEKO zum E-IVöB erfolgt mit separater Stellungnahme und geht ausschliesslich an das InöB.

3 Erläuterungen

3.1 Binnenmarktrechtliche Mindeststandards für die kantonale und kommunale Beschaffung

11. Die binnenmarktrechtlichen Vorschriften über das Beschaffungswesen sind in Art. 5 BGBM enthalten. Art. 5 BGBM sieht verschiedene Mindeststandards vor, die im Rahmen von kantonalen und kommunalen Beschaffungen auch unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte einzuhalten sind. Im Zentrum stehen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung (Art. 5 Abs. 1 BGBM) sowie die Publikationspflicht (Art. 5 Abs. 2 BGBM). Dabei handelt es sich um eine bundesrechtliche Vorschrift, die direkt auf kantonale und kommunale Vergabeverfahren anwendbar ist.[4]

12. Art. 5 Abs. 1 BGBM verankert den Grundsatz des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene. Dieser Grundsatz wirkt nicht nur zugunsten ortsfremder, sondern auch zugunsten ortsansässiger Anbieter.[5] Art. 5 Abs. 1 BGBM wirkt sich folglich als allgemeines Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot für das kantonale und kommunale Beschaffungswesen aus.[6]

13. Art. 5 Abs. 2 BGBM verpflichtet kantonale und kommunale Vergabestellen, umfangreiche Beschaffungen, inkl. Beschaffungsobjekt (d.h. Beschreibung des Beschaffungsobjekts und technischer Spezifikationen) sowie Kriterien für die Teilnahme (d.h. Eignungskriterien) und für den Zuschlag (d.h. Zuschlagskriterien) amtlich zu publizieren. Diese Bestimmung bringt den beschaffungsrechtlichen Grundsatz des Transparenzgebots zum Ausdruck und beinhaltet auch die Pflicht der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen ein Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben.[7]

14. Darüber hinaus sieht Art. 5 Abs. 1 BGBM vor, dass sich öffentliche Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Die in Art. 5 BGBM verankerten Grundsätze des diskriminierungsfreien Zugangs zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte und der Transparenz werden durch das interkantonale und kantonale Beschaffungsrecht konkretisiert und umgesetzt.[8] Mit anderen Worten sind die konkreten beschaffungsrechtlichen Vorschriften betreffend Schwellenwerte und Vergabeverfahren, Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sowie Anforderungen an technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien Ausfluss der vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz im Sinne von Art. 5 BGBM.

15. Der Revisionsentwurf zum Beschaffungsrecht sieht nun vor, dass die beschaffungsrechtlichen Mindestgarantien nach Art. 5 BGBM neu nur noch für diejenigen Kantone Geltung haben soll, die der IVöB *nicht* beigetreten sind. Dies hätte neben der materiellen Schwächung des BGBM auch zur Folge, dass sämtliche Instrumente der WEKO zur Durchsetzung von Art. 5 BGBM – insb. Untersuchungen, Empfehlungen, Gutachten, Amtshilfe, Auskunftsbegehren, Stellungnahmen ans Bundesgericht und Behördenbeschwerde – wegfallen würden (dazu nachfolgend, Abschnitt 3.2).

---

[2] Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement [GPA]; SR 0.632.231.422).

[3] Die WEKO hat bereits zu den Revisionsentwürfen der IVöB von 1998 und von 2000 Empfehlungen abgegeben, vgl. Empfehlungen vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH - EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK), RPW 2000/2 270 ff.; Recommendation de la Commission de la concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998, RPW 1998/2 329 ff.

[4] PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 1290; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013/109, S. 177 ff., 184; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Commentaire Romand - Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2012, BGBM 5 N 32; OESCH/ZWALD MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, BGBM 5 N 7.

[5] GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), Rz 58 ff, 61; CLERC (Fn 4), BGBM 5 N 116 f. ; Oesch/Zwald (Fn 4), BGBM 5 N 1.

[6] BGE 125 I 406, 408 E. 2; Urteil BGer 2P.151/1999 vom 30.5.2000, E. 1c.

[7] ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, Rz 34; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), Rz 60 m.w.H.; CLERC (Fn 4), BGBM 5 N 130; OESCH/ZWALD (Fn 4), BGBM 5 N 4.

[8] POLTIER (Fn 7), Rz 35; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), Rz 64; CLERC (Fn 4), BGBM 5 N 130; (Fn 4), BGBM 5 N 6.

16. Es besteht jedoch keine Veranlassung, am heutigen System und Zusammenspiel zwischen Art. 5 BGBM und der IVöB etwas zu ändern. Die Mindeststandards hinsichtlich Transparenz, Nichtdiskriminierung und Ausschreibungspflicht sind weiterhin im Binnenmarktgesetz zu verankern und durch die IVöB umzusetzen. Das Binnenmarktgesetz ist ein Rahmengesetz, welches die Mindestanforderungen bundesrechtlich vorgibt und so den Verfassungsauftrag des Bundes umsetzt, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV). In diesem Zusammenhang müssen auch die bewährten Aufsichtsinstrumente der WEKO zur Durchsetzung der binnenmarktrechtlichen Mindeststandards im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung erhalten bleiben.

17. Für die Beibehaltung dieser bewährten Lösung sprechen unter anderem folgende Gründe:

- Das Ziel der Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen wird in keiner Weise behindert, wenn die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards nach Art. 5 BGBM für die Kantone und Gemeinden weiterhin Geltung haben.
- Der Bund hat den Verfassungsauftrag, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen (Art. 95 Abs. 2 BV). Die Öffnung der kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte für ortsfremde Anbieter (ausserhalb des Staatsvertragsbereichs) bildet einen zentralen Bestandteil der marktwirtschaftlichen Erneuerung und erfordert eine bundesrechtliche Verankerung. Eine reine Lösung auf Stufe der Kantone (IVöB) wird dem verfassungsmässigen Bundesauftrag nicht gerecht.
- Nur mit der bundesrechtlichen Verankerung besteht Gewissheit, dass diese Mindestanforderungen für alle Kantone gelten, selbst wenn die IVöB in Zukunft wieder revidiert wird.
- Die Ausschreibung von öffentlichen Beschaffungen und Konzessionen sind neben dem freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen zentrale Instrumente der Öffnung von Märkten und gehören thematisch in das BGBM (genau wie auch in der WTO das GPA neben den Verträgen über den Handel mit Waren und Dienstleistungen thematisch Bestandteil des internationalen Freihandels bildet).
- Das bisherige System hat sich bewährt und in der Praxis zu keinerlei Abgrenzungsproblemen geführt. Es bestehen keine sachlichen Gründe, weshalb die Mindestanforderungen an die öffentliche Beschaffung nicht mehr bundesrechtlich im BGBM geregelt sein sollen.
- Die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards sind verbunden mit den Aufsichtsinstrumenten der WEKO. Diese haben sich in der Vergangenheit bewährt und sind beizubehalten (dazu nachfolgend, Abschnitt 3.2).

3.2 Binnenmarktrechtliche Aufsichtsfunktion der WEKO über die kantonale und kommunale Beschaffung

18. Die WEKO hat heute den gesetzgeberischen Auftrag, die Einhaltung dieser binnenmarktrechtlichen Mindeststandards zu überwachen. Dazu stehen ihr folgende Instrumente zur Verfügung:

- Untersuchungen durchführen, inkl. Amtshilfe und Auskunftspflicht (Art. 8 Abs. 3, 8a, 8b und 8c BGBM)
- Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 2 und 3 BGBM)
- Gutachten erstatten (Art. 10 BGBM)
- Beschwerde führen (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM)
- Stellungnahmen in laufenden Bundesgerichtsverfahren abgeben (Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG; Art. 10 Abs. 2 BGBM)
- Publikation von Urteilen und Verfügungen (Art. 10a BGBM)

19. Der Revisionsentwurf sieht im jetzigen Stadium einen Systemwechsel vor, indem die beschaffungsrechtlichen Vorschriften nach Art. 5 BGBM neu für Kantone, die der IVöB 2015 beigetreten sind, nicht mehr gelten und die Rechtsschutzgarantie nach Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM aufgehoben und ausschliesslich in der IVöB verankert werden soll. **Dies hätte zur Nebenfolge, dass auch die genannten Instrumente der WEKO zur Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Vorschriften gemäss Art. 5 BGBM wegfallen würden**.

20. Der E-IVöB sieht vor, dass einzig das Behördenbeschwerderecht in die IVöB übernommen und als Variantenentscheid entweder weiterhin der WEKO oder neu dem InöB zukommen soll (Art. 52 Abs. 3 E-IVöB). Gemäss Vernehmlassungsbericht habe das Beschwerderecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM „keine grosse Bedeutung erlangt“ und solle aufgehoben werden (S. 51). Die WEKO teilt diese Auffassung nicht. Der erläuternde Bericht führt denn auch an keiner Stelle aus, aus welchen Gründen die Aufhebung der WEKO-Aufsichtsinstrumente im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung angezeigt sein soll.

3.2.1 Das WEKO-Beschwerderecht ist notwendig

21. Die Stärkung der binnenmarktrechtlichen Aufsicht und Einführung des Beschwerderechts der WEKO hat die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats im Jahr 2000 gefordert und waren ein institutionelles Hauptziel der BGBM-Revision von 2005.[9] Die in der ursprünglichen Version des Binnenmarktgesetzes von 1995 vorgesehenen Empfehlungen und Gutachten sind unverbindlich und hatten sich in der Praxis als zu wenig

[9] Motionen GPK-NR, 00.3407 und 00.3408; Botschaft vom 24. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes (Botschaft revBGBM), BBl 2005 465 ff., 467, 491.

griffige Aufsichtsinstrumente erwiesen. Aus diesem Grund sollte mit der Einführung des Behördenbeschwerderechts erreicht werden, dass die WEKO gesetzeswidrige Verwaltungsentscheide anfechten und über einen Gerichtsentscheid rechtsverbindlich durchsetzen kann. Die Ausübung des Beschwerderechts sollte gezielt erfolgen um die Durchsetzung des diskriminierungsfreien Zugangs zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsstellen sicherstellen und um den unverbindlichen Empfehlungen und Gutachten der WEKO Nachdruck zu verleihen.[10]

22. Oft **verzichten Unternehmen** darauf, gegen eine unzulässige Beschaffung vorzugehen, weil sie eine Benachteiligung bei zukünftigen Beschaffungen befürchten oder weil sie den Prozessaufwand scheuen. Unternehmen vertreten nur ihr individuelles wirtschaftliches Interesse und führen nicht Beschwerde, wenn sie den bereits mit einem Konkurrenten abgeschlossenen Vertrag ohnehin nicht mehr erhalten können. Beschwerdelegitimierte Unternehmen haben oft auch gar keine Kenntnis, wenn eine Beschaffung zu Unrecht freihändig vergeben wird.

23. Im Unterschied zu den Unternehmen agiert die WEKO im **öffentlichen Interesse zum Schutz des Wettbewerbs** und des wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Geldern in der öffentlichen Beschaffung. Bürgerinnen und Bürger, die selber nicht legitimiert sind um gegen eine unzulässige Beschaffung ihrer Gemeinde oder des Kantons vorzugehen, oder auch Whistleblower können den Fall der WEKO melden. Die WEKO kann in berechtigten Fällen Beschwerde führen und so die öffentlichen Interessen durchsetzen.

24. Die WEKO-Beschwerde ist vor allem in Fällen angezeigt, in denen Beschaffungsstellen bewusst oder unbewusst Aufträge über den Schwellenwerten freihändig vergeben, in denen zu Unrecht Ausnahmegründe geltend gemacht werden (z.B. Dringlichkeit oder technische Besonderheit) oder in denen ein Vergabeverfahren bewusst auf einen bestimmten Anbieter zugeschnitten wird.

25. Im Anschluss an die verschiedenen Skandale in der öffentlichen Beschaffung wurde in der Politik vermehrt der Ruf nach einer eigentlichen Aufsichtsbehörde laut. Die gegenwärtigen Aufsichtsinstrumente der WEKO, die sie derzeit nur gegenüber den Kantonen und Gemeinden wahrnimmt, bilden eine sehr gute und mildere Alternative zur Schaffung von Aufsichtsbehörden.

26. Die WEKO-Beschwerde enthält keine Gefahr der Verzögerung von Beschaffungen, weil die WEKO nur die Feststellung eines Rechtsverstosses und nicht die Aufhebung der Zuschlagsverfügung verlangen kann. Die Beschwerde dient der Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für zukünftige Beschaffungsverfahren.

3.2.2 Das WEKO-Beschwerderecht zeigt Wirkung

27. Die Erfahrungen mit dem Beschwerderecht sind durchwegs positiv: Auf Beschwerde der WEKO hin wurde bspw. gerichtlich geklärt, dass die Beauftragung eines Privaten, eine öffentliche Infrastruktur (Asylzentrum) selber zu finanzieren und zu bauen und dann an den Kanton zu vermieten, nach dem Beschaffungsrecht ausgeschrieben werden muss.[11] Gleiches gilt für die Beauftragung eines Privaten, den Einzelhandel direkt mit Abfallgebührensäcken zu beliefern.[12] In beiden Fällen ging die Beschaffungsstelle zu Unrecht davon aus, die Aufträge unterständen nicht dem Beschaffungsrecht. Verschiedene Verfahren sind hängig, etwa zur Frage der Dringlichkeitsausnahme oder zur gerichtlichen Aufhebung des Zuschlags von Amtes wegen bei falscher Verfahrenswahl. Nachdem die WEKO-Beschwerden im Bereich der öffentlichen Beschaffung nun konkrete Wirkung zeigen und zu Anpassungen im kantonalen Beschaffungsverhalten führen, wäre es kontraproduktiv, dieses Instrument nur wenige Jahre nach dessen Einführung bereits wieder abzuschaffen.

28. Die WEKO setzt ihr Beschwerderecht auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung bewusst sehr zurückhaltend und gezielt ein (ca. 3 Beschwerden jährlich), etwa um Grundsatzfragen gerichtlich zu klären, Rechtssicherheit zu schaffen oder eine widerrechtliche Vergabepraxis zu stoppen. Ziel und Zweck der Beschwerde ist nicht, gegen jede mögliche Verletzung des Beschaffungsrechts vorzugehen.

3.2.3 Die WEKO ist die geeignete Behörde für das Beschwerderecht

29. Als ausserparlamentarische und weisungsungebundene Kommission ist die WEKO aufgrund ihrer Unabhängigkeit gegenüber Bund und Kantonen am besten geeignet, das Behördenbeschwerderecht auszuüben. Der Schutz des Wettbewerbs gehört zur Kernkompetenz der WEKO. Die WEKO hat im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht Know-how aufgebaut. Es bestehen keine Gründe, weshalb das Beschwerderecht auf eine andere Behörde übertragen werden sollte.

30. Das Beschwerderecht der WEKO ist auch in der beschaffungsrechtlichen Fachliteratur anerkannt, so z.B. folgende Aussage: *„Nach dem Fall INSIEME ist verschiedentlich diskutiert worden, ob auf Bundesebene ergänzend zum Individualrechtsschutz eine Aufsichtsbehörde geschaffen werden soll. Als Alternative dazu wäre auch die Ausdehnung des Beschwerderechts der Wettbewerbskommission auf die Bundesebene denkbar.“*[13]

31. Verschiedene europäische Wettbewerbsbehörden verfügen über ähnliche Kompetenzen wie die WEKO im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.[14]

[10] Botschaft revBGBM, BBl 2005 465 ff., 480.
[11] Urteil VGer LU, 7H 13 98 vom 12. Februar 2014 (Asylzentrum Kriens).
[12] Urteil VGer VD, MPU.2013.005 vom 30. Oktober 2013 (Kehrichtsäcke und Sackgebühr).
[13] GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), N 1290, 1315; vgl. auch DIEBOLD (Fn 4), S. 177 ff.; POLTIER (Fn 8), Rz 418.
[14] Insbesondere die schwedische Wettbewerbsbehörde («Konkurrensverket») seit Juli 2010 (siehe http://www.kkv.se/t/SectionStartPage____6732.aspx, zuletzt besucht am 4.12.2014) sowie die deutsche Wettbewerbsbehörde (« Bundeskartellamt ») seit 1999 (siehe http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht_node.html, zuletzt besucht am 4.12.2014).

3.2.4 Das Beschwerderecht ergänzt die übrigen Instrumente der WEKO

32. Zur Durchsetzung der binnenmarktrechtlichen Mindeststandards kann die WEKO zudem Gutachten erstatten und Empfehlungen abgeben, sowie Untersuchungen (inkl. Amtshilfe und Auskunftsbegehren) führen und in Verfahren vor Bundesgericht Stellungnahmen abgeben. Diese Instrumente haben sich in der Praxis ausgezeichnet bewährt und werden von der WEKO zusätzlich zu den informellen Stellungnahmen des WEKO-Sekretariats auch regelmässig genutzt:

- WEKO-Gutachten vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamts für Justiz betreffend das Projekt eOperations Schweiz (noch nicht publiziert);
- WEKO-Empfehlung vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM), RPW 2014/2 442;
- WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone BE, BS, BL sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2 438;
- WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes des Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353;
- WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichen Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischen Energie, RPW 2011/2 345;
- Expertise du 16 mars 2009 à l'intention du DIRH du canton de VD concernant la compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la LMI;
- Empfehlungen vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH - EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK), RPW 2000/2 270;
- WEKO-Empfehlungen vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu Handen der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen, RPW 1999/2 260.

33. Das Beschwerderecht ergänzt die übrigen WEKO-Aufsichtsinstrumente wie Gutachten, Empfehlung und Untersuchung. Beispielsweise hat die WKEO kürzlich mit einer Empfehlung geklärt, unter welchen Voraussetzungen Gemeinden und Kantone IT-Aufträge ohne Ausschreibung an eine Softwareunternehmung im Staatseigentum vergeben dürfen. Eine solche unverbindliche Empfehlung zeigt indessen nur Wirkung, wenn die WEKO auch die Möglichkeit, bei Nichteinhalten Beschwerde zu führen, um die Frage gerichtlich klären zu lassen.

34. Schliesslich ermöglicht das Beschwerderecht der WEKO, auf Anfrage des Bundesgerichts Stellungnahmen in laufenden Beschwerdeverfahren einzureichen (Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG); das Bundesgericht macht von dieser Möglichkeit regelmässig Gebrauch, auch im Bereich der öffentlichen Beschaffung.

35. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass keinerlei Anlass besteht, die Aufsicht über die kantonale und kommunale Beschaffung zu schwächen und das Behördenbeschwerderecht der WEKO in diesem Bereich in die IVöB zu transferieren oder gar aufzuheben. Aus den Revisionsentwürfen geht ferner nicht eindeutig hervor, ob diese Untersuchungs-, Gutachtens- und Empfehlungskompetenzen der WEKO im Bereich der öffentlichen Beschaffung (Art. 5 BGBM) fortbestehen sollen.

36. Als Fazit ist festzuhalten, dass das Beschwerderecht der WEKO zusammen mit den Instrumenten Gutachten, Empfehlung und Untersuchung beibehalten werden und wie bis anhin im Binnenmarktgesetz – und nicht wie im E-IVöB vorgeschlagen in der IVöB – verankert bleiben soll. Das Ziel der Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen wird dadurch in keiner Weise behindert. Sollte Art. 5 BGBM wie derzeit vorgesehen für Konkordatskantone nicht mehr gelten, müssten diese Kompetenzen der WEKO im Binnenmarktgesetz jedenfalls explizit auf die Durchsetzung der IVöB ausgedehnt werden (vgl. Rz 6).

3.3 Binnenmarktrechtlicher Rechtsschutz im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung

37. Die WEKO unterstützt die angestrebte Harmonisierung des Rechtsschutzes im Bereich der öffentlichen Beschaffung von Bund und Kantonen und begrüsst insbesondere die Ausdehnung des Rechtsschutzes des Bundes auf den ausserstaatsvertraglichen Bereich. Die Revisionstexte sehen einheitlich einen Rechtsschutz ab dem Auftragswert von Fr. 150‘000 vor. Diese Schwelle ist eher hoch angesetzt und bedeutet bei den Kantonen und Gemeinden eine Schwächung des heutigen Rechtsschutzes. Gerade KMU, die sich regelmässig bei Gemeinden um Kleinaufträge unter Fr. 150‘000 bewerben, würde der Rechtsschutz komplett verwehrt bleiben.

38. Ein Rechtsschutz ab Auftragswert von Fr. 150‘000 wäre für die Kantone nicht mit Art. 9 Abs. 2 BGBM vereinbar, wonach grundsätzlich für jede kantonale und kommunale Beschaffung Rechtsschutz gewährleistet sein muss. Gemäss dem Bundesgerichtsurteil Sigriswil verlangt Art. 9 Abs. 2 BGBM indessen nicht, dass die Kantone und Gemeinden auch bei Bagatellbeschaffungen einen Rechtsschutz vorsehen.[15] Vor diesem Hintergrund empfiehlt die WEKO, dass Bund und Kantone im

[15] BGE 131 I 137.

BöB und in der IVöB einen **Rechtsschutz ab einem Auftragswert von Fr. 50‘000 gewähren**. Eine solche Regelung liesse sich gemäss dem genannten Bundesgerichtsurteil auch mit Art. 9 Abs. 2 BGBM vereinbaren, so dass sich die Revision von Art. 9 BGBM erübrigt.

3.4 Binnenmarktrechtliche Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen

39. Das Revisionsprojekt sieht vor, auf Stufe Bund und Kantone eine neue Bestimmung einzuführen, wonach die Verleihung einer Konzession oder die Übertragung einer staatlichen Aufgabe dem Beschaffungsrecht unterstehen, wenn dem Anbieter ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt (Art. 8 Abs. 2 E-IVöB).

40. Damit wird die bisherige Rechtsprechung zum Begriff „öffentlicher Auftrag“, wonach auf die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen Privaten dem Beschaffungsrecht untersteht, im BöB und in der IVöB umgesetzt.[16] Das ist grundsätzlich zu begrüssen. Diese Bestimmungen zur Definition des öffentlichen Auftrags in Art. 8 Abs. 2 E-IVöB sind jedoch keinesfalls als Ersatz für die heute geltende Ausschreibepflicht für kantonale und kommunale Konzessionen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu werten. Die neuen Bestimmungen sind vielmehr eine willkommene **Ergänzung** zur bereits bestehenden Pflicht der Kantone und Gemeinden, Monopol- und Sondernutzungskonzessionen öffentlich auszuschreiben:

- Kantonale und kommunale Konzessionen, die gleichzeitig unter die Bestimmungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM wie auch das Beschaffungsrecht (Art. 8 Abs. 2 E-IVöB) fallen, müssen nach den Beschaffungsverfahren nach IVöB vergeben werden; damit sind ohne weiteres auch die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt. Dieser Grundsatz gilt bereits heute so, wenn eine Konzession als öffentlicher Auftrag nach dem Beschaffungsrecht vergeben wird.
- Kantonale und kommunale Konzessionen, die nicht von Art. 8 Abs. 2 E-IVöB sondern nur von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst werden, müssen gemäss BGBM mindestens in einem nichtdiskriminierenden Ausschreibungsverfahren vergeben werden.

41. Entgegen dem Beschaffungsrecht regelt Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht die staatliche Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauten. Sie kommt vielmehr zur Anwendung, wenn der Staat den Marktzugang (i) gestützt auf eine Rechtsgrundlage oder (ii) zwecks Ordnung der wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen durch Private einschränkt und die Anbieterzahl kontingentiert. In diesem Fall müssen Kantone und Gemeinden die verfügbaren „Marktzugangspässe“ (technisch Monopolkonzessionen, Kontingentbewilligungen, Sondernutzungs-konzessionen, gewisse Leistungsaufträge, Bewilligungen für den gesteigerten Gemeingebrauch usw.) in „Monopolsituationen“ öffentlich ausschreiben.[17] Im Unterschied zum Beschaffungsrecht kommt Art. 2 Abs. 7 BGBM somit zur Anwendung, wenn Kantone und Gemeinden *regulatorisch oder zur Ordnung der wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen* in die Angebotsstruktur von Märkten eingreifen und die Zahl der zugelassenen Wirtschaftsteilnehmer begrenzen.

42. Der „Monopolbegriff“ gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM ist nicht streng ökonomisch zu verstehen, in dem Sinne, dass nur ein einziger Anbieter im sachlich, geographisch und zeitlich relevanten Markt existiert. Die Bestimmung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM greift bereits dann, wenn die rechtlich oder faktisch bedingte Beschränkung der Anbieterzahl zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im relevanten Markt führt. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang auch von geschlossenen Märkten: „Vergabepolitisch macht es keinen Unterschied, ob der Staat einen Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeiten einem einzigen privaten Anbieter exklusiv vorbehält, oder ob er einige wenige Anbieter im gegenseitigen Wettbewerb zum Markt zulässt“.[18] In beiden Fällen ist der Marktzugang über eine öffentliche Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM zu gewähren.

43. Folgende Beispiele illustrieren den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM:

- Monopol für Taxizentrale der Stadt Lausanne;
- Kaminfegermonopole; Geometermonopole (soweit Tätigkeit nicht hoheitlich ist);
- Rettungsdienste (sofern nicht durch Staat selber ausgeübt);
- Gebäudeversicherung (sofern nicht durch Staat selber ausgeübt);
- Die Übertragung der Nutzung kantonaler Regalrechte auf Private (z.B. Salzmonopol, Schürfkonzessionen, usw.);
- Kontingentbewilligungen, z.B. zahlenmässig beschränkte Taxibewilligungen (ob der Staat ein rechtliches Monopol bildet und nur einen Anbieter zulässt [Monopolkonzession], oder ob er innerhalb des Monopols mehrere Anbieter zulässt [Kontingentbewilligung], spielt aus Sicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM keine Rolle; in beiden Fällen muss der Marktzugang aus denselben wettbewerbspolitischen Überlegungen ausgeschrieben werden);
- Wirtschaftliche Nutzung von öffentlichen Sachen und Abbau von Ressourcen, z.B.:
  - Plakatanschlagstellen auf öffentlichem Grund
  - Kiesabbaukonzessionen
  - Schaustellerplätze bei Jahrmarkt
  - Marktstandplätze (z.B. Wochenmarkt der Stadt Luzern)

[16] So bereits BRK 1999-006, VPB 64.30, E. 1b (Batterien); BRK 2000-021/023, VPB 65.80 (Flaschen); Urteil VGer VD MPU.2013.0005 vom 30. Oktober 2013 (Fn 12); Urteil VGer AG, WBE.2014.187 vom 8. Oktober 2014 (Übertragung einer öffentlichen Aufgabe an Private mittels Leistungsauftrag fällt unter das Beschaffungsrecht; zur Publikation in RPW vorgesehen).

[17] NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 133/2014, 219 ff., 224 f.

[18] Vgl. zum Ganzen DIEBOLD (Fn 17), 220, 243 f.; BERNHARD RÜTSCHE/NICOLAS DIEBOLD, in: Avenir Suisse Kantonsmonitoring Nr. 6 „Von alten und neuen Pfründen – Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern“, 2014, Titel 5 und 6.

3.4.1 Anforderungen an eine öffentliche Ausschreibung gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM

44. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 7 BGBM enthält bewusst keine Regeln, wie eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt werden muss. Sie garantiert einzig, dass gewisse Mindeststandards eingehalten werden. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:

45. Die anstehende Vergabe muss vorgängig öffentlich publiziert werden. Zusammen mit der Publikation muss bekanntgegeben werden, wer an der Ausschreibung teilnehmen kann (Eignungskriterien) und nach welchen Kriterien die „Marktzugangspässe" vergeben werden (Zuschlagskriterien). In aller Regel erfolgt dies über vorgängig definierte und publizierte Kriterien. Es wäre in Ausnahmefällen indessen auch denkbar, dass die Vergabe nach einem Rotationssystem oder nach Losentscheid erfolgt. Steht die staatliche Gewinnmaximierung im Vordergrund, erfolgt der Zuschlag an den/die Meistbietenden.

46. Die Ausschreibung muss nicht-diskriminierend durchgeführt werden, d.h. es dürfen nicht ohne sachliche Begründung gezielt bestimmte Anbieter bevorzugt werden. Schliesslich muss gestützt auf Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM (Verfügungspflicht) der Rechtsschutz gewährt werden.

47. Die Pflicht zur Ausschreibung gilt nicht absolut.[19] Der Staat kann auf eine öffentliche Ausschreibung verzichten, wenn dies zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist, ortsansässige Anbieter nicht bevorzugt werden und die gewählte Vergabemethode verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Denkbar wäre z.B., dass bei Bagatellmärkten, bei Dringlichkeit, im Falle abgesprochener Angebote usw. auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann.

48. Im Wesentlichen konkretisieren Art. 2 Abs. 7 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BGBM auf Gesetzesstufe den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV) sowie die Verfahrens- und Rechtsweggarantien (Art. 29 und 29a BV).

49. Im Vergleich hat sich auch die EU mit der Einführung der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 für ein System entschieden, wonach bei der Konzessionsvergabe einzig die einzuhaltenden Grundsätze vorgeschrieben werden, die Vergabestelle aber in der Ausgestaltung des konkreten Verfahrens frei bleibt.[20] Der erläuternde Bericht zum E-IVöB führt diesbezüglich fälschlicherweise aus, Bau- und Dienstleistungskonzessionen seien in der EU „dem Beschaffungsrecht" unterstellt worden (S. 17). Dies stimmt insofern nicht, als diese Konzessionstypen eben genau nicht der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe unterstellt sind, sondern der neuen Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, die ein flexibleres Vergaberegime vorsieht.

3.4.2 Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM und Abgrenzung zum Beschaffungsrecht

50. Aus der Vielzahl entwickelter Kriterien zur Abgrenzung des Beschaffungsrechts von anderen vergaberelevanten Sachverhalten sind zwei Elemente von besonderer Bedeutung, namentlich (i) das Erfüllen einer öffentlichen Aufgabe sowie (ii) das Entrichten eines Entgelts durch den Staat. Grundsätzlich müssen beide Elemente erfüllt sein, damit das Beschaffungsrecht zur Anwendung gelangt.

51. Demgegenüber greift Art. 2 Abs. 7 BGBM, wenn der Staat in einem bestimmten Markt regulatorisch die Anbieterzahl beschränkt. Im Unterschied zur „klassischen" Konzeption des Beschaffungsrechts gelangt Art. 2 Abs. 7 BGBM auch bzw. insbesondere dann zur Anwendung, wenn (i) sich der Staat in keiner Weise finanziell an der Ausübung der Tätigkeit beteiligt (d.h. wenn nicht der Staat, sondern die privaten Leistungsbezüger oder Dritte [z.B. Versicherungen] das Entgelt entrichten) und (ii) wenn der kontingentierte bzw. geschlossene Markt nicht die Funktion der Erfüllung öffentlicher Aufgaben übernimmt.

52. Aus dem geltenden Binnenmarktgesetz lässt sich folgende Systematik ableiten:

- Fällt ein kantonaler bzw. kommunaler Auftrag in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts und wird der Auftrag nach den beschaffungsrechtlichen Regeln (Art. 5 BGBM) korrekt vergeben, sind auch die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt.
- Hingegen muss Art. 2 Abs. 7 BGBM immer dann geprüft werden, wenn der Staat einen Markt regulatorisch zahlenmässig kontingentiert, ohne eine Beschaffung zu tätigen (sei es, weil der Staat kein Entgelt leistet, weil keine öffentliche Aufgabe erfüllt wird, oder aus anderen Gründen keine Beschaffung vorliegt [z.B. Privatinitiative]).

53. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die neuen Bestimmungen in Art. 8 Abs. 2 E-IVöB keinen Ersatz für Art. 2 Abs. 7 BGBM darstellen:

- Selbst wenn eine öffentliche Aufgabe vorliegt, kann aus anderen Gründen die Anwendung des Beschaffungsrechts verneint werden (z.B. Fehlen eines staatlichen Entgelts, Privatinitiative, Zuordnung des Betriebsrisikos usw.). In diesem Fall greift Art. 2 Abs. 7 BGBM subsidiär.
- Selbst wenn die öffentliche Aufgabe breit definiert wird und etwa auch Taxizentralen, Kaminfeger und Gebäudeversicherungen umfasst, gilt Art. 2 Abs. 7 BGBM weiterhin im Falle der Kontingentierung von Märkten, die nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (z.B. würden Ausschreibung von kantonalen Regalrechten nicht unter das revidierte Beschaffungsrecht aber nach wie vor unter Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen).

[19] DIEBOLD (Fn 17), 225.
[20] Vgl. Art. 30 RL/2014/23/EU: „Der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber können das Verfahren zur Wahl des Konzessionsnehmers vorbehaltlich der Einhaltung dieser Richtlinie frei gestalten."

- Schliesslich gilt die Ausschreibungspflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM gemäss herrschender Lehre und kantonaler Gerichtspraxis auch für die Vergabe von Konzessionen zur wirtschaftlichen Nutzung öffentlicher Sachen (Sondernutzungskonzessionen).[21] Das Beschaffungsrecht ist demgegenüber auch in seiner revidierten Fassung nicht auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar.

3.4.3 Ratio der Ausschreibungspflicht

54. Wenn der Staat in bestimmten Märkten schon die Anbieter zahlenmässig kontingentiert und die Anbieter auswählt, muss der Zugang immerhin über eine öffentliche Ausschreibung gewährt werden. Dies aus folgenden Gründen:

- Im geschlossenen Markt fehlt es aufgrund der beschränkten Anbieterzahl und aufgrund fehlender Neueintritte an einem disziplinierenden Wettbewerbsdruck. Aus wettbewerblicher Überlegung sollen aber die wirtschaftlich effizientesten Anbieter zum Markt zugelassen werden (sei es hinsichtlich Endkundenpreis, Qualität, Effizienz oder Sekundärzielen). Die Auswahl der wirtschaftlich effizientesten Anbieter erfolgt über ein flexibles Ausschreibungsverfahren nach Art. 2 Abs. 7 BGBM.

- Aus individualrechtlicher Sicht muss der Staat den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten bzw. der staatlichen Wettbewerbsneutralität wahren. Eine öffentliche Ausschreibung wird diesen Anforderungen am besten gerecht.

- Grundsätzlich ergibt sich eine Ausschreibungspflicht bereits gestützt auf Art. 27 und 94 BV. Es ist allerdings wesentlich schwieriger für einen betroffenen Anbieter, die verfassungsmässigen Rechte gerichtlich durchzusetzen und das BGBM garantiert die Durchsetzungskompetenzen der WEKO.

3.4.4 Legitimation einer Ausschreibung „light“

55. Schliesslich ist gerechtfertigt, dass bei der Vergabe von kontingentierten „Marktzugangspässen“ nicht die beschaffungsrechtlichen Verfahren zur Anwendung gelangen. Die Gewährung einer Bewilligung für eine exklusive städtische Taxizentrale, die Vergabe von Kaminfegerkonzessionen oder die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen (regulatorische Markteingriffe) stellen andere Anforderungen an ein Vergabeverfahren als öffentliche Beschaffungen. Art. 2 Abs. 7 BGBM gewährt dem staatlichen Regulator insbesondere in formeller Hinsicht mehr Flexibilität als das Beschaffungsrecht der staatlichen Beschaffungsstelle. Dies entspricht auch der Lösung, wie sie die EU mit der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU gewählt hat.

4 Empfehlungen

56. Gestützt auf diese Erläuterungen gibt die WEKO dem Bundesrat und an dem Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen folgende Empfehlungen ab:

(1) Das Binnenmarktgesetz soll in der heute geltenden Fassung fortbestehen und nicht revidiert werden.

(2) Damit die E-IVöB im Einklang mit dem geltenden Binnenmarktgesetz umgesetzt werden kann, empfiehlt die WEKO dem Bundesrat und dem InöB, im revidierten BöB und in der revidierten IVöB einen Rechtschutz ab Auftragswert von Fr. 50‘000 vorzusehen.

57. Sollte das Binnenmarktgesetz entgegen den Empfehlungen der WEKO trotzdem angepasst werden, müsste eine solche Revision zur Vermeidung einer wettbewerbspolitisch nicht angezeigten Schwächung des Binnenmarktrechts jedenfalls folgende Grundsätze beachten:

(1) Die Bestimmung über die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Konzessionen gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM soll entgegen dem Revisionsentwurf unverändert fortbestehen.

(2) Gemäss dem Revisionsentwurf sollen im Bereich des Beschaffungswesens die Mindestanforderungen an die kantonale und kommunale Beschaffung (Art. 5 BGBM) sowie der Rechtsschutz (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM) neu nur noch für Kantone gelten, die nicht der IVöB 2015 beigetreten sind. Aufgrund der Aufhebung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsbestimmungen für Konkordatskantone müssten die in Rz 2 genannten Aufsichtsinstrumente der WEKO im Binnenmarktgesetz, insbesondere das Behördenbeschwerderecht, auf die Überwachung der Einhaltung der IVöB ausgedehnt werden, insoweit diese die Mindeststandards von Art. 5 BGBM umsetzt.

[21] So VGer ZH VB.2013.00439 vom 3. Oktober 2013 E. 6.5; VGer GL VG.2013.00061 vom 6. November 2013; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 4), N 211; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.) (Fn 4), BGBM 2 Abs. 7 N 23; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 814 ff.; Daniel Kunz, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zürich 2012, S. 205 ff., N 26 ff.; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zürich 2012, S. 167 ff., N 101 ff.; JEAN-BABTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP“: état des lieux, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés Publics 2010, Zürich 2010, 247 ff., N 45; DIEBOLD (Fn 17), 249; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 3/2010, S. 28 ff., 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 5/2007, S. 585 ff., 588; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l’octroi de concessions cantonales et communales selon l’article 2 al. 7 LMI, BR 2006, S. 203 ff.; vgl. auch WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353; **a.M.** HANS-RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.) (Fn 4), BöB 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBl 2011, 113 ff.; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ff.

B 2.8	**4. Recommandation du 1er décembre 2014 à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics au sujet des effets de la révision et de l'harmonisation du droit des marchés publics sur la Loi fédérale sur le marché intérieur**

1 Résumé

1. La Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) règle aujourd'hui en tant que loi-cadre les exigences minimales valables pour les cantons et les communes en matière d'octroi de concessions (art. 2 al. 7 LMI), de marchés publics (art. 5 LMI) et de voies de recours (art. 9 al. 2 LMI). Elle garantit à tous les offreurs ayant leur siège en Suisse un accès non-discriminatoire aux marchés publics et aux monopoles cantonaux et communaux.

2. La Commission de la concurrence (COMCO) est chargée par la loi de surveiller le respect de ces exigences minimales du droit du marché intérieur. A cette fin, elle dispose de divers instruments, à savoir les enquêtes (y compris l'entraide administrative et l'obligation de renseigner), les recommandations, les expertises, les recours, les prises de position à l'attention du Tribunal fédéral ainsi que la publication de décisions et de jugements. Par la Loi sur le marché intérieur et la surveillance de la COMCO, la Confédération remplit son obligation constitutionnelle de créer un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.).

3. Le projet de révision du droit des marchés publics (Accord intercantonal sur les marchés publics, AIMP[1] et Loi fédérale sur les marchés publics, LMP) prévoit un changement de système, dans la mesure où les garanties minimales du droit des marchés publics de la LMI ne s'appliqueraient plus aux cantons qui auraient adhéré à l'Accord intercantonal révisé sur les marchés publics (AIMP 2015). La garantie des voies de recours selon l'art. 9 LMI y serait supprimée, puis ancrée exclusivement et sous une forme affaiblie dans l'AIMP 2015; cela aurait pour conséquence que les instruments susmentionnés de la COMCO pour la mise en œuvre de la réglementation du droit des marchés publics devraient également être supprimés. Toutefois, si la Loi sur le marché intérieur ou la surveillance étaient supprimées, la Confédération ne remplirait plus son mandat constitutionnel.

4. La COMCO est d'avis qu'il n'existe aucune raison de modifier le système éprouvé d'interaction entre les art. 5 et 9 LMI et l'AIMP 2015 ainsi que le mandat de surveillance de la COMCO. Les exigences minimales en matière de transparence, de non-discrimination et d'obligation de publier un appel d'offres doivent demeurer dans la Loi sur le marché intérieur, surveillées par la COMCO et mises en œuvre par l'AIMP. L'harmonisation souhaitée des droits des marchés publics de la Confédération et des cantons n'en sera pas entravée.

5. Dans ce contexte, la COMCO émet les **recommandations** suivantes à l'intention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp):

(1) La **Loi sur le marché intérieur** doit être maintenue dans sa version actuelle et **ne pas être révisée**.

(2) Afin que le p-AIMP puisse être appliqué de manière conforme à la Loi sur le marché intérieur en vigueur, la COMCO recommande au Conseil fédéral et à l'AiMp de prévoir dans la LMP et l'AIMP révisés un **droit de recours pour les marchés d'une valeur d'au moins 50'000 francs**.

6. Si contrairement aux recommandations de la COMCO, la Loi sur le marché intérieur devait être adaptée, une telle révision devrait, afin d'éviter un affaiblissement du droit du marché intérieur indésirable du point de vue de la politique en matière de concurrence, respecter dans tous les cas les principes suivants:

(1) La disposition sur l'obligation de procéder à un appel d'offres en matière de concessions au sens de l'art. 2 al. 7 LMI doit être maintenue sans changement, contrairement au projet de révision.

(2) Selon le projet de révision, les exigences minimales en matière de marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et de voies de droit (art. 9 al. 1 et 2 LMI) ne doivent nouvellement s'appliquer, dans le domaine des marchés publics, qu'aux cantons qui n'ont pas adhéré à l'AIMP 2015. En raison de la suppression des dispositions sur les marchés publics pour les cantons parties à ce concordat, les instruments de surveillance de la COMCO prévus par la Loi sur le marché intérieur, mentionnés au ch. 2, et en particulier son droit de recours, devraient être étendus à la surveillance du respect de l'AIMP, dans la mesure où celui-ci transpose les standards minimaux de l'art. 5 LMI.

7. En respectant ces principes, l'objectif d'harmonisation du droit des marchés publics entre la Confédération et les cantons serait respecté et le p-AIMP soumis à consultation pourrait sans autre être mis en œuvre.

2 Situation initiale

8. Un groupe de travail constitué de représentants de la Confédération et des cantons a rédigé un projet de révision du droit des marchés publics (AIMP et LMP) avec l'objectif de transposer en droit interne l'AMP[2] révisé et d'harmoniser les droits des marchés publics de la Con-

[1] Projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (p-AIMP), disponible sur www.bpuk.ch.

[2] Accord sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422; en anglais: Agreement on Government Procurement [WTO/GPA]).

fédération et des cantons. Cette révision affecte aussi la LMI. Le 22 septembre 2014, l'AiMp a lancé la consultation sur la révision complète de l'AIMP et invité la COMCO à remettre une prise de position.[3]

9. Les révisions des deux lois fédérales LMP et LMI ainsi que du concordat AIMP sont étroitement liées. La présente recommandation de la COMCO au sens de l'art. 8 al. 2 LMI concerne uniquement les points de révision proposés qui touchent à la Loi sur le marché intérieur, montre dans quelle mesure cette loi est affectée par la révision du droit des marchés publics, et répond à la question de savoir si cette loi devrait être adaptée dans le cadre de la révision, et le cas échéant comment.

10. Etant donné que la Loi sur le marché intérieur appartient au droit fédéral, la présente recommandation s'adresse en premier lieu au Conseil fédéral. Néanmoins, vu que la révision de l'AIMP doit être en conformité avec la Loi sur le marché intérieur, la présente recommandation s'adresse également à l'AiMp. La prise de position générale de la COMCO au sujet du p-AIMP fait l'objet d'une prise de position séparée, adressée exclusivement à l'AiMp.

3 Commentaires

3.1 Les exigences minimales du droit du marché intérieur applicables aux marchés publics cantonaux et communaux

11. Les dispositions du droit du marché intérieur sur les marchés publics se trouvent à l'art. 5 LMI. L'art. 5 LMI prévoit diverses exigences minimales qui doivent être respectées dans le cadre des marchés publics cantonaux et communaux, même en deçà des valeurs seuils selon les traités internationaux. Les principes fondamentaux en sont le principe de la non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI) ainsi que l'obligation de publication (art. 5 al. 2 LMI). Il s'agit d'une règle de droit fédéral qui est directement applicable aux procédures d'adjudication cantonales et communales.[4]

12. L'art. 5 al. 1 LMI établit le principe de l'accès non-discriminatoire aux marchés publics aux niveaux cantonal et communal. Ce principe s'applique à tous les offreurs, qu'ils soient locaux ou externes.[5] L'art. 5 al. 1 LMI constitue une clause d'égalité de traitement, respectivement d'interdiction de discrimination pour les marchés publics cantonaux ou communaux.[6]

13. L'art. 5 al. 2 LMI impose aux pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux de publier leurs projets de marchés publics de grande importance, y compris l'objet du marché (à savoir la description de l'objet du marché et ses spécifications techniques) de même que les critères de participation (les critères d'aptitude) et d'attribution (les critères d'adjudication) dans un organe officiel. Cette disposition correspond au principe de la transparence du droit des marchés publics et implique pour le pouvoir adjudicateur l'obligation de décrire précisément et concrètement tous les critères qui seront déterminants pour octroyer le marché public concerné.[7]

14. En outre, l'art. 5 al. 1 LMI prévoit que les marchés publics des cantons, communes et autres organes exerçant des tâches publiques soient régis par le droit cantonal ou intercantonal. Les principes de l'accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et de la transparence ancrés dans l'art. 5 LMI sont concrétisés et mis en œuvre par le droit cantonal et intercantonal des marchés publics.[8] En d'autres termes, les règles concrètes applicables aux marchés publics concernant les valeurs seuils et les procédure de passation de marché, le contenu des dossiers d'appels d'offres ainsi que les exigences concernant les spécifications techniques, les critères d'aptitude et d'adjudication découlent des principes fondementaux du droit des marchés publics que sont la non-discrimination et la transparence au sens de l'art. 5 LMI.

15. Le projet de révision du droit des marchés publics prévoit que les garanties minimales du droit des marchés publics prévues à l'art. 5 LMI ne s'appliquent plus qu'aux cantons qui *n'ont pas* adhéré à l'AIMP. Cela entraînera non seulement l'affaiblissement matériel de la LMI, mais aussi la suppression de tous les instruments de la COMCO pour la mise en œuvre de l'art. 5 LMI – en particulier les enquêtes, les recommandations, les expertises, l'entraide administrative, l'obligation de renseigner, les prises de position à l'attention du Tribunal fédéral et son droit de recours (cf. à ce sujet ci-dessous, pt 3.2).

16. Il n'y a pourtant aucune raison de modifier le système actuel d'interaction entre l'art. 5 LMI et l'AIMP. Les exigences minimales concernant la transparence, la non-discrimination et l'obligation de publier un appel d'offres doivent continuer à être ancrées dans la Loi sur le marché intérieur et mises en œuvre par l'AIMP. La Loi sur le marché intérieur est une loi-cadre fédérale qui prescrit des exigences minimales et met ainsi en œuvre le mandat constitutionnel de la Confédération de veiller à créer un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.). Il s'agit donc aussi de maintenir les instruments de surveillance éprouvés de la COMCO pour la mise en œuvre des exigences minimales du droit du marché intérieur dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux.

17. Les raisons suivantes plaident en faveur du maintien de cette solution qui a fait ses preuves, entres autres:

- L'objectif d'harmonisation du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons ne sera en aucun cas entravé si les exigences minimales du droit du marché intérieur de l'art. 5 LMI continuent à s'appliquer aux cantons et aux communes.
- La Confédération a le mandat constitutionnel de veiller à la création d'un espace économique suisse unique (art. 95 al. 2 Cst.). L'ouverture des

[3] La COMCO a déjà émis des recommandations au sujet des projets de révision de l'AIMP de 1998 et 2000, cf. Recommandation du 17 avril 2000 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 1er février 2000 (Adaptation aux accords bilatéraux CH - UE) à l'attention de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DATP), DPC 2000/2 281 ss.; Recommandation de la Commission de la concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998, DPC 1998/2 329 ss.

marchés publics cantonaux et communaux aux offreurs étrangers (en plus de ceux soumis aux traités internationaux) est un élément central de l'économie de marché et exige un ancrage dans le droit fédéral. Une solution purement cantonale (AIMP) ne respecterait pas le mandat constitutionnel de la Confédération.

- Ce n'est qu'avec un ancrage dans le droit fédéral qu'il peut être certain que ces exigences minimales s'appliquent à tous les cantons, même en cas de révision ultérieure de l'AIMP.
- Les appels d'offres pour les marchés publics et les concessions sont, à côté de la libre circulation des biens et des services, des instruments centraux de l'ouverture des marchés et appartiennent quant à leur thématique à la LMI (tout comme l'AMP est un élément thématique du libre-échange international à côté des accords OMC sur le commerce des biens et services).
- Le système actuel a fait ses preuves et n'a posé aucun problème de délimitation dans la pratique. Il n'y a aucune raison objective justifiant que les exigences minimales sur les marchés publics ne soient plus réglées par le droit fédéral dans la LMI.
- Les exigences minimales du droit du marché intérieur sont liées aux instruments de surveillance de la COMCO. Ces derniers ont fait leurs preuves par le passé et doivent être maintenus (à ce sujet, cf. ci-dessous, pt 3.2).

3.2 La fonction de surveillance de la COMCO sur les marchés publics cantonaux et communaux selon le droit du marché intérieur

18. La COMCO a actuellement le mandat législatif de surveiller le respect de ces exigences minimales du droit du marché intérieur. Elle dispose à cette fin des instruments suivants et peut ainsi:

- Effectuer des enquêtes, y compris l'entraide administrative et l'obligation de renseigner (art. 8 al. 3, 8a, 8b et 8c LMI).
- Émettre des recommandations (art. 8 al. 2 et 3 LMI).
- Effectuer des expertises (art. 10 LMI).
- Déposer des recours (art. 9 al. 2bis LMI).
- Prendre position dans les procédures en cours devant le Tribunal fédéral (art. 102 al. 1 et l'art. 89 al. 2 let. a LTF ; art. 10 al. 2 LMI).
- Publier des décisions et des jugements (art. 10a LMI).

19. Le projet de révision prévoit au stade actuel un changement de système dans la mesure où les prescriptions du droit des marchés publics selon l'art. 5 LMI ne s'appliqueraient plus aux cantons qui auraient adhéré à l'AIMP 2015 et que la garantie des voies de droit selon l'art. 9 al. 1 et 2 LMI serait supprimée de cette loi pour être ancrée uniquement dans l'AIMP. **Cela aurait pour conséquence que les instruments de la COMCO pour la mise en œuvre des prescriptions du droit des marchés publics selon l'art. 5 LMI susmentionnés seraient aussi supprimés**.

20. Le p-AIMP prévoit que seul le droit de recours serait repris dans l'AIMP et serait attribué, selon la variante retenue, soit à la COMCO comme c'est le cas actuellement, soit nouvellement à l'AiMp (art. 52 al. 3 p-AIMP). Selon le rapport explicatif de la procédure de consultation, le droit de recours de la COMCO basé sur l'art. 9 al. 2bis LMI «n'a pas acquis une grande importance» et devrait être supprimé (p. 51). La COMCO ne partage pas cette analyse. Ce rapport n'indique à aucun moment les motifs justifiant la suppression des instruments de surveillance de la COMCO dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux.

3.2.1 Le droit de recours de la COMCO est nécessaire

21. Le renforcement de la surveillance du marché intérieur et l'introduction du droit de recours de la COMCO ont été exigés par la Commission de gestion du Conseil national en 2000 et étaient un objectif institutionnel principal de la révision de la LMI en 2005.[9] Les recommandations et expertises prévues dans la version d'origine de la Loi sur le marché intérieur de 1995 n'étaient pas contraignantes et s'étaient avérées être des instruments de surveillance peu suivis d'effets dans la pratique. Pour cette raison, l'introduction du droit de recours de la COMCO devait lui permettre d'attaquer les décisions contraires au droit et de les faire corriger puis appliquer de manière contraignante par le truchement d'un jugement d'une autorité judiciaire. L'exercice du droit de recours devait être utilisé de manière ciblée pour assurer la mise en œuvre de l'accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et permettre de donner du poids aux recommandations et aux expertises non-contraignantes de la COMCO.[10]

[4] PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd., Zurich 2013, ch. 1290; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, RSJ 2013/109, p. 177 ss., 184; EVELYNE CLERC, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Éds), Commentaire Romand - Droit de la concurrence, 2e éd., Bâle 2012, LMI 5 N 32; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Éds), OFK-Kommentar Wettbewerbsrecht II, Zurich 2011, LMI 5 N 7.

[5] GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), ch. 58 ss, 61; Clerc (note 4), LMI 5 N 116 s. ; OESCH/ZWALD (note 4), LMI 5 N 1.

[6] ATF 125 I 406, 408 consid. 2; arrêt du TF 2P.151/1999 du 30.5.2000, consid. 1c.

[7] ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, ch. 34; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), ch. 60 et les références citées; CLERC (note 4), LMI 5 N 130; OESCH/ZWALD (note 4), LMI 5 N 4.

[8] POLTIER (note 7), ch. 35; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), ch. 64; CLERC (note 4), LMI 5 N 130; OESCH/ZWALD (note 4), LMI 5 N 6.

[9] Motions CdG-N, 00.3407 et 00.3408 ; Message du 24 novembre 2004 sur la révision de la loi sur le marché intérieur (Message revLMI), FF 2005 465 ss., 467, 491.

[10] Message revLMI, FF 2005 465 ss, 480.

22. Les **entreprises renoncent souvent** à recourir contre la passation illicite d'un marché public, par peur de compromettre leurs chances dans l'attribution de futurs marchés ou d'avoir à supporter les frais d'une procédure. Les entreprises ne défendent que leurs propres intérêts économiques et ne recourent pas lorsqu'elles ne peuvent de toute façon plus obtenir le contrat déjà passé avec un concurrent. Les entreprises qui ont qualité pour recourir ignorent également souvent qu'un marché public a été attribué à tort de gré à gré.

23. Contrairement aux entreprises, la COMCO agit dans **l'intérêt public à la protection de la concurrence** et à la gestion économique des fonds publics lors de marchés publics. Les citoyennes et les citoyens qui ne sont pas eux-mêmes légitimés pour agir contre un marché public illicite de leur commune ou canton, ou même un whistleblower, peuvent annoncer le cas à la COMCO. Dans les cas où cela se justifie, la COMCO peut recourir et ainsi défendre les intérêts publics en présence.

24. Le recours de la COMCO est surtout indiqué dans les cas où des marchés dépassant la valeur seuil ont été, intentionnellement ou par inadvertance, attribués de gré à gré ou alors dans ceux où le pouvoir adjudicateur a fait valoir à tort des motifs d'exception (p. ex. l'urgence ou des particularités techniques), ou encore lorsqu'une procédure de passation d'un marché public a été délibérément «taillée sur mesure» pour un offreur déterminé.

25. Suite aux divers scandales dans les marchés publics, un nombre croissant de voix se fait entendre sur le plan politique demandant l'instauration d'une véritable autorité de surveillance. Les instruments de surveillance actuels de la COMCO, qui ne concernent que les cantons et les communes, forment une excellente alternative, plus modérée, à la création d'autorités de surveillance.

26. Le droit de recours de la COMCO ne fait courir aucun risque de retardement d'un marché public, car la COMCO ne peut que formuler une conclusion tendant au constat d'une violation du droit, et non l'annulation de la décision d'adjudication. Le recours sert à clarifier et améliorer la sécurité du droit pour les futures procédures de passation de marchés publics.

3.2.2 Le droit de recours de la COMCO est effectif

27. Les expériences avec le droit de recours sont positives: sur recours de la COMCO, il a par exemple été clarifié par les tribunaux que le mandat donné à un privé de financer et de construire lui-même une infrastructure publique (centre pour requérants d'asile), puis de la louer au canton, doit être publié selon le droit des marchés publics.[11] Il en va de même pour le mandat donné à un privé de livrer directement les sacs-poubelle taxés aux commerces de détail.[12] Dans ces deux cas, le pouvoir adjudicateur avait considéré, à tort, que les marchés n'étaient pas soumis au droit des marchés publics. Diverses procédures sont pendantes, notamment sur la question de l'exception de l'urgence ou sur l'annulation judiciaire d'office en cas d'un choix de procédure erroné. Maintenant que les recours de la COMCO dans le domaine des marchés publics produisent leurs effets concrets et mènent à des adaptations des comportements des cantons dans leurs marchés publics, il serait contre-productif de supprimer cet instrument quelques années seulement après son introduction.

28. La COMCO fait usage de son droit de recours dans le domaine des marchés publics de manière très restrictive et ciblée (env. trois recours par an), dans le but de faire clarifier des questions juridiques de principe par les tribunaux, d'améliorer la sécurité du droit ou de faire cesser une pratique illicite d'attribution de marchés publics. Le but et le sens du droit de recours ne sont pas d'attaquer sans discernement n'importe quelle décision qui viole le droit des marchés publics.

3.2.3 La COMCO est l'autorité adéquate pour disposer du droit de recours

29. En tant que commission extra-parlementaire non tenue de suivre des directives, la COMCO jouit d'une indépendance face à la Confédération et aux cantons qui fait d'elle l'autorité qui convient le plus parfaitement à l'exercice d'un droit de recours. La protection de la concurrence appartient aux compétences fondamentales de la COMCO. La COMCO a acquis un savoir-faire en matière d'exercice du droit de recours. Il n'y a aucun motif objectif justifiant de transmettre ce droit de recours à une autre autorité.

30. Le droit de recours de la COMCO est aussi reconnu par la doctrine juridique dans le domaine des marchés publics, comme le démontre p. ex. la déclaration suivante: *«Après l'affaire INSIEME il a été à maintes reprises discuté de savoir si au niveau fédéral, en complément des voies de droit individuelles, un droit de recours d'une autorité devait être instauré. Une alternative serait d'étendre le droit de recours de la Commission de la concurrence au niveau fédéral»*[13]

31. Au niveau européen, d'autres autorités de la concurrence exercent des tâches de surveillance analogues à celles de la COMCO dans le domaine des marchés publics.[14]

3.2.4 Le droit de recours complète les autres instruments de la COMCO

32. Pour faire appliquer les exigences minimales du droit du marché intérieur, la COMCO peut aussi effectuer des expertises, émettre des recommandations, effectuer des enquêtes (y compris par le biais de l'entraide administrative et de l'obligation de renseigner) et prendre position

[11] Décision TA LU, 7H 13 98 du 12 février 2014 (centre de requérants d'asile de Kriens).
[12] Décision TA VD, MPU.2013.005 du 30 octobre 2013 (Sacs-poubelle et taxes sur les sacs).
[13] Traduction libre de: «Nach dem Fall INSIEME ist verschiedentlich diskutiert worden ob auf Bundesebene ergänzend zum Individualrechtsschutz eine Aufsichtsbehörde geschaffen werden soll. Als Alternative dazu wäre auch die Ausdehnung des Beschwerderechts der Wettbewerbskommission auf die Bundesebene denkbar», in: GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), N 1290, 1315; cf. aussi DIEBOLD (note 4), p. 177 ss; POLTIER (note 8), ch. 418.
[14] À savoir notamment, l'Autorité suédoise de la concurrence («Konkurrensverket») depuis juillet 2010 (cf. http://www.kkv.se/t/SectionStartPage____6732.aspx, dernière consultation le 4 décembre 2014) ainsi que l'Autorité allemande de la concurrence («Bundeskartellamt») depuis 1999 (cf. http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/vergaberecht_node.html, dernière consultation le 4 décembre 2014).

dans des procédures pendantes devant le Tribunal fédéral. Ces instruments ont fait leurs preuves dans la pratique et sont aussi utilisés régulièrement par la COMCO, en plus des prises de position informelles du Secrétariat de la COMCO:

- Expertise de la COMCO du 1er décembre 2014 à l'attention de l'Office fédéral de la justice concernant le projet eOperations Schweiz (publication prévue dans la DPC);
- Recommandation de la COMCO du 30 juin 2014 à l'attention de VRSG AG et ses actionnaires publics au sujet de l'application du droit des marchés publics (art. 5 LMI), DPC 2014/2 442;
- Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 au sujet de l'accès au marché pour les services de taxis externes selon l'exemple des ordonnances sur l'accès au marché des cantons de BE, BS, BL ainsi que des villes de Zurich et de Winterthour, DPC 2012/2 438;
- Expertise de la COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz au sujet du renouvellement des concessions pour l'exploitation de la force hydraulique en faveur des services industriels de l'Elektrizitätswerk des Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2 353;
- Expertise de la COMCO du 22 février 2010 au sujet du renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises au sujet de l'utilisation du domaine et des sols publics ainsi que de la fourniture d'énergie électrique, DPC 2011/2 345;
- Expertise du 16 mars 2009 à l'intention du DIRH du canton de VD concernant la compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la LMI;
- Recommandation du 17 avril 2000 concernant le projet de révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 1er février 2000 (adaptation aux conventions bilatérales CH - UE) à l'attention de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP), DPC 2000/2 270;
- Recommandations de la COMCO du 17 mai 1999 concernant les contrats de bail sur la publicité extérieure à l'attention des collectivités publiques cantonales et communales, DPC 1999/2 260.

33. Le droit de recours complète les autres instruments de surveillance de la COMCO comme les expertises, les recommandations et les enquêtes. Par exemple, la COMCO vient de clarifier par une recommandation les conditions auxquelles les communes et les cantons peuvent attribuer à une entreprise en main publique des marchés dans le domaine informatique sans devoir passer par un marché public. Une telle recommandation - qui n'est pas contraignante - ne peut déployer d'effets si la COMCO n'a pas dans le même temps la possibilité, en cas de non-respect, de déposer un recours afin de faire clarifier la question par une autorité judiciaire.

34. Finalement, le droit de recours de la COMCO lui permet, sur demande du Tribunal fédéral, de prendre position dans des procédures pendantes (art. 102 al. 1 et art. 89 al. 2 let. a LTF) ; le Tribunal fédéral fait régulièrement usage de cette possibilité, également dans le domaine des marchés publics.

35. Il apparaît donc qu'il n'y a aucun motif objectif justifiant l'affaiblissement de la surveillance des marchés publics cantonaux et communaux ni le transfert du droit de recours de la COMCO dans ce domaine dans l'AIMP ni sa suppression pure et simple. Il ne ressort pas non plus clairement des projets de révision si les compétences d'enquête, d'expertise et de recommandation de la COMCO doivent ou non être maintenues dans le domaine des marchés publics (art. 5 LMI).

36. En résumé, il s'agit de constater que le droit de recours de la COMCO, associé aux instruments que sont l'expertise, la recommandation et l'enquête, doit être maintenu et demeurer ancré comme actuellement dans la Loi sur le marché intérieur et non, comme le propose le p-AIMP, être ancré dans l'AIMP. L'objectif d'harmonisation des droits des marchés publics de la Confédération et des cantons n'en sera aucunement entravé. Si l'art. 5 LMI devait ne plus s'appliquer aux cantons concordataires, comme prévu actuellement, les compétences de la COMCO dans la Loi sur le marché intérieur devraient en tout cas être explicitement étendues au contrôle de la mise en œuvre de l'AIMP (cf. ch. 6).

3.3 La protection juridique du droit du marché intérieur dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux

37. La COMCO soutient l'harmonisation envisagée des droits de recours dans le domaine des marchés publics de la Confédération et des cantons et salue particulièrement l'extension de la voie de droit de la Confédération aux marchés passés hors traité international. Les textes de révision prévoient un droit de recours uniforme à partir d'une valeur contractuelle de 150'000 francs. Ce seuil est relativement élevé et signifie dans les cantons et les communes un affaiblissement du droit de recours actuel. Dans ce cas de figure, les entreprises concernées ne pourraient à l'avenir faire recours contre un marché public cantonal ou communal que si la valeur du marché atteint au moins 150'000 francs, de sorte que la protection juridique sera réduite à néant pour de nombreuses PME qui ne peuvent soumettre d'offres que dans les marchés publics de petite importance.

38. L'ouverture d'une voie de droit seulement à partir d'un marché d'une valeur d'au moins 150'000 francs au niveau cantonal ou communal ne serait pas compatible avec l'art. 9 al. 2 LMI, qui garantit en principe une voie de droit pour tous les marchés publics cantonaux ou communaux. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral *Sigriswil*, l'art. 9 al. 2 LMI n'exige néanmoins pas que les cantons et communes prévoient une voie de recours pour les marchés bagatelles.[15] Ainsi, la COMCO recommande à la Confédération et aux cantons de garantir dans la LMP et l'AIMP une **voie de recours pour tout marché dont**

[15] ATF 131 I 137.

la valeur atteint au moins 50'000 francs. Une telle réglementation pourrait s'accorder avec l'art. 9 al. 2 LMI conformément à l'arrêt fédéral susmentionné, rendant la révision de l'art. 9 LMI inutile.

3.4 L'obligation de procéder à un appel d'offres pour l'attribution des concessions selon le droit du marché intérieur

39. Le projet de révision prévoit d'introduire une nouvelle disposition aux niveaux fédéral et cantonal selon laquelle l'octroi d'une concession ou la délégation d'une tâche publique est considérée comme régie par le droit des marchés publics lorsque l'offreur se voit accorder des droits exclusifs ou spéciaux (art. 8 al. 2 p-AIMP).

40. Ainsi, la jurisprudence actuelle sur la notion de «tâche publique», selon laquelle la délégation d'une tâche publique à un privé est soumise au droit des marchés publics, est intégrée dans la LMP et l'AIMP, ce qu'il faut saluer.[16] Les dispositions sur la définition des tâches publiques aux art. 8 al. 2 p-AIMP ne doivent néanmoins en aucun cas être considérées comme un substitut de l'obligation actuelle de procéder à la publication d'un appel d'offres pour les concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI. Les nouvelles dispositions constituent d'avantage un **complément** bienvenu à l'obligation déjà existante des cantons et des communes de procéder à des appels d'offres pour les monopoles et les concessions d'usage privatif:

- Les concessions cantonales et communales qui sont soumises simultanément aux dispositions de l'art. 2 al. 7 LMI et au droit des marchés publics (art. 8 al. 2 p-AIMP) doivent être octroyées selon la procédure d'appel d'offres selon l'AIMP; cela permet évidemment aussi de remplir les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI. Ce principe s'applique déjà aujourd'hui lorsqu'une concession est octroyée en tant que tâche publique selon le droit des marchés publics.
- Les concessions cantonales et communales qui ne sont pas concernées par l'art. 8 al. 2 p-AIMP mais uniquement par l'art. 2 al. 7 LMI doivent, selon cette disposition, au minimum faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres non-discriminatoire.

41. Au contraire du droit des marchés publics, l'art. 2 al. 7 LMI ne règle pas l'achat par les pouvoirs publics de biens, services et constructions. Il s'applique essentiellement lorsque l'État limite l'accès au marché et contingente le nombre des offreurs (i) en raison d'une base légale ou (ii) pour régler l'usage à des fins commerciales de biens publics par les privés. Dans ces cas, les cantons et les communes doivent procéder à un appel d'offres public pour attribuer les «droits d'accès au marché» disponibles (concessions de monopole techniques, autorisations de contingents, concessions d'usage privatif, certaines concessions de service public, autorisations pour l'usage accru du domaine public, etc.) dans les «situations de monopole».[17] Contrairement au droit des marchés publics, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique ainsi lorsque les cantons et les communes portent atteinte, *de manière normative ou pour réglementer l'usage à des fins commerciales des biens publics*, à la structure d'offre des marchés et limite le nombre d'acteurs économiques admis.

42. La «notion de monopole» au sens de l'art. 2 al. 7 LMI ne doit pas se comprendre dans un sens strictement économique, à savoir lorsqu'il n'existe objectivement, géographiquement et temporellement qu'un seul offreur dans le marché concerné. L'art. 2 al. 7 LMI s'applique dès qu'il y a limitation en droit ou dans les faits du nombre d'offreurs et que la concurrence dans le marché en cause est atteinte. La doctrine utilise également le terme de marchés fermés: «Du point de vue de la politique des marchés publics, cela ne fait pas de différence que l'État réserve un domaine de l'activité économique à un unique offreur privé ou qu'il n'accepte que quelques rares offreurs en concurrence sur le marché».[18] Dans les deux cas, l'accès au marché doit être octroyé par le biais d'un appel d'offres public au sens de l'art. 2 al. 7 LMI.

43. Les exemples suivants illustrent le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI:

- Monopole de la centrale des taxis en ville de Lausanne;
- Monopole des ramoneurs; monopole des géomètres (pour autant que cette activité ne soit pas considérée comme régalienne);
- Services de secours et de sauvetage (lorsque l'État ne les fournit pas lui-même);
- Assurance bâtiments (pour autant que l'État ne la fournise pas lui-même);
- Le transfert de l'usage de droits régaliens cantonaux aux privés (p. ex. régale du sel, concessions de prospection d'huiles minérales, etc.);
- Autorisations contingentées, p. ex. nombre d'autorisations de taxis limitées (le fait que l'État établisse un monopole juridique et n'admette qu'un seul offreur [concessions de monopole], ou qu'il admette plusieurs offreurs au sein du monopole [autorisation de contingent], ne joue aucun rôle du point de vue de l'art. 2 al. 7 LMI; dans les deux cas, l'accès au marché doit faire l'objet d'un appel d'offres pour les mêmes raisons de politique de la concurrence);
- Usage à des fins commerciales de biens publics et consommation de ressources, p. ex.:
  - Panneaux d'affichage sur le domaine public
  - Concessions d'extraction de gravier

[16] Cf. déjà CRM 1999-006, JAAC 64.30, consid. 1b (batteries); CRM 2000-021/023, JAAC 65.80 (bouteilles); décision TA VD MPU.2013.0005 du 30 octobre 2013 (note 12); décision TA AG, WBE.2014.187 du 8 octobre 2014 (la délégation d'un tâche publique à des privés au moyen d'un contrat de prestations est soumis au droit des marchés publics; publication prévue dans la DPC).

[17] NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangs instrument, RDS 133/2014, 219 ss, 224 s.

[18] Traduction libre de: «Vergabepolitisch macht es keinen Unterschied, od der Staat einen Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit einem einzigen privaten Anbieter exklusiv verbehält, ode rob er einige wenige Anbieter im Gegenseitigen Wettbewerb zum Markt zulässt», cf. pour le tout DIEBOLD (note 17), 220, 243 s.; BERNHARD RÜTSCHE/NICOLAS DIEBOLD, in: Avenir Suisse Kantonsmonitoring Nr. 6 „Von alten und neuen Pfründen – Wie die Kantone Monopole stützen statt Märkte fördern", 2014, titres 5 und 6.

- o Places pour forains lors de marchés annuels
- o Emplacements pour stands de marché (p. ex. marché hebdomadaire de la ville de Lucerne)

3.4.1 Exigences d'un appel d'offres public selon l'art. 2 al. 7 LMI

44. L'art. 2 al. 7 LMI ne contient volontairement aucune règle sur la manière de procéder à un appel d'offres public. Cette disposition garantit simplement que des exigences minimales soient respectées. Celles-ci peuvent se résumer comme suit:

45. L'attribution prévue doit faire l'objet d'une publication à l'avance. Lors de la publication, il faut indiquer qui peut participer à l'appel d'offres (critères d'aptitude) ainsi que les critères selon lesquels le «droit d'accès au marché» sera octroyé (critères d'adjudication). En règle générale, cela s'effectue selon des critères définis au préalable et publiés. Mais il est envisageable dans certains cas exceptionnels de procéder à l'octroi selon un système de rotation ou à la suite d'un tirage au sort. Si l'État a un intérêt à la maximisation de son revenu, alors l'adjudication peut se faire au(x) plus offrant(s).

46. L'appel d'offres doit respecter le principe de non-discrimination, à savoir que certains offreurs déterminés ne doivent pas être favorisés de manière ciblée sans motif objectif. Finalement, sur la base de l'art. 9 al. 1 et 2 LMI (voies de droit), la protection juridique doit être garantie.

47. L'obligation de procéder à un appel d'offres ne s'applique pas de manière absolue.[19] L'État peut renoncer à un appel d'offres public lorsque c'est indispensable à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants, que les offreurs locaux ne sont pas favorisés et que la procédure de passation du marché choisie respecte le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). Il serait p. ex. envisageable que lors de marchés bagatelles, il soit possible de renoncer à un appel d'offres dans des cas d'urgence impérieuse, en cas d'offres concertées, etc.

48. Pour l'essentiel, les art. 2 al. 7 et 9 al. 1 LMI concrétisent au niveau de la loi le principe constitutionnel de l'égalité de traitement entre concurrents (art. 27 et art. 94 Cst.) ainsi que les garanties de procédure et de voies de droit (art. 29 et 29a Cst.).

49. En comparaison, l'UE, avec l'entrée en vigueur de la Directive 2014/23/EU du 26 février 2014 sur l'attribution de contrat de concession, s'est choisie un système selon lequel, lors de l'octroi de concessions, seuls sont prescrits les principes à respecter, tout en laissant l'adjudicateur libre d'établir la procédure concrètement appliquée.[20] A ce sujet, le rapport explicatif sur le p-AIMP affirme de manière erronée que dans l'UE les concessions de construction et de services seraient soumises «au droit des marchés publics» (p. 17). Ce n'est pas le cas dans la mesure où ce type de concession n'est précisément pas soumis à la Directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics mais bien à la nouvelle Directive 2014/23/EU du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, qui prévoit un régime d'octroi plus flexible.

3.4.2 Champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI et délimitation du droit des marchés publics

50. Parmi la multitude de critères développés pour délimiter le droit des marchés publics des autres situations touchant à l'adjudication, deux éléments sont particulièrement importants, à savoir (i) l'accomplissement d'une tâche publique et (ii) le versement d'une rétribution par l'État. En principe, les deux critères doivent être remplis pour que le droit des marchés publics s'applique.

51. En revanche, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique lorsque l'État limite par une régulation le nombre d'offreurs dans un marché déterminé. A la différence de la conception «classique» du droit des marchés publics, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique aussi ou même surtout lorsque (i) l'État ne participe pas financièrement à l'exercice de l'activité (à savoir lorsque ce n'est pas l'État mais le bénéficiaire des prestations ou un tiers [p. ex. des assurances] qui verse la rémunération) et (ii) lorsque le marché contingenté ou fermé ne sert pas à l'accomplissement de tâches publiques.

52. La systématique suivante peut se déduire de la loi actuelle sur le marché intérieur :

- Si une tâche cantonale ou communale tombe dans le champ d'application du droit des marchés publics et que le marché a été attribué de manière conforme au droit des marchés publics (art. 5 LMI), alors les exigences de l'art. 2 al. 7 LMI sont également remplies.
- En revanche, l'application de l'art. 2 al. 7 LMI doit toujours être examinée lorsque, par une régulation, l'État contingente numériquement un marché, sans passer un marché public (que ce soit parce que l'État ne fourni pas de contre-prestation financière, parce qu'aucune tâche publique n'est effectuée ou parce qu'on ne se trouve pas en présence d'un marché public pour d'autres raisons [p. ex. initiative privée]).

53. Il apparaît ainsi que les nouvelles dispositions de l'art. 8 al. 2 p-AIMP ne constituent pas un substitut de l'art. 2 al. 7 LMI, en effet:

- Même en présence d'une tâche publique, l'application du droit des marchés publics peut être niée pour d'autres raisons (p. ex. absence de rémunération étatique, initiative privée, répartition des risques d'exploitation, etc.). Dans ce cas, l'art. 2 al. 7 LMI s'applique subsidiairement.
- Même si la tâche publique est définie de manière large et englobe aussi p. ex. les centrales de taxi, les ramoneurs et l'assurance bâtiments, l'art. 2 al. 7 LMI continue de s'appliquer aussi aux cas des marchés contingentés qui ne visent pas l'accomplissement d'une tâche publique (p. ex. les appels d'offres pour des régales cantonales ne seraient pas régis par le droit révisé des marchés

[19] DIEBOLD (note 17), 225.
[20] Cf. art. 30 directive 2014/23/EU: «Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente directive».

publics mais tomberaient toujours dans le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI).

- Finalement, l'obligation de procéder à un appel d'offres selon l'art. 2 al. 7 LMI s'applique aussi, selon la doctrine majoritaire et la jurisprudence cantonale, à l'octroi de concessions pour l'usage à des fins commerciales de biens publics (concessions d'usage privatif).[21] Dans ce cas à nouveau, le droit des marchés publics n'est pas applicable à l'octroi de concessions d'usage privatif, même dans sa version révisée.

3.4.3 Le motif de l'obligation de publier un appel d'offres

54. Lorsque l'État contingente déjà numériquement les offreurs dans des marchés déterminés et choisit les offreurs, l'accès doit toujours être assuré par une publication publique. En voici les motifs :

- Dans un marché fermé, il manque une pression concurrentielle régulatrice en raison du nombre limité d'offreurs et de l'absence de nouveaux arrivants. Pour des raisons de concurrence, il faut cependant permettre aux offreurs économiquement les plus efficaces d'accéder au marché (que ce soit à l'égard du prix pour les clients finaux, de la qualité, de l'efficience ou d'objectifs secondaires). La sélection des offreurs économiquement les plus efficaces se fait par une procédure d'appel d'offres flexible conformément à l'art. 2 al. 7 LMI.
- Du point de vue des droits individuels, l'État doit observer le principe de l'égalité de traitement entre concurrents resp. de la neutralité de l'État en matière de concurrence. Un appel d'offres public satisfait ces exigences au mieux.
- Une obligation d'appel d'offres découle en principe déjà des art. 27 et 94 Cst. Il est néanmoins beaucoup plus difficile pour un offreur lésé de défendre des droits constitutionnels devant les tribunaux; en outre, la LMI garantit les compétences d'intervention de la COMCO.

3.4.4 Légitimation d'un appel d'offres «light»

55. Finalement, il est justifié de ne pas avoir formellement recours aux procédures de passation du droit des marchés publics lors de l'octroi de «droits d'accès au marché» contingentés. La délivrance d'une autorisation pour une centrale de taxi municipale exclusive, l'octroi de concessions de ramoneurs ou de concessions d'usage privatif (interventions régulatoires sur le marché) répondent à des exigences différentes en matière de procédure d'attribution que les marchés publics. L'art. 2 al. 7 LMI offre aux autorités de régulation plus de flexibilité, surtout au niveau formel, que le droit des marchés publics de l'adjudicateur étatique, ce qui correspond d'ailleurs à la solution choisie par l'UE dans la Directive 2014/23/EU sur l'attribution de contrats de concessions.

4 Recommandations

56. Dans ce contexte, la COMCO émet les recommandations suivantes à l'intention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp):

(1) La Loi sur le marché intérieur doit être maintenue dans sa version actuelle et ne pas être révisée.

(2) Afin que le p-AIMP puisse être appliqué de manière conforme à la Loi sur le marché intérieur en vigueur, la COMCO recommande au Conseil fédéral et à l'AiMp de prévoir dans la LMP et l'AIMP révisés un droit de recours pour les marchés d'une valeur d'au moins 50'000 francs.

57. Si contrairement aux recommandations de la COMCO, la Loi sur le marché intérieur devait être adaptée, une telle révision devrait, afin d'éviter un affaiblissement du droit du marché intérieur indésirable du point de vue de la politique en matière de concurrence, respecter dans tous les cas les principes suivants:

(1) La disposition sur l'obligation de procéder à un appel d'offres en matière de concessions au sens de l'art. 2 al. 7 LMI doit être maintenue sans changement, contrairement au projet de révision.

(2) Selon le projet de révision, les exigences minimales en matière de marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et de voies de droit (art. 9 al. 1 et 2 LMI) ne doivent nouvellement s'appliquer, dans le domaine des marchés publics, qu'aux cantons qui n'ont pas adhéré à l'AIMP 2015. En raison de la suppression des dispositions sur les marchés publics pour les cantons parties à ce concordat, les instruments de surveillance de la COMCO prévus par la Loi sur le marché intérieur, mentionnés au ch. 2, et en particulier son droit de recours, devraient être étendus à la surveillance du respect de l'AIMP, dans la mesure où celui-ci transpose les standards minimaux de l'art. 5 LMI.

[21] Cf. TA ZH VB.2013.00439 du 3 octobre 2013 consid. 6.5; TA GL VG.2013.00061 du 6 novembre 2013; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note 4), N 211; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (note 4), LMI 2 Abs. 7 N 23; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012, N 814 ss; DANIEL KUNZ, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Éds), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, p. 205 ss, N 26 ss; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Zufferey/Stöckli (Éds), Aktuelles Vergaberecht 2012/Marchés Publics 2012, Zurich 2012, p. 167 ss, N 101 ss; JEAN-BABTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP": état des lieux, in: Zufferey/Stöckli (Éds), Aktuelles Vergaberecht 2010/Marchés Publics 2010, Zurich 2010, 247 ss, N 45; DIEBOLD (note 17), 249; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 3/2010, p. 28 ss, 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 5/2007, p. 585 ss, 588; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, p. 203 ss; cf. aussi expertise COMCO du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises sur l'usage du domaine et des sols publics et la fourniture d'énergie électrique, DPC 2011/2 345; expertise COMCO du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz au sujet du renouvellement des concessions pour l'exploitation de la force hydraulique en faveur des services industriels de l'Elektrizitätswerk des Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2 353; **d'un autre avis**: HANS-RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (note 4), LMP 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBl 2011, 113 ss; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ss.

B 2.8	**5. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2014 zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) / Prise de position de la Commission de la concurrence du 1er décembre 2014 sur la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)**

1 Ausgangslage

1. Am 22. September 2014 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) die Vernehmlassung zur Komplettrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) eröffnet und die Wettbewerbskommission (WEKO) dazu eingeladen, eine Stellungnahme einzureichen.

2. Die WEKO und deren Sekretariat überwachen die Einhaltung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) durch Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM) und sind zuständig für die Durchsetzung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die WEKO kann gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM Empfehlungen zu binnenmarktrelevanten Erlassen abgeben und sie kann gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG zu rechtsetzenden Erlassentwürfen der Kantone Stellung nehmen. Die WEKO hat bereits zu den Revisionsentwürfen der IVöB von 1998 und von 2000 Empfehlungen abgegeben.[1]

3. Die Revision der IVöB betrifft sowohl das Binnenmarktgesetz als auch das Kartellgesetz und ist darüber hinaus von grosser wettbewerbspolitischer Bedeutung. Die vorliegende Stellungnahme der WEKO richtet sich an das InöB und behandelt die generellen wettbewerbspolitischen Aspekte des Entwurfs vom 18. September 2014 für eine revidierte IVöB (E-IVöB). Zum Systemwechsel im Bereich BGBM, der mit den beschaffungsrechtlichen Revisionsentwürfen des Bundes (VE-BöB) und der Kantone (E-IVöB) verbunden ist, und der die Rechtsschutzgarantie nach Art. 9 BGBM für Konkordatskantone aufheben würde, äussert sich die WEKO zusätzlich in einer separaten Empfehlung zuhanden des Bundesrates und des InöB.

2 Stellungnahme

4. Der Aufbau der vorliegenden Stellungnahme folgt der Reihenfolge der Bestimmungen des E-IVöB.

2.1 Ausnahmen

5. Art. 11 E-IVöB sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich der künftigen IVöB ausgenommen sind. Gemäss dem erläuternden Bericht zum E-IVöB (S. 19) handelt es sich beim Katalog nach Art. 11 E-IVöB nicht um eine abschliessende Aufzählung. Diese Aussage widerspricht dem erläuternden Bericht des EFD zur Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (S. 16), in welchem von einer „abschliessenden Aufzählung" die Rede ist. Es liegt somit eine Diskrepanz zwischen der Deutung des BöB und der Deutung der IVöB vor, welche dem Harmonisierungsziel der Revision der Schweizer Beschaffungsnormen widerspricht. Die Aufzählung in Art. 11 E-IVöB muss abschliessend sein. Denn zur Erreichung der Zwecke gemäss Art. 1 E-IVöB sollten grundsätzlich alle staatlichen Leistungsbezüge der IVöB unterstehen. Dieses Ziel wäre gefährdet, wenn die öffentlichen Auftraggeber selbst und ohne Vorgabe von Kriterien Ausnahmen vom Anwendungsbereich der IVöB beschliessen könnten.

6. Zu den einzelnen Ausnahmetatbeständen drängen sich folgende Bemerkungen auf:

Art. 11 Abs. 3 Bst. b – d E-IVöB (In-state, In-house, Quasi-in-house)

7. Die Konstellationen der In-state, In-house und Quasi-in-house Beschaffungen regeln ähnliche Sachverhalte: In all diesen Fällen geht es darum, das Beschaffungsrecht nicht anzuwenden, weil ein Vorgang nicht in den objektiven Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fällt oder mit anderen Worten: Weil gar keine öffentliche Beschaffung vorliegt. Der Grund hierfür ist, dass sich diese Vorgänge innerhalb der Staatssphäre abspielen, ohne dass der Markt berührt wird. Deshalb ist es in diesen Fällen auch nicht notwendig, das Beschaffungsrecht zur Anwendung zu bringen, da das Beschaffungsrecht nicht darüber entscheiden soll, ob ein solcher Marktkontakt stattfindet, sondern nur wie er ausgestaltet sein soll, wenn er stattfindet.

8. Im schweizerischen Beschaffungsrecht sind diese Konstellationen bisher nicht geregelt. Die rechtsanwendenden Schweizer Behörden haben sich deshalb bisher stark an der Praxis des EUGH orientiert, welche sich ständig weiterentwickelt hat und nicht als abgeschlossen gelten kann, auch wenn verschiedene bisher ungeklärte Fragen nun in einer neuen EU-Richtlinie[2] geregelt wurden.

In-state (Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB)

9. In-state-Vergaben (in der EU werden diese öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit genannt) sind Vergaben, die zwischen öffentlichen Einrichtungen getätigt werden, ohne dass der Auftraggeber über den Leistungserbringer eine Kontrolle ausübt (diese fehlende Kontrolle stellt den wesentlichen Unterschied zu den nachfolgend behandelten In-house und Quasi-in-house-Vergaben dar).

10. Die Vorgaben des GPA 2012 zur In-state-Vergabe sind nicht sehr restriktiv: Gemäss Annex 7 zum GPA

[1] Empfehlung vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, RPW 2000/2 270 ff.; Recommendation du 6 juillet 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), DPC 1998/2 329 ff.

2012 Bst. B) 1 unterstehen Leistungen bereits dann nicht dem Abkommen, wenn sie durch eine andere juristische Person erbracht werden, die dem Abkommen (d.h. dem Beschaffungsrecht) unterstellt ist.

11. In der EU sind In-state-Direktvergaben gemäss der Praxis des EuGH nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig (EuGH, Urteil v. 13.6.2013 – C-386/11 „Piepenbrock"). Demnach ist das Vergaberecht nur dann nicht anwendbar, wenn die öffentlichen Stellen eine Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbaren (EuGH, Urteil vom 19.12.2012 - C-159/11 „Lecce"). Eine Ausschreibungspflicht besteht danach nicht,

- sofern solche Verträge ausschliesslich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen werden,
- das Ziel der Zusammenarbeit die Erbringung einer gemeinsamen öffentlichen Dienstleistung zugunsten dieser öffentlichen Einrichtungen ist,
- kein privater Anbieter besser gestellt wird als seine Wettbewerber und
- die Zusammenarbeit ausschliesslich durch Ziele des öffentlichen Interesses bestimmt wird.

12. In Bezug auf das GPA 2012: Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB ist strenger formuliert, als es das GPA 2012 verlangt, weil er zur Vorgabe, wonach die leistungserbringende Einrichtung selbst ein öffentlicher Auftraggeber sein muss (d.h. dem Beschaffungsrecht unterstellt), zusätzlich verlangt, dass diese leistungserbringende Einrichtung nicht in den Markt eintreten darf.

13. Die WEKO unterstützt diese zusätzliche Einschränkung. Allerdings kann die gewählte Formulierung zu Verwirrungen führen, da Unklarheit darüber entstehen könnte, wer mit dem Begriff des „Auftraggebers" jeweils gemeint ist. In beiden Fällen muss der Anbieter der fraglichen Beschaffung (Leistungserbringer) gemeint sein. Sollte dies nicht der Fall sein, ginge die Bestimmung sehr weit und würde einen zu grossen Spielraum für die vergaberechtsfreie Instate-Direktvergabe von Aufträgen öffnen. Aus wettbewerblicher Sicht ist von Bedeutung, dass viele subjektiv unterstellte Auftraggeber selber gleichzeitig als Anbieter am Markt und im Wettbewerb zu Dritten tätig sind (z. B. BKW, Industrielle Werke usw.). Es bestünde die Gefahr, dass subjektiv unterstellte Auftraggeber aus direkt vergebenen öffentlichen Aufträgen in ihrem Absatzmarkt einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihrer Konkurrenten erhalten.

14. Entscheidend ist entgegen der möglichen Interpretation des V-IVöB aus wettbewerblicher Sicht deshalb nicht, ob der Auftraggeber im Wettbewerb steht, sondern vielmehr, ob der Anbieter/Leistungserbringer, der den Auftrag ohne Ausschreibung erhält, einen Wettbewerbsvorteil aus solchen Direktvergaben gegenüber seinen Konkurrenten ziehen kann. Wir schlagen deshalb eine Änderung der Formulierung in Abs. 3 Bst. b vor.

15. Da durch eine In-state-Vergabe auch kein privater Beteiligter (z.B Aktionär) der öffentlichen Einrichtung von einem Auftrag soll profitieren können, den die öffentliche Einrichtung vergaberechtsfrei erhält, muss zudem eine solche private Beteiligung ausgeschlossen werden.

16. Ausserdem weisen wir darauf hin, dass der in Bst. b verwendete Begriff des „Wettbewerbs" zu unnötigen Interpretationen Anlass geben könnte. Damit ist aus unserer Sicht nicht der sogenannte *„make or buy"* Entscheid gemeint.[3] Es geht vielmehr um die Frage, ob der Staat im Wettbewerb als Wettbewerber auftritt. Dies sollte klargestellt werden, indem dem Leistungserbringer untersagt wird, seine Leistungen auch auf dem Markt zu erbringen.

17. In Bezug auf das EU-Recht: Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB weniger streng formuliert, als das EU-Recht, weil er die restriktiven Vorgaben der EU-Rechtsprechung an das öffentliche Interesse der Zusammenarbeit (kritisch, wenn dieselben Leistungen auch auf dem Markt erhältlich sind), an die Definition der Zusammenarbeit (liegt nicht vor, wenn ein Beteiligter nur den Preis bezahlt und selbst keine Tätigkeiten übernimmt) und an die Gemeinsamkeit der öffentlichen Dienstleistung (öffentlicher Auftraggeber und öffentlicher Leistungserbringer müssen zwingend dieselbe öffentliche Aufgabe wahrnehmen) nicht übernimmt. Diese Voraussetzungen sind allerdings gestützt auf Einzelfälle zustandegekommen und scheinen sich noch in Entwicklung zu befinden, weshalb es als verfrüht erscheint, schon heute darauf abzustellen.

Antrag 1: Änderung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b E-IVöB wie folgt:

„b) von anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern ohne Beteiligung Privater, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, und soweit ~~die Auftraggeberin~~ sie diese Leistungen nicht ~~im Wettbewerb mit privaten Anbietern~~ auch auf dem Markt erbringen;"

In-house (Art. 11 Abs. 3 Bst. c E-IVöB)

18. Diese Bestimmung bezieht sich auf das sogenannte In-house-Privileg. Als In-house-Geschäfte werden in der Literatur Leistungsflüsse zwischen verschiedenen Stellen innerhalb eines einzigen Rechtsträgers bezeichnet.[4]

19. Nicht jeder Leistungsfluss zwischen zwei Stellen desselben Rechtsträgers ist aber wettbewerbspolitisch unproblematisch.[5] Auch hier ist auf die Wettbewerbsneutralität zu achten. Diese ist nicht mehr gewährleistet, „wenn die Stelle, welche die Leistungen erbringen soll, solche oder andere Leistungen auf dem Markt (also ohne besondere öffentliche Interessen, allein aus fiskalisch-kommerziellen Motiven heraus) anbietet und erbringt.[6] Die Bestimmung sollte deshalb durch diesen Punkt ergänzt werden. Auch hier gilt das zuvor zu Antrag 1 Gesagte zum Verständnis des Begriffs „Wettbewerb".

[2] Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

[3] Diese Form von Wettbewerb wird in der Literatur auch als „Systemkonkurrenz" bezeichnet (Martin Beyeler, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 49).

[4] MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 7.

[5] MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 68 ff.

[6] MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 69.

Antrag 2: Änderung von Art. 11 Abs. 3 Bst. c E-IVöB wie folgt:

„c) von unselbständigen Organisationseinheiten eines unterstellten Auftraggebers, soweit der Leistungserbringer diese Leistungen nicht auch auf dem Markt erbringt; und“

Quasi-In-house (Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB)

20. Bezüglich des Quasi-In-house-Privilegs sollte ebenfalls darauf hingewiesen werden, dass am fraglichen öffentlichen Unternehmen keine private Beteiligung bestehen darf.[7]

21. Die im Erläuternden Bericht des EFD indirekt genannten möglichen 20 % Leistungen an andere Auftraggeber (zur Präzisierung des Begriffs „im Wesentlichen“) erscheinen zudem als eher hoch, da damit eine gewichtige Teilnahme am Wettbewerb verbunden sein kann. Die WEKO regt deshalb an, diesen Prozentsatz auf 10 % zu senken bzw. das Mass der erforderlichen Leistungen für den Auftraggeber auf 90 % zu erhöhen.

Antrag 3: Änderung von Art. 11 Abs. 3 Bst. d E-IVöB wie folgt:

„d) von öffentlichen Unternehmen ohne Beteiligung Privater, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen.“

2.2 Bestimmung des Auftragswerts

22. In Art. 16 E-IVöB wird keine Regelung für die Bestimmung des Gesamtwerts bei wiederkehrenden (Dienst-)Leistungen vorgesehen, welcher schliesslich für die Orientierung des Schwellenwerts massgebend ist. Im erläuternden Bericht zu Art. 16 Abs. 6 wird hingegen die vorgesehene Berechnung des Auftragswerts bei wiederkehrenden Aufträgen behandelt. Diese klärt die naheliegende und wichtige Frage, welche Leistungen im Verlaufe einer Zeitspanne einem Auftrag und damit dem Auftragswert gemäss Art. 16 Abs. 1 E-IVöB zuzurechnen sind. Aufgrund deren Wichtigkeit ist die Regelung zu den wiederkehrenden Aufträgen nicht nur im erläuternden Bericht, sondern auch in der IVöB festzuschreiben.

Antrag 4: Hinzufügen eines Abs. 7 in Art. 16 E-IVÖB:

„[7] Vergibt die Auftraggeberin mehrere gleichartige Liefer- und Dienstleistungsaufträge oder teilt sie einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge (Lose), so bilden die tatsächlichen Vergütungen der vergangenen 12 Monate oder die geschätzten Vergütungen für die 12 Monate nach dem Erstauftrag die Grundlage für die Schätzung des Auftragswerts.“

2.3 Freihändiges Verfahren

23. Art. 21 Abs. 2 Bst. b E-IVöB hält fest, dass das freihändige Verfahren unabhängig vom Schwellenwert gewählt werden darf, wenn im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die auf einer Wettbewerbsabrede beruhen. Das Bestehen einer Wettbewerbsabrede wird eine Vergabestelle jedoch in der Regel nicht innerhalb eines Vergabeverfahrens feststellen können. Deshalb muss es ausreichen, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede bestehen, damit eine Vergabestelle das freihändige Verfahren anwenden kann.

Antrag 5: Änderung von Art. 21 Abs. 2 Bst. b E-IVöB wie folgt:

„Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die ~~werden~~ im offenen, selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingereichten ~~ausschliesslich~~ Angebote ~~eingereicht~~, ~~die~~ auf einer Wettbewerbsabrede beruhen.

24. La lettre c de l’article 21 al. 2 E-IVöB permet, au-dessus des seuils applicables, de renoncer aux procédures ouverte et sélective lorsqu‘aucune mise en concurrence n’est possible et qu’aucune alternative n’existe. L’étendue de cette exception doit être précisée dans le rapport en ce sens qu’une clause contractuelle qui limiterait la concurrence dans un marché public ne constitue pas une particularité technique (ni artistique). Ainsi, une clause d’architecte par exemple, sur un ou plusieurs biens-fonds nécessaires à la réalisation d’un projet d’un pouvoir adjudicateur ne remplit pas les conditions de cette exception. La formulation du nouvel article XIII par. 1 let. b revGPA précise à cet égard les exigences et ne laisse en principe ainsi plus la place au doute. Une clause contractuelle qui limiterait la concurrence dans un marché public ne saurait constituer une raison technique (ni artistique ou relevant du droit de la propriété intellectuelle) qui induit une absence de concurrence dans le marché à passer.

Antrag 6: Le projet de rapport explicatif est muet en ce qui concerne l’art. 21 al. 2 let. c E-IVöB (p. 26). Compte tenu de l’importance de cette dérogation et de l’interprétation très étroite qu’il doit en être fait, un paragraphe doit être ajouté dans la partie du rapport qui concerne la disposition mentionnée ci-avant (en troisième position); la teneur est la suivante :

«L’article 21 al. 2 let. c E-IVöB prévoit une exception qui permet, au-dessus des seuils applicables, de renoncer aux procédures ouvertes ou sélectives lorsqu’aucune mise en concurrence n’est possible et qu’aucune alternative n’existe. Or, comme les clauses contractuelles qui restreignent la concurrence dans un marché publique (par ex. une clause d’architecte, d’ingénieur ou similaire) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique du marché (et encore moins un motif relevant du droit de la propriété intellectuelle), elles ne sauraient en aucun cas justifier le recours à cette exception.»

[7] Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

25. La lettre d de l'article 21 al. 2 E-IVöB permet, au-dessus des seuils applicables, de renoncer aux procédures ouverte et sélective lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en raccourcissant les délais raccourcis minimaux, il est impossible d'appliquer une procédure ouverte ou sélective, même avec des délais raccourcis. Selon l'article art. XV par. 1 let. c GPA (art. XIII par. 1 let. d revGPA), l'application de la clause exceptionnelle d'urgence nécessite la réunion des conditions suivantes: la survenance d'un événement imprévisible; cet événement imprévisible est à l'origine d'une situation d'extrême urgence; l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur, par exemple par son imprévoyance, ni résulter de la planification qu'il s'est fixée; l'urgence doit être telle que le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'y faire face s'il procédait par le biais d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation; le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à la procédure de gré à gré qu'à la condition que cette procédure exceptionnelle «ne soit pas utilisée en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible» et «pour autant que cela [soit] strictement nécessaire» (art. XV par. 1 in initio et par. 1 let. c GPA [art. XIII par. 1 let. d revGPA]). Ce dernier critère indique que le recours à la clause exceptionnelle d'urgence doit respecter le principe de la proportionnalité. Il doit être dorénavant clair que seule la procédure de gré à gré peut être appliquée en vertu de cette clause exceptionnelle. La pratique enseigne que ces éléments ne sont pas clairs pour tous les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi est-il nécessaire de préciser expressément dans le rapport explicatif les conditions d'application de cette clause exceptionnelle.

Antrag 7: Le projet de rapport explicatif ad art. 21 al. 2 doit être complété par un paragraphe (en quatrième position, en suite du paragraphe à ajouter au titre de la recommandation 7) relatif à la lettre d de cette disposition; la teneur est la suivante :

«L'application de la clause exceptionnelle d'urgence de la let. d nécessite la réunion des conditions suivantes: la survenance d'un événement imprévisible; cet événement imprévisible est à l'origine d'une situation d'extrême urgence; l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur, par exemple par son imprévoyance, ni résulter de la planification qu'il s'est fixée; l'urgence doit être telle que le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'y faire face s'il procédait par le biais d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation, même avec délais raccourcis ; le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à la procédure de gré à gré qu'à la condition que cette procédure exceptionnelle ne soit pas utilisée pour éviter la concurrence ou de manière discriminatoire et «dans la mesure où cela sera strictement nécessaire» (art. XIII par. 1 let. d GPA [2012]). Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, seule la procédure de gré à gré doit être envisageable dans le cadre de cette exception.»

26. Weiter muss bei Aufträgen über den Schwellenwerten, die aus Ausnahmegründen gemäss Art. 21 Abs. 2 freihändig vergeben werden dürfen, der Rechtsschutz gewährleistet sein. Dies bedingt, dass sowohl der Zuschlag als auch der Bericht nach Art. 21 Abs. 3 veröffentlicht werden.

Antrag 8: Änderung von Art. 21 Abs. 3 E-IVöB wie folgt:

„Der Auftraggeber erstellt über jeden nach Massgabe von Absatz 2 vergebenen Auftrag einen ~~internen~~ Bericht mit folgendem Inhalt:

- […]
- […]
- […]
- Der Bericht nach Massgabe von Absatz 3 wird zusammen mit dem Zuschlag gemäss Artikel 48 veröffentlicht."

2.4 Bietergemeinschaften und Subunternehmer

27. Das Thema der Bietergemeinschaften und der Subunternehmer war im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes ein grosses Thema. Vertreter aus der Baubranche haben dabei vorgebracht, mit der KG-Revision sei ein Verbot von Bietergemeinschaften verbunden. Dies führte insbesondere zu einer Diskussion über die Auslegung des aktuellen Kartellgesetzes. Fakt ist: Bietergemeinschaften sind kartellrechtlich nicht verboten, sondern grundsätzlich zulässig (Jahresbericht WEKO 2013, RPW 2014/1, S. 5 f.).

28. Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind kartellrechtlich nach denselben Vorgaben zu prüfen, wie alle anderen Verhaltensweisen auch. Sie fördern den Wettbewerb in vielen Fällen, da Submissionsteilnehmer ohne die Möglichkeiten der Bietergemeinschaft und des Subunternehmertums unter Umständen gar keine Offerten einreichen könnten. Bietergemeinschaft und Subunternehmertum sind und sollen deshalb grundsätzlich erlaubt sein (wie es in Art. 33 Abs. 1 E-IVöB vorgesehen ist). Zielen diese aber darauf ab, den Wettbewerb zu behindern, ist eine nähere Prüfung angezeigt. Dieses Grundkonzept sollte auch aus dem E-IVöB und seinen Erläuterungen hervorgehen.

29. Bedenklich können Bietergemeinschaften und Vereinbarungen zwischen Auftragnehmern und Subunternehmern jedoch dann sein, wenn sie getroffen wurden, um zusätzliche Offerten zu verhindern. Reicht beispielsweise ein Unternehmen eine Offerte ein, welche es mit Hilfe eines Subunternehmers zu erfüllen gedenkt, und vereinbart mit diesem Subunternehmer, dass der Subunternehmer keine eigenen Offerte einreichen wird, obwohl er dazu in der Lage wäre, entgeht dem Auftraggeber eine zusätzliche Offerte. Damit würde der Wettbewerb gehemmt.

30. Bietergemeinschaften sollten daher gegenüber dem Auftraggeber offengelegt werden. Dies schafft Transparenz und ermöglicht es dem Auftraggeber zu reagieren und sich beispielsweise von einer Bietergemeinschaft über die Gründe für die Kooperation informieren zu lassen (z.B. wenn die beiden grössten Konkurrenten zusammen offerieren, obwohl beide ohne Weiteres in der Lage zu sein scheinen, selbst eine Offerte einzureichen). Ebenso sollte ein Zuschlagsempfänger nach Erteilung des Zuschlags dem Auftraggeber offenlegen, welche Subunternehmer – zumindest solche mit einer Beteiligung von mindestens 10 % an der Auftragssumme – für welche Leistungen an der Erbringung des Auftrags beteiligt sind.

Antrag 9: Ergänzung von Art. 33 Abs. 1 E-IVöB wie folgt:

„Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind zugelassen. Bietergemeinschaften müssen im Angebot gegenüber dem Auftraggeber offen gelegt werden. Der Zuschlagsempfänger muss die Beteiligung von Subunternehmern [eventualiter: mit einer Beteiligung von 10 % an der Auftragssumme] an der Ausführung des Auftrags gegenüber dem Auftraggeber offenlegen, sobald er Klarheit über die Beteiligung der Subunternehmer hat."

2.5 Sanktionen

31. Gemäss Art. 44 Bst. l kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn Wettbewerbsabreden getroffen wurden, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Im Sanktionskatalog nach Art. 45, der eine Verwarnung, einen Ausschluss für künftige Verfahren oder eine Busse vorsieht, ist dieser Tatbestand allerdings nicht enthalten. Die WEKO regt an, diesen Katalog um Art. 44 Bst. l zu ergänzen.

Antrag 10: Ergänzung von Art. 45 Abs. 1 E-IVöB wie folgt:

„Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann den Anbieter, der selber oder durch seine Organe in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 44 Buchstabe d, g, ~~und~~ h, und l erfüllt, verwarnen, von künftigen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen, oder ihm eine Busse von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme auferlegen."

32. Weiter sollen gemäss Art. 45 Abs. 2 Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 44 Bst. l vom Auftraggeber der Wettbewerbskommission mitgeteilt werden. Demgegenüber gilt für Bundesbeschaffungsstellen bereits bei *Verdacht* von Wettbewerbsabreden eine Meldepflicht (Art. 33 Org-VöB). Generell ist davon auszugehen, dass ein Auftraggeber resp. eine Beschaffungsstelle gar nicht in der Lage ist, ohne vorgängige Untersuchung und Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission eine Widerhandlung gegen Art. 44 Bst. l nachzuweisen. Es sollte daher – wie im erläuternden Bericht dargelegt – bereits bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Kollusion zwischen den Anbietern eine Anzeigepflicht bestehen. Entsprechend ist Art. 45 Abs. 2 breiter zu fassen.

Antrag 11: Änderung von Art. 45 Abs. 2 E-IVöB wie folgt:

„Diese Sanktionsmöglichkeiten gelten unbeschadet weiterer rechtlicher Schritte gegen den fehlbaren Anbieter oder seine Organe. ~~Widerhandlungen gemäss Artikel 44 Absatz 1 Buchstabe l teilt der Auftraggeber der Wettbewerbskommission mit~~. Der Auftraggeber teilt der Wettbewerbskommission mit, wenn er den freien Wettbewerb in seinem Beschaffungsbereich für behindert hält, wenn er wegen abgestimmten Angeboten eine freihändige Vergabe durchführt (Artikel 21 Abs. 2 Bst. b), ein Vergabeverfahren abbricht (Artikel 43 Abs. 1 Bst. e), Anbieter ausschliesst, aus einem Verzeichnis streicht oder einen Zuschlag widerruft (Artikel 44 Bst. l), oder wenn er Anbieter wegen Widerhandlungen gemäss Artikel 44 Bst. l sanktioniert."

2.6 Aufbewahrung von Unterlagen

33. Die WEKO und ihr Sekretariat werden immer wieder – gerade von öffentlichen Auftraggebern – mit Hinweisen und Verdachtsmomenten zu möglichen Abreden im Beschaffungswesen bedient, deren Nachweis aber regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist. Statistische Auswertungen der Ausschreibungsunterlagen ermöglichen es, Indizien für Submissionsabreden zu erlangen. Eine solche Auswertung setzt voraus, dass zumindest die Offertöffnungsprotokolle von mehreren Jahren erhältlich sind. Entsprechend ist die Aufbewahrungspflicht – es reicht die elektronische Erfassung – der Offertöffnungsprotokolle auf (mindestens) zehn Jahre anzusetzen und der WEKO ein Zugangsrecht einzuräumen.

Antrag 12: Änderung von Art. 49 Abs. 2 E-IVöB und Ergänzung eines Abs. 3 wie folgt:

„[2] Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

a) und b) […]

~~c) das Offertöffnungsprotokoll~~

d) bis i) […]."

„[3] Soweit keine weitergehenden Bestimmungen bestehen, bewahrt der Auftraggeber die Offertöffnungsprotokolle für die Dauer von mindestens zehn Jahren ab Zuschlag auf. Die Wettbewerbskommission erhält auf Anfrage Zugang zu diesen Offertöffnungsprotokollen."

2.7 Beschwerderecht der WEKO

34. Der E-IVöB sieht vor, dass das Behördenbeschwerderecht in die IVöB übernommen und als Variantenentscheid entweder weiterhin der WEKO oder neu dem InöB zukommen soll (Art. 52 Abs. 3 E-IVöB). Gemäss Vernehmlassungsbericht habe das Beschwerderecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2bis BGBM „keine grosse Bedeutung erlangt" und solle aufgehoben werden (S. 51). Die WEKO teilt diese Auffassung nicht. Der erläuternde Bericht führt denn auch an keiner Stelle aus, aus welchen Gründen die Aufhebung der WEKO-Aufsichtsinstrumente im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung angezeigt sein soll.

35. Gestützt auf die WEKO-Empfehlung ebenfalls vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrates und des InöB spricht sich die WEKO für die Beibehaltung des Beschwerderechts auf Bundesgesetzesebene aus.

Antrag 13: Streichung von Art. 52 Abs. 3 E-IVöB.

B 7	**Kantonale Gerichte** Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	**1. Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission / Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence**

Publication d'une décision rendue en application de la Loi sur le marché intérieur (art. 10a al. 2 LMI) avec les commentaires de Simon Odermatt et Gaël Schaffter, Centre de compétence Marché intérieur, Secrétariat de la Commission de la concurrence.

Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM), mit Erläuterungen von Simon Odermatt und Gaël Schaffter, Kompetenzzentrum Binnenmarkt, Sekretariat der Wettbewerbskommission.

1 Erläuterungen / Commentaires

La ville de Bremgarten a invité plusieurs soumissionnaires à lui soumettre une offre pour la réalisation d'un projet pilote de travail avec les jeunes («Jugendarbeit») dont le crédit-cadre était d'un montant de 445'000.- francs. À l'issue de la procédure, elle a attribué le marché au prix d'environ 300'000 francs.

Dans le cadre de cette procédure, un soumissionnaire a fait recours par devant le Tribunal administratif du canton d'Argovie au motif que l'adjudicataire aurait dû être exclu de la procédure. La ville a répliqué qu'elle estimait que le marché n'était pas soumis au droit des marchés publics.

Après des considérations d'ordre procédural (partie en droit I., non publiée), le Tribunal administratif du canton d'Argovie a considéré que le transfert d'une tâche public à un tiers privé par le biais d'un contrat de prestation est bel et bien soumis au droit des marchés publics, respectivement que l'art. 5 LMI est applicable à un tel transfert (partie en droit II., en particulier II.2).

En conséquence, le tribunal administratif argovien a annulé l'adjudication et a renvoyé l'affaire au pouvoir adjudicateur pour qu'il procède à une nouvelle procédure pour la passation de ce marché. En effet, selon sa jurisprudence, le choix d'une procédure de marché public erronée constitue une violation du droit des marchés publics telle qu'il n'est pas possible de la «réparer» de sorte que la procédure doit être annulée et reprise à zéro.

***

Die Stadt Bremgarten hat mehrere Anbieter eingeladen, ihr ein Angebot für die Realisierung eines Pilotprojektes für Jugendarbeit einzureichen, dessen Rahmenkredit sich auf CHF 445‘000 belief. In der Folge erteilte sie den Zuschlag zum Preis von ca. CHF 300‘000.

Dagegen reichte ein Anbieter beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau Beschwerde ein und beantragte, der Zuschlag sei zu widerrufen, weil der Zuschlagsempfänger vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Stadt Bremgarten stellte sich auf den Standpunkt, dass der Auftrag gar nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt sei.

Im Anschluss an verfahrensrechtliche Erwägungen (Ziffer I der Erwägungen; nicht publiziert), hält das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau fest, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen privaten Dritten gestützt auf einen Dienstleistungsvertrag dem Beschaffungsrecht unterstellt ist, bzw. dass Art. 5 BGBM auf eine solche Übertragung anwendbar ist (Ziffer II der Erwägungen, insb. II. 2).

Gestützt darauf hob das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau den erteilten Zuschlag auf und wies die Sache an die Beschaffungsstelle zurück, damit diese ein neues Beschaffungsverfahren durchführt. Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts stellt die Wahl des falschen Beschaffungsverfahrens eine Verletzung des Binnenmarktrechts dar, die nicht geheilt werden kann, sodass das Verfahren abgebrochen und von Neuem durchgeführt werden muss.

2 Extrait des considérants, Jugement du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 8 octobre 2014 (WBE.2014.187) / Auszug aus den Erwägungen des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Oktober 2014 (WBE.2014.187)

[…]

Beschwerdeführer

X., […], […]

gegen

Stadt Bremgarten, Rathausplatz 1, 5620 Bremgarten AG handelnd durch den Stadtrat

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung des Stadtrats Bremgarten vom 3. Juni 2014

Die Einwohnergemeinde Bremgarten genehmigte am 12. Dezember 2013 ein Konzept zur Jugendarbeit für die Jahre 2014 - 2016 und einen Bruttorahmenkredit von Fr. 445'000.00 für die Umsetzung des Konzepts. Das Konzept sah vor, die Jugendarbeit einer externen Trägerschaft im Rahmen eines Leistungsauftrags zu übertragen. Ende Januar 2014 erfolgten für die Umsetzung des Jugendarbeitskonzepts (Pilotphase 2014 - 2016) mehrere Offertanfragen. Eingereicht wurden schliesslich drei Angebote (Z., […]; Y., […]; X., […]) mit (bereinigten) Beträgen von Fr. 308'970.00 bis Fr. 401'658.00. Mit Beschluss vom 2. Juni 2014 vergab der Stadtrat Bremgarten den Auftrag an den Y. zum Preis von Fr. 308‘970.00 (als fixe Pauschale). X. […] wurde die anderweitige Auftragsvergabe mit Verfügung vom 3. Juni 2014 mitgeteilt.

B.

1.

Mit Eingabe vom 13. Juni 2014 erhob X. beim Verwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, der Zuschlag der Jugendarbeit Bremgarten an Y. sei zu widerrufen. Die eigenmächtige Abänderung der Zielgruppe sei ein Ausschluss- und nicht ein Zuschlagsgrund.

2.

Mit Beschwerdeantwort vom 25. Juni 2014 beantragte der Gemeinderat Bremgarten, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen.

3.

Y. teilte mit Eingabe vom 26. Juni 2014 den Verzicht auf eine Verfahrensteilnahme mit machte aber verschiedene, aus seiner Sicht von Amtes wegen zu berücksichtigende Ausführungen zur Beschwerde.

4.

Mit Replik vom 10. Juli 2014 nahm der Beschwerdeführer Stellung zur Beschwerdeantwort des Stadtrats Bremgarten und zur Eingabe [von] Y.

5.

Der Stadtrat Bremgarten erstattete mit Eingabe vom 24. Juli 2014 eine Duplik.

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 8. Oktober 2014 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

[…]

[…]

II.

1.

Gegenstand des vorliegend strittigen Submissionsverfahrens bildet die Übertragung der Jugendarbeit an einen externen Träger im Rahmen eines Leistungsauftrags für eine dreijährige Pilotphase (2014 - 2016). Die Einwohnergemeinde genehmigte dafür am 12. Dezember 2013 einen Rahmenkredit von Fr. 445'000.00 (darin eingeschlossen Beiträge des Kantons von Fr. 75'150.00 und Sponsoring-Beiträge von Fr. 8'250.00).

2.

2.1.

Nach Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 8. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) sorgen die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Diesem Auftrag ist der Kanton Aargau nachgekommen, indem in § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SubmD vorgesehen ist, dass im offenen oder selektiven Verfahren zu vergebende öffentliche Aufträge öffentlich auszuschreiben sind (vgl. § 12 Abs. 1 und § 34 Abs. 1 SubmD). Gemäss § 8 Abs. 1 SubmD sind Aufträge dann im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 500'000.00 (lit. a) bzw. bei Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 250'000.00 (lit. b) erreicht (vgl. AGVE 2001. S. 313 f.; 1097, S. 344). Nach § 8 Abs. 2 SubmD sind Aufträge im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 300‘000.00 (lit. a), bei Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 150‘000.00 (lit. b) bzw. bei Lieferungen Fr. 100‘000.00 (lit. c) übersteigt. § 8 Abs. 3 SubmD regelt schliesslich die Fälle, in denen ein Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werden darf.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers (AGVE 2001, S. 313; 1097, S. 343 f.; VGE 111/20 vom 21. Februar 2014 [WBE.2013.547], S. 14; VGE 111/75 vom 18. Dezember 2012 [WBE:2012.429], S. 6 f.; VGE 111/74 vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.327], S. 5 f.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 337).

2.2.

Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Bauauftrag, Lieferung, Dienstleistung) und anderseits der Wert

des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen. Massgebend ist der vor der Ausschreibung geschätzte Auftragswert und nicht der Wert des später bei der Vergabe berücksichtigten Angebots. Die Vergabestelle hat somit vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen. Es hat sich dabei um eine zuverlässige und sorgfältige Schätzung zu handeln. Insbesondere darf dabei, um die Bestimmungen über die Schwellenwerte einzuhalten, nicht zu knapp kalkuliert werden; die Behörde hat sich eher an die obere Breite der Schätzung zu halten (AGVE 2008, S. 197; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 323ff.). Die eidgenössische Mehrwertsteuer wird bei der Berechnung des Auftragswerts nicht berücksichtigt (§ 8 Abs. 5 SubmD; AGVE 2008, S. 197).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist bei der Berechnung des Werts des zu vergebenden Auftrags die Dauer bzw. die vorgesehene Dauer mitzuberücksichtigen. Ist vertraglich eine bestimmte Dauer festgelegt, während derer die Leistungen wiederkehrend oder dauernd zu erbringen sind, so bestimmt sich der Wert des Auftrags aufgrund dieser Dauer (AGVE 1999, S. 307 f.; VGE 111/74 vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.327], S. 6 f.; VGE 111/75 vom 18. Dezember 2012 [WBE.2012.429], S. 7).

2.3.

Die Kosten für die dreijährige Pilotphase vom 1. April 2014 bis zum 30. Juni 2016, für deren Dauer die Jugendarbeit extern vergeben werden sollte, belaufen sich nach der Berechnung des Stadtrats auf Fr. 445‘000.00 (Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung vom 12. Dezember 2013, Ziff. 9 [bei den Beschwerdeantwortbeilagen]; vgl. auch Auszug aus dem Protokoll des Stadtrats vom 2. Juni 2014, S. 1 [bei den Beschwerdeantwortbeilagen]). Die (bereinigten) Angebotspreise der drei eingegangenen Offerten für die Pilotphase liegen zwischen Fr. 308‘970 und Fr. 401‘658.00 (Auszug aus dem Protokoll des Stadtrats vom 2. Juni 2014, S. 3 [bei den Beschwerdeantwortbeilagen]). Der Zuschlag an Y. wurde zum Betrag von Fr. 308‘970.00 erteilt (Vergabeverfügung vom 3. Juni 2014).

Der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags übersteigt somit den Schwellenwert von Fr. 250‘000.00, bis zu dem bei Dienstleistungen ein Einladungsverfahren zulässig ist (vgl. § 8 Abs. 2 lit. b und Abs. 1 lit. b SubmD), deutlich. Die Vergabe der Jugendarbeit hätte deshalb nach Wahl der Vergabestelle im offenen oder allenfalls im selektiven Verfahren erfolgen müssen, was in beiden Fällen eine vorgängige öffentliche Ausschreibung vorausgesetzt hätte (§ 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2 SubmD). Das durchgeführte Einladungsverfahren ist klarerweise dekretswidrig. Aus diesem Grund ist der erteilte Zuschlag aufzuheben. Damit erübrigt es sich, auf die Rügen des Beschwerdeführers näher einzugehen. Es wird Sache des Stadtrats sein, den Auftrag in einem den Vorschriften des Submissionsdekrets entsprechenden Verfahren neu zu vergeben.

3.

Demgemäss ist die Beschwerde gutzuheissen und der an den Verein Y. erteilte Zuschlag aufzuheben.

[…]

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der an Y., erteilte Zuschlag vom 2. Juni 2014 aufgehoben.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

[Zustellung]

[Rechtsmittelbelehrung]

[Rechtsmittelbelehrung]

Aarau, 8. Oktober 2014

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz: Gerichtsschreiber:

[sig.] [sig.]

Winkler Wildi

C Zivilrechtliche Praxis
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte
Tribunaux cantonaux
Tribunali cantonali

C 1	**1. Urteil vom 17. Dezember 2014 des Handelsgerichtes des Kantons Zürich betreffend vorsorgliche Massnahmen**

Urteil vom 17. Dezember 2014 des Handelsgerichtes des Kantons Zürich in Sachen Baldag AG in Oberuzwil (Klägerin) vertreten durch […] gegen Jaguar Land Rover Schweiz AG in Safenwil (Beklagte) vertreten durch [..] betreffend vorsorgliche Massnahmen.

Rechtsbegehren:

(act. 1)

„1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung vorsorglich zu befehlen,

1.1. den Servicevertrag mit der Gesuchstellerin vom 1. Januar 2005 auch nach dem 31. Juli 2014 vollumfänglich zu erfüllen; insbesondere

1.2. der Gesuchstellerin auch nach dem 31. Juli 2014 Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes und zu der für Service- und Wartungsarbeiten notwendigen Software und technischen Informationen zu gewähren;

1.3. der Gesuchstellerin auch nach dem 31. Juli 2014 die Verwendung der „Land Rover"-Markenrechte (insbesondere der Marken CH-NR. P-432246 und P-432266 zu gestatten; und

1.4. die Gesuchstellerin auch nach dem 31. Juli 2014 zum Netz zugelassener Werkstätten der Marke „Land Rover" zuzulassen.

2. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung zu untersagen,

2.1. die Kunden der Gesuchstellerin wörtlich oder sinngemäss über die rechtswidrige Auflösung der Geschäftsbeziehung zu informieren; und

2.2. Dritte oder die Öffentlichkeit wörtlich oder sinngemäss über die rechtswidrige Auflösung der Geschäftsbeziehung zu informieren.

3. Die Befehle gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend seien sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin (superprovisorisch) anzuordnen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

(act. 18)

„1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung vorsorglich zu befehlen,

1.1. den Servicevertrag mit der Klägerin vom 1. Januar 2005 vollumfänglich zu erfüllen;

1.1.a eventualiter mit der Klägerin einen mit dem Servicevertrag vom 1. Januar 2005 inhaltlich gleich lautenden Servicevertrag für die Dauer des Verfahrens abzuschliessen; insbesondere

1.2. [in der Folge gleichbleibende Anträge]."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

28.07.2014: Eingang des Massnahmebegehrens (act. 1, act. 4; Beilagen act. 3/2 – 29; act. 5/1,2).

29.07.2014: Erste Verfügung (act. 6): Abweisung Dringlichkeitsbegehren und Fristansetzungen.

28.08.2014: Antwort zum Massnahmebegehren (act. 12; Beilagen act. 13/1-23).

29.08.2014: Zweite Verfügung (act. 14): Fristansetzung.

02.09.2014: Eingabe Klägerin (act. 16; Beilage act. 17).

16.09.2014: Stellungnahme Klägerin (act. 18; Beilagen act. 19/30-32).

17.09.2014: Dritte Verfügung (act. 20): Fristansetzung.

10.10.2014: Eingabe Klägerin (act. 23/1; Beilage act. 23/2).

13.10.2014: Eingabe Klägerin (act. 24; Beilagen act. 25/1,2).

20.10.2014: Stellungnahme Beklagte (act. 26; Beilage act. 28/1).

22.10.2014: Vierte Verfügung (act. 29): Fristansetzung.

12.11.2014: Stellungnahme Klägerin (act. 31).

12.11.2014: Stellungnahme Beklagte (act. 32).

2. Übersicht

2.1 Die Klägerin (= Gesuchstellering) hat ihren Sitz in Oberuzwil SAG und als Zweck im Wesentlichen den Betrieb einer Autogarage (HR – Auszug act. 3/4). Zweck

der Beklagten (= Gesuchsgegnerin) ist ganz allgemein der Handel mit Motorfahrzeugen usw. (HR – Auszug act. 3/3). Wie ihre Firmierung zum Ausdruck bringt, ist sie spezialisiert auf die Marken Jaguar und Land Rover. Ihr Sitz liegt in Safenwil AG. Die Beklagte bzw. die Gruppe, der sie angehört, nimmt gemäss Selbsteinschätzung (Website der Gruppe) und Notorietät eine führende Rolle in der Schweizer Automobilbranche ein.

2.2 Mit Wirkung ab 1. Januar 2005 bestand zwischen den Parteien ein sogenannter Servicevertrag (act. 3/2). In dessen Präambel wird der allgemeine Vertragshintergrund und –gegenstand zusammengefasst (die Klägerin wird darin als Service-partner bezeichnet, die Beklagte als Importeur):

Unter Berücksichtigung, dass der Importeur für den Reparatur- und Kundendienst, einschliesslich des Verkaufs von Ersatzteilen für Motorfahrzeuge der Marke Land Rover ein selektives Werkstattnetz einrichtet und demgemäss autorisierte Werkstätten in der Schweiz ernennt, die bestimmte Land Rover-Grundstandards, wie sie im Anhang 1 zu diesem Servicevertrag festgehalten sind, erfüllen,

unter Berücksichtigung, dass der Importeur beabsichtigt, den Servicepartner als autorisierte Werkstatt zu ernennen, und der Servicepartner beabsichtigt, die Ernennung für die Vermarktung und den Verkauf von Zubehör und Ersatzteilen der Marke Land Rover (nachstehend Vertragswaren genannt) hierfür sowie von Reparatur- und Kundendienstleistungen für Fahrzeuge der Marke Land Rover (nachstehend Vertragsfahrzeuge genannt) anzunehmen,

treffen die Parteien die nachfolgenden Vereinbarungen:

2.3 Im Juli 2012 wurde der Vertrag seitens der Beklagten ordentlich gekündigt (act. 3/6). Infolgedessen lief er Ende Juli 2014 aus.

2.4 Die Parteien streiten darüber, inwiefern und inwieweit die Beklagte verpflichtet ist, aus kartellrechtlichen Gründen auch nach Juli 2014 geschäftliche Beziehungen zur Klägerin einzugehen bzw. diese fortzusetzen.

2.5 Der Streit hat einen kartellrechtlichen Hintergrund von grundsätzlicher Bedeutung. Nach höchstrichterlicher Vorgabe sind Rechtsfragen im Massnahmeverfahren nur summarisch zu prüfen (BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32, E. 2.3). Diese Auffassung wird von einem Teil der Lehre kritisiert; die Rechtsprüfung müsse möglichst umfassend sein (BSK ZPO – SPRECHER, Art. 261 N 57, N 80 ff., mit diversen Hinweisen). Praktische Auswirkungen der beiden Standpunkte zeigen sich selten. Im Bereich des Kartellrechts wird die Problemstellung allerdings noch akzentuiert durch die Verzahnung von Rechts- und (mit dem Beweismass des Glaubhaftmachens behafteten) Tatfragen, insbesondere bei der Ermittlung des relevanten Marktes und allenfalls bei der Prüfung der Erheblichkeit. Sodann ist in einem Hauptsacheverfahren über die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ein Gutachten der WEKO einzuholen (Art. 15 Abs. 1 KG), was nach geltender Lehre und Praxis für das Massnahmeverfahren grundsätzlich nicht gilt (BSK KG - JACOBS/GIGER, Art. 15 N 9). Insofern ist die Basis für die Entscheidfindung schmaler. Die Parteien haben korrekterweise keinen entsprechenden Beweisantrag gestellt. Das Massnahmegericht hat schliesslich die drohenden Nachteile der Parteien - im Falle der Anordnung wie der Nichtanordnung von Massnahmen – vor der Entscheidfällung zu prüfen und beim Entscheid zu berücksichtigen (BGE 131 III 473 = Pra 95 Nr. 32, E. 2.3). Insofern sind die konkreten Verhältnisse von besonderer Bedeutung. Das erkennende Gericht geht davon aus, dass eine vorsorgliche Massnahme jedenfalls nur dann ausgesprochen werden darf, wenn in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mehr für als gegen ihre Begründetheit spricht.

2.6 Die Klägerin sieht sich als Betroffene einer kartellrechtswidrigen Werkstattnetzplanung (Art. 5 KG). Auch sei der Abbruch bzw. die Verweigerung der Geschäftsbeziehung seitens der Beklagten missbräuchlich (Art. 7 KG). Unabhängig von den Anspruchsgrundlagen ist zunächst der relevante Markt zu ermitteln. Bei der nachfolgenden Zusammenfassung der Parteidarstellungen sind in erster Linie diejenigen der ordentlichen Rechtsschriften (act. 1, act. 12) erfasst. Auf die späteren Darlegungen, welche ohne zureichenden Anlass keine Noven enthalten dürfen, wird - soweit erforderlich – bei der Würdigung eingegangen (Erwägung sub Ziff. 7). Die wenigen Hinweise des Gerichts sub Erwägungen Ziff. 3 - 6 nachfolgend dienen vor allem der Verständlichmachung.

3. Zum relevanten Markt

3.1 Nach üblicher Definition (statt vieler: DUCREY, in: von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., N 1335) umfasst der sachlich relevante Markt „alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften (z.B. Qualität, Preis) oder ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden“ (so auch die WEKO {Schweizerische Wettbewerbskommission} z.B. in ihrer nicht rechtskräftigen Verfügung vom 7. Mai 2012 in der Untersuchung 22-0408, RPW 2012/3, S. 540 ff., BMW; vgl. auch BGE 139 I 72 E 9.2.3.1, Publigroupe). Im Entscheid BMW, der allerdings den Autohandel betraf, wurden markenübergreifend Märkte für verschiedene Segmente angenommen (vom Microwagen bis zur Luxusklasse; a.a.O Rz 184).

3.2 Die Klägerin vertritt den Standpunkt, für eine Land Rover - Vertragswerkstatt sie die Beklagte als exklusive Generalimporteurin selbiger Fahrzeuge (und Berechtigte für die Vornahme von Garantiearbeiten) im Bereich After - Sales die einzige in Frage kommende Anbieterin von Waren (Ersatzteilen) und Dienstleistungen (Bereitstellung von Geräten und technischen Informationen zur Wartung und Instandsetzung der Fahrzeuge). Die Produkte und Dienstleistungen der Anbieter anderer Automarken könnten nicht verwendet werden, mithin fehle die Substituierbarkeit. Folglich lasse sich der sachlich relevante Markt definieren als After - Sales Markt für Instandsetzungs-, Wartungs- und Garantiedienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen betreffend die Fahrzeuge der Marke „Land Rover“ (act. 1 Rz 39).

3.3 Die Beklagte sieht den sogenannten „Systemmarkt für Personenkraftwagen“ als relevanten Markt (act. 12 Rzn 56 ff.). Sollte eventualiter ein eigenständiger After - Sales Markt angenommen werden, sei dieser markenübergreifend (act. 12 Rzn 57 ff.).

3.3.1 Ein Systemmarkt, bestehend aus dem Anbieten und dem Verkauf von (neuen) Fahrzeugen (Primärbe-

reich) und dem Garantie-, Service- und Ersatzteilgeschäft (Sekundärbereich), liegt nach Ansicht der Beklagten deshalb vor, weil beim Kaufentscheid der Kunden auch die Wartungskosten eine wichtige Rolle spielten, was für den Sekundärbereich eine disziplinierende Wirkung zeitige. Die Beklagte könne sich mit anderen Worten ein antikompetitives Verhalten im After - Sales Bereich nicht erlauben, weil dies das Neuwagengeschäft negativ beeinflussen würde.

3.3.2 Für ihre Auffassung, ein (allenfalls eigenständig definierter) After - Sales Markt müsse - wie beim Neuwagengeschäft - markenübergreifend definiert werden, verweist die Beklagte auf ein deutsches Präjudiz (BGH, KZR 6/09, Urteil vom 30. März 2011, MAN; act. 13/20). Diesem Entscheid liegt der Gedanke zugrunde (a.a.O. Rz 15), dass eine Auto – Werkstatt als Anbieterin von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Dritten (in casu z.B. bei der Beklagten) vorgelagerte Leistungen bezieht, was den Zutritt in den Endkundenmarkt erleichtere. In einem Verhältnis wie dem vorliegenden sei der vorgelagerte und nicht der Endkundenmarkt relevant. Im Weiteren hielt der BGH fest, die Zulassung als Vertragswerkstatt bilde keinen eigenständigen Markt, sie stelle vielmehr eine von mehreren untereinander austauschbaren Ressourcen im vorstehend definierten relevanten Markt dar.

4. Zum Thema „Unzulässige Wettbewerbsabrede“ nach Art. 5 KG

4.1 Mit ihren bloss vier Absätzen bietet diese Norm eine Vielzahl von Auslegungsproblemen. Sie beschlägt horizontale (Abs. 3) und Vertikale Abreden (Abs. 4), damit auch Mischformen, sie stellt für bestimmte Verhaltensweisen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbes auf (Abs. 3 und 4), und delegiert den rechtsanwendenden Behörden die anspruchsvolle Aufgabe, zu definieren, was eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung ausmacht (Art. 5 Abs. 1 KG).

4.2 Seitens der Klägerin wird eine vertikale Wettbewerbsabrede angenommen, bestehend daraus, dass die Beklagte mit den Vertriebspartnern vereinbart habe, ausschliesslich diese im Absatzgebiet (gemeint wohl die Schweiz) zu beliefern (act. 1 Rz 41). Die (qualitative) Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG begründet sie mit einem Verstoss gegen Grundsätze der Kfz-Bekanntmachung der WEKO (Kfz - BM), einschliesslich der dazugehörigen Kfz - Erläuterungen, implizit auch wegen Missachtung der Vertikalbekanntmachung (Vertikal - BM; act. 1 Rzn 42 ff.; unter Hinweis auf Ziff. 14 Vertikal - BM und Ziff. 6 Kfz - Erläuterungen). So verweigere die Beklagte eine weitere Geschäftsbeziehung mit der Klägerin, ohne zur Begründung qualitative Kriterien (Standards) zu nennen (act. 1 Rz 46 ff.). Die fehlende (schriftliche) Begründung der Kündigung stelle sodann einen Verstoss gegen Ziff. 11 i.V. mit Art. 17 Kfz - BM dar (act. 1 Rz 51 ff.). Schliesslich wird der Beklagten vorgeworfen, sie wolle (generell) keine separaten Serviceverträge mehr schliessen. Die Kopplung von Sales- und After -Sales-Verträgen sei unzulässig (act. 1 Rz 55 ff.; unter Hinweis auf Ziff. 6, 7 und 15 Abs. 1 Bst. a und b Kfz - BM).

4.3 Die Beklagte sieht keine Wettbewerbsbeschränkung, schon gar keine relevante bzw. erhebliche. Sie weist zunächst darauf hin, dass es im Umkreis der Klägerin viel Konkurrenz gebe (act. 12 Rzn 64 f.): Ziehe man einen Kreis von 36 km, so habe es rechts autorisierte Servicepartner, ziehe man einen solchen von 47 km gar deren zwölf. In der näheren Umgebung der Klägerin (Umkreis von 5 km) finde man sodann 33 Autowerkstätten.

4.4 Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Abrede (Art. 4 f. KG; act. 12 Rzn 84 ff.). Mit der Klägerin befinde sich die Beklagte in einem vertragslosen Zustand. Jener sei es möglich, ihre Tätigkeit auch ohne Servicevertrag auszuüben. Das Vertriebssystem der Beklagten stehe nicht zur Diskussion.

4.5 Eine Wettbewerbsbeschränkung als Folge der Kündigung fehlt gemäss Beklagter auch deshalb, weil der Klägerin lediglich Garantie- und Free Service - Arbeiten entgingen, bezüglich welcher zwischen den Garagebetrieben zudem keine Differenzierungsmöglichkeit bestünde, weil die Arbeiten vom Hersteller bzw. Importeur vorgeschrieben seien und durch diese abgegolten würden (act. 12 Rzn 89 ff.). Bei der Klägerin hätten besagte Arbeiten im Geschäft mit der Beklagten nur einen geringen Teil des Umsatzes ausgemacht (act. 13/7). Hinsichtlich Umsatz und Marketingeinsatz habe die Klägerin schliesslich keine kompetitive Kraft dargestellt.

4.6 Auch fehlt es gemäss Beklagter an der Erheblichkeit. Qualitativ stelle die Vertragsauflösung keinen relativen Vorgang dar, da die Klägerin nach wie vor als unabhängige Werkstatt tätig sein könne (act. 12 Rz 94). In quantitativer Hinsicht (dazu act. 12 Rzn 95 ff.) seien die geringen Anteile der Beklagten auf dem relevanten Markt zu berücksichtigen (dazu nachfolgend Erwägung sub Ziff. 5.5). Sodann könne die Klägerin Ersatzteile von autorisierten oder anderen Quellen beziehen. Technische Informationen seien via Internet vom Hersteller erhältlich. Auch biete die Beklagte preiswerte Kurse an, welche allerdings niemand nutze. Der Umsatz, welcher der Klägerin entgehe, sei nicht relevant.

5. Zum Thema Marktbeherrschung

5.1 Bezüglich des Begriffes Marktbeherrschung enthält Art. 4 Abs. 2 KG eine Legaldefinition:

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

5.2 Das Bundesgericht verlangt bei der Prüfung der Frage nach der Marktbeherrschung eine Einzelfallbeurteilung, mithin keine (mechanische) Befolgung fixer Kriterien (BGE 139 I 72 E 9.3.1, Publigroupe). In der Praxis werden verschiedene Beurteilungskriterien berücksichtigt (vgl. DUCREY, a.a.O., N 1483 ff.: v.a. Marktanteil, Marktstruktur, Finanzkraft, Innovationsstärke, Markteintrittschancen).

5.3 Gemäss Klägerin ist die Beklagte auf dem relevanten Markt, wie ihn die Klägerin definiert hat, marktbeherrschend; es handle sich um ein faktisches Monopol. Als exklusive Generalimporteurin von Land Rovern kön-

ne nur die Beklagte zeitnah Material und Daten liefern (zu alledem act. 1 Rzn 59 ff.).

5.4 Die Klägerin stützt sich (gewissermassen eventualiter) auf die Theorie der relativen Marktmacht (act. 1 Rzn 64 ff., mit diversen Hinweisen, u.a. auf die durch einvernehmliche Regelung im Jahre 2004 erledigte Untersuchung in Sachen CoopForte; RPW 2005/1, S. 146 ff.). Danach liege Marktbeherrschung auch vor, wenn ein Unternehmen über keine ausreichenden oder zumutbaren Alternativen verfüge und diese Situation auch nicht verschuldet habe. Dies sei zwischen den Parteien der Fall (gewesen), bei einem relevanten Umsatzanteil im Geschäft der Parteien von über 30 %.

5.5 Gemäss Beklagter (act. 12 Rz 61, act. 13/11) verfügen Fahrzeuge der Marke „Land Rover" in der Schweiz über einen Marktanteil von 1,1 % (Basis: Personenwagen) bzw. 4,61 % (Basis: SUV Premium - Segment).

5.6 Die Beklagte hält die Theorie der relativen Marktmacht für nicht angängig und verneint insbesondere eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin (act. 12 Rzn 108 ff.). Sie bestreitet auch den behaupteten Umsatzanteil im Verhältnis Klägerin zu Beklagter von über 30 % (act. 12 Rzn 27, 110).

6 Zum Thema „Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens" (Art. 7 KG)

6.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig, wenn es durch Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.

6.2 Die Klägerin sieht einen sogenannten Behinderungsmissbrauch, indem die Beklagte Geschäftsbeziehungen verweigere (act. 1 Rz 69 ff.; Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG).

6.3 Wesentlicher als Begrifflichkeiten ist gemäss Rechtsprechung die Frage nach der Rechtfertigung allfälliger Behinderungen, Benachteiligungen usw.; das marktbeherrschende Unternehmen muss sachliche Gründe für sein Verhalten haben (BGE 139 I 72 E. 10.1. 1/2 , Publigroupe, mit Hinweisen auf die Lehre).

6.4 In ihrem Massnahmegesuch bestritt die Klägerin das Vorliegen solcher sachlichen Gründe (act. 1 Rzn 69 ff.). Was sie betreffe, seien die Leistungsziele betreffend Ersatzteile in den Jahren 2012 und 2013 erfüllt worden (act. 1 Rz 71). Dies gelte auch für die sogenannten „Performance-Standards" hinsichtlich Kundendienst und Diagnostik (act. 1 Rz 79).

6.5 Die Beklagte geht ganz grundsätzlich davon aus, sie dürfe ihre Vertragspartner frei wählen, zumal sie nur über einen kleinen Marktanteil verfüge (act. 12 Rz 102). Sodann habe sie aufgezeigt, dass die Klägerin (Original-) Ersatzteile und Informationen auch andernorts beziehen könne.

6.6 Die behauptete Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten bestreitet diese (act. 12 Rzn 108 ff.). Der behauptete Umsatzanteil von 30 % im Vertragszeitraum wird - wie schon erwähnt - ebenfalls bestritten.

7. Würdigung

7.1 Nachfolgend werden nur für die Entscheidfällung wesentliche Punkte thematisiert.

7.2. Zum relevanten Markt

Anhand der Parteivorbringen - und wohl auch objektiv - sind drei Ortungen des relevanten Marktes denkbar, wobei klar ist, dass ein kleinerer Markt eher Anlass geben kann, Verletzungshandlungen zu bejahen (DUCREY, a.a.O., N 1332; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Rz 537).

7.2.1 Der sogenannte Systemmarkt stellt einen (relativ) grossen Markt dar.

a) Die WEKO hat in einer Vorabklärung allgemeine Abgrenzungskriterien zwischen der Systemmarkt- und der Zweimärkte - Theorie formuliert (RPW 2010/3, S. 435 ff., Rz 29, SAP Wartungspreiserhöhung):

„Gemäss der Systemmarkt-Theorie und der Zweimärkte-Theorie können folgende Ansätze für die Marktabgrenzung herangezogen werden. Aus Sicht der Marktgegenseite (Konsumenten) systemisch verbundene Komplementärgüter können unter gewissen Umständen zu einem einzigen Systemprodukt oder Systemproduktmarkt zusammengefasst werden, während systematisch nicht oder nur schwach verbundene Komplemente separate sachlich relevante Märkte bilden dürften. Welcher Ansatz in einem fraglichen Fall adäquat ist, das heisst die Realität besser abzubilden vermag, muss gemäss den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geprüft werden. Verkürzt ausgedrückt ist ein Systemprodukt oder Systemproduktmarkt denn anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht. Eine Disziplinierungswirkung liegt dann vor, wenn sich ein Unternehmen auf den nachgelagerten Sekundärmärkten nicht unabhängig verhalten kann, weil dieses Verhalten Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg auf dem Primärmarkt aufweist."

In einer früheren Vorabklärung (Tintenstrahldrucker und Tintenstrahlpatronen, RPW 2003/4, S. 732 ff.) hatte die WEKO – unter Hinweis auf den Entscheid MINOLTA (RPW 1999/2, S. 247 ff., RPW 2000/4, S. 7156 ff.) - das Vorliegen eines Systemmarkts, nämlich eines „Markt[es] für Tintenstrahldrucker für den Heimbereich (inkl. Patronen)", bejaht (a.a.O. Rz 17 ff.).

b) In der Literatur finden sich folgende Standpunkte:

aa) REINERT/BLOCH stehen zusammengefasst positiv zur Systemmarkttheorie, wobei im Einzelfall diverse Kriterien anzusetzen seien (BSK KG - REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 175 ff.). Ein Systemmarkt könne insbesondere auch im Verhältnis Hersteller (in casu: Importeur) und Händler bzw. Reparaturbetriebe bestehen (a.a.O., N 190 ff.).

bb) ZÄCH (a.a.O., Rzn 534 ff.) nimmt gegenüber der Systemmarkttheorie einen kritischen Standpunkt ein, jedenfalls was das vorliegend interessierende Verhältnis zwischen Serviceunternehmen und Importeur betrifft. Man müsse es bzw. den dort gebildeten Markt vom Markt abgrenzen, in welchem sich Hersteller (in casu Importeur) und Endkunde gegenüberstünden.

cc) Gemäss BÖNI (Koppelung vs. Systemmarkt, in: Jusletter 10. März 2014) darf eine Disziplinierungswirkung nicht einfach so als gegeben angesehen werden, sie bedürfe einer Untersuchung im Einzelfall (Rz 31). Zum Katalog der Kriterien (potenzielle Neukunden, Lebensdauer des Primärproduktes, Wechselkosten für Altkunden, Preistransparenz, Höhe der Kosten von Primär- und Sekundärprodukt, Möglichkeit der Preisdiskriminierung) führt er an, das führe zu keinen klaren Ergebnissen, jedenfalls soweit es den Schluss anbelange, der Systemmarkt sei zu öffnen (a.a.O., Rz 32).

7.2.2 Geht man von der klägerischen These aus, liegt ein eher kleiner Markt vor. Auch wenn die Beklagte bestreitet, Exklusivimporteurin der inkriminierten Fahrzeuge zu sein, dürfte sie bezüglich Land Rover in der Schweiz einen sehr hohen Marktanteil besitzen, dies wohl auch im Service- und Ersatzteilgeschäft (direkt und indirekt). Sie nennt denn auch keine anderen, relevanten Importeure von Land Rover - Fahrzeugen. Die klägerische These führt zugespitzt zur Frage: Ist eine Marke ein Markt?

a) Seitens REINERT/BLOCH wird schon die Fragestellung kritisiert und ein Verkennen ökonomischer Realitäten konstatiert (a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 196, wobei das Verstehen der Begründung nicht leicht fällt).

b) In ihrem Aufsatz „ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen“ (in: sic! 2001, S. 593 ff.) weisen Dietrich/Saurer in einer sehr eingehenden Analyse auf die ökonomischen und kartellrechtlichen Implikationen von selektiven Vertriebssystemen hin. Auch wenn der Beitrag primär den Vertrieb behandelt, lassen sich die Grundthesen auch auf den Service- bzw. Ersatzteilbereich lesen: Entscheidend sie der (bzw. ein funktionierender) Interbrandwettbewerb. Er zwinge die Hersteller (in casu den Importeur) im Vertikalbereich zur Effizienzsteigerung und/oder zur Senkung von Transaktionskosten. Den Händlern (in casu den Servicebetrieben) käme bloss eine Mittlerposition zu, Marktgegenseite sei aber alleine der Endverbraucher.

c) ZÄCH hält (mindestens) dafür, dass Markenartikel während gewisser Zeit einen eigenen Markt bilden können, mit der Konsequenz, dass der betreffende Hersteller (in casu Importeur) auf diesem beherrschend sei (a.a.O., Rz 540).

7.2.3 Im erwähnten Entscheid MAN (vgl. oben Erwägungen sub Ziff. 3.3.2) war zwar für das Verhältnis Hersteller (in casu Importeur) zu Werkstattbetrieb ein eigener Markt angenommen worden, jedoch nicht markenbezogen. Der deutsche Bundesgerichtshof stellte seinem Entscheid folgende Leitsätze voran.

„a) Die Zulassung einer freien Werkstatt zum Vertragswerkstattnetz eines Herstellers von Nutzfahrzeugen betrifft einen dem Endkundenmarkt zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge vorgelagerten Markt

b) Der vorgelagerte Markt umfasst alle Produkte, Dienstleistungen und Rechte, die den Zutritt auf dem nachgelagerten Markt erleichtern, wie etwa das Angebot von Ersatzteilen, Diagnosegeräten und Spezialwerkzeugen, die Vermittlung der erforderlichen jeweiligen markenspezifischen Fachkenntnisse und die Zulassung als Vertragswerkstatt für bestimmte Fahrzeugmarken.

c) Dieser vorgelagerte Markt ist markenübergreifend abzugrenzen.“

Auch wenn es in jenem Präjudiz um Nutzfahrzeuge der Marke MAN ging, darf füglich angenommen werden, der BGH würde auch bei Personenwagen analog entscheiden (in diesem Sinne ist auch das Urteil Az. 11 U 6/14 des Oberlandesgerichtes Frankfurt am Main vom 29. Juli 2014 zu verstehen; act. 28/1, Rz 58).

7.2.4 Sowohl das Systemmarktkonzept als auch die Lösung des BGH führen zu einer markenübergreifenden Marktdefinition. Für beide Ansichten finden sich Präjudizien und gewichtige Literaturstellen. Dem Konzept der Markenbezogenheit kommt aus Sicht des betroffenen Serviceunternehmens eine verständliche Attraktion zu. Das Gericht hat aber alle Interessen in seine Würdigung einzubeziehen. Dabei darf nicht verkannt werden, dass der enge Markt, wie ihn die Klägerin sieht, im Wesentlichen auf der national starken Marktstellung der Beklagten im Bereich „Land Rover“ beruht und mindestens im Hinblick auf die Anwendung von Art. 7 KG ergebnisorientiert definiert erscheint. Der Wortlaut dieser Bestimmung enthält keinen Hinweis darauf, was überhaupt einen Markt bildet oder bilden kann. Anders Art. 5 KG: Hier ist in Abs. 1 vom „Markt für bestimmte Waren oder [Dienst-] Leistungen die Rede“. Auch die tradierte allgemeine Definition des sachlichen Marktes enthält die Gattungsbegriffe „Waren“ und „Dienstleistungen“ (siehe oben Erwägungen sub Ziff. 3.1). Die Marke ist der Name eines Produktes oder einer Dienstleistung. Sie hat verschiedene Funktionen, so die Individualisierungs-, die Unterscheidungs- und die Werbefunktion. Unstrittig gibt es bekannte und berühmte Marken, deren hohe Werkschätzung selbstredend auch auf das Produkt abfärbt. Andererseits ändert das an der Ware oder der Dienstleistung nichts. Diese bleiben objektiv grundsätzlich immer noch gleich substituierbar, mit oder ohne (bekannt oder berühmte) Marke. Dass alleine die Bekanntheit oder gar Berühmtheit des Namens gewissermassen zu einem neuen Markt führen soll, ist objektiv schwer nachzuvollziehen und lässt sich wohl nur begründen, wenn subjektiven Faktoren (z.B. wenn sich ein Service - Unternehmen auf das Markenprodukt eines Dritten spezialisiert) eine entscheidende Bedeutung gegeben wird. Es gibt offenbar kein bekanntes Präjudiz (von der WEKO auch kein sonstiges Arbeitsergebnis), welches den relevanten Markt auf ein Markenprodukt bzw. Leistungen im Zusammenhang mit einem Markenprodukt eingegrenzt hätte. Marken haben eine mehr oder weniger grosse Marktgeltung, aber sie bilden den Markt nicht. Gesamthaft spricht vorliegend mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarktes oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Marktes.

7.3 Zu Art. 5 KG

7.3.1 Die Klägerin geht davon aus, dass im Markt eine unzulässige vertikale Wettbewerbsabrede in Form eines selektiven Vertriebssystems besteht, enthaltend die Abrede, es würden nur die autorisierten Vertriebspartner beliefert (act. 1 Rz 41). Die Beklagte bestreitet - wenn auch sehr pauschal - das Bestehen einer (einschlägigen) Abrede (act. 12 Rz 89).

7.3.2 Es ist unstrittig, dass die Beklagte mit diversen „autorisierten“ Servicepartnern einen Servicevertrag geschlossen hat. Die Klägerin reichte - ausser dem eigenen (act. 3/2) - keinen Servicevertrag und auch kein anderes diesbezüglich zielführendes Dokument zu den Akten. Insofern ist der behauptete Inhalt einer Abrede zwischen Beklagter und anderen Marktteilnehmern nicht glaubhaft gemacht. Zu Gunsten der Klägerin wird aber angenommen, der Inhalt der Verträge zwischen Beklagter und Dritten entspreche im Wesentlichen dem Vertrag der Parteien (act. 3/2). Vermutungsweise werden solche Verträge gleich oder ähnlich formuliert, was die Beklagte auch einräumt (act. 12 Rz 45).

7.3.3 Der Vertrag (act. 3/2) stipuliert eine Vielzahl von Pflichten, welche die Servicepartner zu erfüllen haben. Die Pflichten der Beklagten sind dünn gesät. Eine explizite Verpflichtung der Beklagten, „ausschliesslich diese [die Servicepartner] im Absatzgebiet zu beliefern“ (so die Klägerin in act. 1 Rz 41), findet sich im Vertrag nicht. In diese Richtung könnte allenfalls Ziff. 1.7 des Vertrages deuten, wo es unter dem Titel „Direktverkäufe Importeur“ heisst: Der Importeur behält sich das Recht vor, Vertragswaren direkt zu verkaufen und auszuliefern an:

„- die Eidgenossenschaft, die Kantone sowie deren Anstalten und Körperschaften;

- internationale Organisationen und Diplomaten;

- Flottenbesitzer und Leasinggesellschaften;

- Tochtergesellschaften der Lieferwerke des Importeurs sowie deren Angestellte;

- Hersteller von Fahrzeugteilen und Ausrüstungen;

- Angestellte und Pensionierte der Emil-Frey-Gruppe.“

Eine Rechtspflicht der Beklagten, welche den Servicepartner einklagbare Unterlassungsansprüche einräumen würde, kann aber auch dieser Ziffer nicht abgeleitet werden. Die Klägerin macht das auch nicht geltend. Die Beklagte bleibt zudem - zumindest nach dem vorliegenden Vertrag - auch völlig frei, wen sie als Servicepartner anerkennt und wen nicht. Sodann kann die Beklagte über Tochtergesellschaften der Lieferwerke des Importeurs schalten und walten wie sie will. Der Konzern oder die Gruppe, welchem oder welcher sie angehört, führt bekanntlich diverse eigene Garagenbetriebe. Nach dem Aktenstand beruht die Weigerung der Beklagten, die Klägerin zu beliefern, nicht auf einer Abrede, sondern auf einer autonomen Entscheidung. Damit fallen Ansprüche, soweit sie auf Art. 5 KG abgestützt werden, ausser Betracht.

7.3.4 Zur Vertikal - BM vom 28. Juli 2010, zur Kfz - BM vom 21. Oktober 2002 und zu den Erläuterungen Kfz - BM vom 21. Oktober 2012

a) Die nachfolgenden Erwägungen gelten für den Fall, dass man eine Abrede bejaht.

b) Die auf Art. 6 KG abgestützten Verlautbarungen der WEKO binden die Gerichte bekanntlich nicht (vgl. u.a. BGE 129 II 18 E. 5.2.1, Buchpreisbindung). Abzulehnen ist die gestützt auf ein kantonales Präjudiz (RPW 2013/3, S. 455, E.3.31) vertretene These, wonach Bekanntmachungen bei (hinreichend) klarem Sachverhalt analog einem Gutachten der WEKO massgebend sein sollen (act. 1 Rz 44). Die WEKO selber lehnt - jedenfalls grundsätzlich - die Verbindlichkeit von Bekanntmachungen in Bezug auf eigene Untersuchungen ab (DUCREY, a.a.O., N 1449). Sodann werden WEKO-Gutachten aufgrund eines vom Gericht darzulegenden Sachverhaltes erstellt, es geht also um Subsumtion, währendem bisher Bekanntmachungen im Wesentlichen die (fallmässig regelmässig noch vorzunehmende) allgemeine Praxisbildung zum Gegenstand haben. Sie sind generell - abstrakt gefasst und daher für die Gericht nicht mehr und nicht weniger als eine zu konsultierende Quelle zur Frage, wie das Gesetz ausgelegt werden soll. Bei der richterlichen Arbeit muss in jedem Fall die Nachvollziehbarkeit des Inhalts einer Bekanntmachung vor dem Hintergrund der massgeblichen Bestimmungen des Kartellgesetzes im Zentrum stehen. Wesentlicher für die freie richterliche Rechtsfindung sind darüber hinaus stets Präjudizien (Fall - Praxis der WEKO und der Gerichte, v.a. des Bundesgerichtes).

c) Die Kfz - BM enthält keine Bestimmung, welche einen Kontrahierungszwang als wettbewerbsrechtlich geboten statuiert. Erst in den Erläuterungen zur Kfz - BM wird von einem Kontrahierungszwang ausgegangen, sofern ein Werkstattbetrieb die qualitativen Kriterien erfüllt (Ziff. 6). Eine nachvollziehbare Begründung fehlt allerdings. Es ist kein WEKO-Entscheid bekannt, in welchem ein Kontrahierungszwang ausgegangen, sofern ein Werkstattbetrieb die qualitativen Kriterien erfüllt (Ziff. 6). Eine nachvollziehbare Begründung fehlt allerdings. Es ist kein WEKO-Entscheid bekannt, in welchem ein Kontrahierungszwang ausgesprochen wurde oder gar eine Sanktionierung in diesem Zusammenhang erfolgte.

d) Konsultiert man ergänzend die Vertikal - BM (gemäss deren Ziff. 9), so hält diese zur Erheblichkeit (Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG) fest, hierbei seien sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen (Ziff. 12). Bei Zugrundelegung der vorgenommenen Marktabgrenzung ist der Marktanteil der Beklagten eher klein (unter 5 %). Die Klägerin war eine von vielen Servicepartnern der Beklagten und es gibt viele Importeure. Eingehende konkrete Ausführungen zu den Marktverhältnissen in der Schweiz sind seitens der Parteien unterblieben. Die quantitative Erheblichkeit (Auswirkungen im Markt) kann deshalb nicht beurteilt werden. Folglich fehlt es an einer Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 5 KG, weshalb auch von daher die Bejahung eines Kontrahierungszwanges (gestützt auf Art. 13 KG) nicht in Frage kommt (vgl. auch BSK KG-Neff, Kfz - BM Ziff. 7, N 2 ff.)

e) Die Klägerin weist auf den Entscheid B-506/2010 Gaba des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19. Dezember 2013 hin, in welchem eine qualitative erhebliche Wettbewerbsbeschränkung als für die Bejahung der Erheblichkeit ausreichend angesehen wurde (E. 11.2.4). Die gleiche Instanz hat allerdings im Entscheid B-8399/2010 Siegenia vom 23. September 2014 festgehalten, es bestehe im Schweizer Kartellrecht keine per se - Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt zu untersuchen seien (E. 6.1.3). Entscheidend sind höchstrichterliche Erwägungen. Diesbezüglich einschlägig ist immer noch BGE 129 II 18 E. 5.2.1, Buchpreisbindung: Danach sind qualitative und

quantitative Aspekte zu prüfen (in diesem Sinne auch BSK KG-Krauskopf/Schaller, Art. 5 N 173).

7.4 Zu Art. 7 KG

7.4.1 Ausgehend von der getroffenen Marktabgrenzung und einem Marktanteil von unter 5 % kann nach dem tradierten Marktbeherrschungsbegriff nicht von einer Marktbeherrschung durch die Beklagte gesprochen werden (REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N 277).

7.4.2 Bezüglich konkreter Abhängigkeitsverhältnisse hat die WEKO im Fall Coop-Forte (allerdings nur in obiter dicta – Erwägungen, da eine einvernehmliche Regelung zu keiner Entscheidung in der Sache führte) Voraussetzungen formuliert, welche eine Abhängigkeit bejahen lassen können (RPW 2005/1 S 146 ff, Rzn 98 ff.). In casu liegen aber derart wenige und noch weniger glaubhaft gemachte Daten vor, dass eine Prüfung anhand dieser Kriterien unmöglich ist. Selbst die klägischerseits als wesentlich angegebene Grösse eines Umsatzanteils vom 30 % bzw. mehr (act. 1 Rz 65) wurde nicht glaubhaft gemacht. Als Beweismittel legte die Klägerin nur ein geschwärztes Mail zu den Akten (act. 3/22). Das genügt nicht. Die als act. 5/1 eingereichte Studie der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) mit dem Titel „Abhängigkeitsverhältnisse im Kfz-Gewerbe“ vom 18. März 2014 ändert daran nichts. Zum Einen können allgemeine Erhebungen die Substantiierung und Beweisführung im konkreten Verfahren nicht ersetzen. Zum Anderen beruht der empirische Teil der Studien auf einer Internethändlerbefragung mit einem Rücklauf von etwa 5 % (act. 5/1 Seite II). Die Objektivität der Angaben und die Repräsentanz sind daher fraglich.

7.4.3 Für die Anwendung von Art. 7 KG braucht es ein missbräuchliches Verhalten. Dass die Beklagte Geschäftsbeziehungen zur Klägerin verweigert, räumt sie ein. Insofern könnte – bei Bejahung von Marktbeherrschung - eine verpönte Verhaltensweise vorliegen. Hinsichtlich der sachlichen Gründe hat die Beklagte wenig zielführende Angaben gemacht. Zusammengefasst soll der Geschäftsgang bei der Klägerin unbefriedigend verlaufen sein. Auch habe man das Vertriebsnetz der Beklagten neu ausrichten wollen. Ob darin die wirklichen Motive liegen, erscheint fraglich. Es fehlen schriftliche Abmachungen, es fehlt auch jeglicher Hinweis, wie die Klägerin „ersetzt“ worden ist und was am Vertriebsnetz neu ist. Mündliche Begründungselemente, die angeblich im Kündigungszeitpunkt geäussert wurden, blieben bestritten und sind nicht glaubhaft gemacht. Dies gilt gegenseitig auch für die anderen behaupteten mündlichen Äusserungen. Die Missbrauchsfrage kann aber offen gelassen werden, weil die Marktbeherrschung nicht erstellt ist.

7.5 Die Beklagte stellte in ihrer zweiten Rechtsschrift (act. 26) den Antrag, auf das Massnahmebegehren sei nicht einzutreten, weil die Klägerin in deren zweiten Rechtsschrift vorgetragen habe, die Servicearbeiten seien über einen verflochtenen Betrieb abgewickelt worden (act. 18). Das angesprochene Rechtsschutzinteresse ist aber dennoch zu bejahen, da der Vertrag zwischen den Parteien bestand und er grundsätzlich auch durch Dritte erfüllt werden kann.

7.6 Verträge der vorliegenden Art unterstehen dem Obligationenrecht. Es ist keine materiellrechtliche Bestimmung ersichtlich, die für solche Vereinbarungen eine Pflicht zur schriftlich zu begründenden Kündigung statuieren würde (vgl. auch BGer 4A_101/2011, Urteil vom 6. September 2011). Von daher ist auf diesen Punkt nicht näher einzugehen.

7.7 Die klägerischen Begehren lassen sich nach dem glaubhaft gemachten Sachverhalt nicht auf Art. 5 und/oder Art. 7 KG abstützen. Damit sind die Rechtsbegehren unter Ziff. 1 der Anträge abzuweisen. Konsequenterweise damit auch die Rechtsbegehren unter Ziff. 2 der Anträge, da eine sachliche Information erlaubt ist. Auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere den relevanten Nachteil, ist nicht mehr einzugehen.

8. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig. Die gerichtliche Streitwertschätzung von CHF […] wurde nicht bestritten (act. 6).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das klägerische Begehren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF […].
3. Die Gerichtsgebühr wird der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF […] zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Schweizerische Wettbewerbskommission (WEKO), Bern.
6. [Rechtsmittelbelehrung]

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
FR.	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)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée

P

PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz

Q

R

RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)

S

SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)

T

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property

U

UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb

V

VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

W

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -

abgestimmte Verhaltensweise -

Abrede 675, 700 f., 707, 718, 729, 742 f., 747, 751, 758, 769 ff., 819, 821, 827 ff.

Acquiring -

Anhörung 825

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken 764, 771, 773, 792

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe -

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 671, 699 f., 703, 705, 828, 831

Erheblichkeit 826 f., 830

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee -

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 676, 707, 726, 730, 747, 752, 755, 758, 768

Koppelungsgeschäft 696

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 683, 686 ff., 691, 695, 697

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 670, 676, 680, 682, 690, 698, 705 f., 708, 716 ff., 725, 728, 731, 743, 748 ff., 757, 760 f., 764, 770

Marktgegenseite 676 ff., 708, 714, 733, 753, 761 f., 826, 828 f.

Marktorganisation -

Marktstruktur -

Marktzutrittsschranken 697

Meldepflicht 674, 682 f., 705, 707 f., 722 f., 730 f., 748, 752, 759 ff., 770, 821

Missbrauch 676, 682 f., 685 ff., 828

N

Netzwerk 713, 717, 741, 744, 753, 758 f., 762

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 741

Preisabrede -

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 670, 674 f., 680, 683 ff.

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 699 f., 704, 722, 761, 773, 777, 821

Senkung Herstellkosten -

Submission 792. 820 f., 823 f.

Submissionskartell -

T

Tarife 674, 684

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 670, 675, 677, 679 f., 691, 696, 699, 704 f., 722 f., 749, 771 f., 774, 785, 801 ff., 821, 826, 828 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 771, 827

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 671, 744, 759

Verschulden 700, 757

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 676, 707, 748, 759

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -