

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

2020/2

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: 727.000.20/2)

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

2020/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2020

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]
		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**

[1] *Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.*

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]
		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**

[1] *Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.*

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]
		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**

[1] *In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.*

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2020/2**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

1. Fédération suisse de parachutisme 401

4. Beratungen
Conseils
Consulenze

1. Einkaufskooperation 405
2. Schweizer Digital-Allianz 418
3. Meldepflicht Worldline/Ingenico 422
4. Credit Exchange AG: Betrieb einer Online-Plattform zur Vergabe und Abwicklung von Hypothekarkrediten für selbstbewohntes Wohneigentum 424
5. Konditionen im E-Payment PostFinance 429

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen 433
2. AdBlue 626

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Apollo/Tech Data 640
2. Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft 643
3. PSA/Opel/Saft/ACC 647
4. AXA/Predica/ELL 649
5. Swisscom Directories/OLMeRO 652
6. SBB/Hupac/Rethmann/GBN 658
7. Sunrise/Liberty Global 759

8. BGBM
LMI
LMI

1. Gutachten vom 21. Oktober 2019 betreffend Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht 843
2. Expertise du 21 octobre 2019 concernant l'admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics 852
3. Stellungnahme der WEKO i.S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019 861

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 871

Index (deutsch, français e italiano) 873

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

B 1	**1. Vorabklärungen** Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	**1. Fédération suisse de parachutisme**

A En fait

A.1 Objet de l'enquête préalable

1. Le 4 février 2019, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) a ouvert une enquête préalable sur la base de l'art. 26 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) à l'encontre de la Fédération Suisse de Parachutisme – Swiss Skydive (ci-après: SSD) en raison d'une potentielle restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart.

2. L'enquête préalable vise à déterminer s'il existe des indices que SSD détient une position dominante et en abuse dans le cadre de la supervision des activités de parachutisme en Suisse, notamment en entravant l'accès au domaine de l'organisation de sauts en parachute par l'imposition de conditions commerciales inéquitables.

A.2 Parties

A.2.1 Fédération suisse de parachutisme - Swiss Skydive

3. SSD est une association au sens des articles 60 ss CC, avec siège à Lucerne. Elle est membre de l'association faîtière des sports aériens suisses AéCS (Aéro-Club de Suisse). Elle a notamment pour but de superviser les activités de parachutisme en Suisse du point de vue sportif et technique et de définir les critères en vue de la délivrance de licences. Selon ses dires, elle aurait été chargée par l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) de gérer la formation et la surveillance de l'activité parachutiste en Suisse. Ce serait dans ce cadre qu'elle assurerait la formation des moniteurs et/ou pilotes tandems, la délivrance des licences et contrôlerait que les écoles/entreprises tandems qui lui sont affiliées travaillent dans le respect des règlements établis.

A.2.2 Alp Skydive Sàrl

4. Alp Skydive Sàrl (ci-après: AS) est une société à responsabilité limitée ayant son siège à Bagnes et dont le but principal est la promotion et la gestion administrative d'activités sportives en plein air telles que le parachutisme sportif.

A.3 Procédure

5. Le 12 novembre 2018, AS a déposé auprès du Secrétariat une dénonciation à l'encontre de SSD. En substance, AS reproche à SSD des entraves à la concurrence, et plus spécifiquement un abus de position dominante au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart.

6. Selon AS, la législation suisse n'impose aucune obligation de détenir une licence pour effectuer des sauts en parachute. SSD n'aurait en outre jamais reçu une délégation de compétence de la part de l'OFAC, la chargeant de surveiller les activités de parachutisme. C'est pourtant un des buts poursuivis par SSD, qui au cours des années s'est imposée comme un acteur incontournable pour toutes les activités liées au parachutisme en Suisse. SSD serait la seule fédération à délivrer des licences. Le marché semble en outre reconnaître cette position de SSD. SSD disposerait ainsi d'un monopole de fait sur le territoire national quant à la supervision des activités de parachutisme: seules les licences et les autorisations d'exploitation délivrées par ses soins et selon ses critères auraient une réelle valeur en Suisse. Toute personne désirant pratiquer le parachutisme ou organiser des sauts en parachute serait quasiment forcée d'obtenir une licence de SSD et on peut en déduire que la majorité des pilotes de tandem en Suisse sont au bénéfice d'une licence délivrée par SSD.

7. Afin de pouvoir organiser des sauts en tandem pour des clients, AS doit engager des pilotes. Ces derniers sont majoritairement détenteurs de licences SSD. Or, selon les licences de SSD, les pilotes de tandem qui acceptent d'exécuter des sauts pour le compte d'une entreprise de tandem dénuée d'une autorisation risque

de se voir retirer leur licence de saut. Pour ce motif, AS doit également s'affilier à SSD et obtenir une autorisation d'exploitation. AS considère toutefois que l'autorisation délivrée par SSD coûte trop cher et que le prix ne correspond pas à une contre prestation équivalente. Elle n'a cependant pas le choix, l'autorisation d'exploitation étant un prérequis nécessaire pour pouvoir engager des pilotes tandem.

8. Concernant les tarifs pour l'obtention d'une autorisation d'exploitation, AS a avancé les chiffres suivants. SSD opèrerait une différenciation entre les entreprises de tandem organisant plus de 250 sauts annuels (catégorie I) et celles en organisant moins de 250 (catégorie II). Les entreprises de catégorie I et II devraient toutes deux s'acquitter d'un émolument unique de CHF 500 pour la première délivrance d'une autorisation d'exploitation, auquel s'ajouterait un émolument annuel de CHF 3000 pour les entreprises de catégorie I et de CHF 750 pour les entreprises de catégorie II.

9. Par courrier du 6 février 2019, le Secrétariat a informé SSD de l'ouverture d'une enquête préalable. En outre, le Secrétariat lui a transmis, avec l'accord d'AS, la dénonciation ainsi qu'un questionnaire et lui a imparti un délai au 7 mars 2019 pour y répondre.

10. Par e-mail du 14 février 2019, SSD a répondu au questionnaire du Secrétariat et a pris position sur la dénonciation d'AS. SSD a confirmé les chiffres avancés par AS et a précisé les prestations relatives à la délivrance, respectivement au maintien, d'une autorisation d'exploitation d'entreprise de tandem.

11. Pour ce qui est de la délivrance d'une première autorisation d'exploitation, SSD, après réception de la demande, charge ses experts de déterminer si les conditions à une délivrance sont remplies. Pour ce faire, ils vérifient l'authenticité et la validité des documents fournis et, le cas échéant, procèdent à une visite des installations de l'entreprises en question. Si les conditions ne sont pas remplies, ils émettent des recommandations pour une mise en conformité et procèdent ensuite à une nouvelle visite. Lorsque l'entreprise remplit les conditions, les experts rédigent un rapport destiné au comité de SSD, qui délivre l'autorisation d'exploitation.

12. Pour le maintien d'une autorisation d'exploitation, les entreprises de tandem sont soumises à l'obligation de soumettre en fin d'année un rapport d'activité à SSD. Celui-ci est contrôlé par cette dernière. Au minimum une fois tous les cinq ans, SSD délègue deux experts pour se rendre sur le site d'exploitation de l'entreprise et effectuer un contrôle.

13. Dans sa réponse, SSD a également indiqué être « chargée de gérer la formation et la surveillance de l'activité parachutiste en Suisse, mission qui lui a été confiée par l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) ». De plus, SSD a affirmé que « tous [ses] règlements sont régulièrement inspectés par l'OFAC. Cette instance a toujours relevé le haut niveau de formation de [ses] instructeur/pilotes tandem ainsi que le sérieux de [ses] écoles/entreprises de tandem ». SSD soutient qu'« afin de maintenir un haut niveau de sécurité, [elle] se doit de pouvoir encadrer et contrôler les pratiquants, les enseignants et les personnes emmenant des débutants dans les cieux ».

14. Le 11 avril 2019, le Secrétariat a pris contact avec l'OFAC et s'est enquis de l'existence d'une délégation de compétence au bénéfice de SSD quant à la supervision des activités de parachutisme en Suisse. Par appel téléphonique du 15 avril 2019, l'OFAC a assuré le Secrétariat que SSD n'était pas au bénéfice d'une délégation de compétence, mais que le domaine du parachutisme était autorégulé en Suisse.

15. Par courrier du 11 juin 2019, le Secrétariat a demandé à l'OFAC si ce dernier prévoyait de mettre en place une délégation de compétence au bénéfice de SSD afin de garantir la sécurité des activités de parachutisme en Suisse, l'OFAC étant l'organe compétent en matière de surveillance de l'aviation civile suisse et ayant pour mission d'assurer un niveau de sécurité élevé dans l'espace aérien.

16. Par courrier du 28 août 2019, l'OFAC a répondu au Secrétariat qu'il ne prévoyait pas de modifications des dispositions légales existantes ou de mise en place d'une délégation de compétence de surveillance à SSD. De plus, l'OFAC a déclaré estimer que le système actuel quant à la surveillance des activités de parachutisme en Suisse, à savoir l'autorégulation et la surveillance factuelle par SSD, permettait un niveau idéal de sécurité, tout en minimisant l'utilisation de ressources publiques.

B En droit

B.1 Champ d'application de la LCart

17. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 1 LCart).

18. La notion d'entreprise au sens de la LCart comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (l'art. 2 al. 1bis LCart).

19. SSD, au-delà de ses activités de représentation de la branche auprès de l'AéCS et de l'organisation de manifestations sportives, délivre des licences et des autorisations d'exploitation aux personnes désireuses d'effectuer des sauts en parachute, aux pilotes de tandem, aux écoles de parachutisme et aux entreprises de tandem. Elle effectue ces prestations moyennant le payement d'émoluments uniques et annuels. En conséquence, SSD s'engage dans le processus économique en offrant ces services et peut être considérée comme une entreprise au sens de la LCart.

B.2 Prescriptions réservées

20. La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). Les effets résultants exclusivement de la loi

sur la propriété intellectuelle sont également réservés (art. 3 al. 2 LCart).

21. Bien qu'il n'existe pas de réglementation spécifique relative au parachutisme en Suisse, l'art. 3 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation civile (LA; RS 748.0) donne une compétence générale à l'OFAC pour la surveillance immédiate de l'aviation civile en Suisse. Comme cela ressort des vérifications opérées par le Secrétariat auprès de l'OFAC, ce dernier n'a pas l'intention de formellement déléguer sa compétence à SSD dans le domaine.

22. Ainsi, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart ne semble restreindre l'application de la LCart en l'espèce.

B.3 Pratique illicite d'une entreprise en position dominante

B.3.1 Entreprise en position dominante

23. Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

24. Afin de déterminer si SSD est effectivement à même de se comporter de manière indépendante par rapport aux autres participants au marché, il convient premièrement de définir le marché de référence.

B.3.1.1 Marché de référence

25. Le marché de référence a une dimension de produit ainsi qu'une dimension géographique.

B.3.1.1.1 Marché de produits

26. Selon l'art. 3 let. a de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4), le marché de produits comprend tous les biens ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

27. La définition du marché de produits s'opère à partir du point de vue des partenaires de l'échange.

28. En l'occurrence, les partenaires de l'échange sont les pilotes de tandem, ainsi que les entreprises désireuses d'organiser des sauts en parachute. Les activités de parachutisme ne paraissent pas substituables à d'autres activités similaires telles que l'aile delta, le parapente, le Base jump ou encore le Wingsuit. En effet, au-delà du fait qu'il s'agit d'un sport différent, le parachutisme nécessite l'utilisation d'un aérodrome et d'un aéronef (hélicoptère ou avion) pour effectuer un saut.

29. Tous les partenaires de l'échange et, dans le cas d'espèce, AS en tant qu'entreprise désireuse d'organiser des sauts en parachute, doivent requérir des licences et / ou des autorisations d'exploitation. En l'état, en incluant toutes ces activités, le marché des produits peut être défini comme la supervision des activités liées au parachutisme.

30. La question se pose de savoir si ce marché ne devrait être divisé entre le marché de la délivrance de licences tandem pour parachutistes et celui de la délivrance d'autorisations d'exploiter une entreprise de tandems. Elle peut néanmoins rester ouverte dans la mesure où la position de SSD sur ces deux marchés paraît aussi forte que sur le seul marché de la supervision des activités liées au parachutisme.

B.3.1.1.2 Marché géographique

31. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

32. Les personnes physiques nécessitant une licence de saut, tout comme les personnes morales nécessitant une autorisation d'exploitation, ont leur domicile en Suisse. Partant, le marché géographique est le territoire national.

B.3.1.2 Position sur le marché

33. Créée en 1992 à Berne comme une fédération de discipline de l'AéCS, SSD réunit aujourd'hui plus de 2'000 parachutistes. Elle a délivré 14 autorisations d'exploitation à des écoles de parachutismes et des entreprises de tandem couvrant l'entièreté du territoire national.

34. SSD est, depuis de nombreuses années, l'unique entité en Suisse à délivrer des autorisations d'exploitation et des licences représentant une garantie de qualité et de sécurité reconnue dans le domaine.

35. Dans les faits, il paraît difficile d'effectuer un saut en parachute ou en tandem en Suisse sans que le parachutiste ou le pilote de tandem ainsi que l'entreprise organisant ledit saut ne soient au bénéfice d'une licence et d'une autorisation d'exploitation de SSD.

36. Partant, de nombreux indices semblent indiquer que SSD, en s'étant établie comme la référence incontournable dans la supervision des activités de parachutisme, se trouve en position dominante sur le marché de référence.

B.3.2 Pratique illicite

37. En vertu de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

38. Que SSD soit l'unique entité en Suisse à délivrer des autorisations d'exploitation et des licences dans le domaine du parachutisme n'est pas en soi abusif. Elle est en outre reconnue comme telle par l'OFAC. Or, une entreprise comme AS qui considèrerait la tarification de SSD comme trop élevée en comparaison avec les prestations fournies n'a pas de possibilité de s'y soustraire. A défaut d'autorisation d'exploitation, elle se trouve effectivement empêchée d'organiser des sauts en parachute. En effet, il semble peu probable qu'un pilote de tandem titulaire d'une licence de SSD prenne le risque de la perdre en exécutant un saut pour une entreprise non titulaire d'une autorisation d'exploitation. D'ailleurs, les critères d'octroi ne semblent pas être mis en cause par

la plaignante et le système paraît convenir à l'OFAC quant aux garanties de sécurité qu'il offre dans le domaine.

39. Il ressort de la plainte, ainsi que des recherches du Secrétariat, que la problématique se situe principalement au niveau de la tarification des prestations de SSD, en particulier celles relatives aux autorisations d'exploitation.

40. Dans la mesure où les éléments à disposition ne permettent pas de se prononcer clairement sur l'existence de prix inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, le Secrétariat clôt l'enquête préalable sans suite et informe le Surveillant des prix afin que ce dernier puisse décider s'il veut examiner la conformité de ladite tarification avec la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr; RS.942.20).

C Conclusions

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

- constate qu'il existe des indices d'une position dominante de SSD sur le marché de la supervision des activités liées au parachutisme;
- clôt l'enquête préalable sans suite;
- informe le Surveillant des prix afin qu'il puisse décider s'il veut examiner la conformité à la LSPr des tarifs appliqués par SSD.

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

B 1	**4. Beratungen** Conseils Consulenze
B 1.4	**2. Einkaufskooperation**

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

1. Gemäss den Angaben in der Beratungsanfrage planen vier Unternehmen, die teilweise miteinander im Wettbewerb stehen (nachfolgend: die Parteien), ihre Einkaufskonditionen in Zukunft durch eine gemeinsame Einkaufskooperation verhandeln zu lassen. Durch die Bündelung ihrer Beschaffungsvolumina sollen für die Mitglieder der Einkaufskooperation bessere Einkaufspreise erzielt werden können. Die entsprechenden Kostenreduktionen würden es den Parteien erlauben, auf ihren jeweiligen Absatzmärkten den Kunden tiefere Preise anzubieten.

1. Tätigkeit der Parteien und Zuständigkeit der Einkaufskooperation

2. Gemäss den Angaben in der Beratungsanfrage soll die Einkaufskooperation in der Form einer juristisch selbständigen Schweizer Aktiengesellschaft (nachfolgend: Einkaufsgesellschaft bzw. EG) betrieben werden. Die Regeln, die auf die Einkaufskooperation Anwendung finden, seien im Kooperations- und Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: KABV) vom […] festgelegt.

3. Die Einkaufskooperation bezwecke die Bündelung der Nachfrage der Parteien. Dadurch solle die Verhandlungsposition der Parteien im Bereich des Einkaufs gestärkt werden. Die besseren Einkaufskonditionen würden es den Parteien erlauben, absatzseitig ihren Kunden tiefere Preise anzubieten und damit gegenüber den Grossverteilern […] sowie den Discountern […] konkurrenzfähiger zu werden. Damit werde die Vielfalt der Einzelhändler in der Schweiz aufrechterhalten.

4. Die EG werde im Namen der Parteien deren warenbezogene Einkaufskonditionen – sog. Basis-Einkaufskonditionen – mit von den Parteien gemeinsam bestimmten Lieferanten verhandeln. Soweit die Verhandlungsführung in die Zuständigkeit der EG falle, würden die Parteien keine eigenen Verhandlungen mit den jeweiligen Lieferanten führen […].[1] Die übrigen geschäftlichen Tätigkeiten der Parteien würden von der Einkaufskooperation unberührt bleiben. Nicht von der Einkaufskooperation umfasst seien daher insbesondere die Verhandlung von Einkaufskonditionen mit denjenigen Lieferanten, die nicht der Einkaufskooperation unterstellt worden seien.

5. Ebenfalls nicht umfasst seien Verhandlungen der individuellen sog. Hauskonditionen der Parteien. […] Zudem blieben sämtliche absatzseitigen Tätigkeiten der Parteien von der Einkaufskooperation unberührt.

6. Die EG werde zum jetzigen Zeitpunkt ausschliesslich für die Parteien tätig. Sie beziehe selber keine Produkte. Die Liefer- und Vertragsbeziehungen würden weiterhin zwischen den einzelnen Parteien und Lieferanten bestehen.

2. Verhandlungsführung und Einkaufskommission

7. Die wesentlichen Organe der EG seien neben der Generalversammlung, der die üblichen Kompetenzen zukämen, (i) der Verwaltungsrat, (ii) die Einkaufskommission und (iii) der Geschäftsführer. Die primäre Verantwortung für die Verhandlungsführung über die Einkaufskonditionen liege beim Geschäftsführer. Er werde dabei jedoch massgeblich von der Einkaufskommission unterstützt.

8. […]

9. Damit die EG ihre Funktion wahrnehmen könne, müssten ihr die Parteien insbesondere ihre bisherigen Einkaufspreise und Konditionen bei den gemeinsam zu verhandelnden Lieferanten bekannt geben. Zudem sei es erforderlich, dass die Parteien der EG ihr geplantes Nachfragevolumen mitteilen würden. Ohne diese Angaben sei es der EG nicht möglich, mit den Lieferanten erfolgreich zu verhandeln. So würden die Preisverhandlungen wesentlich an den bisherigen Konditionen und der geplanten Bezugsmenge anknüpfen.

[1] […]

10. Die erwähnten Angaben würden nicht nur dem Geschäftsführer der EG, sondern auch den Mitgliedern der Einkaufskommission zur Verfügung gestellt. Dies sei erforderlich, damit die Einkaufskommission ihre Aufgaben wahrnehmen könne: Geschäftsführer und Personal der EG seien in den Verhandlungen mit den Lieferanten zwingend auf die Expertise der Mitglieder der Einkaufskommission, deren Wissen über die bisher durchgeführten Verhandlungen und auf Rücksprache mit ihnen angewiesen. So würden die Einkaufsleiter der Parteien über jahrelange Erfahrung in der Verhandlung mit den Lieferanten verfügen. Dadurch hätten sie eine Vielzahl von Informationen inhaltlicher Natur und taktische Erfahrung erworben, die für die Verhandlungen der EG nutzbar gemacht werden müssten, wenn ein günstiger Einkaufspreis resultieren solle. Dazu würden lieferantenspezifische Detailinformationen zu den bisherigen Verhandlungen gehören. So sei es z.B. relevant, wenn ein Lieferant in Verhandlungen bisher klar signalisiert habe, dass er mit einem Preis niemals unter die Schwelle von X gehen würde oder dass er bei einer Zunahme des Einkaufsvolumens um Y einen wesentlichen zusätzlichen Preisnachlass gewähren würde. […] Zudem habe die Einkaufskommission die Aufgabe, das Verhandlungsergebnis zu genehmigen. Die Beurteilung der Qualität des Verhandlungsergebnisses hänge wesentlich davon ab, was den Mitgliedern der Einkaufskommission aufgrund ihrer Erfahrung, den bisherigen bilateralen Verhandlungen der Parteien und dem neu viel grösseren gemeinsamen Einkaufsvolumen als realisierbar erscheine.

11. Die Parteien seien sich dessen bewusst, dass im Rahmen der Einkaufskommission aufgrund der erwähnten Umstände teilweise wettbewerblich sensible Informationen besprochen würden. Daher würden sich die Parteien dazu verpflichten, der Einkaufskommission nur diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die für den Zweck der Einkaufskooperation erforderlich seien. Nicht zur Verfügung gestellt würden u.a. Angaben über Hauskonditionen und sämtliche Informationen zu den absatzseitigen Aktivitäten der Parteien (einschliesslich deren Absatzpreise).

12. Die Mitglieder der Einkaufskommission seien überdies verpflichtet, die erhaltenen Informationen streng vertraulich zu behandeln, nicht an Dritte weiterzugeben und nicht für die Tätigkeit der sie entsendenden Partei zu verwenden. Die Mitglieder des Verwaltungsrats würden zudem ausdrücklich auf ihr gesellschaftsrechtliches Recht auf Auskunft und Einsicht betreffend die Einkaufspreise und anderen Konditionen anderer Parteien verzichten, soweit diese nicht aufgrund der bereits erfolgten Verhandlung durch die EG allen Parteien bekannt seien. Diese Pflichten würden dadurch abgesichert, dass die Mitglieder der Einkaufskommission und des Verwaltungsrats separate Vertraulichkeitserklärungen unterzeichnen müssten.

3. Angaben zu den relevanten Märkten und den Marktanteilen

13. Die Einkaufskooperation betreffe allein die beschaffungsseitigen Aktivitäten der Parteien. Es seien jedoch nicht ihre gesamten Beschaffungen umfasst. Im Rahmen der Verhandlungen über den KABV habe die Auswahl der von der Einkaufskooperation erfassten Produkte eine wesentliche Rolle gespielt. […][2] […]

14. Die absatzseitigen Tätigkeiten der Parteien würden von der Einkaufskooperation unberührt bleiben. Bezüglich der im Rahmen der geplanten Einkaufskooperation zu beschaffenden Produkte verfügen die Parteien absatzseitig über die in nachfolgender Tabelle 1 aufgezeigten Tätigkeiten in der Schweiz:

Tabelle 1: Absatzseitige Tätigkeiten der Parteien

Parteien	**Absatzseitige Tätigkeiten der Parteien**			
	Einzelhandel		Lebensmittel-grosshandel[3]	Schnellverpflegungsgastronomie
	Convenience-Shops/Kioske	Lebensmittel-detailhandel		
[…]		x		X
[…]			X	
[…]	x	x	X	
[…]	x		[4]	[5]

15. Die von der Einkaufskooperation umfassten Produkte würden absatzseitig nur teilweise in dieselben Verkaufskanäle fliessen. Mithin seien die Parteien nur zum Teil auf denselben Beschaffungs- und Absatzmärkten tätig. Auf sämtlichen dieser Märkte liege der gemeinsame Marktanteil der Parteien […] unter 15 %. […] Die Parteien seien damit erheblichem Wettbewerb durch

[2] […]
[3] Von den Parteien als «Grosshandel von Konsumgütern» benannt.
[4] […]
[5] […]

andere Unternehmen ausgesetzt, zu denen wiederum die grossen Konkurrenten […] gehören würden. Dementsprechend bezwecke die Einkaufskooperation gerade, dass die Parteien – aufgrund tieferer Einkaufspreise – auf den Absatzmärkten kompetitivere Preise anbieten könnten und sich auch längerfristig im äusserst kompetitiven Markt behaupten könnten. Zudem sei den Parteien nur ein Teil der Einkaufskonditionen der anderen Parteien bekannt, weil die sog. Hauskonditionen nicht gemeinsam verhandelt würden (siehe oben, Rz 4). Es bestehe daher keine Gefahr, dass der Anreiz für die beteiligten Unternehmen, sich auf den Absatzmärkten Preiswettbewerb zu machen, durch die Einkaufskooperation verringert werde.

16. Bezüglich der sachlichen Marktabgrenzung der absatzseitigen Märkte gehen die Parteien von den in Tabelle 1 aufgezeigten Märkten aus, […] Bezüglich der Beschaffungsmärkte nehmen die Parteien an, dass es keine Überschneidungen zwischen den Beschaffungsmärkten bezüglich des Lebensmitteldetailhandels und Convenience-Shops einerseits und einem nicht in einzelne Warengruppen unterteilten Beschaffungsmarkt für den Lebensmittelgrosshandel andererseits gibt. […] Des Weiteren gehen die Parteien für ihre Marktanteilsschätzung von einem Markt für die Beschaffung von Produkten für die Schnellverpflegungsgastronomie aus, welcher keine Überschneidungen mit den vorgenannten Beschaffungsmärkten bezüglich des Lebensmitteldetailhandels, Convenience-Shops/Kioske und des Lebensmittelgrosshandels hat. Räumlich gehen die Parteien für ihre Marktanteilsberechnungen sowohl für die Absatz- als auch die Beschaffungsmärkte vermutlich von nationalen Märkten aus.

II. Beurteilung

17. Vorliegend ist eine Einkaufskooperation zu beurteilen, in der die Einkaufsleiter der daran beteiligten Unternehmen vertreten und an der zentralen Verhandlung der warenbezogenen Einkaufskonditionen mit den Lieferanten direkt beteiligt sind. Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob es sich bei der Einkaufskooperation um eine unzulässige horizontale Wettbewerbsabrede über die Festsetzung der Einkaufspreise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handelt.

1. Vorbemerkungen

18. Das Sekretariat tätigt im Rahmen von Beratungen keine Sachverhaltsabklärungen. Die nachfolgende Beurteilung erfolgt daher ausschliesslich gestützt auf die Angaben der Parteien in der Beratungsanfrage. Basierend darauf lassen sich die Auswirkungen der geplanten Einkaufskooperation allerdings nicht abschliessend beurteilen. Denn hierzu wären neben zusätzlichen Angaben der Parteien zu ihren Anteilen auf einzelnen – vom Sekretariat für relevant erachteten – Märkten insbesondere auch Auskünfte der Lieferanten, die von der Einkaufskooperation betroffen sind, sowie von den Wettbewerbern der Parteien einzuholen. Ohne Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen, kann das Sekretariat namentlich Folgendes nicht abschliessend beurteilen:

- die Frage, ob die Unternehmen, welche die vorliegende Einkaufskooperation bilden, auf sämtlichen relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten einen kumulierten Marktanteil von höchstens 15 % bzw. ca. 20 % haben und folglich die Frage, ob sich die Einkaufskooperation auf einzelnen relevanten Märkten allenfalls wettbewerbsbeschränkend auswirken wird (siehe unten, Rz 52–59);
- allfällige negative Auswirkungen des mit der vorliegenden Einkaufskooperation verbundenen *Informationsaustausches* (siehe unten, Rz 67, 70–72, 75);
- […]
- [...]

2. Wettbewerbsabrede

19. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Als Wettbewerbsabrede gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

2.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

20. Vorliegend kooperieren die Parteien in der Einkaufskooperation bewusst und gewollt zusammen, um die Einkaufspreise der von der Einkaufskooperation erfassten Produkte gegenüber ihren Lieferanten festzulegen. Fraglich ist, ob die Parteien damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.[6]

2.2 Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

21. Ziel von Einkaufskooperationen ist in der Regel, beschaffungsseitig durch die Bündelung der Nachfrage Verhandlungsmacht zu schaffen, welche absatzseitig zu niedrigeren Preisen oder qualitativ besseren Produkten oder Dienstleistungen für die Kunden führen kann.[7] Zudem können durch Einkaufskooperationen erhebliche Effizienzgewinne erzielt werden. Namentlich besteht das Potential zu niedrigeren Einkaufspreisen sowie geringeren Transaktions-, Transport- und Lagerkosten aufgrund von Skalenvorteilen. Auch können mit Einkaufskooperationen qualitative Effizienzgewinne in Form von Anreizen zur Innovation und zur Markteinführung neuer oder verbesserter Produkte zustande kommen.[8] Obwohl Einkaufskooperationen mit einer horizontalen Festsetzung von Einkaufspreisen einhergehen, liegt damit «nicht

[6] SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2018, Art. 5 N 562 ff.

[7] Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1 (Horizontal-Leitlinien), Rz 194.

[8] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 217.

typischerweise eine ihrer Natur nach schädliche Kollusion vor».[9] Mit anderen Worten ist es regelmässig der Fall, dass Einkaufskooperationen weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken noch bewirken und somit keine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

22. Eine *bezweckte Wettbewerbsbeschränkung* liegt gemäss der EU-Kommission dann vor, wenn die gemeinsame Einkaufsregelung «nicht wirklich den gemeinsamen Einkauf betrifft, sondern als Mittel zur Bildung eines verschleierten Kartells für verbotene Praktiken wie Preisfestsetzung, Produktionsbeschränkung oder Marktaufteilung genutzt wird».[10] Einigen sich die Parteien einer gemeinsamen Einkaufsregelung über die Einkaufspreise, die den Anbietern auf der Grundlage der gemeinsamen Einkaufsregelung für unter den Liefervertrag fallende Produkte gezahlt werden können, ist hingegen nicht von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen. In diesem Fall seien die wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV[11] zu prüfen. Dabei werde die Vereinbarung über die Einkaufpreise nicht getrennt gewürdigt, sondern unter Berücksichtigung aller Auswirkungen, die die Einkaufsvereinbarung auf den Markt habe.[12]

23. Wirkt eine Einkaufskooperation offensichtlich prokompetitiv, so ist bereits das Vorliegen einer Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen. Offensichtlich prokompetitiv wirken Einkaufskooperationen z.B. dann, wenn sie die daran beteiligten Unternehmen überhaupt erst in die Lage versetzen, auf einem bestimmten Markt als Nachfrager aufzutreten.[13]

24. *Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen* einer Einkaufskooperation sind unwahrscheinlich, wenn die daran beteiligten Unternehmen auf den Beschaffungs- und den Absatzmärkten unbedeutende Marktpositionen haben.[14] Die EU-Kommission hält es in den meisten Fällen für unwahrscheinlich, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründet, wenn die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung sowohl auf den Beschaffungs- als auch auf den Absatzmärkten über einen gemeinsamen Marktanteil von maximal 15 % verfügen.[15] Wird diese Marktanteilsschwelle auf einzelnen oder sämtlichen Beschaffungs- oder Absatzmärkten überschritten, so geht die EU-Kommission allerdings nicht automatisch davon aus, dass die Einkaufskooperation wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat, sondern prüft diese Einkaufskooperation im Einzelfall. Dabei stellt sie u.a. auf Faktoren wie Marktkonzentration und mögliche Gegenmacht starker Anbieter ab.[16]

25. Vorliegend bezweckt die Einkaufskooperation nach Angaben der Parteien eine Bündelung der Nachfrage zur Stärkung der Verhandlungsposition bei der Beschaffung. Die besseren Einkaufskonditionen ermöglichten absatzseitig tiefere Preise und damit eine stärkere Konkurrenzfähigkeit.

26. Auf den von der Einkaufsgemeinschaft umfassten Beschaffungsmärkten verfügen die Parteien nach eigenen Angaben über gemeinsame Marktanteile die klar unter 15 % liegen. Absatzseitig sind die Parteien nur teilweise auf denselben Märkten tätig. Auf diesen Absatzmärkten verfügen sie nach eigenen Angaben, mit einer Ausnahme, ebenfalls über gemeinsame Marktanteile unter 15 %. Einzig auf dem Absatzmarkt […] betragen sie ca. 20 %, […] (siehe unten, Rz 56).

2.3 Zwischenergebnis

27. Im Allgemeinen ist es unwahrscheinlich, dass Einkaufskooperationen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die daran beteiligten Unternehmen auf den Beschaffungs- und den Absatzmärkten über unbedeutende Marktpositionen verfügen. In diesen Fällen dürften Einkaufkooperationen, bei denen es sich nicht um verschleierte Kartelle und damit weder um bewirkte noch um bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen handelt, keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.

28. Gemäss Angaben der Parteien verfügen die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen, abgesehen von einer Ausnahme, auf keinem der vorliegend relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkte über gemeinsame Marktanteile von über 15 %. Soweit diese 15%-Schwelle nicht bzw. mit gemeinsamen Marktanteilen von maximal ca. 20 % nur leicht überschritten wird, ist nicht davon auszugehen, dass die Einkaufskooperation auf diesen Märkten Marktmacht begründet und sie sich wettbewerbsbeschränkend auswirkt. Daher erscheint es fraglich, ob überhaupt eine Wettbewerbsabrede vorliegt. Allerdings fehlen teilweise Angaben der Parteien zu den vom Sekretariat für relevant erachteten Märkten (siehe unten, Rz 52 ff.). Da das Sekretariat im Rahmen der vorliegenden Beratung keine Sachverhaltsabklärungen vornimmt, lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Daher wird diese Frage offengelassen und dargetan, anhand welcher Kriterien die Einkaufskooperation beurteilt würde, falls dem so wäre.

3. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

29. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Als Preise im Sinne dieser Bestimmung gelten sowohl die Verkaufspreise auf dem Absatzmarkt als auch die Einkaufspreise auf dem Beschaffungsmarkt.[17]

30. Vorliegend sind die Einkaufsleiter der an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen Teil des Organs der Einkaufskooperation, welches die Lieferanten für die gemeinsame Beschaffung bestimmt und die Ver-

[9] ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I 103 ff., 112.
[10] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 205.
[11] Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, vom 26.10.2012, Abl. C 326, 49 ff.
[12] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 206.
[13] BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 6), Art. 5 N 569.
[14] BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 6), Art. 5 N 567.
[15] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 208.
[16] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 209.
[17] RPW 2008/4, 554 Rz 72 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 6), Art. 5 KG N 383; HEINEMANN (Fn 9), 112.

handlungen über die warenbezogenen Einkaufskonditionen, d.h. über die sog. Basis-Einkaufskonditionen, mit diesen führt. Daher ist davon auszugehen, dass die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen wesentliche Elemente der individuellen Preise, die sie für die gemeinsam beschafften Produkte bezahlen, gemeinsam festlegen. Der Vermutungstatbestand erfasst auch das gemeinsame Festlegen von Preiselementen.[18] Folglich ist von einer Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen und greift die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

3.1 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

31. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

3.1.1 Relevante Märkte

32. 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[19], der hier analog anzuwenden ist).[20] Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[21] Auszugehen ist dabei jeweils vom Gegenstand der konkreten Fragestellung, sei dies im Rahmen einer Untersuchung oder wie vorliegend einer Beratung.[22] Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).[23]

33. Gegenstand der vorliegenden Beratung ist die geplante Einkaufskooperation der Parteien bezüglich der gemeinsam zu beschaffenden Warengruppen (siehe oben, Rz 13). Da die Parteien hinsichtlich der gemeinsam zu beschaffenden Waren teilweise auf den gleichen relevanten Absatzmärkten tätig sind, werden vorliegend nicht nur die von der Einkaufskooperation tangierten Beschaffungsmärkte, sondern auch die diesbezüglichen gemeinsamen Absatzmärkte abgegrenzt. Dabei orientiert sich die vorliegende Beratung im Sinne einer ersten Annäherung an der Praxis in Zusammenschlussvorhaben.

3.1.1.1 Beschaffungsmärkte

Sachliche Marktabgrenzung

34. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten von Produkten für den Lebensmitteldetailhandel, für Convenience-Shops und Kioske, für den Lebensmittelgrosshandel (Grossverbrauchermarkt, Grosshandel von Konsumgütern) und für die Schnellverpflegungsgastronomie die Marktgegenseite der Parteien bezüglich der gemeinsam zu beschaffenden Warengruppen. Für die Abgrenzung der Beschaffungsmärkte sind somit vorliegend diejenigen Absatzkanäle relevant, welche den Lieferanten vorgenannter Produkte zur Verfügung stehen. So ist davon auszugehen, dass zumindest gewissen Lieferanten des Lebensmitteldetailhandels auch andere Absatzkanäle wie beispielsweise Convenience-Shops und Kioske zur Verfügung stehen, während Lieferanten von Convenience-Shops oft auch weitere Absatzkanäle für ihre Produkte nützen wie den Lebensmitteldetailhandel und den Grosshandel.[24] Auch Lieferanten von Lebensmittelgrosshändlern stehen weitere Absatzkanäle wie beispielweise der Lebensmitteldetailhandel oder die Direktbelieferung grosser Verbraucher zur Verfügung.[25] Des Weiteren ist davon auszugehen, dass Lieferanten von Schnellverpflegungsrestaurants auch andere Arten von Gastronomiebetrieben und allenfalls auch andere Absatzkanäle wie die Hotellerie, den Lebensmitteldetailhandel, Convenience-Shops und/oder den Lebensmittelgrosshandel beliefern können.[26]

35. Gemäss der Praxis der WEKO im Bereich Zusammenschlussvorhaben werden für den **Lebensmitteldetailhandel** nach Produktgruppen unterteilte Beschaffungsmärkte unterschieden, wobei ebenso viele Märkte existieren, wie es Produktgruppen gibt.[27] In ihrem Entscheid *Migros/Denner* kam die WEKO zum Schluss, dass der Absatzkanal des Lebensmitteldetailhandels den primären Absatzkanal für die meisten der in jenem Entscheid genannten Produktgruppen bildet, es aber nicht ausgeschlossen ist, dass den Lieferanten einzelner Produktgruppen neben dem Lebensmitteldetailhandelskanal weitere, gleichwertige Absatzkanäle zur Verfügung stehen.[28]

---

[18] RPW 2008/4, 554 Rz 74, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, m.w.H.

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

[20] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[21] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[22] RPW 2019/4 1166, Rz 71, *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*, mit Verweis auf BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[23] BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[24] RPW 2009/1, 78 Rz 20, *Valora AG/cenanova AG*.

25 Vgl. hierzu RPW 2019/3b, 1022 Rz 14, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2016/2, 556 Rz 13, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen; RPW 2012/4 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.

[26] Vgl. hierzu u.a. RPW 2014/2, 419 Rz 9, *Coop/Marché* und RPW 2015/1, 112 Rz 48 *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*, mit Verweis auf RPW 2014/2, 419 Rz 9, *Coop/Marché*.

[27] RPW 2008/1, 150 Rz 205, *Migros/Denner*.

[28] RPW 2008/1, 150 f. Rz 208 f. und 154 Rz 223, *Migros/Denner*. Folgende Produktgruppen wurden dabei genannt: Frischprodukte: Milchprodukte/Eier, Brot/Backwaren, Fleisch/Geflügel/Fisch, Tiefkühlprodukte, Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt), Gemüse/Salate, Obst/Früchte; Kolonialwaren: Konserven/Saucen, Beilagen/Suppen/Kochzutaten, Grundnahrungsmittel/Backzutaten, Frühstück/Warmgetränke/Cerealien (Getreide), Süsswaren/Biscuits, Snacks/Apéro; Tiernahrung/Tierbedarf; Babybedarf; Getränke: alkoholische Getränke, Erfrischungsgetränke; Körperpflege/Kosmetik; Wasch-/Reinigungsmittel; Papier-/Hygiene Produkte; sonstige Near-Food-Produkte. Zum gleichen Schluss kam die WEKO auch in ihrem Entscheid betreffend *Coop/Carrefour*, in dem sie auf die gleichen Produktgruppen wie bei *Migros/Denner* abstellte (RPW 2008/4, 601 Rz 82 f. und 605 Rz 97, *Coop/Carrefour*).

36. Im Vergleich zu Verkaufsstellen des Lebensmitteldetailhandels bieten **Convenience-Shops** andere Produktschwerpunkte an und führen weniger Produkte. Allerdings können sämtliche Produktgruppen, die in den Convenience-Shops-Kanal gehen, auch durch den klassischen Lebensmitteldetailhandel vertrieben werden, so dass letzterer Absatzkanal für die Lieferanten von Convenience-Shops im Allgemeinen ein gutes Substitut darstellt.[29] In ihrem Entscheid zu *Coop/Marché* und in Übereinstimmung mit ihrer vorgehenden Praxis ging die WEKO davon aus, dass zumindest der Lebensmitteldetailhandelskanal zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten (nach Produktgruppen) der Convenience-Shops hinzuzurechnen ist, liess die genaue sachliche Marktabgrenzung aber schliesslich offen.[30] Gemäss dem Entscheid *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* der WEKO liegt es nahe, dass die Absatzkanäle Kioske, Convenience-Shops und Lebensmitteldetailhandel zum selben Beschaffungsmarkt gehören, welcher nach Produktgruppen zu unterteilen ist.[31]

37. Die Lieferanten des **Lebensmittelgrosshandels** verfügen nebst dem Absatzkanal über den Grosshandel gemäss der Praxis der WEKO über weitere Absatzkanäle wie beispielsweise den Lebensmitteldetailhandel, den E-Commerce, den Export und die Direktbelieferung der Grossverbraucher.[32] Die WEKO hat sich in mehreren Entscheiden mit den Beschaffungsmärkten der Produkte für den Lebensmittelgrosshandel befasst und dabei jeweils auf eine präzise sachliche Marktabgrenzung dieser Märkte verzichtet, dies sowohl bezüglich der Absatzkanäle, welche den Lieferanten des Lebensmittelgrosshandels zur Verfügung stehen, als auch hinsichtlich einer allfälligen Abgrenzung von Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Lebensmitteldetailhandel.[33]

38. Gemäss der bisherigen Praxis der WEKO ist davon auszugehen, dass der Beschaffungsmarkt der Produkte für die **Schnellverpflegungsgastronomie** nach Produktgruppen zu segmentieren ist.[34] Den Lieferanten dürften neben der Schnellverpflegungsgastronomie auch alternative Absatzkanäle zur Verfügung stehen (siehe oben, Rz 34). Eine genaue diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung nahm die WEKO weder in ihrem Entscheid zu *Coop/Marché* noch in ihrem Entscheid zu *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* vor.[35]

39. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass für die Beschaffung der Produkte für die vorliegend relevanten Absatzmärkte (siehe unten, Rz 44 ff.) jeweils mehrere, nach Produktgruppen zu unterteilende Beschaffungsmärkte bestehen. Dabei stehen zumindest für einen Teil dieser Produkte mehrere Absatzkanäle zur Verfügung.

Räumliche Marktabgrenzung

40. Gemäss der Praxis der WEKO zu Zusammenschlussvorhaben sind die Beschaffungsmärkte der Produkte für den **Lebensmitteldetailhandel** mindestens national. Bei Produkten, welche nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, könnte der räumlich relevante Markt grösser als national sein.[36]

41. Die Beschaffungsmärkte der Produkte für **Convenience-Shops** (inkl. Lebensmitteldetailhandel) sind gemäss der Praxis der WEKO mindestens national abzugrenzen, mit Ausnahme des Beschaffungsmarkts für Presseerzeugnisse, welcher nach Sprachregionen unterteilt wird.[37]

42. Bei ihren bisherigen Entscheiden zu den Beschaffungsmärkten der Produkte für den **Lebensmittelgrosshandel** ging die WEKO von nationalen Märkten aus, wobei die genaue räumliche Marktabgrenzung offengelassen wurde.[38]

43. Beim Zusammenschlussvorhaben *Coop/Marché* grenzte die WEKO die Beschaffungsmärkte der Produkte für die **Gastronomie** national ab, hielt aber auch eine engere oder weitere räumliche Marktabgrenzung für denkbar und liess die Frage der genauen räumlichen Marktabgrenzung offen.[39] Bei einem späteren Entscheid ging die WEKO von nationalen Beschaffungsmärkten der Produkte für die Schnellverpflegungsgastronomie aus, grenzte diese Märkte räumlich aber nicht abschliessend ab.[40]

3.1.1.2 Absatzmärkte

Sachliche Marktabgrenzung

44. Betrachtet man die absatzseitigen Märkte, so besteht der **Lebensmitteldetailhandel** in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken.[41] Dabei

[29] RPW 2009/1, 79 Rz 20, *Valora AG/cevanova AG*, mit Verweis auf RPW 2005/3, 478 Rz 22–25, *Migros/Valora*.
[30] RPW 2014/2, 419 Rz 10, *Coop/Marché*, mit Verweisen auf RPW 2009/1, 79 Rz 21, *Valora AG/cevanova AG*; RPW 2005/3, 478 Rz 25, *Migros/Valora* sowie auf RPW 2008/1, 156 Rz 233 f., Migros/Denner.
[31] RPW 2015/1, 112 Rz 47, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*. Die diesbezüglichen Produktgruppen sind in Rz 45 jenes Entscheids zu finden, wobei dort vermerkt wurde, dass keine abschliessende Marktabgrenzung vorgenommen wurde.
[32] RPW 2019/3b, 1022 Rz 14, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2015/1, 112 Rz 50, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[33] RPW 2019/3b, 1022 Rz 14, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2016/2, 556 Rz 13, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG* mit weiteren Verweisen; RPW 2015/1, 112 Rz 50, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 27, *Migros/Angehrn (CCA)*.
[34] RPW 2015/1, 112 Rz 49, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*, mit Verweis auf RPW 2014/2, 419 Rz 9, *Coop/Marché*.
[35] RPW 2015/1, 112 Rz 49, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 419 Rz 10, *Coop/Marché*.
[36] RPW 2008/4, 609 Rz 129, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 160 Rz 257, *Migros/Denner*; RPW 2006/1, 135 Rz 38, *Denner/Pick Pay*.
[37] RPW 2015/1, 113 Rz 60, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*, mit weiteren Verweisen.
[38] Vgl. u.a. RPW 2019/3b, 1023 Rz 17, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2016/2, 557 Rz 15, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2015/1, 113 Rz 62, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.
[39] RPW 2014/2, 419 Rz 11, *Coop/Marché*.
[40] RPW 2015/1, 113 Rz 61, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[41] RPW 2008/4, 598 Rz 55, *Coop/Carrefour*, mit Verweis auf RPW 2003/3, 559 ff., *Coop/Waro*.

gehören gemäss der Praxis der WEKO im Bereich Zusammenschlussvorhaben Teilsortimenter und so insbesondere der Spezial-/Fachhandel sowie Convenience-Shops nicht zum Lebensmitteldetailhandelsmarkt.[42] Weiter ist anzumerken, dass beim Entscheid *Coop/Carrefour* die Lebensmittelabteilungen von Warenhäusern, deren Angebot zu mindestens einem Drittel aus Lebensmitteln besteht, in die wettbewerbsrechtliche Analyse miteinbezogen wurde.[43]

45. Gemäss einem Entscheid der WEKO aus dem Jahr 2015 bilden **Kioske und Convenience-Shops** zusammen einen Produktmarkt, wobei der Lebensmitteldetailhandel nicht zu diesem Produktmarkt gehört.[44] Der Lebensmitteldetailhandel ist aber ein zum vorgenannten Produktmarkt benachbarter Markt.[45]

46. Der **Lebensmittelgrosshandel** versorgt die klassische Gastronomie (Restaurants, Hotels), die Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie (industrielle Betriebe wie Spitäler, Kantinen, Heime), die Zusatzgastronomie sowie unabhängige (Klein-)Detaillisten mit Gütern des täglichen Bedarfs.[46] Zum Lebensmittelgrosshandel gehören Anbieter, welche die Grossverbraucher mit Produkten beliefern als auch solche, bei denen die Grossverbraucher die Waren abholen.[47] In mehreren Entscheiden zählte die WEKO Abhol- und Zustellgrosshändler zum selben sachlich relevanten Markt,[48] sie erwähnte aber auch, dass nicht auszuschliessen sei, dass in Zukunft eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen wäre.[49] Auch Direktlieferungen hat die WEKO zum Lebensmittelgrosshandel gezählt.[50] Die WEKO setzte sich mit der Frage auseinander, ob der Lebensmittelgrosshandel weiter nach Produktgruppen zu unterteilen ist und liess diese Frage in mehreren neueren Entscheiden offen.[51]

47. In ihrem Entscheid betreffend das Zusammenschlussvorhaben *Coop/Marché* ging die WEKO von einem eigenen sachlich relevanten Markt für **Schnellverpflegungsgastronomie** aus, welcher weiter in die Kategorien Schnellverpflegungsrestaurants, Fast Food-Restaurants, Take-Away/Imbiss-Stände, Regalentnahme/Theke und andere Schnellverpflegung unterteilt werden kann, die allenfalls eigene sachlich relevante Märkte darstellen. Auch wurde aufgeworfen, den Markt für Schnellverpflegungsgastronomie enger abzugrenzen. Zudem erwog die WEKO einen eigenen sachlich relevanten Markt für Verkehrsgastronomie. Schliesslich liess die WEKO die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich Schnellverpflegungsgastronomie in jenem Entscheid offen.[52] Auch in einem späteren Entscheid liess die WEKO die diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung offen.[53]

Räumliche Marktabgrenzung

48. Betrachtet man die absatzseitigen Märkte, so spielt sich der Wettbewerb im **Lebensmitteldetailhandel** räumlich gemäss der Praxis der WEKO zu Zusammenschlussvorhaben auf zwei Ebenen ab, und zwar auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten.[54] So ist die geographische Dimension der Absatzmärkte des Lebensmitteldetailhandels sowohl national als auch lokal, wobei die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen schätzungsweise ca. 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte betragen.[55]

49. Gemäss der Praxis der WEKO hat der **Markt für Convenience-Shops** räumlich sowohl lokale, kantonale als auch nationale Charakteristika, welche in der Wettbewerbsanalyse berücksichtigt werden müssen.[56] Gleiches gilt für den räumlich relevanten **Markt für Kioske** (exkl. und inkl. Convenience-Shops).[57] Für die lokale Dimension dieser Märkte ging die WEKO in ihrem Entscheid zu *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* von einem Marktradius um die jeweilige Verkaufsstelle von fünf Gehminuten bzw. 400 Meter Distanz aus.[58]

50. In verschiedenen Entscheiden grenzte die WEKO den **Lebensmittelgrosshandel** national ab, wobei sie die genaue räumliche Abgrenzung teilweise offen liess.[59] In ihrem Entscheid *Migros/Angehrn (CCA)* wies die WEKO zudem darauf hin, dass eine engere geographische Marktabgrenzung im Falle eines eigenen Abholgrosshandelsmarkts in Betracht käme.[60]

---

[42] RPW 2008/4, 598 f. Rz 57 ff., *Coop/Carrefour*.
[43] RPW 2008/4, 600 Rz 65 ff., *Coop/Carrefour*, mit weiteren Verweisen. Ob Lebensmittelabteilungen in Warenhäusern, welche weniger als einen Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln erzielen, zum relevanten Markt gehören, wurde in jenem Entscheid offengelassen (RPW 2008/4, 601 Rz 79, *Coop/Carrefour*).
[44] RPW 2015/1, 110 Rz 34, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[45] RPW 2014/2, 419 Rz 7, *Coop/Marché*, mit weiteren Verweisen.
[46] RPW 2019/3b, 1022 Rz 13, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*, mit weiteren Verweisen; RPW 2016/2, 555 Rz 7, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen.
[47] RPW 2019/3b, 1022 Rz 13, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*, mit weiteren Verweisen; RPW 2016/2, 555 Rz 8, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen.
[48] Vgl. RPW 2016/2, 555 Rz 8 sowie 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen in Fn 7 jenes Entscheids.
[49] RPW 2012/4, 887 Rz 26, *Migros/Angehrn (CCA)*.
[50] Vgl. RPW 2016/2, 555 Rz 8 sowie 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit Verweis in Fn 8 jenes Entscheids auf RPW 2012/4, 886 Rz 23, *Migros/Angehrn (CCA)*.
[51] RPW 2019/3b, 1022 Rz 13, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2016/2, 556 Rz 9 und 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*, mit weiteren Verweisen.
[52] RPW 2014/2, 418 Rz 5, *Coop/Marché*.
[53] RPW 2015/1, 110 Rz 35 f., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[54] RPW 2008/4, 605 f. Rz 103, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1,156 Rz 236, *Migros/Denner*, mit weiteren Verweisen.
[55] RPW 2008/1,158 Rz 247, *Migros/Denner*.
[56] RPW 2015/1, 112 Rz 53, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[57] RPW 2015/1, 112 Rz 55, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[58] RPW 2015/1, 112 f. Rz 54 ff., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[59] Vgl. u.a. RPW 2019/3b, 1022 f. Rz 16, *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2016/2, 556 Rz 14, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2015/1, 113 Rz 58, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.
[60] RPW 2012/4, 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*.

51. Aus Sicht der Gäste von Gastronomiebetrieben sind die einzelnen Absatzmärkte im Gastronomiebereich lokal.[61] Dies gilt auch für die **Schnellverpflegungsgastronomie**. Weder bei *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA* noch bei Coop/Marché nahm die WEKO eine endgültige diesbezügliche räumliche Marktabgrenzung vor.[62]

3.1.2 Marktanteile der Parteien auf den relevanten Märkten

3.1.2.1 Marktanteile der Parteien auf den relevanten Beschaffungsmärkten

52. Gemäss der Beratungsanfrage erreichen die Parteien in einem Beschaffungsmarkt für Kioske, Convenience-Shops und den Lebensmitteldetailhandel, der nach Produktkategorien unterteilt wird, in keiner der von der Einkaufskooperation umfassten Produktkategorien einen Marktanteil von 15 %, wobei sie vermutlich von nationalen Märkten ausgehen (siehe oben, Rz 15 f.). Der Beratungsanfrage ist zudem zu entnehmen, dass die Parteien selbst dann in keiner der von der Einkaufskooperation umfassten Produktkategorien (vermutlich schweizweit) einen Marktanteil von 15 % erreichen, wenn lediglich die Beschaffungsmärkte der Produkte für den Lebensmitteldetailhandel betrachtet werden. […][63] […][64].

53. In der Beratungsanfrage wird je ein eigener Beschaffungsmarkt für den Lebensmittelgrosshandel und für die Schnellverpflegungsgastronomie angenommen, ohne weitere Unterteilung in Warengruppen. Gemäss den Parteien liegt der kumulierte Marktanteil von […] im Beschaffungsmarkt der Produkte für den Lebensmittelgrosshandel und der Marktanteil von […] im Beschaffungsmarkt der Produkte für die Schnellverpflegungsgastronomie jeweils unter 15 %, dies vermutlich bei nationaler Marktabgrenzung (siehe oben, Rz 15 f.). Wie bei der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte aufgezeigt (siehe oben, Rz 34 ff.), geht das Sekretariat davon aus, dass es erstens sowohl bezüglich der Produkte für den Lebensmittelgrosshandel als auch bezüglich der Produkte für die Schnellverpflegungsgastronomie mehrere nach Produktgruppen unterteilte Beschaffungsmärkte gibt und zweitens Überschneidungen bei Beschaffungsmärkten der Produkte für verschiedene vorliegend relevante Absatzkanäle (Lebensmitteldetailhandel, Convenience-Shops, Lebensmittelgrosshandel, Schnellverpflegungsgastronomie) bestehen.

54. Ein Hinweis darauf, dass bei der Beschaffung für den Lebensmittelgrosshandel weitere Absatzkanäle zu berücksichtigen sind, ergibt sich auch aus der vorliegenden, geplanten Einkaufskooperation selbst. […]

55. Gestützt auf die von den Parteien eingereichten Informationen lässt sich nicht abschliessend klären, ob die Unternehmen, welche die vorliegende Einkaufskooperation bilden, auf sämtlichen Beschaffungsmärkten, auf denen sie gemeinsam beschaffen wollen (Anhang 1 zum KABV; siehe oben, Rz 13, Fn 2), einen kumulierten Marktanteil von maximal 15 % haben.

3.1.2.2 Marktanteile der Parteien auf den relevanten Absatzmärkten

56. Für die von ihnen ausgewiesenen Absatzmärkte Convenience-Shops/Kioske, Lebensmitteldetailhandel, Lebensmittelgrosshandel und Schnellverpflegungsgastronomie gehen die Parteien […] jeweils von kumulierten Marktanteilen der Parteien von unter 15 % aus, dies vermutlich bei einer schweizweiten Marktabgrenzung. […]

57. […]

3.2 Zwischenergebnis

58. Gestützt auf die von den Parteien eingereichten Informationen lässt sich nicht abschliessend klären, ob die Unternehmen, welche die vorliegende Einkaufskooperation bilden, auf sämtlichen relevanten Beschaffungsmärkten, auf denen sie gemeinsam beschaffen wollen, einen kumulierten Marktanteil von höchstens 15 % haben (siehe oben, Rz 55). Absatzseitig wird die 15%-Schwelle zumindest auf einem relevanten Markt überschritten, nämlich auf dem Markt für Convenience-Shops und Kioske mit einem von den Parteien geschätzten kumulierten Marktanteil von etwa 20 %. Ob allenfalls weitere Märkte vorliegen, auf denen die 15%-Schwelle überschritten wird, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Hierzu wären weitere Auskünfte zu den Marktanteilen einzuholen (siehe oben, Rz 57).

59. Würden die kumulierten Marktanteile der an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen auf den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten die 15%-Schwelle nicht überschreiten, wären wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen unwahrscheinlich (siehe oben, Rz 24). Selbst wenn die 15%-Schwelle auf einzelnen relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten überschritten wird, ist davon auszugehen, dass trotz der Einkaufskooperation sowohl auf den Beschaffungs- als auch auf den Absatzmärkten noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt und die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG damit widerlegt werden kann. Folglich ist zu prüfen, ob die Einkaufskooperation zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

4. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

---

[61] RPW 2015/1, 113 Rz 57, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 418 Rz 6, *Coop/Marché*.
[62] RPW 2015/1, 113 Rz 57, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 418 Rz 6, *Coop/Marché*.
[63] Vgl. u.a. RPW 2008/4, 608 Tabelle 5, *Coop/Carrefour*; RPW 2006/1, 134 Rz 32, *Denner/Pick Pay*.
[64] Vgl. hierzu RPW 2008/4, 601 Rz 81 und 609 Rz 128, *Coop/Carrefour*, mit weiteren Verweisen in Fn 21 ff. jenes Entscheids.

4.1 Grundsätzliche Erheblichkeit von horizontalen Preisabreden

61. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. *Gaba* erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG – sofern die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann – *grundsätzlich* das Kriterium der Erheblichkeit.[65] Das Bundesgericht begründete dies im Wesentlichen damit, dass bei der Erheblichkeitsanalyse qualitative Kriterien, die sich aus dem Gesetzestext ableiten liessen, zu bevorzugen seien. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden würden in der Regel die Erheblichkeitsschwelle erreichen.[66] HEINEMANN weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Vereinbarungen, die ihrer Natur nach nicht schädlich sind, davon ausgenommen werden sollten. So lasse z.B. die Einigung über Einkaufspreise im Rahmen einer gemeinsamen Einkaufsregelung nicht in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen, sondern sei typischerweise mit der Einkaufskooperation verbunden. Daher plädiert HEINEMANN dafür, in diesem Fall den Grundsatz der Erheblichkeit zu durchbrechen und die Erheblichkeit anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien zu prüfen.[67]

4.2 Durchbrechung des Grundsatzes der Erheblichkeit bei Einkaufskooperationen

62. Die von HEINEMANN vorgeschlagene Lösung mit der Durchbrechung des Grundsatzes, wonach horizontale beschaffungsseitige Preisabreden erheblich sind, erscheint aus den folgenden Gründen sinnvoll: Erstens dürfte das Bundesgericht im Fall Gaba bewusst die Formulierung gewählt haben, wonach Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG *grundsätzlich* das Kriterium der Erheblichkeit erfüllen, um Fälle auszunehmen, in denen dies eben nicht zutrifft, wie z.B. bei «reinen» Einkaufskooperationen, d.h. solchen, die nicht der Bildung eines verschleierten Kartells dienen (siehe oben, Rz 22). Zweitens hat die EU-Kommission klare Kriterien aufgestellt, anhand deren die Auswirkungen von gemeinsamen Einkaufsregelungen überprüft werden können. Gemäss deren Horizontal-Leitlinien gelten gemeinsame Einkaufsregelungen, in deren Rahmen sich die Parteien über die Einkaufspreise einigen – unter der Voraussetzung, dass es sich dabei nicht um verschleierte Kartelle handelt, sondern diese wirklich nur den gemeinsamen Einkauf betreffen – nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen (siehe oben, Rz 22). Wenn keine *restriction by object* vorliegt, ist zu prüfen, ob wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV (*restriction by effect*) wahrscheinlich sind.[68] Drittens führt ein Abstellen auf diese klaren Kriterien für die Unternehmen zu Rechtssicherheit und einer einheitlichen Lösung.

4.3 Beurteilung der Erheblichkeit anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien

4.3.1 Qualitative Kriterien

63. In der Lehre wird diskutiert, ob Abreden über Einkaufspreise gleich schädlich sind wie Abreden über Verkaufspreise.[69] Selbst wenn davon auszugehen ist, dass sie aufgrund ihres Gegenstands – der Einkaufspreise – weniger schädlich sind als klassische absatzseitige Preiskartelle, ist infolge der Tatsache, dass es sich bei den Abredepartnern um Wettbewerber handelt, die ihre Einkaufspreise und damit einen zentralen Wettbewerbsparameter teilweise gemeinsam festlegen, von einer qualitativ schwerwiegenden Abrede auszugehen. Da die Einigung über Einkaufspreise allerdings typischerweise mit der Einkaufskooperation verbunden ist und nicht dasselbe Schädigungspotential erkennen lässt wie ein absatzseitiges Preiskartell, liegt nicht bereits aufgrund der Qualität der Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor. Daher sind die Auswirkungen der Abrede in quantitativer Hinsicht zu prüfen. Festzuhalten ist dabei, dass gemäss der durch das Bundesgericht i.S. *Gaba* bestätigten Praxis der Wettbewerbsbehörden eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein kann.[70]

4.3.2 Quantitative Kriterien

4.3.2.1 Vorbemerkungen

64. In quantitativer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass es gemäss den Horizontal-Leitlinien unwahrscheinlich ist, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründet, wenn der gemeinsame Marktanteil der daran beteiligten Parteien sowohl auf den Beschaffungs- als auch auf den Absatzmärkten nicht über 15 % liegt. Selbst wenn diese Marktanteilsschwelle überschritten wird, ist nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Einkaufskooperation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat. In diesem Fall sind die Auswirkungen auf den relevanten Märkten im Einzelfall zu prüfen (siehe oben, Rz 24).

65. *Beschaffungsseitig* sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen wahrscheinlich, wenn die an einer Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügen (sog. Nachfragemacht)[71]. In diesem Fall besteht nämlich die Gefahr, dass sie Lieferanten zwingen, die Produktmenge, -qualität und/oder -vielfalt sowie die Innovationstätigkeit einzuschränken.[72] Wettbewerbswidrige Nachfragemacht ist wahrscheinlich, wenn eine Einkaufskooperation einen grossen Teil des Gesamtvolumens auf den relevanten Beschaffungsmärkten betrifft und sie damit über eine so grosse Nachfragemacht verfügt, dass der Zugang zum Markt für konkurrierende Einkäufer verschlossen werden könnte.[73]

---

[65] BGE 143 II 297, E. 5.6, *Gaba*.
[66] BGE 143 II 297, E. 5.2.5, Gaba.
[67] HEINEMANN (Fn 9), 112.
[68] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 205 f.
[69] BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG (Fn 6), Art. 5 N 570.
[70] BGE 143 II 297, E. 5.2.2, Gaba; vgl. Ziff. 12 (1) b) der Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek).
[71] «Als Nachfragemacht bezeichnet man in sehr allgemeiner Form die Fähigkeit eines Unternehmens, einseitig die Bezugskonditionen für die von ihm eingesetzten Vorprodukte zu seinen Gunsten gewinnsteigernd zu beeinflussen», Bundeskartellamt, Bericht zur Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, 16, Ziff. B.II.1.1.
[72] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 202 f.
[73] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 210.

66. *Absatzseitig* können gemeinsame Einkaufsregelungen zu einem Kollusionsergebnis führen, sofern sie die Koordinierung des Verhaltens der Parteien auf den relevanten Absatzmärkten erleichtern. Namentlich kann der gemeinsame Einkauf zu einer wesentlichen Kostenangleichung führen, so z.B. wenn die Parteien auf den gleichen Absatzmärkten tätig sind und einen grossen Teil der angebotenen Produkte gemeinsam beschaffen.[74] Sind die gemeinsam beschaffenden Unternehmen hingegen auf unterschiedlichen Absatzmärkten tätig, so sind wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen absatzseitig eher unwahrscheinlich.[75] Ein absatzseitiges Kollusionsergebnis ist im Allgemeinen unwahrscheinlich, wenn nur ein kleiner Teil des Marktes von möglichen Koordinationswirkungen betroffen ist und disziplinierende Konkurrenten bestehen, welche eine solche Abstimmung stören.[76]

67. Der Austausch von sensiblen Geschäftsinformationen zwischen Wettbewerbern, z.B. über Einkaufspreise und -mengen, kann die Koordinierung hinsichtlich der Verkaufspreise und -mengen erleichtern und damit zu einem Kollusionsergebnis auf den Verkaufsmärkten führen.[77] Besteht eine Einkaufskommission aus Vertretern der Parteien, so sind solche Spillover-Effekte auf die Absatzseite nicht auszuschliessen. Parteien können das Risiko kartellrechtlich problematischer Auswirkungen des Informationsaustausches auf den Absatzmärkten minimieren, indem sie diesen auf das notwendige Minimum beschränken und sicherstellen, dass die entsprechenden Informationen nur im Rahmen der Einkaufskooperation verwendet werden und nicht an die daran beteiligten Unternehmen weitergegeben werden, wie dies vorliegend vorgesehen ist (siehe oben, Rz 12). Allfällige negative Auswirkungen des mit der Einkaufskooperation verbundenen *Informationsaustausches* werden im Rahmen der vorliegenden Beratung nicht abschliessend beurteilt (siehe unten, Rz 70 ff.).[78] Sollte der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, würden im Rahmen der Gesamtbeurteilung auch die positiven Aspekte von Einkaufskooperationen berücksichtigt werden. Ein Informationsaustausch, der nicht über den Austausch der Daten hinausgeht, die für die gemeinsame Beschaffung notwendig sind, dürfte dabei eher aus Effizienzgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sein, als einer, der darüber hinausgeht (siehe unten, Rz 79 ff.).[79]

4.3.2.2 Auswirkungen der Einkaufskooperation

Auf den relevanten Beschaffungsmärkten

68. Vorliegend verfügen die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen nach eigenen Angaben auf sämtlichen von der Einkaufsgemeinschaft umfassten Beschaffungsmärkten über Marktanteile, die klar unter 15 % liegen. Es bestehe daher nicht die Gefahr, dass die Parteien Anbieter zwingen, die Palette oder die Qualität ihrer Produkte zu verringern, oder dass sie den Markt für konkurrierende Einkäufer verschliessen (Abschottungseffekt). Im Gegenteil seien die Parteien kleine Spieler auf den Beschaffungsmärkten, die mit erheblich grösseren Konkurrenten wie […] bzw. mit grossen Lieferanten wie […] konfrontiert seien. Soweit dies zutrifft, ist nicht davon auszugehen, dass die Einkaufskooperation auf den relevanten Beschaffungsmärkten Marktmacht begründet und sie sich wettbewerbsbeschränkend auswirkt.

Auf den relevanten Absatzmärkten

69. Absatzseitig sind die Parteien nur teilweise auf denselben Märkten tätig. Auf diesen Absatzmärkten verfügen die Parteien nach eigenen Angaben, mit einer Ausnahme, über gemeinsame Marktanteile von unter 15 %. Einzig auf dem Absatzmarkt Convenience-Shops/Kioske betragen die gemeinsamen Marktanteile nach Angaben der Parteien ca. 20 %, […]. Damit seien die Parteien absatzseitig erheblichem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Zudem sei den Parteien nur ein Teil der Einkaufskonditionen der anderen Parteien bekannt. Die sog. Hauskonditionen würden nicht gemeinsam verhandelt. Es bestehe daher keine Gefahr, dass sich der Anreiz für die beteiligten Unternehmen, sich auf den Absatzmärkten Preiswettbewerb zu liefern, durch die Einkaufskooperation verringert werde. Soweit dies zutrifft, ist nicht davon auszugehen, dass sich die Einkaufskooperation auf den relevanten Absatzmärkten wettbewerbsbeschränkend auswirkt.

4.3.2.1 Auswirkungen des Informationsaustausches

70. Die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen legen offen, dass sie untereinander wettbewerblich sensible Informationen austauschen, insbesondere ihre bisherigen Einkaufspreise und Konditionen bei den Lieferanten, mit denen gemeinsam verhandelt werden soll. Sie sind sich nach eigenen Angaben der kartellrechtlichen Problematik des Informationsaustausches bewusst. Sie hätten sich vor diesem Hintergrund dazu verpflichtet, der Einkaufskommission nur diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die für den Zweck der Einkaufskooperation erforderlich seien. Nicht zur Verfügung gestellt würden u.a. Angaben über Hauskonditionen und sämtliche Informationen zu den absatzseitigen Aktivitäten der Unternehmen einschliesslich der Verkaufspreise (siehe oben, Rz 11).

71. Die Mitglieder der Einkaufskommission seien überdies verpflichtet, die erhaltenen Informationen streng vertraulich zu behandeln, nicht an Dritte weiterzugeben und nicht für die Tätigkeit des sie entsendenden Unternehmens zu verwenden. Die Mitglieder des Verwaltungsrats würden zudem ausdrücklich auf ihr gesellschaftsrechtliches Recht auf Auskunft und Einsicht betreffend die Einkaufspreise und Konditionen der anderen Parteien verzichten, soweit diese nicht aufgrund der bereits erfolgten Verhandlung durch die EG allen Parteien bekannt seien. Diese Pflichten würden dadurch abgesichert, dass die Mitglieder der Einkaufskommission und des Verwaltungsrats separate Vertraulichkeitserklärungen unterzeichnen müssten (siehe oben, Rz 12).

[74] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 213 f.
[75] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 212.
[76] Vgl. auch OECD, Competition Enforcement in Oligopolistic Markets, 2015, Rz 20, DAF/COMP(2015)2.
[77] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 215.
[78] Für die Kriterien zur Beurteilung eines Informationsaustausches vgl. auch Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 55 ff., 75 ff.
[79] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 216.

72. Gestützt auf die vorgenannten Informationen der Parteien geht das Sekretariat davon aus, dass der Informationsaustausch nicht über den Austausch der Daten hinausgeht, der für den gemeinsamen Einkauf im Rahmen der Einkaufskooperation notwendig ist.

4.4 Zwischenergebnis

73. Da es sich bei den an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen um Wettbewerber handelt, die ihre Einkaufspreise und damit einen zentralen Wettbewerbsparameter teilweise gemeinsam festlegen, ist von einer qualitativ schwerwiegenden Abrede auszugehen.

74. In quantitativer Hinsicht ist insofern nicht von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen auszugehen, als die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen beschaffungsseitig einerseits mit Lieferanten konfrontiert sind, die über bedeutende Marktmacht (sog. Angebotsmacht) verfügen, und andererseits mit wesentlich grösseren Konkurrenten im Wettbewerb stehen. So geben die Parteien an, dass ihre gemeinsamen Marktanteile auf den Beschaffungsmärkten unter 15 % liegen. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind auch absatzseitig insofern nicht wahrscheinlich, als die Parteien nur teilweise auf denselben Absatzmärkten tätig sind und auf diesen, mit einer Ausnahme, über gemeinsame Marktanteile von unter 15 % verfügen. Einzig auf dem Absatzmarkt Convenience-Shops/Kioske betragen die gemeinsamen Marktanteile nach Angaben der Parteien ca. 20 %.

75. Der mit der Einkaufskooperation verbundene Informationsaustausch dürfte, gestützt auf die Angaben der Parteien, nicht über den Austausch der Daten hinausgehen, der für den gemeinsamen Einkauf im Rahmen der Einkaufskooperation notwendig ist und insbesondere nicht als Mittel zur Bildung eines verschleierten harten Kartells über Absatzpreise, Mengen und/oder Gebiete eingesetzt werden.

76. Da das Sekretariat im Rahmen von Beratungen keine Sachverhaltsabklärungen vornimmt, können die Auswirkungen der Einkaufskooperation vorliegend allerdings nicht abschliessend beurteilt werden. Hierzu wären namentlich Auskünfte der Parteien, der Lieferanten und der Wettbewerber einzuholen. Würde sich z.B. herausstellen, dass die an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen auf den Beschaffungsmärkten Lieferanten gegenüberstehen, die über geringe Angebotsmacht verfügen, wäre im Einzelfall abzuklären, ob sich die Einkaufskooperation in diesen Fällen wettbewerbsbeschränkend auswirkt und ob sie gegebenenfalls aus Effizienzgründen gerechtfertigt wäre (siehe unten, Rz 79 ff.). Vor diesem Hintergrund wird offengelassen, ob die Einkaufkooperation als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist und nachfolgend geprüft, ob sie aus Effizienzgründen gerechtfertigt wäre, wenn dem so wäre.

5. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

77. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

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

Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.[80]

5.1 Eignung

78. Einkaufskooperationen sind ein geeignetes Instrument zur Erzielung von Effizienzgewinnen. Die mit Einkaufskooperationen einhergehende Bündelung der Nachfrage schafft Grössenvorteile, die es den daran beteiligten Unternehmen erlauben können, Kosten einzusparen, indem sie bspw. zu tieferen Einkaufspreisen oder geringeren Transaktions-, Transport und Lagerkosten führen. Zudem können Einkaufskooperationen qualitative Effizienzgewinne mit sich bringen, indem sie den Anbietern Anreiz setzen, neue oder verbesserte Produkte auf den Markt zu bringen (siehe oben, Rz 21).[81]

5.2 Notwendigkeit

79. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht kann Nachfragemacht unter bestimmten Umständen positiv zu beurteilen sein, weil sie die negativen Folgen starker Angebotsmacht begrenzt (sog. Gegenmacht oder «countervailing buyer power»).[82] Gerade bei konzentrierten Märkten ist davon auszugehen, dass die Bildung einer gewissen Gegenmacht unter Umständen effizient sein kann.[83] Allerdings erfüllen Wettbewerbsbeschränkungen, die über das hinausgehen, was notwendig ist, um die mit der Einkaufskooperation bezweckten Effizienzgewinne zu erzielen, die Voraussetzungen der Rechtfertigung aus Effizienzgründen nicht.[84] Ob z.B. eine Verpflichtung der an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen, ausschliesslich im Rahmen der Einkaufskooperation einzukaufen, notwendig ist, um das für die Erzielung von Grössenvorteilen erforderliche Beschaffungsvolumen zu erreichen, muss im Einzelfall geprüft werden.[85] Die Beurteilung der Frage, ob eine Bündelung der Nachfrage kartellrechtlich zulässig ist, um den negativen Folgen von Angebotsmacht entgegenzuwirken, erfordert stets eine sorgfältige Abwägung der möglichen positiven Wirkungen («Effizienzen») mit den möglichen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.[86]

---

[80] RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.Hw. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 753 f., E. 10.3), *Buchpreisbindung*.
[81] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 217.
[82] Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (Fn 71), 16 und 26.
[83] RPW 2008/4, 565 Rz 122, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHEMER, DIKE-KG (Fn 6), Art. 6 N 90.
[84] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 218.
[85] Horizontal-Leitlinien (Fn 7), Rz 218.
[86] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (Fn 71), 27.

80. Die WEKO setzte sich in ihrem Entscheid «Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern»[87] mit dem Argument der Gegenmacht auseinander. Sie gelangte im Wesentlichen zum Ergebnis, dass die Gruppenbildung auf Seiten der Versicherer in dem Masse als gerechtfertigt erscheint, als sie zu ausgeglichenen Verhandlungspositionen führt. Grundsätzlich müsse daher für jeden Einzelfall analysiert werden, wie stark die Verhandlungsposition eines Spitals oder einer Gruppe von Spitälern gegenüber den Versicherern einzuschätzen sei.[88]

81. Die relativen Verhandlungspositionen in bilateralen Verhandlungen werden massgeblich davon bestimmt, welche Ausweichmöglichkeiten die Verhandlungspartner haben.[89] Bessere Ausweichmöglichkeiten bedeuten geringere Konsequenzen im Falle des Scheiterns der Verhandlungen und somit stärkere relative Verhandlungsmacht.[90] Im Lebensmitteldetailhandel setzt die beschaffungsseitige Ausübung von Nachfragemacht gegenüber den Lieferanten zumindest ein gewisses Mass von Marktmacht auf den nachgelagerten Endkundenmärkten voraus. Falls die Endkundinnen und -kunden nämlich zwischen zahlreichen Standorten und unterschiedlichen Angeboten alternativer Detailhändler wählen könnten, hätten die Detailhändler als Abnehmer keine hinreichenden «Drohpunkte» in den bilateralen Verhandlungen mit den Herstellern, weil letzteren dann stets genügend Ausweichoptionen zur Verfügung stehen würden.[91]

82. Die relativen Verhandlungspositionen in der Wertschöpfungskette der Lebensmitteldistribution hängen von einer Vielzahl unterschiedlicher Einflussfaktoren ab. So spielen neben der Marktposition des Nachfragers, also des Lebensmitteldetailhändlers, auf dessen Absatzmärkten insbesondere auch dessen absolute Grösse (d.h. das Beschaffungsvolumen), die relative Grösse der Verhandlungspartner (gemessen als Liefer- bzw. Absatzanteile), der Konzentrationsgrad, der Grad der Produktdifferenzierung und die Markenstärke auf Herstellerseite sowie die Art und das Ausmass der Existenz von Handelsmarken (Eigenmarken) eine Rolle.[92]

83. Im Allgemeinen verfügt eine Einkaufskooperation in den bilateralen Verhandlungen mit ihren Lieferanten über keine hinreichenden «Drohpunkte», soweit die an dieser Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen auf keinem der relevanten Absatzmärkte über Marktmacht verfügen und den Lieferanten somit genügend Ausweichoptionen zur Verfügung stehen. In diesen Fällen ist es wahrscheinlich, dass die mit der Einkaufskooperation geschaffene Gegenmacht prokompetitiv wirkt. Sofern die Lieferanten auf den Beschaffungsmärkten marktmächtig sind, kann die Stärkung der Nachfragemacht allfällig überhöhte Preise in Richtung Marktpreise senken.[93]

84. […]

85. Nach Angaben der Parteien bezwecken sie mit der Einkaufskooperation eine Stärkung ihrer Verhandlungsposition, um bessere Einkaufskonditionen zu erzielen und absatzseitig tiefere Preise anbieten zu können (siehe oben, Rz 15). Beschaffungsseitig sind sie nach eigenen Angaben mit grossen Lieferanten konfrontiert und stehen mit grösseren Konkurrenten im Wettbewerb, ihre gemeinsamen Marktanteile betragen nach eigenen Angaben unter 15 % (siehe oben, Rz 25 f.). Soweit sie absatzseitig überhaupt auf denselben Märkten tätig sind, stehen sie nach eigenen Angaben unter grossem Wettbewerbsdruck und verfügen über Marktanteile von maximal ca. 20 %. Soweit diese Angaben zutreffen, ist davon auszugehen, dass die Bündelung der Nachfrage kartellrechtlich vorliegend notwendig ist, um allfälligen negativen Folgen von Angebotsmacht entgegenzuwirken. Allerdings kann dies im Rahmen der vorliegenden Beratung nicht abschliessend beurteilt werden, hierzu wären zusätzliche Auskünfte der Parteien sowie auf Seiten der Lieferanten und der Wettbewerber einzuholen (siehe oben, Rz 58).

5.3 Keine Möglichkeiten zur Wettbewerbsbeseitigung

86. Wie bereits im Rahmen der Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung festgehalten, ist vorliegend davon auszugehen, dass trotz der Einkaufskooperation sowohl auf den Beschaffungs- als auch auf den Absatzmärkten noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt (siehe oben, Rz 59). Folglich ist davon auszugehen, dass die Einkaufskooperation den daran beteiligten Parteien nicht die Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

5.4 Zwischenergebnis

87. Mit Einkaufskooperationen wird die Nachfrage gebündelt, um Grössenvorteile und damit Effizienzgewinne zu erzielen. Erfolgt die Bündelung der Nachfrage zwecks Bildung von Gegenmacht, können Einkaufskooperationen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein. Die damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen dürfen allerdings nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um die mit der Einkaufskooperation bezweckten Effizienzgewinne zu erzielen.

88. Soweit die vorliegend zu beurteilende Einkaufskooperation notwendig ist, um gegenüber angebotsmächtigen Lieferanten eine Gegenmacht zu schaffen, ist davon auszugehen, dass sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Allerdings kann dies im Rahmen dieser Beratung nicht abschliessend beurteilt werden. Denn die Stärke der Verhandlungsposition der Einkaufskooperation auf den Beschaffungsmärkten, welche von den gemeinsamen Verhandlungen betroffen sind, hängt nicht nur von der kumulierten Marktposition ihrer Parteien auf den relevanten Absatzmärkten ab, sondern

[87] RPW 2008/4, 564 Rz 121 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.
[88] RPW 2008/4, 571 Rz 146 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.
[89] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (Fn 71), 20 f., OECD, Monopsony and Buyer Power, 2008, 9 und 21 ff., DAF/COMP(2008)38, 39 ff., m.w.H.
[90] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (Fn 71), 20 f., Monopsony and Buyer Power (Fn 89), 39 ff., m.w.H.
[91] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (Fn 71), 22.
[92] Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel (Fn 71), 23; Monopsony and Buyer Power (Fn 89), 39 ff., m.w.H.
[93] Monopsony and Buyer Power (Fn 89), 9, 21 ff., für Kriterien zur Bestimmung, ob Lieferanten marktmächtig sind vgl. Monopsony and Buyer Power (Fn 89), 41.

u.a. auch von ihrem Beschaffungsvolumen und der Stärke der Marktgegenseite, also beispielsweise dem Konzentrationsgrad auf Herstellerseite und der Markenstärke der Hersteller. Hierzu müssten namentlich Auskünfte bei den Parteien, deren Lieferanten und Wettbewerbern eingeholt werden.

III. Ergebnis

89. Die Parteien der vorliegenden Einkaufskooperation kooperieren bewusst und gewollt zusammen, um die Einkaufspreise gegenüber ihren Lieferanten festzulegen. Die Einigung über Einkaufspreise ist typischerweise mit einer gemeinsamen Einkaufsregelung verbunden und stellt **keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung** dar, sofern sie nicht der Bildung eines verschleierten Kartells dient. Im Allgemeinen ist es unwahrscheinlich, dass Einkaufskooperationen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, wenn die daran beteiligten Unternehmen auf den Beschaffungs- und den Absatzmärkten nicht über Marktmacht verfügen. In diesen Fällen dürften Einkaufskooperationen, bei denen es sich nicht um verschleierte Kartelle und damit weder um bezweckte noch um bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen handelt, keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.

90. Betragen die gemeinsamen Marktanteile der an einer Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen auf den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten nicht mehr als 15 %, so ist es unwahrscheinlich, dass die Einkaufskooperation Marktmacht begründet. Vorliegend betragen die gemeinsamen Marktanteile nach Angaben der Parteien, mit einer Ausnahme, auf sämtlichen relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten unter 15 %. Lediglich auf einem Absatzmarkt wird die 15%-Schwelle leicht überschritten, dort betragen die gemeinsamen Marktanteile etwa 20 %. In Anbetracht dieser Marktpositionen ist **nicht davon auszugehen**, dass sich die Einkaufskooperation auf den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten **wettbewerbsbeschränkend auswirken** wird. Um dies abschliessend beurteilen zu können, wären allerdings Sachverhaltsabklärungen des Sekretariats erforderlich, die im Rahmen einer Beratung nicht möglich sind. Daher hat das Sekretariat vorliegend offengelassen, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt und dargetan, anhand welcher Kriterien die Einkaufskooperation beurteilt würde, falls dem so wäre.

91. In diesem Fall wäre zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede über die gemeinsame Festlegung der Einkaufspreise im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt. Da es sich bei den an der Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen um Wettbewerber handelt, die ihre Einkaufspreise und damit einen zentralen Wettbewerbsparameter teilweise gemeinsam festlegen, ist von einer **qualitativ schwerwiegenden Abrede** auszugehen. In quantitativer Hinsicht ist vorliegend relevant, dass die Parteien nach ihren Angaben sowohl beschaffungs- als auch absatzseitig über eher unbedeutende Marktpositionen verfügen und folglich relativ grossem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind (siehe oben, Rz 90), dass sie beschaffungsseitig marktmächtigen Lieferanten gegenüberstehen und sie absatzseitig nur zum Teil miteinander im Wettbewerb stehen. Aus diesen Gründen ist nicht von wettbewerbsbeschränkenden **Auswirkungen** der Einkaufskooperation auszugehen. Allerdings kann dies vorliegend **nicht abschliessend beurteilt** werden. Daher hat das Sekretariat offengelassen, ob die Einkaufkooperation als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist und geprüft, ob sie aus Effizienzgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt wäre, wenn dem so wäre.

92. **Soweit** die vorliegend zu beurteilende Einkaufskooperation **notwendig** ist, um gegenüber angebotsmächtigen Lieferanten eine **Gegenmacht zu schaffen**, ist davon auszugehen, dass sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz **gerechtfertigt** ist. Allerdings kann dies im Rahmen dieser Beratung nicht abschliessend beurteilt werden, weil die Stärke der Verhandlungsposition der Einkaufskooperation nicht nur von der kumulierten Marktposition der daran beteiligten Unternehmen, sondern von weiteren Faktoren, wie z.B. von ihrem Beschaffungsvolumen und der Stärke der Marktgegenseite, abhängt.

93. Zusammenfassend ist gestützt auf die Angaben der Parteien davon auszugehen, dass die an der vorliegend zu beurteilenden Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen auf den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten nicht über Marktmacht verfügen und sich die Einkaufkooperation daher prokompetitiv auswirkt. Jedenfalls dürfte der damit bezweckte Aufbau einer Gegenmacht zur Kostensenkung gerechtfertigt sein. Allerdings kann dies im Rahmen der vorliegenden Beratung nicht abschliessend beurteilt werden.

B 1.4	**3. Schweizer Digital-Allianz**

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage planen die Ringier AG, die Tamedia AG, die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG), die Neue Zürcher Zeitung AG sowie die CH Media Holding AG (zusammen: Allianzpartner) den schrittweisen Ausbau der zunächst freiwilligen Logins der einzelnen Medienhäuser zu einem Allianzübergreifenden Login mit einer gemeinsamen Infrastruktur sowie die Einführung einer Login-Pflicht (mit Ausnahme der SRG).

2. Die Beratungsanfrage weist zunächst auf die besondere Position der SRG hin. Für diese komme eine generelle Login-Pflicht für alle Inhalte grundsätzlich nicht in Frage. Zudem würden die von der SRG erhobenen Registrierungs- bzw. Nutzerdaten weder für Werbezwecke verwendet noch verkauft. Die SRG gebe keine solchen Daten weiter. Derzeit sei noch offen, in welcher Form die SRG die Digital-Allianz unterstützen könne und werde. […]

3. Die Login-Allianz stehe vor dem Hintergrund eines weiterhin rückläufigen Werbevolumens für Presse, Fernsehen und Radio. Von 2012 bis ins Jahr 2018 hätten die Printumsätze von Zeitungen und Magazinen um rund 40 % abgenommen. Bis ins Jahr 2023 sei gemäss PwC mit einem weiteren Rückgang von 30 % zu rechnen. Zwar sei mit steigenden Online-Werbeeinnahmen zu rechnen. Diese dürften aber gemäss Experten vor allem durch ausländische digitale Angebote wie bspw. Google, Facebook und Instagram generiert werden.

4. Der deutlich grössere Marktanteil der ausländischen Unternehmen und insbesondere ausländischer Digitalunternehmen wie Google, Amazon, Facebook und Apple (sog. GAFAs) bei den Online-Umsätzen sei nach Ansicht der Allianzpartner auf folgende Gründe zurückzuführen: Ausländische Digitalunternehmen hätten reichweitenstarke Angebote. Entsprechend verfügten sie über ein grosses Werbevolumen. Ausländische Digitalunternehmen wie insbesondere Google und Facebook verfügten zudem über umfassende Nutzerprofile. Umfassende Nutzerprofile seien für Werbetreibende besonders attraktiv, da Werbung auf die Nutzer abgestimmt platziert werden könne. Für solche Werbung könnten höhere Preise verlangt werden. Die damit verbundene «Datenmarge» gehe als Folge hiervon mehrheitlich an ausländische Digitalunternehmen.

5. Im Gegensatz zu den erwähnten ausländischen Digitaldiensten seien die meisten Nutzer der vorliegenden Allianzpartner nicht eingeloggt. Diese Problematik verschärfe sich durch die abnehmende Bedeutung der sog. «Cookies». Diese Cookies würden in der Werbebranche zur Personalisierung der angezeigten Werbemittel eingesetzt. Fachleute gingen davon aus, dass Cookies in ein paar Jahren verschwinden würden. Die im letzten Jahr veröffentlichte Firefox-Version blockiere Cookies in ihrer Standard-Einstellung. Auch bei den Browsern Safari von Apple und Chrome von Google bestehe eine solche Blockierung bzw. sei diese absehbar. Das bedeute, dass Werbetreibende die Nutzer nicht mehr über verschiedene Webseiten begleiten und deren Vorlieben identifizieren könnten. Verwende ein Nutzer nun einen solchen aktuellen Browser und gelange so auf eine Webseite, könnten Webseite-Betreiber nur noch nichtpersonalisierte Werbung ausliefern.

6. Als Folge davon seien die Plattformen der Allianzpartner nämlich einerseits für die Nutzer weniger interessant, weil sie ihnen nicht ein zielorientiertes Nutzererlebnis bieten können. […] Diese Umstände führten dazu, dass die wirtschaftliche Existenz der nichtgebührenfinanzierten Schweizer Medien bedroht sei.

7. Der Digital-Allianz der Schweizer Medienhäuser gehe es zunächst darum, wieder in eine Beziehung zu den Nutzern treten zu können. Zu diesem Zweck planten die Allianzpartner die Einführung eines Allianzübergreifenden Logins. Zunächst gebe es eine Übergangsphase, in welcher die Allianzpartner ein freiwilliges Login vorsehen und die Nutzer über die Möglichkeit und den Nutzen eines Logins informieren würden. […] Das Login solle hierbei so ausgestaltet sein, dass sich Nutzer mit nur wenigen Angaben anmelden könnten. […] solle eine «Single Sign On»-Plattform (SSO-Plattform) verwendet werden. Nutzer müssten sich nur einmal registrieren und anmelden, um Zugang zu den digitalen Inhalten der Allianzpartner zu erhalten. Die Datenschutzvorgaben der Schweiz und der Europäischen Union würden dabei eingehalten.

8. […] Bei der Beurteilung des geplanten Vorhabens der Allianzpartner sei davon auszugehen, dass keine Vorgaben in Bezug auf die Kommerzialisierung der digitalen Inhalte einzelner Allianzpartner beständen. Jeder Allianzpartner könne selbst entscheiden, ob und wenn ja in welchem Umfang eine Kostenpflicht (Paywall) eingeführt werde. Überdies beständen keine Vorgaben zur Preisgabe oder Nutzung der Daten. Die Allianzpartner könnten frei entscheiden, ob und zu welchen Zwecken sie die Daten nutzen wollen. Für das Funktionieren der SSO-Plattform würden einzig eine E-Mail-Adresse und ein Passwort benötigt. Die Allianz sehe nicht vor, dass die Allianzpartner von den Nutzern weitergehende Daten einfordern werden. Es gebe auch keinen Automatismus zwischen dem Login und der Nutzung der Daten. Den Lesern bzw. Nutzern der Plattformen werde es ermöglicht, auf zielorientierte Inhalte und Werbung zu verzichten. Auch sei die Digital-Allianz offen ausgestaltet und die Teilnahme von weiteren digitalen Publizistikanbietern erwünscht.

9. Das geplante Vorhaben bringe verschiedene Vorteile mit sich. Durch ein Erhöhen der Login-Rate verbessere

sich das Angebot der Allianzpartner sowohl für den Nutzer als auch für die Werbetreibenden. Das Login führe zu einer signifikanten Verbesserung der Monetisierungsbedingungen. Relevantere Produkte führten zu höherer Zahlungsbereitschaft bei Nutzern und zu mehr Ad-Impressions. Das höhere Nutzerwissen steigere den Wert der Ad-Impressions für die Medienhäuser. Gleichzeitig führe die gemeinsame Nutzung der Infrastruktur zu Kostenersparnissen für die einzelnen Medienhäuser, da die Infrastrukturkosten gemeinsam getragen werden könnten.

10. Die Digital-Allianz stelle auch eine Verbesserung für den Nutzer dar. Der Nutzer müsse sich nur einmal registrieren und könne denselben Login-Zugang auf allen angeschlossen Seiten nutzen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Registrierungsdaten nicht an alle Allianzpartner verteilt, sondern nur an jene Medien weitergeleitet würden, bei denen sich der Nutzer einlogge.

11. […] Bei einer weniger weitgehenden Pflicht bzw. Koordination könnten daher die genannten Effizienzgewinne nicht erzielt werden.

II. Fragestellung

12. Mit der Beratungsanfrage wird das Sekretariat um eine kartellrechtliche Beurteilung des dargestellten Vorhabens ersucht.

13. Gegenstand der vorliegenden Beratung stellt einzig die Schaffung der gemeinsamen SSO-Infrastruktur inkl. Einführung einer […] Login-Pflicht dar. Nicht beurteilt werden kann aufgrund vorliegender Informationen, ob die […].

III. Beurteilung

14. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Art. 4 Abs. 1 KG definiert dabei den Begriff der Wettbewerbsabreden als rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

a. Wettbewerbsabrede

15. Dass eine Vereinbarung von Unternehmen gleicher Marktstufe vorliegt ist offenkundig. Entscheidend für die Beurteilung ist, ob dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

16. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung ist weit zu verstehen. Wettbewerb liegt dann vor, wenn die Nachfrageseite Wahl- und Ausweichmöglichkeiten in Bezug auf die angebotene Ware oder Dienstleistung hat, sie also unter mehreren Angeboten auswählen kann; die Angebotsseite versucht deshalb, ein Angebot zu unterbreiten, das ein besseres Preis-Leistungs- bzw. Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweist als die Angebote der Konkurrenten.[1] Grundsätzlich fällt jeder Eingriff in dieses freie Spiel von Angebot und Nachfrage unter den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung.[2] Eine solche liegt mit anderen Worten vor, wenn die Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer zur eigenständigen Festlegung ihrer Wettbewerbspositionen hinsichtlich einzelner «Wettbewerbsparameter» aufgehoben und dadurch die zentrale Funktion des Wettbewerbs zur effizienten Allokation der eingesetzten Ressourcen vermindert wird. Als «Wettbewerbsparameter» gelten dabei alle Faktoren, welche durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Faktoren Preis, Menge und Qualität der Produkte sowie Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung.[3]

17. Beim nachgefragten Gut handelt es sich vorliegend leser- bzw. nutzerseitig um die Online-Medienangebote der Allianzpartner. Das werbeseitige Angebot der Allianzpartner ist, soweit ersichtlich, von der Login-Pflicht nicht betroffen. Daran ändert auch nichts, dass die Allianzpartner durch die SSO-Plattform für Werbekunden möglicherweise attraktiver werden. Eine gemeinsame Vermarktung des allianzweiten Werbeinventars ist gemäss unterbreitetem Sachverhalt jedenfalls nicht vorgesehen.

18. Für die Zwecke der vorliegenden Beratungsantwort ist davon auszugehen, dass sich die SSO-Plattform und die Login-Pflicht auf das Online-Informationsangebot bzw. die Online-News-Sites der Allianzpartner beziehen, welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen.[4] Für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede spielt es indes keine Rolle, ob davon auch die übrigen Angebote (bspw. Stellen-, Fahrzeug- oder Immobilien-Rubrikanzeigen) betroffen sind.

19. Gestützt auf den in der Beratungsanfrage dargestellten Sachverhalt […]. Das bedeutet, dass die Art und Weise, wie ein Nutzer Zugang zu dem Informationsangebot der Medienunternehmen erhält, einen entscheidenden Faktor für die Wahl der News-Site darstellt. […] Mit anderen Worten stellt die Login-Pflicht bzw. die Art des Zugangs zu den Medienangeboten ohne weiteres ein «Wettbewerbsparameter» dar. […]

20. […]

21. Demgegenüber ist gestützt auf den dargestellten Sachverhalt nicht davon auszugehen, dass die blosse Schaffung einer gemeinsamen SSO-Infrastruktur ohne

[1] Vgl. BGE 141 II 66, E. 4.2.3 (= RPW 2015/1, 137 E. 4.2.3), *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente*.
[2] Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, (nachfolgend: DIKE KG), Art. 4 Abs. 1 N 117.
[3] Vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013, RPW 2016/4, 1134 E. 301, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.
[4] Vgl. RPW 2018/4, 944 Rz 68, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2018/4, 876 Rz 95, AZ *Medien/NZZ*; RPW 2015/3, 450 ff. Rz 106, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, 711 Rz 44, *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, 525 Rz 82, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; RPW 2012/1, 118 Rz 56, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*; RPW 2007/4, 609 Rz 54, *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.

Login-Pflicht die Auswahlmöglichkeit der Nutzer in relevanter Weise beeinträchtigt. Dies zumal gestützt auf den Sachverhalt die Schaffung einer gemeinsamen SSO-Infrastruktur nicht zu einem Informationsaustausch unter den Allianzpartnern führt.

22. […] führt entgegen der in der Beratung geäusserten Ansicht nicht zu einer Ähnlichkeit mit einer Arbeitsgemeinschaft. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn die Medienunternehmen den Nutzern objektiv nur gemeinsam ein Informationsangebot unterbreiten könnten. Dass das Ziel der Wettbewerbsbeschränkung bei einem Kartell nur gemeinsam erreicht werden kann, liegt demgegenüber in der Natur der Sache. So kann eine Preisabrede in der Regel auch nur gemeinsam durchgesetzt werden.

b. Beseitigung des Wettbewerbs

23. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

24. Unter «Preis» ist eine monetäre Leistung zu verstehen.[5] Nicht darunter fallen demzufolge andere Gegenleistungen der Marktgegenseite wie Naturalien oder Aufmerksamkeit. Die Preisgabe von Nutzerdaten, welche mit der Login-Pflicht zusammenhängt, fällt demzufolge nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG.

25. Theoretisch wäre es denkbar zu argumentieren, dass mit der […] Login-Pflicht die Liefermenge für Medienangebote ohne Registrierungspflicht auf null gesetzt wird. Allerdings führte eine solche «Mengenabrede» nicht zu einer Verknappung des Angebots und damit zu einer Erhöhung der Preise.[6] Die Vereinbarung […] entsprechend dem unterbreiteten Sachverhalt ist vielmehr mit Vereinbarungen über gemeinsame Standards oder Geschäftsbedingungen vergleichbar, welche nicht von Art. 5 Abs. 3 Bst. b KG erfasst werden.[7]

26. Sodann werden auch keine Gebiete im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG abgesprochen. Der in der Beratungsanfrage dargestellte Sachverhalt kann demzufolge nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert werden.

27. Eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG liegt von vornherein nicht vor, da gemäss Sachverhalt keine Unternehmen verschiedener Marktstufen beteiligt sind.

28. Aufgrund des dargestellten Sachverhalts kann auch nicht von einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG durch die […] Einführung der Login-Pflicht die Rede sein. […] Ausserdem bestehen auch andere gewichtige Online-Informationsangebote ausserhalb der vorliegenden Login-Allianz (bspw. bluewin.ch). Andererseits ist prima facie davon auszugehen, dass trotz […] Login-Pflicht immer noch ausreichend Restwettbewerb inhaltlicher Natur zwischen den Allianzpartnern besteht. Eine abschliessende Beurteilung lässt sich allerdings gestützt auf den unterbreiteten Sachverhalt nicht vornehmen. Eine solche würde überdies auch den Rahmen einer Beratungsanfrage sprengen.

29. Aufgrund des dargestellten Sachverhalts bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Einführung der Login-Pflicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, insbesondere auf dem Markt für Online-News-Sites (vgl. Rz 18), führt.

c. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

30. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenwettbewerb hinsichtlich eines oder mehrerer «Wettbewerbsparameter» beschränkt wird.[8] Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (zumindest) dann zu bejahen, wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten.[9]

31. Das Tatbestandselement der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist gestützt auf den dargestellten Sachverhalt gegeben, zumal hier bereits unter dem Aspekt des Vorliegens einer Abrede festzustellen ist, dass die Einführung einer […] Login-Pflicht eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt (vgl. Rz 19 f.).

32. Ob das Tatbestandselement der Erheblichkeit gegeben ist, lässt sich aufgrund der vorliegenden Informationen jedoch nicht beurteilen. Zwar dürfte die die Art des Zugangs zu den Medienangeboten der Medienunternehmen nicht irrelevant sein. Dies nachdem in der Beratungsanfrage […]. Welche Bedeutung der Login-Pflicht aber tatsächlich zukommt, lässt sich im Rahmen der vorliegenden Beratung nicht beurteilen. Eben so wenig lassen sich gestützt auf den unterbreiteten Sachverhalt Aussagen über die Marktanteile der Beteiligten machen, wobei es immerhin als notorisch gelten dürfte, dass es sich bei den Allianzpartnern um die grössten Medienunternehmen der Schweiz handelt.

d. Rechtfertigung

33. Soweit die […] Login-Pflicht eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit sich führen würde, wäre zu prüfen, ob diese sich allenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen würde.

[5] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 3), Art. 5 N 381.
[6] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 3), Art. 5 N 422.
[7] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 3), Art. 5 N 436.
[8] Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.1), Buchpreisbindung.
[9] Vgl. BGE 129 II 18, E. 5.2.1 (= RPW 2002/4, 735 E. 5.2.1), *Buchpreisbindung*.

34. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

35. Gemäss Beratungsanfrage reduziere die geplante gemeinsame SSO-Infrastruktur die Kosten der Medienhäuser, weil nur eine einzige Infrastruktur betrieben werden müsse. Zudem sorge das gemeinsame Login für einen geringen Registrierungs- und Login-Aufwand bei den Nutzern. Weiter sei ein einziges «Consent-Management» sowohl für die Nutzer als auch für die Verlage effizienter.

36. Dazu ist festzuhalten, dass gestützt auf den dargestellten Sachverhalt nicht davon auszugehen ist, dass die blosse Schaffung einer gemeinsamen SSO-Infrastruktur eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (vgl. Rz 21). Daher spielt es auch keine Rolle, ob eine einzige, gemeinsame SSO-Infrastruktur volkswirtschaftlich effizienter ist als mehrere individuelle Login-Systeme. Dies wäre allenfalls dann der Fall, wenn die Login-Pflicht – um deren Rechtfertigung als Wettbewerbsabrede es geht – untrennbar mit der gemeinsamen SSO-Infrastruktur verbunden wäre. Eine gemeinsame SSO-Infrastruktur und die damit verbundenen Effizienzvorteile können aber auch mit einem freiwilligen Login erzielt werden. Wie aus der Beratungsanfrage selber hervorgeht, werde die Login-Pflicht vielmehr benötigt, […]. Durch die Login-Pflicht erhielten die Allianzpartner die Möglichkeit, bessere Nutzerdaten zu erheben. Mit den besseren Nutzerdaten könnten die Allianzpartner den Nutzern ein besseres Leseerlebnis bieten. Ausserdem werde damit die Möglichkeit geschaffen, dem Nutzer zielorientiertere Werbung zu bieten, was die Finanzierung des journalistischen Angebots im Interesse der Leser/Nutzer ermögliche. Viele Nutzer dürften es gemäss Beratungsanfrage als Vorteil betrachten, wenn sie zielgerichtete anstelle von irrelevanter Werbung erhielten. Seitens der Medienhäuser werde es jedoch keinen Automatismus zwischen dem Login und der Nutzung der Daten geben. Die Nutzer erhielten die Möglichkeit, die Nutzung ihrer Daten abzulehnen.

37. Weiter bestehen aufgrund des dargestellten Sachverhalts keine Anhaltspunkte dafür, dass die Einführung der Login-Pflicht den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (vgl. Rz 29).

38. Es stellt sich daher die Frage, ob sich die Login-Pflicht als solche durch Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt.

39. Inwiefern die […] Login-Pflicht Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken vermag, ist nicht ersichtlich. Denkbar ist hingegen, dass sich durch die Login-Pflicht Produkte verbessern lassen (bspw. werbeseitig verbesserte Möglichkeiten für zielgerichtete Werbung) bzw. dank höherer Werbeeinnahmen die Medienvielfalt vergrössert wird oder zumindest erhalten bleibt.[10] Dem Sachverhalt kann indes nicht entnommen werden, ob die […] Login-Pflicht tatsächlich zum Erhalt oder zu einer Erhöhung der Werbeumsätze führt. Selbst wenn dem aber so wäre, ist fraglich, ob dazu eine […] Login-Pflicht wirklich nötig ist. […] Gestützt auf den unterbreiteten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass mittel- und langfristig nur noch Medienunternehmen mit Login-Pflicht Werberaum für zielgerichtete Werbung verkaufen können.

40. Aufgrund der vorhandenen Informationen kann daher nicht beurteilt werden, ob sich die Login-Pflicht durch Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen liesse. Eine Rechtfertigung erscheint aber zumindest nicht als ausgeschlossen.

IV. Fazit

41. Die blosse Schaffung einer gemeinsamen SSO-Infrastruktur ohne Login-Pflicht und ohne weitergehenden Informationsaustausch stellt unter den vorliegend präsentierten Bedingungen keine unzulässige Wettbewerbsabrede dar.

42. Die […] Einführung der Login-Pflicht gemäss dargestelltem Sachverhalt ist grundsätzlich als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Aufgrund des dargestellten Sachverhalts ist jedoch nicht vom Vorliegen eines Vermutungstatbestandes gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG auszugehen. Eben so wenig ist dem Sachverhalt eine drohende Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu entnehmen. Ob die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und, falls ja, sie sich durch Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, insbesondere Produkteverbesserung, lässt sich im Rahmen der vorliegenden Beratung hingegen nicht abschliessend beurteilen.

43. Nicht Gegenstand der vorliegenden Beratung ist die Prüfung der […] (Rz 8).

[10] Vgl. BGE 129 II 18, E. 10.3.2 (= RPW 2002/4, 754 f. E. 10.3.2), *Buchpreisbindung*.

B 1.4	**4. Meldepflicht Worldline/Ingenico**

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

1. Am 3. Februar 2020 haben Worldline SA (nachfolgend: Worldline) und Ingenico Group SA (nachfolgend: Ingenico) bekanntgegeben, dass sie eine Zusammenschlussvereinbarung getroffen haben, wonach Worldline ein Übernahmeangebot für alle Aktien von Ingenico unterbreiten und damit die alleinige Kontrolle über Ingenico erwerben soll. Der Vollzug des Vorhabens ist für […] geplant.

II. Fragestellung

2. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird insbesondere der Europäischen Kommission und den US Fusionskontrollbehörden gemeldet. Fraglich ist, ob es ebenfalls den Schweizer Wettbewerbsbehörden zu melden ist. Da die Umsätze der Parteien nicht alle Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 KG erreichen,[1] könnte das Zusammenschlussvorhaben aufgrund des Aufgreifkriteriums der marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig sein. Hierbei wünschen die Parteien Rechtssicherheit darüber, auf welchen Zeitpunkt für das Vorliegen einer rechtskräftig festgestellten marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG abzustellen ist und bitten um die Beantwortung der folgenden Frage: «Ist es richtig, dass der Sachverhalt im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts relevant ist, um zu bestimmen, ob eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht?»

III. Beurteilung

3. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG sind Zusammenschlussvorhaben ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG dann meldepflichtig, wenn ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach KG 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.

4. Am 29. November 2010 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die SIX Group AG mittels ihrer Tochtergesellschaft SIX Multipay AG (nachfolgend zusammen *SIX* genannt) im Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard sowie im Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.[2] Diese Verfügung ist indessen bis heute nicht rechtskräftig, da sie mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten wurde. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 in dieser Sache[3] wurde wiederum mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen, wo er derzeit hängig ist. Im Zeitpunkt der Beratung liegt somit keine rechtskräftige Verfügung der WEKO vor, die eine marktbeherrschende Stellung eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens feststellt bzw. festgestellt hat.

5. Für die vorliegende Beratung wird entsprechend der Beratungsanfrage – die sich lediglich auf den relevanten Zeitpunkt für die Bestimmung der Meldepflicht bezieht – davon ausgegangen, dass der oben angesprochene Markt für das Acquiring der Kreditkarten Visa und MasterCard und/oder der Markt für das Acquiring der Debitkarte Maestro einen diesem Zusammenschluss vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt darstellt und dass die SIX Group AG und/oder SIX Multipay AG Unternehmen darstellen, die am Zusammenschluss beteiligt sind[4].

6. Es ist im vorliegenden Zeitpunkt richtig, dass bezüglich der genannten Verfügung der WEKO keine Meldepflicht aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG vorliegt, zumal die angesprochene Verfügung der WEKO nicht rechtskräftig ist. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine Meldepflicht in Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG vorliegen bzw. entstehen würde, sollte das Bundesgericht die Marktbeherrschung von SIX vor Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bestätigen und sollte dieser Entscheid in der Folge in Rechtskraft erwachsen. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, auf welchen Zeitpunkt für das Vorliegen einer rechtskräftig festgestellten Marktbeherrschung durch ein Unternehmen abgestellt wird. Für die Festlegung des relevanten Zeitpunkts kann in erster Linie der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts («*Signing*») oder der Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts («*Closing*») in Betracht gezogen werden.

7. Die Parteien sind in der Beratungsanfrage der Ansicht, dass eine historische, systematische und teleologische Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG dafür spreche, dass der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts für die Meldepflicht relevant sei. Ausschlaggebendes Argument dafür sei, dass Zusammenschlussparteien nur so Rechtssicherheit über eine Meldepflicht hätten und ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts

[1] Nach Angaben der Parteien hat Ingenico im Geschäftsjahr 2019 in der Schweiz einen Umsatz von […] erzielt, womit der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erreicht ist.

[2] RPW 2011/1, 197 Dispositiv Ziff. 1, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[3] Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX Group AG/SIX Payment Services AG/WEKO*.

[4] Worldline hat im Jahr 2018 die alleinige Kontrolle über die SIX Payment Services Group erlangt, die von der SIX Group gehalten wurde (RPW 2019/1, 165 ff., *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*). Somit würde eine rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von SIX seit dem Zusammenschluss mit Wordline dazu führen, dass die Feststellung auch Wirkung auf Worldline entfaltet.

Zusammenschlussvorhaben wie das vorliegende gefährden würde bzw. gar regelmässig verunmöglichen würde. Die Parteien führen zudem unter anderem die Praxis der WEKO zur Unterstützung ihrer Argumentation an. Die WEKO stelle in ständiger Praxis für die Berechnung der relevanten Umsätze gemäss Art. 9 Abs. 1 KG auf den Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts bzw. auf den Zeitpunkt einer Absichtserklärung ab.[5]

8. Gemäss der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 wurde anstatt eines noch im Vorentwurf vorgesehenen Marktanteilskriteriums «das eindeutig bestimmbare Kriterium» der rechtskräftig festgestellten marktbeherrschenden Stellung als massgebend für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG festgelegt.[6] Damit hat sich der Gesetzgeber zur Schaffung von Rechtssicherheit entschieden, auf ein einfach zu bestimmendes Kriterium abzustellen.

9. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend festzuhalten, dass, würde auf den Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts als relevanten Zeitpunkt abgestellt, die Parteien im konkreten Fall bis zum Verfügungsgeschäft in Ungewissheit darüber wären, ob doch noch kurz vor Closing eine Meldung einzureichen wäre, was der Rechtssicherheit abträglich wäre. Hinzu kommt, dass ein Abstellen auf den Sachverhalt zum Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts in der Praxis zu einer Unvereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 KG, der vorsieht, dass vor Vollzug zu melden ist und mit Art. 32 Abs. 2 KG (Vollzugsverbot während der Prüfung des Zusammenschlusses) führte. Da ein Zusammenschlussvorhaben vor Vollzug zu melden ist, ist es konsequenterweise nicht möglich, auf ebendiesen definitiven Vollzug für die Feststellung einer Meldepflicht abzustellen.

10. Schliesslich erscheint das Abstellen auf den Sachverhalt zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts – wie von den Parteien angeführt – auch deshalb sinnvoll, weil hinsichtlich der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG ebenfalls dieser Zeitpunkt massgeblich ist. Demnach ist zur Bestimmung des Umsatzes des letzten Geschäftsjahres – der massgebliches Kriterium zur Bestimmung der Meldepflicht ist[8] – der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts relevant.[9] Daher ist es angezeigt, für die Frage des Vorliegens einer Meldepflichtig nach Art. 9 Abs. 4 KG auf den Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts abzustellen.

IV. Fazit

11. Nach den vorangehenden Ausführungen kann festgehalten werden, dass es richtig ist, dass der Sachverhalt im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts relevant ist, um zu bestimmen, ob eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht.

[5] Vgl. Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission vom 21. Oktober 2014, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens (nachfolgend: Merkblatt Zusammenschlussvorhaben), Teil II, Ziff. 3.3.1.

[6] Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 581.

[7] Vgl. etwa FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9 KG N 106.

[8] Vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG.

[9] Merkblatt Zusammenschlussvorhaben, Teil II, Ziff. 3.3.1; in gewissen Fällen wird auch auf den Zeitpunkt einer allfälligen Absichtserklärung abgestellt, falls noch kein Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wurde.

B 1.4	**5. Credit Exchange AG: Betrieb einer Online-Plattform zur Vergabe und Abwicklung von Hypothekarkrediten für selbstbewohntes Wohneigentum**

Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

1. Die Credit Exchange AG (nachfolgend: CredEx) betreibt eine Plattform zur Vergabe und Abwicklung von Hypothekarkrediten für selbstbewohntes Wohneigentum in der Schweiz. Den an der Plattform teilnehmenden Finanzinstituten soll ermöglicht werden, für ihre Endkunden möglichst preiswerte Hypothekardarlehen anzubieten. Die wesentlichen Schritte des Hypothekargeschäfts – also z.B. Immobilienbewertung, Überprüfung der Informationen oder Kreditabwicklung und Kreditbewirtschaftung – werden dabei durch spezialisierte Partner übernommen. Die CredEx agiert als zentrale, wettbewerbsneutrale Schnittstelle zwischen den verschiedenen involvierten Partnern. Sie betreibt dazu eine online Plattform (nachfolgend: Plattform), an welche die nachstehend beschriebenen Vertriebspartner und Kreditfinanzierer mittels eines Rahmenvertrags (nachfolgend: Teilnehmervertrag) angeschlossen sind. Die teilnehmenden Finanzinstitute (nachfolgend: Teilnehmer) können, müssen aber nicht, gleichzeitig als Vertriebspartner und als Kreditfinanzierer an der Plattform teilnehmen.

2. Über die Plattform werden Informationsprüfung, Immobilienbewertung, Kreditabwicklung, Kreditbewirtschaftung sowie die Verwaltung und Verwahrung der Kreditsicherheiten durch die jeweiligen Partner koordiniert. Die Kundenbeziehung verbleibt bei den Vertriebspartnern, die jeweils mit den weiteren Partnern über die Plattform kooperieren.

3. Grafisch lässt sich der Prozess wie folgt darstellen:

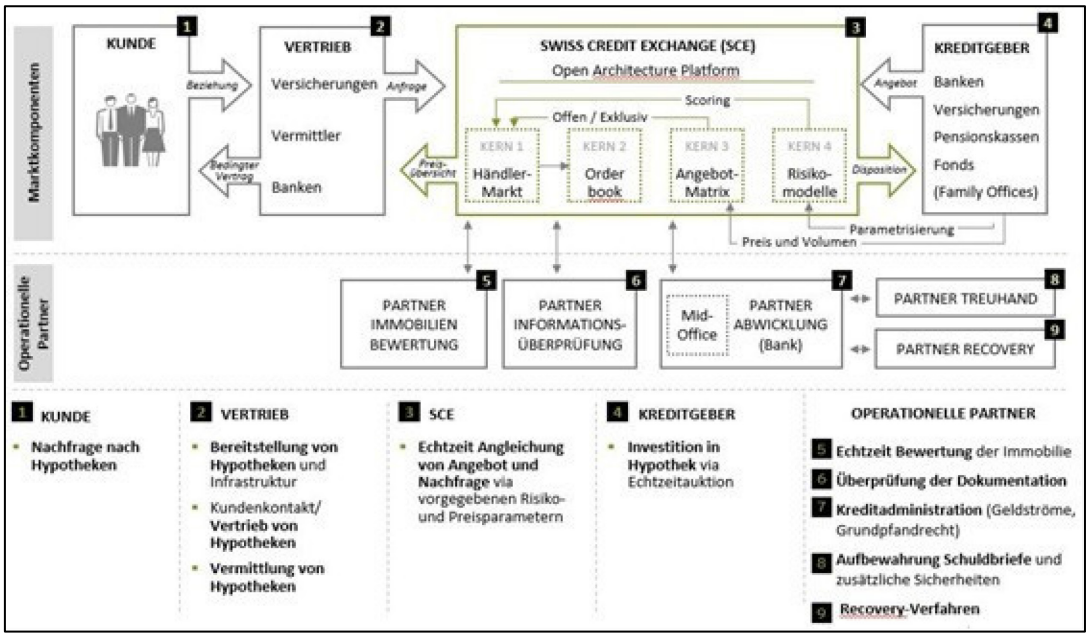


Abbildung 1: Vergabe- und Abwicklungsprozess von Hypothekarkrediten über die Plattform (Quelle: Angaben der Gesuchsteller).

4. Die Vertriebspartner stehen im direkten Kontakt mit dem Endkunden und erfassen für diesen die ihn betreffenden kreditrelevanten Informationen (nachfolgend: kreditrelevante Informationen) über die Plattform. Nach Abschluss der Informationserfassung wird eine Anfrage zur Vergabe eines Hypothekarkredits auf der Plattform platziert. Die zu finanzierende Immobilie wird über die Plattform vollautomatisch von einem für die Immobilienbewertung spezialisierten Partner bewertet. Nach Platzierung einer Anfrage ermittelt die Plattform das attraktivste Angebot zur Kreditfinanzierung.

5. Die Kreditfinanzierer hinterlegen auf der Plattform die Bedingungen und Konditionen, zu welchen sie bereit sind, besicherte Darlehen an Kreditnehmer auszugeben (nachfolgend: Kreditfinanzierer-Daten). Die Kreditfinanzierer können ihre Bedingungen und Parameter jederzeit ändern, sofern und solange noch kein definitives Angebot zur Kreditfinanzierung erfolgt ist. Ab dem Zeitpunkt der Abgabe des Hypothekarangebotes durch den Vertriebspartner an den Kreditnehmer ist der Kreditfinanzierer an sein Angebot zur Kreditfinanzierung gebunden. Er ist nach gültigem Zustandekommen des Hypothekarvertrages und Zustellung der Kreditsicherheiten oder eines Schuldbrieflieferversprechens zur Zahlung des Kreditbetrags verpflichtet. Die Zahlung wird über einen für die Abwicklung spezialisierten Partner vorgenommen.

6. Auf Basis des jeweils attraktivsten Angebots zur Kreditfinanzierung erstellt die Plattform automatisch den Hypothekarvertrag zwischen Kreditnehmer und Vertriebspartner. Dieser kommt zustande, wenn der Kreditnehmer das Angebot fristgerecht annimmt und die Informationsprüfung erfolgreich ausfällt (d.h. die kreditrelevanten Informationen einer Prüfung durch einen vom Vertriebspartner unabhängigen Dritten standhalten).

7. Zwischen dem Vertriebspartner und dem Kreditfinanzierer besteht ein Kreditfinanzierungsvertrag, welcher die Refinanzierung der Hypothek, die Abtretung der Hypothekarforderung sowie die Übertragung von Kreditsicherheiten regelt. Der Kreditfinanzierer verpflichtet sich gegenüber dem Vertriebspartner zur vollumfänglichen Übernahme des Delkredererisikos ohne Regressmöglichkeit.

8. Die Vertriebspartner und Kreditfinanzierer bezahlen CredEx eine Gebühr für die Nutzung der Plattform, sowie im Falle des Kreditfinanzierers eine Gebühr für die Ermittlung des attraktivsten Angebots. Bei Abschluss eines Hypothekarvertrages werden ferner die weiteren Partner durch CredEx auf Kosten des Kreditfinanzierers entschädigt, wobei die Tätigkeit, das Kreditvolumen und die Laufzeit die Höhe der Entschädigung beeinflussen können. Die Vertriebspartner erhalten ihrerseits pro neu abgeschlossenen Hypothekarvertrag eine einmalige Vertriebsentschädigung, welche durch CredEx beim Kreditfinanzierer erhoben und im Namen und für Rechnung des Kreditfinanzierers an den Vertriebspartner weitergeleitet wird.

9. Das Aktionariat der CredEx besteht aktuell aus der Bank Avera Genossenschaft, der Mobiliar AG, der Vaudoise Versicherungen AG und der Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom), welche auch im Verwaltungsrat vertreten sind. Ausser Swisscom nehmen alle diese Aktionäre sowohl als Vertriebspartner als auch als Kreditfinanzierer an der Plattform teil. Künftig soll das Aktionariat allenfalls erweitert werden, wobei als neue Aktionäre sowohl kleinere Finanzinstitute als auch systemrelevante Banken in Frage kommen.

10. Unabhängig von der Erweiterung des Aktionariats ist auch geplant, weitere Gesellschaften als Vertriebspartner und Kreditfinanzierer an die Plattform anzuschliessen. Auch dies können kleinere Finanzinstitute oder Pensionskassen bis hin zu systemrelevanten Banken sein.

II. Fragestellung

11. Gemäss der Beratungsanfrage ist fraglich, ob in der Tätigkeit der Credit Exchange AG ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt bzw. ob durch die allfällige künftige Erweiterung der Teilnehmer oder des Aktionariats ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt entstehen könnte. Zu diesem Zweck soll überprüft werden, ob mit dem Vorhaben eine Wettbewerbsabrede oder ob eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt.

12. Nicht Gegenstand der vorliegenden Beratung ist die Frage, ob die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens CredEx einen meldepflichtigen Zusammenschluss darstellt oder nicht.

III. Kartellrechtliche Beurteilung

1. Wettbewerbsabrede

13. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Art. 4 Abs. 1 KG definiert dabei den Begriff der Wettbewerbsabreden als rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

14. Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn die Abredebeteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben»[1]. Beim Tatbestandselement «Bezwecken» wird von einem objektivierten Zweckbegriff ausgegangen, d.h. es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen, ungeachtet der subjektiven Absicht der Abrede-Beteiligten.[2]

15. I.c. bestehen zwischen allen Beteiligten verschiedene Vertragsverhältnisse: Zwischen dem Kreditnehmer und dem Vertriebspartner besteht ein Hypothekarvertrag. Aus diesem Vertragsverhältnis werden – etwas vereinfacht ausgedrückt – durch den zwischen Vertriebspartner und Kreditfinanzierer geschlossenen Kreditfinanzierungsvertrag einzelne Rechte und Pflichten auf den Kreditfinanzierer übertragen. Darin werden insbesondere die Refinanzierung der Hypothek und die Abtretung der Forderung gegenüber dem Kreditnehmer geregelt. Daneben bestehen zwischen CredEx einerseits und den Vertriebspartnern bzw. Kreditfinanzierern andererseits Teilnehmerverträge. Diese Teilnehmerverträge regeln das Rechtsverhältnis zwischen CredEx und den einzelnen Kreditfinanzierern bzw. Vertriebspartnern. Zuletzt besteht zwischen den Aktionären der CredEx ein Aktionärbindungsvertrag (nachfolgend: ABV). Dies ist deshalb von Relevanz, weil alle Aktionärinnen ausser die Swisscom sowohl als Vertriebspartner als auch als Kreditfinanzierer an der CredEx-Plattform teilnehmen.

16. Die CredEx selbst hat keine Möglichkeit, die wettbewerbsrelevanten Parameter, d.h. die Bedingungen und Konditionen für die Finanzierung, direkt über einen der Verträge zu beeinflussen. Weder der Teilnehmervertrag noch der ABV enthalten Klauseln, die den Teilnehmern wettbewerbsrelevante Parameter vorschreiben. Die Ausgestaltung des Angebots liegt alleine in der Kompetenz der Kreditfinanzierer. Deren Handlungsfreiheit wird in Bezug auf die Ausgestaltung der wettbewerbsrelevanten Parameter durch keinen der Verträge eingeschränkt.

[1] Statt vieler: BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9.
[2] Vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 4 Abs. 1, N 138.

Zwar wird für die Kreditvergabe das Muster eines Rahmenvertrags für den Hypothekarkredit zwischen Vertriebspartner und Kreditnehmer zur Verfügung gestellt. Aber auch darin bleiben die Vertriebspartner resp. Kreditfinanzierer bei der Ausgestaltung der relevanten Parameter, insbesondere bei der Festlegung des Zinssatzes, frei.

17. Aus den oben ausgeführten Gründen geht das Sekretariat davon aus, dass mit dem dargestellten Betrieb der Plattform keine Wettbewerbsabreden verbunden sind.

18. Wettbewerbsabreden können nicht nur auf Vereinbarungen beruhen, sondern können auch bei aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen ohne Vereinbarung vorliegen, wenn diese eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken können. Ein Mindestmass an bewusstem Zusammenwirken wird dafür aber vorausgesetzt.[3] Dies wiederum setzt voraus, dass die einzelnen Teilnehmer über Informationen der anderen Teilnehmer verfügen.

19. Kartellrechtliche Schwierigkeiten in Zusammenhang mit dem Betrieb der Plattform der CredEx könnten sich durch allfällige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb mittels eines Informationsaustausches ergeben. Ein Informationsaustausch kann sich gemäss Praxis des Sekretariats sowohl positiv als auch negativ auf den Wettbewerb auswirken. Als wettbewerbsfördernd gilt ein Informationsaustausch beispielsweise, wenn mittels Benchmarking-Analysen, Kosten und Effizienz verglichen werden und die Unternehmen infolge dessen ihre Wettbewerbsfähigkeit verbessern können. Darüber hinaus wirkt sich ein Informationsaustausch wettbewerbsfördernd aus, wenn Informationsasymmetrien ausgeglichen oder Forschungskosten gesenkt werden, oder die Wahlmöglichkeiten der Kunden verbessert werden können.[4] Ob dies i.c. gegeben wäre, kann offen bleiben, da – wie zu zeigen sein wird – vorliegend kein Informationsaustausch stattfindet und aufgrund der Ausgestaltung der Plattform auch nicht möglich ist. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen den einzelnen involvierten Parteien werden nach Ansicht des Sekretariats durch die Plattform nicht gefördert, weil die Parteien über die Plattform keinen Zugang zu den dazu notwendigen Informationen der übrigen Teilnehmer erhalten.

20. Die auf der Plattform hinterlegten Kreditfinanzierer-Daten sind nur für die hinterlegende Partei sichtbar, nicht aber für andere Teilnehmer und auch nicht für CredEx selbst. Der Vertriebspartner, der mit dem Kreditfinanzierer den Vertrag abschliesst, erhält lediglich Einblick in diesen einen Vertrag. Weitere Details, z.B. zu den Umständen, die zur Finanzierung geführt haben oder zur Strategie des Kreditfinanzierers, erfährt der Vertriebspartner nicht. Zudem sind die Aktionäre der CredEx, die unter Umständen selbst auch Teilnehmer der Plattform sind, zwar auch im Verwaltungsrat der CredEx vertreten. Aber auch über diese Stellung erhalten sie keinen Einblick in die relevanten Informationen, da auch CredEx selbst über keine weiteren Informationen als die berechneten Preise verfügt.[5]

21. Die Vertriebspartner haben somit keine direkte Einsicht in die wettbewerbsrechtlich relevanten Informationen der Kreditfinanzierer und umgekehrt die Kreditfinanzierer auch nicht in die Informationen, die die Vertriebspartner bereitstellen, soweit diese nicht für den konkret vorliegenden Vertrag notwendig sind. Damit können die Teilnehmer ihr Verhalten gar nicht bewusst aufeinander abstimmen. Gewisse Rückschlüsse können die Teilnehmer immerhin insofern ziehen, als die Plattform immer automatisch das für den Endkunden attraktivste Angebot auswählt. Wenn also für einen Kreditfinanzierer weiderholt keine Verträge zustande kommen, kann er daraus zumindest teilweise auf die (für den Kunden besseren) Konditionen seiner Konkurrenten schliessen. Das verhält sich aber auf dem Hypothekarmarkt ausserhalb der Plattform nicht anders, sofern davon ausgegangen wird, dass der Endkunde Angebote verschiedener Anbieter vergleicht, und hat, wenn überhaupt, dann einen positiven Einfluss auf den Wettbewerb.

22. Vorliegend soll mit der Plattform den daran teilnehmenden Finanzinstituten ermöglicht werden, möglichst preiswerte Hypothekardarlehen anzubieten, was letztlich auch dem Endkunden zu Gute kommt. Die entscheidenden Schritte des Hypothekargeschäfts werden dabei von spezialisierten Partnern übernommen. CredEx fungiert nur als zentrale und unabhängige Schnittstelle zwischen den involvierten Parteien.[6] Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass mit der Plattform ein wettbewerbsbeschränkender Zweck verfolgt wird. Im Gegenteil: Indem mit der Schaffung der Plattform die Anzahl der Wettbewerber bzw. ihrer Finanzierungsofferten erhöht und der Prozess vereinfacht wird, ist davon auszugehen, dass CredEx mit der Plattform den Wettbewerb fördern wird.

23. Das Sekretariat teilt folglich die Ansicht, dass mit der aktuellen Geschäftstätigkeit der CredEx keine Wettbewerbsabreden vorliegen. Sofern die Struktur der Plattform unverändert bleibt, ist zudem nach der Ansicht des Sekretariats davon auszugehen, dass sich dies auch nicht verändern würde, wenn weitere Teilnehmer dazukommen.

2. Missbrauch einer markbeherrschenden Stellung

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

[3] Vgl. z.B. RPW 2010/4, 659 Rz 96, *Hors-Liste Medikamente*.
[4] Vgl. RPW 2007/1, 166 f. Rz 212, *Anhang V: Benchmarking-Analysen im Bereich der Lebensversicherungen – Schlussbericht vom 26. April 2006*, m.w.H.
[5] Zum Ganzen: Teilnehmervertrag Ziff. 3.5, 3.6, 5.1, 6.1, und 9.1.
[6] Beratungsanfrage vom 21. Februar 2020, 1.

25. CredEx 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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) nach einer sachlichen und räumlichen Komponente. Hinzu kommt die zeitliche Dimension. Für die Marktabgrenzung ist die Sichtweise der Marktgegenseite massgebend.

26. Gemäss Beratungsanfrage handelt es sich beim sachlich und räumlich relevanten Markt um den Markt für Hypotheken in der Schweiz.[7] Dies ist nach Ansicht des Sekretariats nicht der Fall, denn CredEx bietet selbst keine Hypotheken an, sondern vermittelt solche lediglich. Somit müsste vorliegend von einem sachlich relevanten Markt für den Betrieb von Online-Plattformern zur Vermittlung von Hypotheken ausgegangen werden. Dieser wäre unter Umständen in weitere sachlich relevante Märkte zu unterteilen.[8] Da i.c. aber keine Hinweise auf missbräuchliche Verhaltensweisen oder eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, kann die genaue Marktabgrenzung offenbleiben. Ob CredEx auf einem so definierten relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, könnte mangels Angaben in der Beratungsanfrage ohnehin nicht abschliessend beurteilt werden.

27. Zu prüfen bleibe gemäss Angaben in der Beratungsanfrage, ob die CredEx allenfalls gemeinsam mit den anderen an der Plattform teilnehmenden Gesellschaften, also ihren Aktionären, den Kreditfinanzierern und den Vertriebspartnern, marktbeherrschend ist (kollektive Marktbeherrschung). Diese Beurteilung kann nach Ansicht des Sekretariats gestützt auf die zur Verfügung gestellten Unterlagen insbesondere deshalb nicht vorgenommen werden, weil dies eine sehr weite Marktabgrenzung bedingen würde. Z.B. ist CredEx nicht im gleichen sachlich relevanten Markt tätig wie die Vermittler, die Kreditfinanzierer und die Aktionäre von CredEx, wobei unklar ist, ob die weiteren Teilnehmer an der Plattform alle auf demselben sachlich relevanten Markt tätig wären. Zumindest für potenzielle künftige Aktionäre von CredEx ist dies in jedem Fall fraglich.

28. Immerhin teilt das Sekretariat die Ansicht der Gesuchsteller, dass gestützt auf deren Angaben zum jetzigen Zeitpunkt weder Hinweise auf eine kollektive noch eine individuelle Marktbeherrschung bestehen. Gemäss Angaben der Gesuchsteller beträgt das Volumen der bis Ende Dezember 2019 über die Plattform vergebenen Hypothekarkredite ca. 40 Mio. Franken. Das gesamte Hypothekarvolumen betrage in der Schweiz derzeit mehr als 1'000 Mia. Franken.[9] Der Marktanteil der Plattform ist gemessen an den Angaben in der Beratungsanfrage daher tatsächlich gering. Es ist anzunehmen, dass genügend Wettbewerb ausserhalb der Plattform vorhanden ist. Dazu kommt, dass die Teilnehmer immer noch die Möglichkeit haben, Hypotheken auf dem «klassischen» Weg zu vergeben. Die Nutzung der Plattform ist für die Teilnehmer freiwillig. Es bestehen auch keine Verpflichtungen, eine bestimmte Menge von Angeboten auf der Plattform zu publizieren oder gar eine bestimmte Anzahl Hypotheken über die Plattform abzuwickeln. Die typischen Elemente für eine kollektive Marktbeherrschung fehlen demnach. Die teilnehmenden Unternehmen sind in ihren unternehmerischen Entscheidungen durch die Teilnahme an der Plattform nicht eingeschränkt. Bei der Plattform handelt es sich im Wesentlichen um einen weiteren Vertriebskanal, der es den Teilnehmern ermöglicht, Hypotheken auf einem weiteren Weg zu vergeben. Es ist vor diesem Hintergrund mit den Gesuchstellern davon auszugehen, dass die Plattform einen funktionierenden Wettbewerb nicht behindert.

29. Ob die Tätigkeit in Zukunft wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnte, insbesondere ob durch den offenen Teilnehmerkreis und die angedachten Expansionen CredEx zu einem späteren Zeitpunkt über eine markbeherrschende Stellung verfügen könnte, die dann missbraucht wird, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilt werden, da dazu Angaben der Gesuchsteller fehlen und einzig Prognosen derselben vorliegen.[10] Einig geht das Sekretariat mit den Gesuchstellern dahingehend, dass ein kollektiver Marktanteil von 8 % (unter der Annahme, dass die relevanten Märkte korrekt abgegrenzt sind) für sich alleine noch keine marktbeherrschende Stellung begründet. Ebenfalls nachvollziehbar erscheint, dass das Bestehen etablierter Konkurrenz (Plattformen von Comparis und Moneypark) einerseits sowie die Möglichkeit der Teilnehmer, auch ausserhalb der Plattform weiterhin eigene Produkte anzubieten andererseits, eine disziplinierende Wirkung auf CredEx haben dürfte. Dies sind indes einzig Prognosen bzw. Behauptungen. Ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder nicht, entschiedet sich immer im Einzelfall anhand sämtlicher Gegebenheiten. So wäre insbesondere auch zu berücksichtigen, ob sich tatsächlich systemrelevante Banken an CredEx beteiligen sollten. Jedenfalls behalten die Aussagen des Sekretariats für das zukünftige Setup nur insoweit Gültigkeit, als dass keine fundamentalen Veränderungen an der Struktur der Plattform und der Ausgestaltung der zugrundeliegenden Verträge vorgenommen werden.

30. Mit der vorliegenden Plattform-Lösung dürfte CredEx weiteren Finanzmarktteilnehmern (Kreditfinanzierern) die Möglichkeit erschliessen, am Markt für die Finanzierung von selbstgenutztem Wohneigentum über das Mittel der Plattform tätig zu werden. Bei den Kreditfinanzierern wird es sich vorwiegend um schweizerische institutionelle Investoren handeln, namentlich schweizerische Banken, Versicherungsgesellschaften, Pensionskassen, Fondsleitungen oder Family Offices.[11] Mit solch finanziell potenten Investoren kann – unter Berücksichtigung der

[7] Beratungsanfrage vom 21. Februar 2020, 7.
[8] So hat das Sekretariat z.B. in Erwägung gezogen, dass für den sachlich relevanten Markt für Dienstleistungen, die von logistischen Plattformern für den Vertrieb von Fondsprodukten angeboten werden, mindestens drei Teilmärkte zu unterscheiden sind (RPW 2019/4, 1202 Rz 12, *Allfunds International Schweiz AG/Credit Suisse InvestLab AG*; RPW 2009/3, 223 ff. und 225 Rz 21, Fund Channel SA).
[9] Beratungsanfrage vom 21. Februar 2020, 6 f.
[10] Beratungsanfrage vom 21. Februar 2020, 7 f.
[11] Beratungsanfrage vom 21. Februar 2020, 2 und 3.

regulatorischen Entwicklungen – relativ schnell ein starkes Volumen in der Finanzierung von selbstgenutztem Wohneigentum erreicht werden. Je nach Erfolg des Plattform-Modells könnte sich die Anzahl der teilnehmenden Investoren sowie das Kreditvolumen stark erhöhen.

31. Um anderen Finanzinstituten den Zugang zum Markt für die Finanzierung von selbstgenutztem Wohneigentum über das Mittel der Plattform zu ermöglichen, könnten allfällige künftige Exklusivvereinbarungen zwischen CredEx und den übrigen Teilnehmern (z.B. dass ein Teilnehmer gehalten ist, Finanzierungen von selbstgenutztem Wohneigentum nur über die CredEx bereitzustellen oder dass mindestens ein bestimmter Anteil über CredEx abgewickelt werden muss) je nach Marktanteil von CredEx eine missbräuchliche Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 KG darstellen.

IV. Fazit

32. Wie oben dargelegt, erfüllt die aktuelle Tätigkeit der CredEx weder die kartellrechtlich relevanten Tatbestände im Sinne von Art. 5 KG (Wettbewerbsabreden) noch nach Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen). In dieser Hinsicht teilt das Sekretariat die Ansicht der Gesuchsteller. Nicht geprüft wurde vorliegend, ob mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens CredEx ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vorliegt. Ob die Tätigkeit der CredEx in Zukunft wettbewerbsrechtlich problematisch werden wird, kann mit den zum jetzigen Zeitpunkt vorliegenden Informationen nicht abschliessend beurteilt werden und hängt nicht unwesentlich auch mit der Entwicklung resp. dem Erfolg der Plattform von CredEx zusammen.

B 1.4	**6. Konditionen im E-Payment PostFinance**

Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Ausgangslage

Hintergrund und Fragestellung der Beratungsanfrage

PostFinance AG (nachfolgend: PostFinance) bietet Online-Shops die Möglichkeit, Zahlungen über die PostFinance-Zahlungsarten PostFinance Card und PostFinance E-Finance (nachfolgend gemeinsam: PostFinance Zahlungsarten) zu akzeptieren. Zahlungen über die PostFinance Card stehen Endkunden offen, welche über ein Postkonto mit PostFinance Card verfügen. Zahlungen über PostFinance E-Finance erfolgen über die entsprechende E-Banking-Lösung von PostFinance. Endkunden müssen hierzu über ein Postkonto mit E-Finance Teilnahme, eine PostFinance Card mit Kartenlesegerät oder alternativ über eine Mobile ID (Zertifikat auf der SIM-Karte) verfügen.

Bezüglich PostFinance-Zahlungsarten tritt PostFinance gegenüber Händlern, welche einen Online-Shop betreiben, als Acquirer auf. Die vorliegende Beratung betrifft daher das Rechtsverhältnis zwischen PostFinance und Händlern im Rahmen des Acquirings seitens PostFinance.

[…]. So seien auch tatsächlich bei verschiedenen Händlern […] PostFinance-Zahlungsarten entfernt worden. Andererseits hätten Grosskunden, welche PostFinance Zahlungsarten nach wie vor anbieten, teilweise gegenüber ihren Kunden Zuschläge für die Nutzung dieser Zahlungsoptionen eingeführt.

Vor diesem Hintergrund möchte PostFinance folgende zwei Massnahmen umsetzen, um sicherzustellen, dass PostFinance-Zahlungsarten grossflächig akzeptiert und nicht diskriminiert werden:

Es soll einerseits die Möglichkeit geschaffen werden, *Sonderkonditionen für Grosskunden* anzubieten. Dabei sollen (Gross-)Kunden Sonderkonditionen […] gewährt werden […]. Es soll damit ein Verhandlungsspielraum geschaffen werden.

Andererseits ist die Einführung einer *No-Surcharging-Klausel* in den Akzeptanzverträgen betreffend PostFinance-Zahlungsarten vorgesehen, welche es Online-Händlern verbieten würde, Zuschläge auf die Bezahlung mittels PostFinance-Zahlungsarten zu erheben.

Vorab ist festzuhalten, dass die nachfolgende Analyse davon ausgeht, dass die Akzeptanz der PostFinance-Card im Präsenzgeschäft nicht mit der Akzeptanz von PostFinance-Zahlungsarten im Online-Handel gekoppelt wird. Zudem äussert sich die vorliegende Beratung, entsprechend dem Fokus der Beratungsanfrage, ausschliesslich zu einer möglichen *Einführung einer No-Surcharging-Klausel gegenüber Grosskunden im Zusammenhang mit einer Gewährung von Grosskundenrabatten.* So ist explizit festzuhalten, dass die nachfolgende Einschätzung keine Aussagen bezüglich der Zulässigkeit der *Einführung einer No-Surcharging-Klausel gegenüber kleineren Kunden* von PostFinance macht. Dies einerseits, weil diese wohl gerade nicht über die – vorliegend gestützt auf die Beratungsanfrage angenommene – starke Verhandlungsposition von Grosskunden verfügen. Andererseits ist davon auszugehen, dass kleinere Kunden, welchen keine Grosskundenrabatte gewährt werden, entsprechend höhere Kosten für Transaktionen für PostFinance-Zahlungsmittel zu tragen haben. Dies könnte wiederum dazu führen, dass nicht in jedem Fall sichergestellt ist, dass PostFinance-Zahlungsmittel aus Sicht von kleineren Kunden nicht teurer sind als andere Zahlungsmittel. Schliesslich können vorliegend keine Aussagen zu einer allfälligen wirtschaftlichen Abhängigkeit[1] einzelner Marktteilnehmer gegenüber PostFinance gemacht werden.

Kartellrechtliche Fragestellungen

Gemäss der bisherigen Praxis der WEKO sind sowohl Sonderkonditionen für Grosskunden, als auch No-Surcharging-Klauseln aus dem Blickwinkel eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) zu betrachten: Im Zusammenhang mit Grosskundenrabatten steht dabei eine mögliche Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG im Vordergrund.[2] Bei No-Surcharging-Klauseln wird Händlern untersagt, Aufschläge für die Verwendung eines Zahlungsmittels zu verlangen, wohingegen Abschläge uneingeschränkt zulässig bleiben. No-Surcharging-Klauseln (respektive vormals Nicht-Diskriminierungs-Regeln) wurden in einem früheren Fall unter dem Blickwinkel einer möglichen Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. Bst. c KG analysiert.[3]

Dementsprechend wird nachfolgend in einem ersten Schritt auf die Frage eingegangen, ob vorliegend eine mögliche marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG seitens PostFinance vorliegen könnte.

II. Marktstellung von PostFinance im Bereich Online-Zahlungsmittel

Ob sich ein Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausübt.

[1] Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 93, *Coopforte*.
[2] Vgl. Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017 i.S. *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*; noch nicht publiziert.
[3] Vgl. RPW 2003/1, 106-160, *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*.

Sachliche Marktabgrenzung: Praxis der WEKO bei Zahlungsmitteln im Allgemeinen

In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden, wurden sowohl für das Issuing als auch das Acquiring separate Märkte für Kreditkarten und Debitkarten abgegrenzt. So hat die WEKO in mehreren Entscheiden[4] ausgeführt, dass für den Händler Kredit- und Debitkarten keine Substitute, sondern Komplemente darstellen, da sie durch die Kunden unterschiedlich eingesetzt werden und der Händler dem Kunden die Zahlung mit dessen bevorzugtem Zahlungsmittel ermöglichen will. Bietet der Händler nicht eine breite Palette von Zahlungsmitteln an, so riskiert er, deswegen Geschäftsabschlüsse an seine Konkurrenten zu verlieren. Für den Karteninhaber sind Kredit- und Debitkarten aufgrund unterschiedlicher Produkteigenschaften (Kreditfunktion, Bonusprogramme) in zahlreichen Situationen ebenfalls keine Substitute. Noch weiter als die WEKO ist die damalige REKO/WEF gegangen, welche zunächst bestätigt hat, dass Kreditkarten weder für den Händler noch den Karteninhaber durch Debitkarten substituiert werden können, um dann weiterzufahren, dass für jedes einzelne Kreditkartennetzwerk von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen sei.[5] Im Bereich Debitkarten-Acquiring wurde jüngst von einem separaten Markt für den Zugang der Händler zum Acquiring der PostFinance-Card ausgegangen.[6]

Im Übrigen hat auch das Bundesverwaltungsgericht i.S *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*[7] die zum Zeitpunkt des Urteils vorliegende Praxis der WEKO im Bereich von Zahlungsmitteln umfassend bestätigt[8] und hat in casu im Geschäftsbereich der Zahlungskartenakzeptanz einerseits einen einheitlichen oder gegebenenfalls einen getrennten Markt der Kreditkartenakzeptanz der Kartenlizenzgeber Mastercard und Visa sowie andererseits einen Markt der Debitkartenakzeptanz des Kartenlizenzgebers Maestro abgegrenzt.[9]

Sachliche Marktabgrenzung: Praxis der WEKO bei Zahlungsmitteln im Online-Handel

Während im Rahmen der zuvor ausgeführten Praxis der WEKO keine eigentliche Unterscheidung zwischen dem stationären und dem (vorliegend interessierenden) Online-Handel vorgenommen wurde, hat sich die WEKO in jüngeren Verfahren insbesondere zur Rolle von Debitkartenprodukten für Zahlungen im E- & M-Commerce, d.h. einerseits im Online-Handel und andererseits im Bereich Mobile Payment auseinandergesetzt.

Im Rahmen der *Vorabklärung i.S. Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*[10] wurde analysiert, inwiefern eine spezifische Interchange Fee mit dem Zweck, die Akzeptanz von Debitkarten von Mastercard auch im E- & M-Commerce zu fördern, kartellrechtlich zulässig ist. Dabei wurde mit Blick auf die bisherige Praxis der WEKO im Bereich von Zahlungsmitteln ausgeführt, dass kein Anlass bestehen würde, für den betrachteten Fall von den entsprechenden Abgrenzungen abzuweichen.

Es wurde jedoch die Frage aufgeworfen, ob angesichts des Umstandes, dass die geplante SDDIF nur für Transaktionen im Bereich des E- & M-Commerce zur Anwendung gelangen soll, diesbezüglich separate Märkte abzugrenzen wären.[11] Im Zusammenhang zu möglichen Rechtfertigungsgründen, namentlich der Erhebung dieser Interchange Fee zwecks eines Markeintritts, wurde jedoch darauf hingewiesen, dass in vorherigen Fällen kein Grund vorlag, zwischen unterschiedlichen Händlergruppen zu unterscheiden. Die geplante SDDIF hingegen würde jedoch nur Zahlungen im E- & M-Commerce, nicht aber die Zahlungen mit der physischen Karte am physischen POS betreffen. Von der Wettbewerbsbeschränkung seien folglich nur die Händler betroffen, welche im E- & M-Commerce tätig sind. Nur diese Händler bilden im vorliegenden Fall die Marktgegenseite, aus deren Sicht die Substituierbarkeit zu beurteilen ist.[12]

Die im Rahmen der Vorabklärung vorgenommene Marktbefragung habe ergeben, dass im E- & M-Commerce tätige Händler verschiedene Zahlungsmittel annehmen, namentlich Kreditkarten, PostFinance Card, TWINT, Paypal, Kauf auf Rechnung und Vorauskasse. Die Einschätzung, dass die verschiedenen Zahlungsmittel Komplemente bilden, wurde auch durch diese Marktbefragung gestützt. Alle befragten Händler hätten angegeben, sie würden Debitkarten – wenn denn diese E- & M-Commerce-fähig würden – zusätzlich zu den bisherigen Zahlverfahren annehmen.[13]

Eine definitive Marktabgrenzung war im Rahmen dieser Vorabklärung nicht erforderlich, zumal sich die folgenden Aussagen unabhängig von der genauen Marktabgrenzung machen liessen: (1) Aus Sicht der im E- & M-Commerce tätigen Händler bilden Zahlungsmittel, welche nur im physischen Handel eingesetzt werden können – wie namentlich Bargeld und zum heutigen Zeitpunkt Debitkarten – in keinem Fall Substitute für onlinefähige Zahlungsmittel. (2) Umgekehrt sind die Debitkartenprodukte von Mastercard derzeit noch nicht online-

[4] Vgl. RPW 2015/2, 174 ff. Rz 90 ff., *KKDMIF II*; RPW 2011/1, 117 ff. Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2006/1, 86 ff., Rz 168 ff., *KKDMIF I*; RPW 2012/4, 789 ff. Rz 216 ff., *Maestro FIF/Debit MC IF*; RPW 2009/2, 132 ff., Rz 96 ff., *V PAY*; RPW 2006/4, 610 f., Rz 73 ff. und 617 f., Rz 142 ff., *Maestro DMIF*.

[5] Vgl. REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 560 ff. E. 7.4–7.7, *Kreditkarten Akzeptanzgeschäft*.

[6] Schlussbericht zur Vorabklärung i.S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card vom 19.03.2019, Rz 47, noch nicht publiziert.

[7] Vgl. Urteil des BVGer 18. Dezember 2018 B-831/2011 i.S. *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

[8] Vgl. Urteil des BVGer 18. Dezember 2018 B-831/2011 i.S. *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, E. 229-313.

[9] Vgl. Urteil des BVGer 18. Dezember 2018 B-831/2011 i.S. *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, E. 229-313.

[10] Vgl. RPW 2017/4, 542-558, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

[11] Vgl. RPW 2017/4, 549 Rz 57, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

[12] Vgl. RPW 2017/4, 552 Rz 83, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

[13] Vgl. RPW 2017/4, 552 Rz 84, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

fähig, so dass aus Sicht der im E- & M-Commerce tätigen Händler tatsächlich von einem Markteintritt gesprochen werden kann. Folglich beschränkt sich die starke Marktstellung von Maestro auf den stationären Handel. Im E- & M-Commerce beträgt derzeit der Marktanteil noch Null, selbst wenn im E- & M-Commerce ein enger, auf Debitkarten beschränkter Markt, abgegrenzt würde.[14]

Im Rahmen einer Ergänzung des Schlussberichts zur *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*[15] wurde unter anderem ebenfalls auf die Frage der Zulässigkeit einer Interchange Fee im E- & M-Commerce eingegangen. In dieser Ergänzung des Schlussberichts wurden zwar keine eigentlichen Überlegungen zu einer möglichen Marktabgrenzung hinsichtlich des Einsatzes von Debitkarten im E- und M-Commerce vorgenommen. Es wurde jedoch auch hier von einem Markteintritt in diesem Bereich ausgegangen. So wurde ausgeführt, dass sich eine höhere Gebühr in einer Markteintrittsphase rechtfertigen könne und darauf verwiesen, dass die Debitkartenprodukte von Visa zum damaligen Zeitpunkt (wie auch diejenigen von Mastercard) noch nicht im E- & M-Commerce einsetzbar waren.[16]

Schlussfolgerungen zur sachlichen Marktabgrenzung

Gestützt auf die bisherige Praxis der WEKO insbesondere hinsichtlich Zahlungsmittel im Online-Handel kann nachfolgend aus Sicht von Online-Händlern als Marktgegenseite von einem Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Online-Handel ausgegangen werden. Falls sich zukünftig Debitkarten als wichtige Zahlungsmittel im Online-Handel etablieren sollten, wäre zudem durchaus eine weitere Unterteilung in einzelne Märkte für die verschiedenen Debitkartenanbieter denkbar. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erscheint eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG von PostFinance im vorliegend betrachteten Bereich unabhängig von der Marktabgrenzung derzeit als unwahrscheinlich, so dass die Marktabgrenzung letztlich offengelassen werden kann.

Räumliche Marktabgrenzung

In räumlicher Hinsicht ist die WEKO im Bereich von Zahlungsmitteln in ihrer bisherigen Praxis von nationalen Märkten ausgegangen, was auch jüngst durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt wurde.[17] Auch hinsichtlich des Marktes für den Zugang der Händler zum Acquiring der PostFinance Card wurde von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen.[18] Vor diesem Hintergrund – wie auch aufgrund der Tatsache, dass PostFinance-Zahlungsarten (mit ganz wenigen Ausnahmen) nur im Inland verwendet werden können – kann vorliegend von einem nationalen Markt ausgegangen werden.

Bedeutung von Debitkarten im Online-Handel

Hinsichtlich des vorliegend betrachteten Marktes für die Akzeptanz von Debitkarten im Online-Handel ist festzuhalten, dass dieser im Vergleich zu anderen Zahlungsmitteln im Online-Handel nur eine äusserst geringe Grösse aufweist. So ist gemäss der Beratungsanfrage davon auszugehen, dass im Jahr 2018 80 % aller Online-Einkäufe in der Schweiz per Rechnung beglichen worden seien. Weitere 16 % aller Online-Einkäufe würden über Kreditkarte beglichen. Dagegen würden Zahlungen mit Debitkarten nur rund 2 % ausmachen. Diese vergleichsweise geringe Bedeutung von Debitkarten im Online-Handel wirkt sich, wie nachfolgend aufgezeigt, entsprechend auf die Wettbewerbsdynamik im Allgemeinen sowie auch auf die Stellung der Marktgegenseite aus.

Aktueller und potenzieller Wettbewerb

Gegenwärtig ist PostFinance die mit Abstand grösste Anbieterin im vorliegend betrachteten Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Online-Handel. Diese an sich starke Stellung wird jedoch durch die geringe Marktgrösse sowie den äusserst geringen Anteil von Zahlungen über Debitkarten im Online-Handel stark relativiert, worauf auch nachfolgend im Rahmen der Ausführungen zur Stellung der Marktgegenseite näher eingegangen wird.

Hinzu kommt, dass gestützt auf die vorliegenden Informationen in diesem (derzeit) noch vergleichsweise kleinen Markt in den nächsten Jahren eine dynamische Entwicklung der Wettbewerbssituation glaubhaft erscheint. Wie in der Beratungsanfrage erwähnt wird, hat auch TWINT unterdessen eine gewisse Bedeutung erlangt. Hierzu ist einerseits festzuhalten, dass beim entsprechenden Zusammenschlussverfahren von der Hypothese eines zu anderen Zahlungsmitteln komplementären Marktes für P2M-Mobile Payment ausgegangen wurde, eine abschliessende Marktabgrenzung jedoch angesichts der frühen Marktphase offengelassen wurde.[19] Inwiefern sich TWINT im Online-Handel als mögliche Alternative zu PostFinance-Zahlungsarten entwickelt hat kann vorliegend offen gelassen werden. Jedoch kann immerhin festgehalten werden, dass TWINT mit der nun möglichen Anbindung an Bankkonten von Nutzerinnen und Nutzern zumindest teilweise über mit Debitkarten vergleichbare Eigenschaften verfügt.

Auch seitens von Mastercard sowie Visa erscheint in den nächsten Jahren ein Markteintritt in den vorliegend betrachteten Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Online-Handel als zumindest plausibel. So soll die geplante Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF) explizit dazu dienen, dass zukünftig die Debitkartenprodukte Maestro und Debit Mastercard im E- & M-Commerce – damit insbesondere auch im Online-Handel – eingesetzt werden können.[20]

[14] Vgl. RPW 2017/4, 553 Rz 85, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.
[15] Vgl. RPW 2017/4, 559-564, *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.
[16] Vgl. RPW 2017/4, 562 Rz 32, *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.
[17] Vgl. Urteil des BVGer 18. Dezember 2018 B-831/2011 i.S. *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*, E. 315-337.
[18] Schlussbericht zur *Vorabklärung i.S. Teilnahmebedingungen EFT/POS mit PostFinance Card* vom 19.03.2019, Rz 50-53, noch nicht publiziert.
[19] Vgl. RPW 2016/4, 1067-1069 Rz 47-59, *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*.
[20] Vgl. RPW 2017/4, 542 Rz 1, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

Auch im Falle von Visa V Pay rechtfertigte sich die (verlängerte) Erhebung einer Interchange Fee für sogenannte «Card Absent»-Transaktionen – was auch hier wiederum insbesondere den Online-Handel umfasst – mit dem Argument, dass damit ein Markteintritt von Debitkartenprodukten von Visa, insbesondere V Pay, in den Bereich des Online-Handels ermöglicht werden soll.[21]

Zusammenfassend sind derzeit PostFinance-Zahlungsarten praktisch die einzigen Dienstleistungen im vorliegend betrachteten Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Online-Handel, jedoch wird diese Position von PostFinance durch die geringe Marktgrösse und den äusserst kleinen Anteil von Zahlungen über Debitkarten im Online-Handel relativiert. Es ist diesbezüglich jedoch anzumerken, dass hinsichtlich Zahlungsmitteln deren Anteil am gesamten Zahlungsvolumen nur beschränkte Aussagekraft hinsichtlich der Marktabgrenzung hat: So ist viel mehr davon auszugehen, dass Händler ab einer gewissen Verbreitung eines bestimmten Zahlungsmittels nicht vernünftigerweise auf dieses verzichten können.[22] Es erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch glaubhaft, dass diese Schwelle vorliegend noch nicht erreicht ist. Auch erscheint es zumindest wahrscheinlich, dass der vorliegend betrachtete Markt in den nächsten Jahren einer gewissen Dynamik aufgrund von absehbaren Markteintritten anderer Anbieter von Debitkarten unterliegen wird.

Stellung der Marktgegenseite

Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.

Hinsichtlich der Stellung der Marktgegenseite wird in der Beratungsanfrage im Wesentlichen vorgebracht, dass praktisch alle Online-Händler Zahlungen über Rechnung sowie Kreditkarte ermöglichen, jedoch PostFinance-Zahlungsarten nur bei etwa der Hälfte der Online-Händler in der Schweiz PostFinance-Zahlungsarten angeboten würden. Dies zeige, dass Online-Händler unter gewissen Umständen durchaus auf PostFinance-Zahlungsarten verzichten könnten. Dies wird auch illustriert durch die eingangs erwähnten Beispielen von grossen Online-Händlern, welche PostFinance-Zahlungsarten aus ihrem Zahlungsmittelportfolio entfernt haben.

Auch begründet sich gerade das vorliegend betrachtete Vorhaben, Sonderkonditionen für Grosskunden einzuführen, mit dem Argument der starken Verhandlungsposition insbesondere von Grosskunden.

Vor dem Hintergrund der vorliegenden Informationen erscheint es somit glaubhaft, dass zumindest Grosskunden über eine starke Verhandlungsposition verfügen, so dass von dieser Marktgegenseite im Allgemeinen eine wesentliche disziplinierende Wirkung ausgeht.

Schlussfolgerungen

Zusammenfassend scheint eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG seitens PostFinance im vorliegend betrachteten Markt für die Akzeptanz von Debitkarten im Online-Handel aufgrund der geringen Bedeutung von Debitkartenzahlungen im Online-Bereich, der Marktdynamik und der gemäss Darstellung der Beratungsanfrage starken Verhandlungsposition von Grosskunden als unwahrscheinlich.

III. Möglicher Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG kann ausschliesslich von einem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ausgehen. Vor dem Hintergrund der vorherigen Ausführungen kann auf vertiefte Ausführungen hinsichtlich eines möglichen Missbrauchs einer (hypothetischen) marktbeherrschenden Stellung von PostFinance im vorliegend betrachteten Bereich verzichtet werden. Auch ist im Rahmen einer Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG eine abstrakte Beurteilung möglicher kartellrechtlicher Risiken bezüglich eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG nicht möglich.

Vorliegend kann hinsichtlich der Einführung einer No-Surcharching-Rule lediglich auf die entsprechende Praxis der WEKO hingewiesen werden, wonach eine solche auch seitens marktbeherrschender Unternehmen als nicht missbräuchlich betrachtet wird, sofern für einen (durchschnittlichen) Händler die Akzeptanz eines Zahlungsmittels im Vergleich zu anderen Zahlungsmitteln nicht teurer ist.[23]

Hinsichtlich kartellrechtlicher Risiken im Zusammenhang mit Grosskundenrabatten ist wiederum insbesondere auf die Untersuchung der WEKO i.S. Preissystem Post zu verweisen.[24]

IV. Fazit

Zusammenfassend bestehen aus Sicht des Sekretariats der Wettbewerbskommission gestützt auf die in der Beratungsanfrage vorgebrachten Informationen, keine unmittelbaren kartellrechtlichen Bedenken bezüglich der geplanten Einführung von Grosskundenrabatten sowie No-Surcharging-Klauseln für PostFinance-Zahlungsarten seitens PostFinance gegenüber Online-Händlern.

[21] Vgl. RPW 2017/4, 562 Rz 30-35, *Vorabklärung betreffend einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

[22] Dies entspricht dem Argument bezüglich «must take cards». Vgl. ROCHET/TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: Journal of the European Economic Association, 9(3), 462-495, 2011.

[23] Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen in RPW 2017/4, 556f. Rz 114-117, *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*, m.w.H.

[24] Vgl. Fn 2.

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

B 2 **2. Untersuchungen**
Enquêtes
Inchieste

B 2.2 **1. Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen**

Verfügung vom 30. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung 32-0235 gemäss Art. 27 KG betreffend Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen 1. Die Schweizerische Post AG, in Bern, 2. Post CH AG, in Bern, beide vertreten durch […]

Inhaltsverzeichnis

A Verfahren 435
A.1 Gegenstand der Untersuchung 435
A.2 Verfahrensbeteiligte 436
A.2.1 Verfahrensparteien 436
A.2.2 Anzeiger 437
A.3 Verfahrensgeschichte 437
A.3.1 Marktbeobachtung 437
A.3.2 Vorabklärung 438
A.3.3 Untersuchung 439
A.3.4 Vorbringen der Post zum Verfahren 444
A.4 Sachverhalt 444
A.4.1 Begriffsdefinitionen 444
A.4.2 Allgemeine Beschreibung der Preissysteme 2009 und CAPRI 445
A.4.2.1 Preissystem 2009 446
A.4.2.1.1 Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung 446
A.4.2.1.2 Übersicht über die Rabattvorgabe 447
A.4.2.1.3 Rabatt für VSV-Kunden 449
A.4.2.1.4 Rabatt für die übrigen Vertragskunden 449
A.4.2.1.5 Ausführungen der Post 449
A.4.2.2 Preissystem ab. 1. April 2011 («Preissystem CAPRI») 449
A.4.2.2.1 Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung von CAPRI 450
A.4.2.2.2 Übersicht über das Rabattsystem CAPRI 450
A.4.2.2.3 Säule 1: Preisliste 451
A.4.2.2.4 Säule 2: Umsatzbasierter Zusatzrabatt 454
A.4.2.2.5 Säule 3: Vergütungen für Kundenleistungen 456
A.4.2.2.6 Anmerkungen der Post zur Ausgestaltung des Preissystems 456
A.4.3 Ausgestaltung und Anwendung der Preissysteme im Hinblick auf eine einheitliche Gewährung von Rabatten 456
A.4.3.1 Rabattabweichungen in früheren Preissystemen 457
A.4.3.2 Anwendung des Preissystems 2009 457
A.4.3.2.1 In der Vorabklärung eingereichte Verträge 457
A.4.3.2.2 Abweichungen von den Bandbreiten 459
A.4.3.2.3 Abweichungen von der Vorgabe innerhalb der Bandbreite 463
A.4.3.2.4 Vorbringen der Post 468
A.4.3.3 Anwendung des Preissystems CAPRI 469
A.4.3.3.1 Systemvorgaben zur Preislisteneinteilung (Säule 1): Gleitpfad 469
A.4.3.3.2 Anpassung der individuellen Rabattstruktur: Strukturkontrolle 474
A.4.3.3.3 Anwendung des Preissystems durch die Kundenberater (Preislisteneinteilung) 476
A.4.3.3.4 Ausgestaltung und Anwendung des Zusatzrabatts 488
A.4.3.3.5 Bevorzugung von Quickmailkunden 504
A.4.3.4 Weitere Kritikpunkte der Post 506
A.4.4 Transparenz der Preissysteme 2009 und CAPRI 507

A.4.4.1 Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem 2009 507
A.4.4.2 Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem CAPRI 508
A.4.4.3 Einschätzung der Marktgegenseite und der Konkurrenz zur Transparenz 510
A.4.4.4 Fazit 515
A.4.5 Einschätzung der Vertragskunden zur Handhabung des Preissystems 515
A.4.5.1 Einstufungsprozess 515
A.4.5.2 Optionen und Verhandlungsmöglichkeiten 516
A.4.5.3 Anwendung des Zusatzrabatts 516
A.4.5.4 Kündigung der Verträge 518
A.4.5.5 Einschätzung eines Prognosesystems im Allgemeinen und des Preissystems CAPRI im Besonderen 518
A.4.6 Bewirkte Preiserhöhung durch das Preissystem CAPRI 518
A.4.6.1 Erkenntnisse aus den Unterlagen der Post 518
A.4.6.2 Ergebnisse aus Kundenbefragung 520
A.4.6.3 Vom Sekretariat durchgeführte Berechnungen 520
A.4.6.4 Fazit 523
A.4.7 Auswirkung des Preissystems CAPRI auf Quickmail 523
A.4.7.1 Aussagen und Hinweise der Wettbewerber 523
A.4.7.2 Anzeigen der Kundenverbände 524
A.4.7.3 Vergleich der Preise der Post mit den Preisen von Quickmail 524
A.4.7.4 Wirkung der Ausgestaltung als Preissystem mit Gesamtumsatzrabatten 526
A.4.7.4.1 Gesamtumsatzrabatt und Preislisteneinstufung 526
A.4.7.4.2 Gesamtumsatzrabatt und Zusatzrabatt 529
A.4.7.4.3 Fazit zur Wirkung des Gesamtumsatzrabatts 531
A.4.7.5 Wirkung des Preissystems auf die Wechselbereitschaft der Vertragskunden 531
A.4.7.5.1 Modalitäten zur Verlagerung von Sendungen 531
A.4.7.5.2 Auswirkungen der Komplexität und Intransparenz 531
A.4.7.5.3 Einschätzung der Wirkung durch die Vertragskunden 532
A.4.7.5.4 Zusammenfassung 534
A.4.8 KEP & MailAnmerkungen der Post 535
B Erwägungen 535
B.1 Geltungsbereich 535
B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 535
B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich 536
B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 536
B.2 Materielle Verfügungsadressatinnen 537
B.3 Vorbehaltene Vorschriften 537
B.3.1 Übersicht 537
B.3.2 Alte Postgesetzgebung 538
B.3.3 Neue Postgesetzgebung 539
B.3.3.1 Vorbringen der Post 540
B.3.4 Ergebnis 542
B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 542
B.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und -mass) 542
B.4.1.1 Beweiswürdigung 542
B.4.1.2 Beweismass 543
B.4.2 Marktbeherrschende Stellung 544
B.4.2.1 Der relevante Markt 544
B.4.2.1.1 Die Preissysteme als Ausgangspunkt 545
B.4.2.1.2 Marktgegenseite (Nachfrage) 545
B.4.2.1.3 Sachlich relevanter Markt 546
B.4.2.1.4 Räumlich relevanter Markt 555
B.4.2.1.5 Vorbringen der Post 555
B.4.2.2 Beurteilung der Marktstellung 556
B.4.2.2.1 Aktuelle Konkurrenz 556
B.4.2.2.2 Potenzielle Konkurrenz 565
B.4.2.2.3 Stellung der Marktgegenseite 567
B.4.2.3 Vorbringen der Post 567
B.4.2.4 Zwischenergebnis 568
B.4.2.5 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG) 568
B.4.2.5.1 Selbständige Feststellung der Marktbeherrschung 568
B.4.2.5.2 Berücksichtigung der Monopolmärkte 570
B.4.2.6 Vorbringen der Post 571
B.4.3 Unzulässige Verhaltensweisen 571
B.4.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern 572
B.4.3.1.1 Rechtliche Grundlagen 572

B.4.3.1.2 Relevante Lehre und Praxis 573
B.4.3.1.3 KEP & MailKEP & Mail Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009 585
B.4.3.1.4 Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems CAPRI 590
B.4.3.2 Behinderung von Konkurrenten durch das Preissystem CAPRI 597
B.4.3.2.1 KEP & MailRechtliche Grundlagen 597
B.4.3.2.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung 601
B.4.3.2.3 Sachliche Rechtfertigung 610
B.4.3.2.4 Weitere allgemeine Vorbringen der Post 614
B.4.3.2.5 Zwischenergebnis 615
B.4.4 Ergebnis 615
C Massnahmen 615
C.1 Sanktionierung 615
C.1.1 Tatbestand von Art. 49 Abs. 1 KG 617
C.1.1.1 Unternehmen 617
C.1.1.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 617
C.1.1.3 Vorwerfbarkeit 617
C.1.1.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009 617
C.1.1.3.2 Ausgestaltung von Gleitpfad und Strukturkontrolle im Preissystem CAPRI 617
C.1.1.3.3 Möglichkeit der Kundenberater im Preissystem CAPRI, von der Zielpreisliste abzuweichen (Anwendung des Preissystems CAPRI) 618
C.1.1.3.4 Ausgestaltung von Zusatzrabatt und Jahresprofil 618
C.1.1.3.5 Festlegung des Prognoseumsatzes 618
C.1.1.3.6 Festlegung der Preisliste 618
C.1.1.3.7 Einschränkung des Absatzes und Behinderung von Quickmail 619
C.1.1.3.8 Vorbringen der Post 619
C.1.1.3.9 Fazit 619
C.1.1.4 Zwischenergebnis 619
C.1.2 Bemessung 620
C.1.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung 620
C.1.2.1.1 Basisbetrag 620
C.1.2.1.2 Erschwerende und mildernde Umstände 622
C.1.2.1.3 Zwischenergebnis 622
C.1.2.2 Maximalsanktion 623
C.1.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung 623
C.1.2.4 Ergebnis 624
D Kosten 624
E Ergebnis 624
F Dispositiv 625

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die Post CH AG (nachfolgend: Post) führte auf den 1. April 2011 ein neues Geschäftskundenpreissystem für adressierte Briefsendungen ein.[1] Dies stiess bei verschiedenen Marktteilnehmern auf Kritik. In der Folge reichten der Verband KEP & Mail, der Verband des Schweizerischen Versandhandels (nachfolgend: VSV), der Schweizer Dialogmarketing Verband (vormals Direktmarketingverband; nachfolgend: SDV) und die Quickmail AG (nachfolgend: «Quickmail») beim Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) Anzeige gegen die geänderte Preispolitik ein.[2] Hauptkritikpunkt ist die Unterteilung der umsatzabhängigen Rabattkomponente in eine Art Grundrabatt (entsprechend der Zuteilung in eine Preisliste) und einen monatlichen Zusatzrabatt, der gewährt wurde, je nachdem wie gut ein Postkunde den mit der Post vereinbarten jährlichen Prognoseumsatz erreichte oder übertraf. Dieser Mechanismus erzeugt nach Meinung der Anzeiger viel stärkere wettbewerbsbeschränkende Wirkungen als das alte Preissystem der Post. Ebenfalls als problematisch wurde die Tatsache eingeschätzt, dass die Post die Rabattierung auf dem gesamten Umsatz vornimmt, d. h. einschliesslich der Umsätze im Monopolbereich der Post für Sendungen bis 50 Gramm. Weiter monierten die Anzeiger eine Verknüpfung der Nutzung des Adressdienstes MAT(CH) mit den Preisen für Briefdienstleistungen sowie die Komplexität und Intransparenz des neuen Preissystems. Im Zuge der Abklärungen stellte sich zudem heraus, dass auch das alte Preissystem 2009 kartellrechtlich problematische Elemente enthielt.

2. Aufgrund der Regulierung der Postdienstleistungen hat die Post ihr Preissystem grob dargestellt so ausgestaltet, dass für die einzelnen Kategorien von Sendungen ein (für den Monopolbereich vom Bundesrat grundsätzlich genehmigter) Listenpreis festgelegt wurde und zusätzlich vertraglich für grosse Geschäftskunden mit einem Umsatz von über 100‘000 Franken (nachfolgend: «Vertragskunden») basierend auf einem zwischen der Post und dem Kunden vereinbarten Planumsatz und basierend auf Qualitätskriterien Rabatte gewährt wurden. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurden die einzelnen von der Post angewendeten Preissysteme (Preissystem 2009 und Preissystem CAPRI) auf ihre wettbewerbsrechtlichen Wirkungen auf Wettbewerber und die Marktgegenseite hin überprüft.

[1] Vgl. act. 10.
[2] Vgl. act. 1, 2, 14 f. und 110.

3. Hierbei wurde festgestellt, dass sowohl das Preissystem 2009 als auch das Preissystem CAPRI dazu führte, dass Kunden der Post untereinander diskriminiert wurden. Das Preissystem CAPRI hat sich zudem wie ein Zielrabattsystem ausgewirkt. Dies bedeutet, die Kunden der Post hatten einen grossen Anreiz die mit der Post vereinbarten Umsatzziele zu erreichen. Dies hat zudem zu einer Behinderung des einzigen Wettbewerbers (Quickmail) im Markt geführt.

4. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind die Auswirkungen der Preissysteme 2009 und CAPRI im Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis am 31. Dezember 2014.

A.2 Verfahrensbeteiligte

5. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen die Schweizerische Post AG (nachfolgend: Schweizerische Post) und die Post als Verfahrensparteien. KEP & Mail, der VSV, der SDV und die Quickmail AG (nachfolgend: Quickmail) sind im vorliegenden Verfahren Anzeiger. Der SDV ist zudem gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG ohne Parteistellung an der Untersuchung beteiligt.

A.2.1 Verfahrensparteien

6. Die **Schweizerische Post** ist eine Konzerngesellschaft, welche neben der Post mit ihren Tochtergesellschaften die PostAuto Schweiz AG und die PostFinance AG umfasst. Sie weist folgende grobe Konzernstruktur auf:

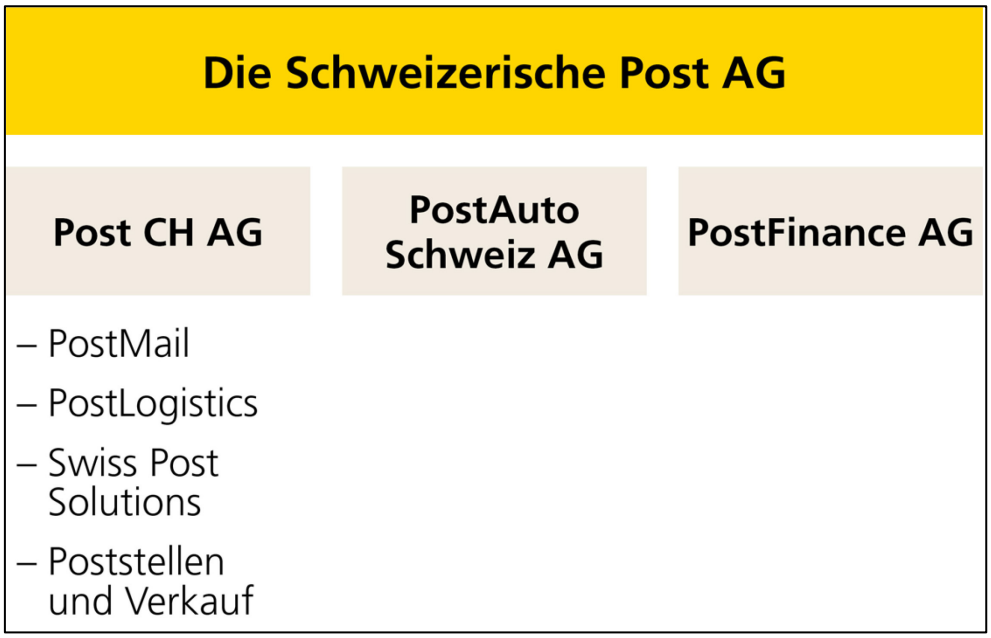


Abbildung 1: Konzernstruktur der Post[3]

7. Die Schweizerische Post ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) und die Muttergesellschaft des «Post-Konzerns». Sie entstand am 26. Juni 2013 per Umwandlung aus der öffentlichen Anstalt «Die Schweizerische Post».[4] Die Schweizerische Post erbringt die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen im In- und Ausland, gewisse Finanzdienstleistungen sowie Dienste im regionalen Personenverkehr sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen (Art. 3 POG).

8. Unter dem Dach der Schweizerischen Post bestehen sogenannte «strategische Konzerngesellschaften», darunter auch die Post für den Kommunikations- und Logistikmarkt.[5] Den strategischen Konzerngesellschaften sind weitere Konzerngesellschaften angegliedert.[6] Gemäss Website der Post sind die strategischen Konzerngesellschaften «juristisch selbständige Unternehmen, bei denen die Schweizerische Post direkt oder indirekt die Kontrolle ausübt».[7] Gemäss Angaben der Post auf deren Website beträgt die Beteiligung an der Post 100 %.[8]

9. Die **Post** ist eine der strategischen Konzerngesellschaften der Schweizerischen Post. Sie umfasst die Geschäftsbereiche PostMail, PostLogistics, Poststellen

[3] Konzernstruktur, verfügbar auf <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzernstruktur-post> (14.11.2016).
[4] Act. 159; Handelsregisterauszug Schweizerische Post AG; Medienmitteilung der Post vom 25.6.2013, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/medien/medienmitteilungen/2013/post-wird-eine-ag-postfinance-ag-erhaelt-bankbewilligung> (14.11.2016).
[5] Website Post, Konzernstruktur, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften> (14.11.2016).
[6] Website Post, Konzernstruktur (Fn 5).
[7] Website der Post, Konzerngesellschaften, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften> (14.11.2016).
[8] Website Post, Konzerngesellschaften (Fn 7).

und Verkauf, Swiss Post Solutions sowie die Management- und Servicebereiche.[9] Der Post sind weitere Konzerngesellschaften angegliedert. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt die Gesellschaft die ordnungsgemässe Erfüllung der von der Schweizerischen Post übertragenen Verpflichtungen zur Grundversorgung mit Postdiensten gemäss Postgesetzgebung, wobei die Berichterstattung und die Vertretung gegenüber den zuständigen Behörden durch die Schweizerische Post wahrgenommen werden. Zweck des Unternehmens ist weiter die Beförderung von Postsendungen und Stückgütern in standardisierten Behältnissen im In- und Ausland sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängender Dienstleistungen. Die Post tritt gegen aussen auch als für die Postdienstleistungen verantwortliche Gesellschaft auf, so etwa auf dem Factsheet für individuelle Preise und Rabatte für Grosskunden.[10]

A.2.2 Anzeiger

10. Der Verband **KEP & Mail** wurde im September 2002 gegründet. Seine Mitglieder sind private Anbieter von Kurier-, Express-, Paket- und Maildienstleistungen sowie weitere Interessenten am Wettbewerb im Schweizer Postmarkt.[11]

11. Der **VSV** ist ein Verband von Schweizer Versandhandelsunternehmen. Neben der Vertretung seiner Mitglieder im Rahmen klassischer Verbandsaktivitäten hat der VSV auch das Ziel, Rahmenverträge mit Dienstleistern wie der Post abzuschliessen.[12] Der VSV ist Mitglied des Verbandes KEP & Mail.

12. Laut Artikel 3 Ziffer 2 der Statuten nimmt der **SDV** die Interessen der Mitglieder zur Erhaltung freiheitlicher Rahmenbedingungen in der Direktmarketingbranche wahr.[13] Gemäss Leitbild[14] vertritt er im Rahmen der Interessenvertretung die Anliegen seiner Mitglieder u. a. gegenüber den staatlichen Organen. Weiter setzt er sich für eine freie Marktwirtschaft ein und wendet sich gegen unzweckmässige Einschränkungen. Einige der Mitglieder des SDV sind Vertragskunden der Post und daher von den untersuchten Verhaltensweisen der Post betroffen. Der SDV hat in der Vorabklärung zudem früh unaufgefordert mitgewirkt und die Interessen seiner Mitglieder auch effektiv vertreten.[15] Nach Publikation der Eröffnung der Untersuchung hat er mitgeteilt, sich an der Untersuchung beteiligen zu wollen.[16]

13. Die Post bestritt die Eigenschaft des SDV als beteiligter Dritter und widersetzte sich der Zustellung des Antrags des Sekretariats nach Art. 30 Abs. 2 KG an den SDV.[17] Der SDV wurde aufgrund der vorstehend aufgeführten Gründe durch das Sekretariat gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG als Dritter ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt. Das Sekretariat hat aus verfahrensökonomischen Gründen von einer Zustellung des Antrags an den SDV abgesehen. Der SDV wurde von der WEKO angehört.

14. **Quickmail** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen. Sie bezweckt die Annahme und die Zustellung von Postsendungen, die Erbringung nichtreservierter Postdienstleistungen sowie vor- und nachgelagerte Dienstleistungen.[18] Quickmail wurde mehrheitlich durch die MS Mail-Service AG gehalten, welche wiederum im Mehrheitsbesitz von Herrn Peter Stössel war.[19] Am 1. Juni 2015 erfolgte die Zusammenlegung der MS Mail-Service AG mit der rbc Solutions AG in der MS Direct AG, welche heute Muttergesellschaft von Quickmail ist. Zweck ist laut Handelsregister die Erbringung von Beratung, Dienstleistungen und Lösungen im Direktmarketing, Dialogmarketing und anverwandten Bereichen, Abwicklung telefonischer Kundendienste und Verkaufshotlines im Kundenauftrag, Anwendung von Systemen und Verfahren der Logistik auf die Kundenbetreuung im Versand von Massendrucksachen sowie Waren aller Art, Handel mit Modeartikeln und Produkten aller Art sowie Erbringung von IT-Dienstleistungen und IT-Beratungen inkl. entsprechende Vermittlungen und Schulungen. Quickmail ist unter anderem Mitglied des Verbands KEP & Mail.

15. Quickmail wurde im August 2009 gegründet und ist seit November 2009 operativ tätig. Sie bietet den Versand adressierter Massensendungen für Kataloge und Mailings, «Flyer» sowie Zeitungen und Zeitschriften an. Darüber hinaus können auch Briefmarken bezogen und Zusatzleistungen mit Bezug auf nicht zustellbare Sendungen nachgefragt werden.[20] Seit ihrer Gründung hat Quickmail ihre Haushaltsabdeckung in der Schweiz laufend ausgebaut. Laut Angaben von Quickmail betrug die Abdeckung der Haushalte am 1. Januar 2017 schweizweit 78 %, in der Deutschschweiz 85.7 %.[21]

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Marktbeobachtung

16. KEP & Mail reichte mit Schreiben vom 31. Dezember 2010 eine Anzeige hinsichtlich des neuen Geschäftskunden-Preissystems der Post ein. Dieses enthalte einerseits unzulässige Treuerabatte und andererseits bestehe eine indirekte Quersubventionierung zwischen dem Monopolbereich und dem Wettbewerbsbereich.[22]

---

[9] Act. 159; Handelsregistereintrag Post CH AG.
[10] Factsheet Individuelle Preise und Rabatte für adressierte Briefe, verfügbar auf <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/themen-a-z/preise-versenden/briefe-inland/preisnachlaesse-und-verguetungen-fuer-briefe> (13.1.2015).
[11] Homepage KEP & Mail, <http://www.kepmail.ch/index,1.htm> (23.9.2014).
[12] Website VSV, Wer ist der VSV, <http://www.vsv-versandhandel.ch/index.cfm/de/members/wer-ist-der-vsv/> (23.9.2014); Website VSV, Vorteile einer VSV-Mitgliedschaft, <http://www.vsv-versandhandel.ch/index.cfm/de/members/vorteil-vsv/> (23.9.2014).
[13] Website SDV, Statuten, <http://sdv-dialogmarketing.ch/mitglieder/mitglied-werden/leitbild-und-statuten/2012_sdv_statuten/> (21.6.2016).
[14] Website SDV, Leitbild, <http://sdv-dialogmarketing.ch/mitglieder/mitglied-werden/leitbild-und-statuten/2012_sdv_leitbild/> (21.6.2016).
[15] Vgl. Rz 28-30.
[16] Vgl. Rz 36.
[17] Act. 715.
[18] Handelsregisterauszug Quickmail AG.
[19] Act. 407, Frage 1; Herr Peter Stössel ist am 26. Dezember 2013 verschieden.
[20] Website Quickmail, Produkte, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Produkte/Ueberblick.aspx?1> (23.9.2014).
[21] Website Quickmail, Zahlen, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/Zahlen.aspx> (20.1.2017).
[22] Act. 1.

17. Mit Schreiben vom 10. Januar 2011 reichte der VSV eine Anzeige beim Sekretariat ein. Er machte geltend, die vorgeschlagenen Preissysteme der Schweizerischen Post würden in Teilen gegen das Wettbewerbsrecht verstossen. Kritisiert wurden insbesondere die Verknüpfung der im Wettbewerb stehenden Leistung MAT[CH] mit Monopolleistungen, Rabatte betreffend den Aufgabezeitpunkt, das monatliches Zielvolumenrabattsystem, intransparente Kalkulationsgrundlagen im Monopolbereich sowie die Überwälzung von Kosten für Retouren an den Absender bei B-Post-Geschäftskunden.[23]

18. Mit Schreiben vom 24. Januar 2011 forderte das Sekretariat die Schweizerische Post dazu auf, zu den durch KEP & Mail und VSV erhobenen und um Geschäftsgeheimnisse bereinigten[24] Vorwürfen Stellung zu nehmen sowie Informationen über das neue Geschäftskunden-Preissystem CAPRI einzureichen.[25] Die Schweizerische Post nahm in der Folge mit Schreiben vom 25. Februar 2011 Stellung und reichte zwei Kundenpräsentationen sowie eine interne Beschreibung des neuen Geschäftskunden-Preissystems mit einer Beispielspreisliste ein.[26]

19. Unabhängig von den Abklärungen des Sekretariats richtete das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) mit Schreiben vom 7. Februar 2011 ein Auskunftsbegehren an die Schweizerische Post zur Abklärung, ob die neuen Rabatte, welche auf dem Umsatz mit Vertragskunden gewährt werden, das in Artikel 9 Absatz 4 des Postgesetzes vom 30. April 1997 (altes Postgesetz, aPG) enthaltene Quersubventionierungsverbot verletzen.[27] Am 10. Mai 2011 stellte das Generalsekretariat des UVEK gestützt auf eine frühere Eingabe der Schweizerischen Post diesbezüglich fest, dass alle von den Rabatten betroffenen Dienstleistungen der Post in den Universaldienst fallen und daher aus der Art der Rabattierung keine Quersubventionierung resultieren könne.[28] Das Sekretariat erhielt die beiden erwähnten Schreiben in Kopie, jeweils mit dem Hinweis, dass das Vorgehen und die Schlussfolgerungen des UVEK die Handlungen der WEKO nicht hindern.[29]

20. Am 16. März 2011 gelangte KEP & Mail mit dem Begehren an das Sekretariat, KEP & Mail und ihr vom Rabattsystem hauptsächlich betroffenes Mitglied Quickmail seien durch das Sekretariat anzuhören.[30] Das Sekretariat stimmte dem Anliegen zu[31] und liess am 29. März 2011 KEP & Mail vorgängig eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Antworten der Post per E-Mail zukommen.[32] Die Besprechung zwischen KEP & Mail, Quickmail und dem Sekretariat fand daraufhin am 31. März 2011 statt.[33] Anlässlich der Sitzung reichte Quickmail eine Präsentation mit einer Entgegnung auf die Argumente der Post ein.[34] Diese Präsentation wurde in der Folge im Rahmen der vom Sekretariat verlangten Geschäftsgeheimnisbereinigung durch Quickmail leicht angepasst und durch weitere Rechenbeispiele hinsichtlich der Auswirkungen des Zusatzrabatts ergänzt.[35]

A.3.2 Vorabklärung

21. Das Sekretariat teilte der Schweizerischen Post mit Schreiben vom 8. April 2011 die Eröffnung einer Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG betreffend das neue Geschäftskunden-Preissystem für Briefsendungen mit. Gleichentags informierte das Sekretariat auch KEP & Mail[36] und mit Schreiben vom 19. April 2011 den VSV[37] über die Eröffnung der Vorabklärung.

22. Im erwähnten Eröffnungsschreiben vom 8. April 2011 (vgl. Rz 21) wurde die Schweizerische Post ausserdem zur Beantwortung eines Fragebogens sowie zur Stellungnahme zur Eingabe/Präsentation von Quickmail vom 31. März 2011 aufgefordert.[38] Die Post reichte am 13. April 2011 ein Begehren um Fristerstreckung ein und informierte zudem über die Mandatierung von Marcel Meinhardt, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte.[39] Nach erstreckter Frist[40] beantwortete die Schweizerische Post mit Schreiben vom 11. Mai 2011 die vom Sekretariat an sie gerichteten Fragen. Sie zweifelte in demselben Schreiben die Anwendung des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt aufgrund vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG an und beantragte, die Vorabklärung vorerst auf die Klärung dieser Frage zu beschränken, unter Beizug des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) und der Postregulationsbehörde (nachfolgend: PostReg).[41]

23. Das Sekretariat legte daraufhin mit Schreiben vom 27. Juni 2011 dar, dass weder das alte Postgesetz, noch das Bundesgesetz über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (altes Postorganisationsgesetz, aPOG), noch die Postverordnung vom 26. November 2003 (alte Postverordnung, aVPG) Vorschriften enthalten, die eine Anwendung des Kartellgesetzes im Bereich der nicht reservierten Dienste (Art. 4 PG) bzw. im Bereich der Wettbewerbsdienste (Art. 9 PG) im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ausschliessen würden. Mit demselben Schreiben bat das Sekretariat die Schweizerische Post um Zustimmung bezüglich eines Informationsaustausches zwischen dem Sekretariat, der PostReg und dem UVEK.[42] Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 stimmte die Schweizerische Post dem auf das Vorabklärungsverfahren begrenzten Informationsaustausch zwischen dem Sekretariat, dem UVEK und der PostReg zu[43], und liess dem UVEK und der PostReg (jeweils mit Kopie an das

[23] Act. 2.
[24] Act. 3–7.
[25] Act. 8.
[26] Act. 10.
[27] Act. 9.
[28] Act. 26.
[29] Act. 9 und 26.
[30] Act. 11.
[31] Act. 11.
[32] Act. 13.
[33] Act. 14.
[34] Act. 15.
[35] Act. 16–19.
[36] Act. 21.
[37] Act. 25.
[38] Act. 20.
[39] Act. 23.
[40] Act. 24.
[41] Act. 27.
[42] Act 28.
[43] Act. 32.

Sekretariat) am 14. Juli 2011 ebenfalls eine entsprechende Informationsfreigabe (nachfolgend: Waiver) zukommen.[44] Die PostReg bestätigte der Schweizerischen Post den Waiver mit Schreiben vom 19. Juli 2014, welches das Sekretariat in Kopie erhielt.[45]

24. Am 11. Juli 2011 gelangte Quickmail unaufgefordert per E-Mail an das Sekretariat und erläuterte anhand eines konkreten Kundenbeispiels die tatsächlichen Auswirkungen des neuen Geschäftskunden-Preissystems der Post.[46]

25. Am 25. Juli 2011 reichte Quickmail unaufgefordert eine weitere E-Mail bezüglich der Kündigungsmodalitäten der Post-Verträge ein.[47]

26. Das Sekretariat liess dem UVEK[48] und der PostReg[49] mit Schreiben vom 8. August 2011 seine Stellungnahme betreffend vorbehaltene Vorschriften zukommen, mit der Bitte um Stellungnahme. Gleichentags informierte das Sekretariat die Schweizerische Post über die beiden Schreiben.[50] Laut Antwort der PostReg vom 30. August 2011 auf das Schreiben des Sekretariats waren hinsichtlich Zuständigkeitsverteilung keine Bemerkungen zur Darstellung des Sekretariats zu Art. 3 KG anzubringen;[51] Das UVEK verzichtete am 26. September 2011 darauf, sich zur Angelegenheit zu äussern.[52]

27. Im Anschluss an ein Telefongespräch zwischen Quickmail und dem Sekretariat reichte Quickmail am 31. August 2011 per E-Mail[53] und am 1. September 2011 per Post[54] eine weitere Präsentation zur Auswirkung des neuen Preissystems ein und legte auf Bitte des Sekretariats auch eine Kundenliste bei.

28. Mit Schreiben vom 9. September 2011 stellte das Sekretariat der Schweizerischen Post[55], Quickmail[56] sowie 28 Vertragskunden[57] der Post Fragebögen zu. Bei der Auswahl wurden verschiedene Kundensegmente und mehrere Quickmail-Kunden einbezogen. Nach Versand der Fragebögen erhielt der SDV Kenntnis von der Befragung und stellte den Fragebogen nach Rücksprache mit dem Sekretariat an 13 seiner grösseren Mitglieder zur (freiwilligen) Beantwortung zu.[58]

29. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2011 beantwortete die Post den Fragebogen und reichte zahlreiche Beilagen ein.[59] Am 11. Oktober 2011 reichte Quickmail die Antworten ein, unter Beilage der Planung und Entwicklung der Haushaltabdeckung.[60] Von den 28 befragten Vertragskunden beantworteten nach einer Mahnungsrunde total 27 den Fragebogen[61], dazu kam die freiwillige Antwort eines SDV-Mitglieds.[62] Von den Vertragskunden reichten 25 ihre Verträge zum neuen Preissystem ein, 18 ihre früheren Verträge. Die letzte der Vertragskunden-Antworten ging am 30. November 2011 beim Sekretariat ein.[63]

30. Am 17. Oktober 2011 reichte der SDV unaufgefordert eine eigene Stellungnahme zum Preissystem ein. Er kritisierte v. a. die Intransparenz des neuen Preissystems, welches eine Berechnung durch die Kunden verunmögliche. Er forderte v. a. mehr Transparenz (Offenlegung der Preislisten) und kundenfreundliche, für alle Kunden gleiche Parameter. Darüber verlangte er die Trennung zwischen Wettbewerbs- und Monopolbereich sowie in regulatorischer Hinsicht die Liberalisierung der Massensendungen über 50 Gramm.[64]

31. Am 23. April 2012 informierte sich Quickmail einerseits über das vorliegende Verfahren, andererseits machte sie in demselben Schreiben Angaben zu einem anderen Verfahren. Das Sekretariat beantwortete das Schreiben per E-Mail vom 29. März 2012.

32. Am 23. November 2012 machte Quickmail unaufgefordert per E-Mail Ergänzungen zur Wirkung des Zusatzrabatts und diesbezüglichen Kundenreaktionen.[65]

33. Mit Schreiben vom 25. Juni 2013 informierte die Post über die am 26. Juni 2013 geplante Umwandlung der Anstalt «Die Schweizerische Post» in die Aktiengesellschaft «Die Schweizerische Post AG» und die anschliessend gleichentags geplante Übertragung der Geschäftsbereiche PostMail, PostLogistics, Poststellen und Verkauf, Swiss Post Solutions sowie der Management- und Servicebereiche auf die «Post CH AG». Das Verfahren werde daher in der Folge durch die Post als Rechtsnachfolgerin der Schweizerischen Post weitergeführt.[66]

A.3.3 Untersuchung

34. Am 17. Juli 2013 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die Schweizerische Post sowie die Post und teilte dies mit Schreiben (vorab per Fax) gleichen Datums der Post mit.[67] Dem Schreiben beigelegt war die Medienmitteilung, welche am 18. Juli 2013 veröffentlicht wurde.[68] Quickmail und KEP & Mail wurde die Untersuchungseröffnung mit Schreiben (vorab per Fax) vom 18. September 2013 mitgeteilt. Die Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt erfolgte am 30. Juli 2013.[69]

[44] Act. 33.
[45] Act. 34.
[46] Act. 31.
[47] Act. 35.
[48] Act. 36.
[49] Act. 37.
[50] Act. 38.
[51] Act. 40.
[52] Act. 61.
[53] Act. 41.
[54] Act. 42.
[55] Act. 43.
[56] Act. 44.
[57] Act. 45–47.
[58] Act. 75–77.
[59] Act. 95.
[60] Act 103.
[61] Nicht beantwortet wurde der Fragebogen trotz Mahnung durch Postkunde 23.
[62] Act. 56, 64, 66, 70 f., 78 f., 84 f., 90, 96-98, 104 f., 107–109, 111, 113, 115, 117–119, 130 f., 134, 138 f., 143–146, 148 f., 151–154, 220, 233, 245, 258, 278.
[63] Act. 154.
[64] Act. 110.
[65] Act. 157.
[66] Act. 159.
[67] Act. 160.
[68] Act. 160 und 163.
[69] Act. 164.

35. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 reichte Lenz & Staehelin die vom Sekretariat mit dem Eröffnungsschreiben[70] verlangten Vollmachten der Schweizerischen Post sowie der Post ein.[71]

36. Am 27. August 2013 beantragte der SDV unter Bezugnahme auf die Publikation im SHAB seine Beteiligung [gemäss Art. 43 KG] an der Untersuchung.[72]

37. Am 11. September 2013 versandte das Sekretariat Fragebögen an die Post[73] sowie an Quickmail[74]. Die Post reichte daraufhin am 25. September 2013 vorab eine vom Sekretariat verlangte Liste aller Vertragskunden ein. Den Rest des Fragebogens beantwortete sie innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 13. November 2013.[75] Am darauffolgenden Tag reichte sie wie mit Schreiben vom 13. November 2013 angekündigt eine neue Beilage 16 ein.[76] Quickmail beantwortete den Fragebogen vom 11. September 2013 innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 6. November 2013.[77]

38. Am 12. September 2013 fand auf Begehren der Preisüberwachung eine Sitzung zwischen der Preisüberwachung und dem Sekretariat der WEKO statt. Dabei wurde ein allfälliger Koordinierungsbedarf zwischen dem Verfahren der WEKO und dem im Februar 2013 eröffneten formellen Verfahren der Preisüberwachung gegen die Post besprochen. Das Treffen wurde in einer Notiz zusammengefasst.[78] Beide Behörden kamen dabei zum Schluss, dass keine Überschneidungen erkennbar sind, welche der parallelen Fortführung der jeweiligen Verfahren entgegenstehen.

39. Die Post stellte mit Schreiben vom 17. September 2013 ein Gesuch um Akteneinsicht.[79] Am 11. Oktober 2013 sandte das Sekretariat der Post daraufhin ein Aktenverzeichnis mit den bereits bereinigten Akten zu.[80]

40. Mit Schreiben vom 23. September 2013 reichte die Post unaufgefordert eine E-Mail-Korrespondenz ein, in der Quickmail die Post zu einem Gespräch zur Erörterung von Lösungen mit Bezug auf Zusatzrabatt und ein anderes Postprodukt ersucht hatte.[81]

41. Nach Einreichung einer aktuellen Kundenliste durch die Post[82] befragte das Sekretariat die Vertragskunden der Post. Die Auswahl erfolgte nach Zufallsprinzip, wobei diejenigen Vertragskunden aus der Auswahl ausgesondert und durch den jeweils nächsten Vertragskunden in der Zufallsliste ersetzt wurden, welche bereits in der Vorabklärung einen Fragebogen beantwortet hatten. Der Fragebogen wurde am 4. Oktober 2013 an 228 Kunden mit Kontaktadresse in der deutschsprachigen Schweiz versandt[83], am 17. Oktober 2013 an 34 Vertragskunden mit Kontaktadresse in der französischsprachigen Schweiz[84], und am 19. November 2013 an zwei Vertragskunden in der italienischsprachigen Schweiz[85]. Das Sekretariat versandte mehrmals Mahnungen. Ausserdem fragte es bei den befragten Vertragskunden bezüglich Geschäftsgeheimnissen nach und forderte gegebenenfalls geschäftsgeheimnisbereinigte Versionen ein.[86] Insgesamt gingen 255 Antworten von Vertragskunden ein[87], die letzte am 28. März 2014[88]. Fünf Vertragskunden beantworteten den Fragebogen aus verschiedenen Gründen nicht[89], vier weitere Vertragskunden reichten für mehrere angeschriebene Untereinheiten gemeinsame Antworten ein.[90]

42. Am 10. Dezember 2013 wurde der Post auf deren Gesuch[91] hin ein noch nicht vollständiges Aktenverzeichnis zugesandt.[92] Die Post stellte daraufhin ein Gesuch um Einsicht in diverse Akten.[93] Mit Schreiben vom 29. Januar 2014 informierte das Sekretariat die Post über einen Aufschub der Akteneinsicht.[94]

43. Ein von der […], welche vom Sekretariat als Geschäftskundin der Schweizerischen Post befragt worden war, zusammen mit ihren Fragebogenantworten vom 18. November 2013 eingereichtes Gesuch um Akteneinsicht[95] lehnte das Sekretariat mit Schreiben vom 29. Januar 2014 ab.[96]

44. Am 20. Januar 2014 schloss der Preisüberwacher eine einvernehmliche Regelung mit der Post ab, woraufhin er das formelle Verfahren als gegenstandslos einstellte.[97] Die Massnahmen beinhalteten unter anderem

[70] Act. 160.
[71] Act. 165.
[72] Act. 166.
[73] Act. 167.
[74] Act. 168.
[75] Act. 432 f.
[76] Act. 436.
[77] Act. 407.
[78] Act. 231 und 248.
[79] Act. 170.
[80] Act. 432.
[81] Act. 172.
[82] Act. 173.
[83] Act. 199.
[84] Act. 254 f.
[85] Act. 466 f.
[86] Obwohl bereits der Fragebogen einen eindeutigen Passus bezüglich der Angabe von Geschäftsgeheimnissen enthielt, fragte das Sekretariat bei den Unternehmen diesbezüglich noch einmal nach, zumeist telefonisch, teils per E-Mail. Diese Telefonate und Mails wurden, sofern sie keine Einschränkungen der Akteneinsicht aufgrund von Geschäftsgeheimnissen beinhalteten oder materielle Fragen betrafen, nicht zu den Akten genommen.
[87] 202 f., 207–, 214, 218, 223, 225–228, 236–239, 241, 244, 246 f., 249–253, 259 f., 262 f., 265, 267–273, 275–277, 279 f., 282–285, 288–300, 302–311, 313, 316–330, 332–334, 338, 340–354, 357, 359 f., 362–377, 379–392, 394–405, 409 f., 412–415, 417–425, 427–431, 435, 438–449, 451, 454–462, 464 f., 468, 470–475, 477–479, 481, 483, 485–497, 500–503, 508–514, 516–519, 521–524, 526–532, 534–550, 553–555, 558, 564, 567, 578 f. 582, 585, 587, 589–594, 596 f., 600, 605.
[88] Act. 600.
[89] Keine Reaktion einer Gemeinde trotz mehrmaliger Mahnung (letztmals Act. 584), mangelnder Geschäftskundenstatus infolge zu tiefen Umsatzes (Act. 204 und 484), Nichtbeantwortung aufgrund fehlenden Einflusses auf die Preisgestaltung der Post (Act. 506) sowie Dispensation von der Beantwortung des Fragebogens (Act. 557 und 581).
[90] Das […] beantwortete den Fragebogen für […]. Die […] reichte entsprechend keine eigene Antwort ein. Dies im Gegensatz zur […], welche eine Antwort einreichte, welche für die Auswertung separat berücksichtigt wurde (Act. 307). Die […] integrierte die Antworten der […] in ihre Antworten (Act. 420). Die […] reichte ebenfalls eine konsolidierte Antwort für die […] und die […] ein (Act. 260). Die […] reichte ebenfalls eine konsolidierte Antwort für die ganze Gruppe ein, d.h. u.a. sowohl die […]AG als auch die […] umfassend (Act. 360).
[91] Act. 515.
[92] Act. 520.
[93] Act. 525.
[94] Act. 562.
[95] Act. 456.
[96] Act. 560.
[97] Preisüberwacher, Einvernehmliche Regelung mit der Schweizerischen Post AG vom 20. Januar 2014, verfügbar auf <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/publikationen/einvernehmliche-regelungen.html> (14.11.2016).

neue Produkte und Preissenkungen bei gewissen Briefsendungen sowie Preissenkungen bei Adresspflegeprodukten.

45. Mit Schreiben vom 12. Februar 2014 ersuchte das Sekretariat die Post um weitere Aufschlüsselung und um Erläuterungen bezüglich der von der Post mit Schreiben vom 13./14. November 2013 eingereichten Geschäftskunden-Daten.[98] Mit Schreiben vom 28. März 2014 reichte die Post innert erstreckter Frist[99] die weiter aufgeschlüsselten Geschäftskunden-Daten und Erklärungen dazu ein.[100] Weiter reichte die Post unaufgefordert weitere Dokumente im Zusammenhang mit Einführung des neuen Preissystems ein, in Ergänzung ihrer Eingabe vom 13. November 2013.

46. Nach mehrmaligem Aufschub[101] erhielt die Post ein aktualisiertes Aktenverzeichnis und Einsicht in alle zum Zeitpunkt einsehbaren Akten.[102] Die in der Vorabklärung eingegangenen Fragebogenantworten von Vertragskunden der Post und die damit zusammenhängende Korrespondenz wurden zusätzlich zur Abdeckung von Geschäftsgeheimnissen anonymisiert. Diese Vorgehensweise diente einerseits der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse (Kundendaten) von Quickmail[103], andererseits dem öffentlichen Interesse, die Wettbewerbsverhältnisse durch die Untersuchung nicht zu verändern. Von der Einsicht ausgenommen waren die noch nicht bereinigten Akten, insbesondere die Antworten der in der Untersuchung befragten Vertragskunden, da zusätzliche Bereinigungen vorzunehmen waren. Das Sekretariat plante zudem, die Fragebogenantworten zu einem späteren Zeitpunkt im Interesse des Wettbewerbs nur in zusätzlich bereinigter resp. anonymisierter Form einsehen zu lassen.

47. Mit Schreiben vom 6. August 2014 forderte das Sekretariat die Post auf, eine weitere Aufschlüsselung der eingereichten Daten und eine Zuordnung der unrabattierten Standardpreise je Produkt vorzunehmen. Zudem lud das Sekretariat die Post zu einem Gespräch mit Präsentation des CAPRI-Systems zur Klärung offener Fragen, insbesondere hinsichtlich Berechnungen, ein.[104] Innert erstreckter Frist[105] und einer klärenden E-Mail[106] reichte die Post die zusätzlich aufgeschlüsselten und ergänzten Daten mit Schreiben vom 8. September 2014 ein.[107] Am 15. September 2014 fand das Treffen zwischen Vertretern der Post und des Sekretariats statt. Die Post informierte dabei über gewisse Details des Preissystems und dessen Handhabung anhand einer Präsentation.[108] Das Sekretariat erstellte nachträglich zusätzlich eine Notiz mit ergänzenden Informationen zur Präsentation und stellte diese am 17. September 2014 der Post zur allfälligen Korrektur und Ergänzung zu.[109] Innert erstreckter Frist[110] reichte die Post am 10. Oktober 2014 eine korrigierte und bereinigte Version der Gesprächsnotiz ein.[111]

48. Am 7. August 2014 ersuchte das Sekretariat Quickmail um zusätzliche Informationen und Daten.[112] Quickmail reichte einen Teil der verlangten Informationen bereits am 8. August 2014 per E-Mail ein[113], den übrigen Teil innert erstreckter Frist[114] und Klärung bezüglich einzureichender Daten[115] am 5. September 2014.[116]

49. Am 29. Januar 2015 sandte das Sekretariat Quickmail eine Telefonnotiz zu und bat um Verifizierung und gegebenenfalls Ergänzung der enthaltenden Tatsachen sowie um zusätzliche Geschäftsgeheimnisbereinigung früherer Eingaben.[117] Quickmail antwortete mit Schreiben vom 6. Februar 2015.[118]

50. Am 2. Februar 2015 teilte das Sekretariat Quickmail auf Anfrage per E-Mail mit, dass keine genauen Informationen über den weiteren Verlauf des Verfahrens abgegeben werden können.[119]

51. Das Sekretariat kontaktierte ab 6. März 2015 Quickmail und diverse Postkunden zwecks Geschäftsgeheimnisbereinigung von Akten.[120] Weiter prüfte es im öffentlichen Interesse des Wettbewerbs Möglichkeiten der Akteneinsicht in eingeschränkter Form. Nach einer E-Mail des Sekretariats vom 15. März 2015, in welcher das Sekretariat einen Aufschub der Akteneinsicht mitteilte[121], verlangte die Post per Mail vom 17. März 2015[122] die Zusendung eines aktualisierten Aktenverzeichnisses sowie ein mündliches Gespräch über die weiteren Verfahrensschritte. Per E-Mail vom 19. März 2015 sandte das Sekretariat der Post ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu, und am Folgetag fand das Telefongespräch betr. Akteneinsicht und weiteren Verfahrensschritten statt.[123] Am 26. März 2015 gewährte das Sekretariat Akteneinsicht in die neuen Akten sowie in frühere inzwischen bereinigte Akten.[124] Nicht eingeschlossen waren die Fragebogenantworten der Vertragskunden in der Untersuchung.

52. Die vollständige Akteneinsicht erfolgte am 27. August 2015.[125] Das Sekretariat machte die Fragebogenantworten der Untersuchung mit Ausnahme der geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse vollständig zugänglich, d. h. ohne die zusätzlichen Bereinigungen/Anonymisierungen im öffentlichen Interesse. Das

[98] Act. 569.
[99] Act. 588 und 595.
[100] Act. 601.
[101] Act. 598, 602–604.
[102] Act. 609 und 612.
[103] Dies begründet sich damit, dass keine reine Zufallsauswahl erfolgte. Ein beträchtlicher Teil der befragten Kunden waren Quickmailkunden, welche aufgrund einer Kundenliste von Quickmail ausgewählt und befragt worden waren.
[104] Act. 610.
[105] Act. 616 und 618.
[106] Act. 621.
[107] Act. 623.
[108] Act. 624.
[109] Act. 625.
[110] Act. 626 f.
[111] Act. 629.
[112] Act. 611.
[113] Act. 613 und 615.
[114] Act. 613 f.
[115] Act. 620.
[116] Act. 622.
[117] Act. 630-632.
[118] Act. 633.
[119] Act. 634.
[120] Act. 635–658, 660–665a, 667 f., 671–674, 676–683, 685.
[121] Act. 659.
[122] Act. 666.
[123] Act. 669 f.
[124] Act. 675.
[125] Act. 685.

Sekretariat wies explizit darauf hin, dass die Einsicht in die Fragebogenantworten lediglich zu Verteidigungszwecken bestimmt sei. Mit Telefonat vom 21. September 2015 teilte die Post mit, dass die Akten vor Übergabe an die Klientin durch die Kanzlei bereinigt würden.[126] Per Schreiben vom 5. November 2015 bestätigte die Post, dass sie ausdrücklich auf die Verwendungsbeschränkung der Akten hingewiesen worden sei.[127]

53. Am 27. Juli 2015 informierte die Post (ohne Einbezug der Rechtsvertretung) unaufgefordert über eine mögliche Übernahme der APZ Direct AG, welche auch Subunternehmerin der Quickmail war.[128] Die Übernahme wurde per 1. Oktober 2015 vollzogen.[129]

54. Am 6. Oktober 2015 erkundigte sich Quickmail nach dem Verfahrensstand und brachte dem Sekretariat zur Kenntnis, dass die Post über ihr Produkt «Expert Mail» Grosskunden auf intransparenter Basis weitere teilweise sehr hohe Rabatte gewähre.[130] Am 10. November 2015 sandte Quickmail die Beschreibung von Expert Mail sowie die neue Beschreibung des CAPRI-Preismodells mit Konditionen- und Preisblatt zu, und machte dabei erneut die Intransparenz beim Preissystem allgemein und bei Expert Mail insbesondere geltend.[131]

55. Die Post erkundigte sich am 24. November 2016 telefonisch, ob der Hinweis des Sekretariats zur Verwendung der Akten im Schreiben vom 27. August 2015 dadurch begründet sei, dass Kundenberater der Post angeblich Kunden geraten hätten, Fragen nicht zu beantworten. Dies wurde durch das Sekretariat verneint. Die Post führte mit Bezug auf Act. 605 an, der betreffende Kundenberater bestreite, eine solche Aussage gemacht zu haben.[132]

56. Am 3. März 2016 versandte das Sekretariat einen Fragebogen an die Post betreffend die Ergänzung früher eingereichter Daten und Zusatzinformationen zu den Preissystemen sowie betreffend Informationen und Daten zu den Produkten OnTime Mail 2 Werktage und Expert Mail.[133] In der Folge präzisierte bzw. ergänzte das Sekretariat den Fragebogen hinsichtlich zweier Fragen.[134] Innert erstreckter Frist[135] reichte die Post am 6. Mai 2016 die Antworten auf den Fragebogen und die verlangten Daten ein.[136] Eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version wurde mit Schreiben vom 25. Mai 2016 nachgeliefert.[137]

57. Im Nachgang zum Versand des Fragebogens gewährte das Sekretariat der Post am 14. April 2016 zudem Akteneinsicht in die neuen Akten.[138]

58. Am 4. März 2016 versandte das Sekretariat einen Fragebogen an Quickmail mit der Aufforderung zur Ergänzung von Daten sowie betreffend Zusatzinformationen zur Markttätigkeit sowie zu den Auswirkungen von Expert Mail.[139] Per E-Mail vom 4. April 2016 antwortete Quickmail auf den Fragebogen und reichte Daten zu Mengen und Umsätzen ein.[140] Aufgrund eines Telefongesprächs zu Klärung/Ergänzung der Informationen am 5. April 2016 mit dem Sekretariat sandte Quickmail dem Sekretariat gleichentags per E-Mail eine um Umsätze mit Zeitungen und Zeitschriften ergänzte Datentabelle zu.[141] Am 6. April 2016 stellte das Sekretariat Quickmail eine Notiz mit dem Inhalt des erwähnten Telefongesprächs zu, mit der Bitte, den Sachverhalt zu bestätigen und gegebenenfalls zu ergänzen, Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen sowie genauere Informationen zur Behinderung durch Expert Mail einzureichen.[142] Quickmail antwortete darauf mit E-Mail vom 6. Mai 2016.[143] Die konsolidierte Jahresrechnung wurde am 12. Mai 2016 respektive in beglaubigter Fassung am 17. Mai 2016 eingereicht.[144]

59. Am 16. Juni 2016 meldete sich Quickmail unaufgefordert beim Sekretariat und machte Angaben über den Inhalt eines Kundengesprächs, welches gewisse Effekte von Expert Mail aufzeigte.[145] Auf Nachfrage[146] bezeichnete Quickmail gleichentags die Geschäftsgeheimnisse.[147]

60. Am 23. August 2016 ersuchte die Post im Nachgang zu einem Telefongespräch betreffend Verfahrensstand um die Übermittlung eines Aktenverzeichnisses, welches gleichentags zugestellt wurde.[148] Die Post ersuchte daraufhin um Akteneinsicht in die neuen Akten.[149] Nach Klärung mit Quickmail bezüglich Geschäftsgeheimnissen[150] wurde am 24. August 2016 Akteneinsicht gewährt.[151]

61. Am 19. September 2016 fand auf Wunsch der Post ein Gespräch zwischen Vertretern der Post und dem Sekretariat statt. Das Sekretariat informierte dabei – unpräjudiziell und unter Vorbehalt jederzeit möglicher Anpassungen – mündlich über die vorläufigen Untersuchungsergebnisse und die vorläufige kartellrechtliche Einschätzung. Das Sekretariat informierte die Post auch über die geplanten weiteren Schritte. Die Post nahm an der Sitzung mündlich kurz Stellung zu den Beschwerdepunkten und gab an, bis Ende Woche 44 nach der Sitzung der Konzernleitung mitzuteilen, ob sie Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung aufnehmen wolle. Es wurde, wie zu Beginn der Sitzung angekündigt, kein Protokoll der Sitzung erstellt.

[126] Act. 687.
[127] Act. 689.
[128] Act. 684.
[129] Homepage APZ Direct AG, <http://www.apz.ch/index.html> (18.11.2015; Website nicht mehr aufgeschaltet).
[130] Act. 688.
[131] Act. 690.
[132] Act. 691.
[133] Act. 692.
[134] Act. 695 f. sowie 702.
[135] Act. 697 f.
[136] Act. 704.
[137] Act. 707.
[138] Act. 692 und 694.
[139] Act. 693.
[140] Act. 699.
[141] Act. 700.
[142] Act. 701.
[143] Act. 703.
[144] Act. 705 f.
[145] Act. 708.
[146] Act. 709.
[147] Act. 710.
[148] Act. 711.
[149] Act. 712.
[150] Act. 713.
[151] Act. 714.

62. Innert verlängerter Frist teilte die Post am 16. November 2016 telefonisch mit, dass die Post die Verhandlungen zu einer einvernehmlichen Regelung nur unter einer Bedingung hinsichtlich Sanktionshöhe aufnehmen wolle, die Post aber weiterhin an einer einvernehmlichen Regelung interessiert sei. Das Sekretariat gab der Post am 21. Dezember 2016 über den voraussichtlichen für den Antrag an die Kommission errechneten oberen Rahmen der Sanktion telefonisch Auskunft. In der Folge teilte die Post mit, bis am 27. Dezember 2016 abzuklären, ob sie unter diesen Voraussetzungen in Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung einsteigen und gegebenenfalls die Rahmenbedingungen dazu unterschreiben wolle. Am 27. Dezember 2016 teilte die Post schliesslich mit, aufgrund des Sanktionsrahmens keine Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung aufzunehmen.[152]

63. Mit Schreiben vom 30. November 2016 stellte die Post den Antrag, es sei von der Zustellung des Verfügungsantrags abzusehen, eventualiter sei über die Verfahrensstellung des SDV und die Zustellung des Verfügungsantrags an diesen eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.[153] Per Telefonat vom 27. Dezember 2016 teilte das Sekretariat daraufhin seine Absicht mit, dem SDV den Antrag nicht zuzustellen.

64. Am 2. Februar 2017 stellte das Sekretariat der Post den Antrag inklusive Beilagen im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme zu.[154] In der Folge fand zwischen der Post und dem Sekretariat ein Austausch betreffend die dem Antrag zugrundeliegenden Berechnungen und statistischen Auswertungen statt.[155]

65. Im Zeitraum zwischen dem 1. März 2017 bis zum 6. Juni 2017 wurde der Post die Frist zur Stellungnahme dreimal erstreckt.[156] Das Gesuch der Post vom 26. April 2017 betreffend Abnahme der Frist wurde mit Schreiben vom 27. April 2017 abgelehnt.[157]

66. Mit Schreiben vom 10. Mai 2017 informierte das Sekretariat die Post, den SDV und Quickmail über einen Anhörungstermin[158] und gab der Post sowie Quickmail im Rahmen verschiedener Telefonate Informationen zum Ablauf der Anhörungen.[159] Am 19. Mai 2017 stellte die Post ein Gesuch um Verschiebung der Anhörung aufgrund Terminschwierigkeiten.[160] Nach einem Telefonat vom 24. Mai 2017 mit der Post[161] wurde der Anhörungstermin am 30. Mai 2017 verschoben.[162] Am 1. Juni 2017 stellte die Post ein weiteres Gesuch zur Verschiebung des Anhörungstermins[163], welches mit Schreiben vom 9. Juni 2017 gutgeheissen wurde.[164]

67. Die Teilnehmer der Anhörung gaben im Zeitraum zwischen dem 24. Mai 2017 und 9. Juni 2017 ihre Delegationen bekannt.[165]

68. Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 reichte die Post ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein.[166] Am 13. Juli 2017 folgte eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Stellungnahme.[167]

69. Auf Antrag der Post wurden verschiedene Fragebogenantworten und Eingaben nochmals auf Geschäftsgeheimnisse überprüft. Zudem wurden vorgenommene Anpassungen bei den Geschäftsgeheimnissen der Post im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemacht.[168]

70. Mit Schreiben vom 14. Juni 2017 wurde die Post ersucht, die Berechnungsgrundlagen für die in ihrer Stellungnahme enthaltenen Berechnungen einzureichen.[169] Nach einer Fristerstreckung reichte die Post am 30. Juni 2017 Unterlagen zu den Berechnungen ein, aufgrund welcher allerdings die Berechnungen nicht nachvollzogen werden konnten.[170] Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 wurde die Post aufgefordert, nachvollziehbare Berechnungsgrundlagen einzureichen, was die Post mit Schreiben vom 26. Juli 2017 ablehnte.[171] Im gleichen Schreiben wiederholte die Post ihren Verfahrensantrag hinsichtlich Einsicht in Unterlagen, welche die Kostensituation von Quickmail beinhalten sollten. Mit Schreiben vom 2. August 2017 wurde die Post nochmals zur Einreichung der fehlenden Berechnungsgrundlagen aufgefordert, gleichzeitig wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die vom Verfahrensantrag umfassten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellten.[172] Mit Schreiben vom 16. August 2017 hielt die Post an ihrem Verfahrensantrag fest und ging nicht nochmals auf die fehlenden Berechnungsgrundlagen ein.[173]

71. Am 21. August 2017 fanden Anhörungen der Post, des SDV und von Quickmail statt.[174]

72. Mit Schreiben vom 18. September 2017 gab die WEKO der Post die Möglichkeit zu einer neuen Kategorisierung der Vertragskunden des Preissystems 2009 Stellung zu nehmen. Basierend auf der Kategorisierung ist ein direkter Konkurrenzvergleich möglich. Zudem wurde die Post aufgefordert, die im Rahmen der Anhörung von ihr angekündigten möglichen Massnahmen zu nennen.[175] Mit Schreiben vom 25. September 2017 teilte die Post mit, dass aufgrund der kurzen Frist eine Stellungnahme nicht möglich und damit das rechtliche Gehör verletzt sei. Zudem würde die Post keine Massnahmen vorschlagen.[176] Mit Schreiben vom 28. September

[152] Act. 716.
[153] Act. 715.
[154] Act. 717 sowie 718.
[155] Act. 719, 720, 721, 722, 723, 725, a, 727, 728, 729-732, 733, 734, 735, 736, 737, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 770, 771, 772, 773, 776, 777, 778, 779, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 793, 795, 799, 800, 801-804, 806, 807, 810, 812.
[156] Act. 724, 725, 726, 738-741, 769, 774, 775, 780.
[157] Act. 769, 774, 775.
[158] Act. 789-792.
[159] Act. 794, 797.
[160] Act. 785.
[161] Act. 808.
[162] Act. 814-816.
[163] Act. 818, 819.
[164] Act. 822, 823-827.
[165] Act. 809, 811, 813, 828.
[166] Act. 821.
[167] Act. 841.
[168] Act. 817, 820, 831, 832, 853, 854, 855, 856, 866, 867, 867a, 870, 871-912c, 914-918, 920-922a, 924-926, 930-937.
[169] Act. 829, 830.
[170] Act. 833-836, 838.
[171] Act. 840, 851, 852.
[172] Act. 852.
[173] Act. 857.
[174] Act. 839, 842-849, 858, 859, 860, 861, 862-865, 868, 869.
[175] Act. 908a.
[176] Act. 923.

2017 erläuterte die WEKO, dass die Zustellung der Kategorisierung der Vertragskunden hinsichtlich des Konkurrenzvergleichs Teil des rechtlichen Gehörs sei.[177]

73. Mit Schreiben vom 19. September 2017 teilte die Post erneut mit, dass sie an ihrem Verfahrensantrag festhalte (vgl. Rz 68).[178]

74. Mit Schreiben vom 25. September 2017 gab die WEKO der Post die Möglichkeit, zu einer neuen Kategorisierung der Vertragskunden des Preissystems CAPRI, aufgrund welcher ein direkter Konkurrenzvergleich möglich ist, Stellung zu nehmen und stellte der Post weitere um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Verfahrensakten zu.[179] Mit Schreiben vom 3. Oktober 2017 teilte die Post mit, dass sie zur neuen Kategorisierung der Vertragskunden des Preissystems CAPRI keine Stellung nehmen könne.[180]

A.3.4 Vorbringen der Post zum Verfahren

75. Die Post macht im Wesentlichen geltend, dass das gesamte Verfahren durch die Anzeigerinnen geprägt sei.[181] Die Gruppe der Anzeigerinnen (KEP& Mail, VSV, SDV und Quickmail) würden dabei gleichgerichtete Interessen – nämlich diejenigen von Quickmail – vertreten. So sei nur wenige Tage nach dem ersten Treffen mit KEP & Mail und Quickmail eine Vorabklärung des Sekretariats eröffnet worden und Quickmail habe unaufgefordert noch am Tag des ersten Treffens und später mehrfach Informationen beim Sekretariat eingereicht.[182] Der Post scheine es insgesamt, dass das Sekretariat mit der Gruppe der Anzeigerinnen sehr eng verbunden sei und diese im Verfahren schon beinahe beraten habe.[183] In jedem Fall habe es dem Sekretariat während dem gesamten Verfahren an der notwendigen Objektivität gefehlt. Die Gruppe der Anzeigerinnen hätten dem Sekretariat von Beginn an immer eine klare Erwartungshaltung zum Ausgang des Verfahrens auf den Weg gegeben. Das Sekretariat habe diese – zu Unrecht – in entscheidenden Punkten einseitig übernommen. Hierzu verweist die Post auf die Vorbringen der Anzeigerinnen zu der nach Meinung der Post vermeintlich fehlenden Transparenz, zu dem nach Meinung der Post zu Unrecht behaupteten Überschiessen des Zusatzrabatts sowie auf die nach Meinung der Post falschen Behauptung, wonach eine Behinderung von Quickmail resultiert habe, die geeignet gewesen sei, Quickmail vollständig vom Markt zu verdrängen.[184]

76. Hierzu ist anzumerken, dass das Sekretariat die Untersuchung unabhängig von den Anzeigerinnen durchgeführt und den Sachverhalt selbständig ermittelt und gewürdigt hat. So hat das Sekretariat weitreichende eigene Erhebungen bei der Post selbst, bei Kunden der Post sowie umfangreiche Berechnungen aufgrund der von der Post gelieferten Zahlen durchgeführt. Zudem hat es sich mit den Vorbringen der Anzeiger kritisch auseinandergesetzt und diese keineswegs wie von der Post behauptet weitgehend kritiklos übernommen. Die WEKO hat die erhobenen Beweismittel entsprechend frei gewürdigt und ihre Schlussfolgerungen eigenständig gezogen. Die Vorbringen der Post hierzu sind zudem pauschal, nicht substantiiert und damit unbeachtlich.

A.4 Sachverhalt

77. Die nachfolgende Darstellung des zur Beurteilung massgeblichen Sachverhalts gliedert sich in eine Begriffsdefinition (Kap. A.4.1), eine allgemeine Beschreibung der Preissysteme für Vertragskunden der Post und den spezifischen relevanten Besonderheiten der Preissysteme 2009 und CAPRI (Kap. A.4.2) sowie eine Beschreibung der Anwendung der Preissystem 2009 und CAPRI durch die Kundenberater der Post (Kap. A.4.3). Zudem wurden die Transparenz der Preispolitik der Post (Kap. A.4.4) sowie die massgeblichen Ergebnisse der Kundenbefragungen und der Eingaben der Wettbewerber beschrieben (Kap. A.4.5). In den letzten beiden Abschnitten des Kapitels A.4 wurden die durch das Preissystem CAPRI bewirkte Preiserhöhung (Kap. A.4.6) sowie die Auswirkungen des Preissystems CAPRI auf Quickmail (A.4.7) betrachtet.

A.4.1 Begriffsdefinitionen

78. **A-Post Plus**: Es handelt sich um eine A-Post-Sendung mit der Möglichkeit der Sendungsverfolgung.

79. **Direct Response Card**: Versandart, welche es den Empfängern ermöglicht, eine vorgedruckte und vorbezahlte Karte an den Absender zu retournieren. Die Direct Response Card kann per B-Post-Massensendung oder als OnTime Mail versendet werden, die Rücksendung vom Kunden erfolgt stets per A-Post.

80. **Direct SelfMailer**: Gefaltete Postkarte, welche nach bestimmten Gestaltungsvorgaben zur maschinellen Verarbeitung etwa für Direct Mailing-Kampagnen verwendet wird. Direct SelfMailer dürften aufgrund ihres Gewichts häufig im Monopolbereich liegen.

81. **Dispomail**: Mit dem Produkt Dispomail können mehrere Briefe an den gleichen Empfänger in einer Sammelmappe zum Pauschalpreis versendet werden.

82. **Eigenhändig**: Eigenhändig ist eine Zusatzleistung, welche die persönliche Übergabe an den effektiven Empfänger garantiert.

83. **Einzelsendungen/Einzelbriefsendungen**: Zu den Einzelsendungen gehören alle Briefe, die per A-Post oder B-Post versandt werden und keine Massensendungen darstellen. Dazu werden vorliegend auch spezielle Versände gezählt wie Betreibungs- und Gerichtsurkunden oder Dispomail. Die Absender können zudem Zusatzleistungen hinsichtlich der Übergabe/Zustellung wählen (z. B. Einschreiben, Nachnahme, Eigenhändig, Rückschein).

84. **Empfehlungskarte**: Vorgedruckte und vorfrankierte, durch eine Kunden personalisierte Karte.

[177] Act. 927.
[178] Act. 913.
[179] Act. 919, 920.
[180] Act. 929.
[181] Act. 821, S. 10.
[182] Act. 821, S. 12 ff.
[183] Act. 821, S. 14.
[184] Act. 821, S. 14 f.

85. **Expert Mail** (früher **Distance Selling Mail**): Das seit 1. Januar 2015 offiziell angebotene und vorher bereits länger getestete Produkt basiert auf OnTime Mail 2 Werktage, ist als ein Massensendungsprodukt für Sendungen ab 10‘000 Stück mit Zustellung auf zwei Werktage genau. Einen Listenpreis gibt es nicht, sondern die Preise werden individuell kalkuliert und vereinbart, wobei zusätzliche Mengenrabatte und Preisreduktionen aufgrund zusätzlicher Vorleistungen realisiert werden können.

86. **Geschäftskunden**: Als Sendungen von Geschäftskunden gelten Sendungen mit Frankaturen ohne Barzahlung wie Port Payé (nachfolgend: PP) oder Intelligentes Frankiersystem (IFS), welche eine Rechnungsbeziehung mit der Post voraussetzen. Als Geschäftskunden werden in der vorliegenden Verfügung daher alle Kunden bezeichnet, welche eine Rechnungsbeziehung mit der Post haben. An einigen Stellen in der Verfügung, v.a. bei zitierten oder wörtlich wiedergegebenen Aussagen von Marktteilnehmern, wird Geschäftskunden auch stellvertretend für Vertragskunden verwendet. Die Geschäftskunden werden in der Verfügung teilweise wie folgt weiter unterteilt:

- **Vertragskunden**: Als Vertragskunden werden in der Verfügung alle Geschäftskunden bezeichnet, für welche aufgrund eines Vertrages mit der Post die Geschäftskunden-Preissysteme der Post Anwendung finden. Voraussetzung dafür ist grundsätzlich ein mit der Post erzielter Jahresumsatz beim Briefversand von mindestens 100‘000 Franken. Zu den Vertragskunden werden aber auch die Geschäftskunden mit einem kleineren Umsatz gezählt, mit welchen die Post dennoch einen Vertrag zur Teilnahme am Preissystem abgeschlossen hat.
- **Grosse Geschäftskunden ohne Vertrag**: So werden Geschäftskunden bezeichnet, mit denen die Post im Rahmen ihres Briefversandes einen Umsatz von mindestens 100‘000 Franken erzielt, mit welchen die Post jedoch keinen Vertrag abgeschlossen hat und für welche daher das Geschäftskunden-Preissystem nicht anwendbar ist.
- **Grosskunden**: Dies sind alle Geschäftskunden, mit denen die Post einen Umsatz von mindestens 100‘000 Franken erzielt. Die Menge der Grosskunden setzt sich aus den Vertragskunden und den grossen Geschäftskunden ohne Vertrag zusammen.
- **Kleine Geschäftskunden**: Dies sind Geschäftskunden, mit welchen die Post einen Umsatz von weniger als 100‘000 Franken erzielt und welche keine Vertragskunden sind.

87. **Massensendungen/Massenbriefsendungen**: Der Begriff Massensendungen wird in der Gesetzgebung und der Praxis nicht einheitlich verwendet. Vorliegend wird vom Begriff der Massensendungen in der Praxis ausgegangen (vgl. B2-Post in Bst. a).

a. **B2-Post**: Gemäss *Definition und Unterteilung der Post*[185], welche vorliegend auch für die Verfügung verwendet wird, gelten als Massensendungen diejenigen Produkte, welche die Post als B2-Massensendungen anbietet. Zu diesen Massensendungen zählt die Post einerseits das Standardprodukt B-Post-Massensendungen, sowie die Produkte Direct Response Card, DirectSelfmailer, OnTime Mail und Expert Mail.[186] Grundsätzlich sind Massensendungen eine Vielzahl von Briefsendungen mit gleichem Inhalt, welche von einem Absender an eine Vielzahl von Empfängern versendet werden.

b. *Davon abweichende **Definition laut Gesetz***: In der Gesetzgebung kann die Post gemäss Art. 18 Abs. 3 PG im reservierten Dienst mit Absendern von Massensendungen Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Als Massensendung gelten dabei Postsendungen, für die die Absenderin oder der Absender mit der Post zu individuellen Vertragsbedingungen einen schriftlichen Beförderungsvertrag abschliesst.[187]

88. **B-Post-Massensendungen** (Standardprodukt): Gemäss dem Angebot der Post[188] gelten die Preise von B-Post Massensendungen bei der gleichzeitigen Postaufgabe von mindestens 350 Sendungen.[189] Die Briefe müssen in der gleichen Preisstufe sein (Postkarten, Standard-, Midi- oder Grossbriefe) und den gleichen Absender tragen. Die Zustellung erfolgt bis spätestens am sechsten Werktag nach Aufgabe.

89. (Beleglose) **Nachnahme**: Eine Sendung wird dem Empfänger nur gegen Bezahlung des Kaufpreises und gegen Unterschrift ausgehändigt.

90. **OnTime Mail**: OnTime Mail ist ab einem Versand von 10‘000 Stück verfügbar und bietet eine genauer definierte Zustellung als die Standard-Massensendung: «OnTime Mail 1 Werktag» auf den Tag genau, wobei die Zustellung am Samstag mit «OnTime Mail Samstag» teurer ist, bei «OnTime 2 Werktage» auf 2 Tage genau (z. B. Donnerstag/Freitag). Aufgrund der präziseren Zustellung sind die Preise höher als beim Massensendungs-Standard-Produkt.

91. **Privatkunden**: Als Sendungen von Privatkunden gelten Sendungen, welche mit Briefmarken oder in anderer Form bar bezahlt werden.

A.4.2 Allgemeine Beschreibung der Preissysteme 2009 und CAPRI

92. Gemäss Art. 18 Abs. 3 PG legt die Post ihre Preise für Briefe des reservierten Dienstes im Inland distanzunabhängig, kostendeckend, angemessen und nach einheitlichen Grundsätzen fest. Bei Massensendungen kann die Post gemäss Art. 18 Abs. 3 PG mit Absendern Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Die Post hat in Anwendung von Art. 18 Abs. 3 PG seit dem Jahr 2000 Preissysteme für grössere Geschäftskunden angewandt.

[185] Vgl. Act. 132, S. 10, Ziff. 9c und Fn 7.
[186] Act. 432, S. 3 f., Ziff. 3ii.
[187] Art. 29 Abs. 6 VPG.
[188] Factsheet B-Post-Massensendungen, S. 1, <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/b-post-massensendung> (21.11.2016).
[189] Vor dem 1. April 2015 galt eine Mindestmenge von 500 Sendungen. Die Definition von Massensendungen weicht somit in der Praxis der Post von der gesetzlichen Definition ab.

93. Für die Prüfung, ob und in welcher Höhe ein Rabatt für Massensendungen gewährt werden kann, betrachtet die Post grundsätzlich die Umsätze an einzelnen Versandstandorten der Vertragskunden. Da entsprechende Synergien nur erreicht werden können, wenn ein entsprechendes Versandvolumen von einem Absenderstandort realisiert wird, werden Rabatte grundsätzlich nicht pro Unternehmen sondern pro Absenderstandort vereinbart.

94. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind die folgenden zwei Preissysteme der Post für Geschäftskunden[190]:

- «Preissystem 2009», welches als reines Rabattsystem auf eine Grundpreisliste ausgestaltet ist und vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011 zur Anwendung kam.
- «Preissystem CAPRI», welches vorwiegend auf einer Einteilung in unterschiedliche Preislisten für einen Grundrabatt und der Anwendung eines Zusatzrabatts basiert, für die Zeitdauer vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2014.

95. In diesem Kapitel wird die grundlegende Ausgestaltung der beiden Preissysteme beschrieben. Dabei wird aufgezeigt, wie die Post die Rabatte für die Vertragskunden berechnete.

96. Die in Rede stehenden Preissysteme der Post für Geschäftskunden setzten sich grundsätzlich aus einer Preisliste für den jeweiligen Kunden und einem aufgrund verschiedener Parameter gewährten Rabatt auf die Preise der Preisliste zusammen. Den beiden Preissystemen 2009 und CAPRI war gemeinsam, dass die Höhe des Rabatts (bis und mit Preissystem 2009) bzw. die Einstufung in eine Preisliste (Preissystem CAPRI) grundsätzlich auf einer Umsatzprognose für ein Jahr basierte, sowie auf qualitativen Parametern, anhand welcher die Rabatte bzw. die Preisliste weiter angepasst wurden. Für die Bestimmung des rabattrelevanten Umsatzes wurde in der Regel der Vorjahresumsatz des Vertragskunden beigezogen, sofern keine Gründe für eine Abweichung davon bestanden.[191] In der Ausgestaltung unterscheiden sich die Preissysteme 2009 und CAPRI jedoch deutlich.

A.4.2.1 Preissystem 2009

A.4.2.1.1 Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung

97. Auf den 1. Juli 2009 senkte der Gesetzgeber die Monopolgrenze von 100 Gramm auf 50 Gramm. Damit wurden Briefe ab 50 Gramm mehrwertsteuerpflichtig. Die Post unterstellte zudem alle nationalen Sendungen bis 50 Gramm ebenfalls der Mehrwertsteuer.[192] In einer einvernehmlichen Regelung mit dem Preisüberwacher verpflichtete sich die Post unter Anderem zu gewissen Preissenkungen und auch zur Übernahme der Mehrwertsteuer für alle neu der Mehrwertsteuer unterstellten Sendungen.[193]

98. Aufgrund der Intervention der Preisüberwachung strich die Post in der Folge den im früheren Preissystem noch bestehenden publizierten monatlichen Umsatzrabatt.[194] Ausserdem wurden im Vergleich zum Preissystem 2006 die Rabatte für Vertragskunden im Bereich zwischen 100‘000 und 250‘000 Umsatz deutlich gesenkt. Die restlichen Parameter des Preissystems entsprechen im Wesentlichen denjenigen des früheren Preissystems.

99. Das Preissystem 2009 basierte auf offiziellen Listenpreisen der Post für die einzelnen Briefsendungs-Produkte. Die Vertragskunden erhielten einen prozentualen Rabatt auf den Listenpreis. Der Rabatt bestimmte sich hauptsächlich durch den vorgängig mit dem Vertragskunden vereinbarten Planumsatz sowie allenfalls durch Qualitätskriterien. Die von der Post gewährten Rabatte wurden anhand von postinternen Rabattlisten zwischen den Grosskunden und dem Kundenberater oder der Kundenberaterin der Post festgelegt.

100. Laut internen Vorgaben der Post waren bestimmten Umsätzen Rabattbandbreiten zugeordnet. Der konkrete Rabatt sollte aufgrund des prognostizierten Umsatzes und unter Berücksichtigung der Qualitätskriterien innerhalb der Bandbreite bestimmt werden.

101. Dabei wurden die zusätzlichen Qualitätskriterien gemäss einer «Checkliste für Vertragskunden[195]» wie folgt berücksichtigt:

Kriterium	**Gewichtung**
Maschinenfähigkeit von über […] % der Sendungen	[…] %
Adressqualität: Über […] % aller Sendungen sind automatisch bis Stufe Botenbezirk lesbar	[…] %
Retouren: Benützung Mutationsservice MAT(CH)move online	[…] %

Tabelle 1: Kriterien zur Bestimmung des Umsatzrabatts innerhalb der Bandbreite (Checkliste, Ziff. 5) bis und mit Preissystem 2009.

[190] Auf die früheren Preissysteme wird Bezug genommen, sofern dies für die Untersuchung relevant ist.
[191] Act. 27, S. 10, Ziff. 4b.
[192] Act. 432, S. 14, Ziff. 12.
[193] Act. 432, Beilage 12b, Ziff. 2.
[194] Act. 432, Beilage 12a, Ziff. 2; Act. 432, Beilage 12c; Act. 601, Beilage 13/2, Präsentation zu PAS-Sitzung vom 6. April 2009, Folie 11.
[195] Act. 432, Beilage 5; Aus den Unterlagen ergeben sich keine abweichenden Qualitätskriterien für das Preissystem 2009.

102. Die mit den Grosskunden geschlossenen Verträge enthielten einen Standardvertrag[196], in welchem die grundsätzlichen Rahmenbedingungen geregelt wurden, und sogenannte «Konditionen für adressierte Briefe Inland», in welchen die für die jeweilige Kundin bzw. den jeweiligen Kunden geltenden Listenpreise inklusive Umsatzrabatt eingerechnet waren.[197]

103. Zur Berechnung des Rabatts wurden von den offiziellen Listenpreisen Vergütungen für Vorleistungen abgezogen sowie Zuschläge für Sondersendungen hinzugefügt.[198] Auf dem resultierenden Betrag wurde schliesslich der vertraglich vereinbarte Umsatzrabatt berechnet und in Abzug gebracht.[199]

104. Ob die mit den Grosskunden festgelegten Rabattkategorien den tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen und ob die qualitativen Kriterien eingehalten wurden, war durch die Kundenberater in dem jeweiligen Preissystem periodisch zu prüfen.[200]

A.4.2.1.2 Übersicht über die Rabattvorgabe

105. Das «Preissystem 2009» beruhte auf einem gesamthaft ausgerichteten Umsatzrabatt. Der zugrunde gelegte Umsatz zur Bestimmung des Rabattes setzte sich laut Angaben der Post aus den prognostizierten Umsätzen für adressierte Briefe Inland und Zusatzleistungen im Universaldienst zusammen.[201] Dies waren folgende Sendungen: A-Post, B-Post Einzel, B-Post Massen, A-Post Plus, OnTime Mail (1 Werktag, 2 Werktage oder Samstag), DirectSelfmailer, Geschäftsantwortsendungen, Gerichtsurkunden, Betreibungsurkunden, Dispomail, Direct Response Card, Photopost, Einschreiben, Nachsenden Firmenpost, Eigenhändig und Rückschein.[202]

106. […].[203]

107. Die interne Rabattvorgabe der Post sah wie folgt aus:

Rabattstufen Umsatz pro Jahr		Vertragskunden **Voraussetzung: in der Regel gilt allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite.** In begründeten Ausnahmen können Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden. Voraussetzung: Die Rabattbandbreitenkriterien sind erfüllt gemäss Checkliste Vertragskunden (Maschinenfähigkeit 95%, gute Adressqualität, Retouren / MAT(CH) Move).			
		PM/PP Für Vertragskunden PM und PP gilt in der Regel allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite. In begründeten Ausnahmen können Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden.		VSV Für VSV-Kunden gilt in der Regel allgemein der Richtwert.	
von	bis	Bandbreite	Richtwert	Bandbreite	Richtwert
100‘001	**200‘000**	**3.0%**	**3.0%**	**3.0%**	3.0%
200‘001	**250‘000**	**4.0%**	**4.0%**	**4.0%**	4.0%
250‘001	**500‘000**	**7.5-8%**		**7.5-8%**	8%
250‘001	350‘000		**7.5%**		
350‘001	500‘000		**7.7%**		
500‘001	**1‘000‘000**	**8-9.5%**		**8-9.5%**	
500‘001	600‘000		**8.0**		8.25
600‘001	700‘000		**8.2**		8.50
700‘001	800‘000		**8.4**		8.75
800‘001	900‘000		**8.6**		9.00
900‘001	1‘000‘000		**8.8**		9.25
1‘000‘001	**5‘000‘000**	**9-11%**		**9-11%**	

[196] Mit ganz wenigen Grosskunden seien jedoch Rahmenverträge geschlossen worden, welche gewisse Punkte der Zusammenarbeit regelten. Preise und Rabatte seien jedoch nicht Teil dieser Rahmenverträge gewesen (Act. 27, S. 11, Ziff. 6).
[197] Act. 27, Beilage 8.
[198] Act. 10, Beilage (2) Kundeninformation, Folie 15 mit Bezug auf die bisherige Handhabung.
[199] Act. 27, S. 9 f., Ziff. 4, sowie Beilage 6.
[200] Act. 432, Beilage 5, Ziff. 7; Act. 27, Beilage 8, Übrige Bestimmungen; Act. 95, S. 6, Ziff. 4.a.
[201] Act. 27, S. 9, Ziff. 4.
[202] Act. 27, S. 9, Ziff. 4; Auf dem Beispielvertrag in Act. 27, Beilage 8 (Konditionenblatt), fehlen Einschreiben, Nachsenden Firmenpost, Eigenhändig und Rückschein; dagegen enthält es Briefe mit Zustellnachweis, InfoCard, Spezialsendungen und taxpflichtige Retouren.
[203] Act. 27, S. 9, Ziff. 4a und Beilage 5.

Rabattstufen Umsatz pro Jahr		Vertragskunden **Voraussetzung: in der Regel gilt allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite.** In begründeten Ausnahmen können Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden. Voraussetzung: Die Rabattbandbreitenkriterien sind erfüllt gemäss Checkliste Vertragskunden (Maschinenfähigkeit 95%, gute Adressqualität, Retouren / MAT(CH) Move).			
		PM/PP Für Vertragskunden PM und PP gilt in der Regel allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite. In begründeten Ausnahmen können Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden.		VSV Für VSV-Kunden gilt in der Regel allgemein der Richtwert.	
Von	bis	Bandbreite	Richtwert	Bandbreite	Richtwert
1‘000‘001	2‘000‘000		**9.0**		9.50
2‘000‘001	3‘000‘000		**9.3**		9.75
3‘000‘001	4‘000‘000		**9.5**		10.00
4‘000‘001	5‘000‘000		**9.7**		10.25
5‘000‘001	**20‘000‘000**	**10-12.5%**		**10-12.5%**	
5‘000‘001	6‘000‘000		**10.0**		10.50
6‘000‘001	7‘000‘000		**10.1**		10.50
7‘000‘001	8‘000‘000		**10.2**		10.75
8‘000‘001	9‘000‘000		**10.3**		10.75
9‘000‘001	10‘000‘000		**10.4**		11.00
10‘000‘001	11‘000‘000		**10.5**		11.00
11‘000‘001	12‘000‘000		**10.6**		11.25
12‘000‘001	13‘000‘000		**10.7**		11.25
13‘000‘001	14‘000‘000		**10.8**		11.50
14‘000‘001	15‘000‘000		**10.9**		11.50
15‘000‘001	16‘000‘000		**11.0**		11.75
16‘000‘001	17‘000‘000		**11.1**		11.75
17‘000‘001	18‘000‘000		**11.2**		12.00
18‘000‘001	19‘000‘000		**11.3**		12.00
19‘000‘001	20‘000‘000		**11.4**		12.25
20‘000‘001	**50‘000‘000**	**11-14%**		**11-14%**	
20‘000‘001	25‘000‘000		**11.4**		12.50
25‘000‘001	30‘000‘000		**11.7**		12.75
30‘000‘001	35‘000‘000		**12.0**		13.00
35‘000‘001	40‘000‘000		**12.3**		13.25
40‘000‘001	45‘000‘000		**12.6**		13.50
45‘000‘001	50‘000‘000		**12.9**		13.75
>50‘000‘000		**12-16%**			
50‘000‘001	55‘000‘000		**13.3**		
55‘000‘001	60‘000‘000		**13.7**		
60‘000‘001	65‘000‘000		**14.1**		
65‘000‘001	70‘000‘000		**14.5**		
70‘000‘001	75‘000‘000		**14.9**		
75‘000‘001	80‘000‘000		**15.3**		

Tabelle 2: Interne Vorgabe zur Rabattgewährung im Preissystem 2009[204]

[204] Act. 432, Beilage 7.

A.4.2.1.3 Rabatt für VSV-Kunden

108. […].[205] Laut Post ist der Rabatt nicht nur […], sondern allen Kunden der Branche Versandhandel gewährt worden.[206]

109. Die Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Kunden, die den Rabatt […] erhalten hatten, waren laut der Post damals die folgenden:

- Mit den leicht höheren Rabatten sei der Tatsache Rechnung getragen worden, dass insbesondere aufgrund des zunehmenden E-Commerce mit einem systematischen Wachstum des Versandhandels und damit mit tiefen Kosten für die Post gerechnet worden sei.[207]
- Die Direct Marketing-Volumina der Versandhändler würden stetig wachsen. Zudem würde das Direct Marketing Folgemailings der Kunden der Versandhändler auslösen, welche teilweise auch der Post zugutekämen.[208] Laut den von der Post eingereichten Zahlen sind […].[209]
- Die vorstehend genannte Situation gäbe den Versandhändlern eine starke Verhandlungsposition, zumal diese gemäss Post mit ihrem eigenen Sendungsvolumen als potenzielle Wettbewerber jederzeit selbst in den Markt eintreten könnten. Ausserdem könnten sie ihre Direct Marketing Aktivitäten auch über den unadressierten Versand abwickeln.[210]
- Das spezifische Sendungsverhalten der Versandhändler mit vergleichsweise schwereren Sendungen (Durchschnittsgewicht […]) erlaube es der Post, bei den Rahmenbedingungen des Postgesetzes dem Versandhandel eher tiefere Preise einzuräumen.[211]

110. Laut Post hätten somit insbesondere […] von dieser Unterscheidung profitiert. Insgesamt kam die Rabattrichtlinie für […] bei [100-150] Vertragskunden zur Anwendung.[212]

A.4.2.1.4 Rabatt für die übrigen Vertragskunden

111. Für die übrigen Vertragskunden galt gemäss Rabattvorgabe Folgendes[213]: «Für Vertragskunden gilt in der Regel allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite. In begründeten Ausnahmen können Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden.» Grundsätzlich sei gemäss Post die Untergrenze nur sehr selten überschritten worden.[214] Laut Angabe der Post konnte unter Berücksichtigung der drei qualitativen Kriterien (vgl. Rz 101) ein höherer Rabatt bis zum Richtwert gewährt werden.[215] Ausserdem seien höhere Umsätze innerhalb der Umsatzbandbreiten typischerweise mit höheren Rabatten innerhalb der Rabattbandbreite honoriert worden.[216]

112. Auf Wunsch der Kunden wurde für diese ein Durchschnittsrabatt berechnet.[217] Dazu wurde zunächst hypothetisch von Einzelverträgen für die einzelnen Tochtergesellschaften ausgegangen und die jeweiligen Umsätze und Rabatte (sofern die Gesellschaft einen Umsatz über 100‘000 Franken erzielte) festgestellt. Um den Durchschnittsrabatt zu ermitteln, wurde nun der Rabatt aller Tochtergesellschaften (in Franken) ins Verhältnis zum Gesamtumsatz aller Gesellschaften gestellt. Auf dem Konditionenblatt wurde dann der Gesamtumsatz des Konzerns festgehalten und der entsprechende Durchschnittsrabatt. Der Durchschnittsrabatt war meistens kleiner als derjenige Rabatt, welcher dem Gesamtumsatz entsprochen hätte. In den eingereichten Daten der Post wurden Verträge mit einem Durchschnittsrabatt als «Kollektivverträge» bezeichnet.

A.4.2.1.5 Ausführungen der Post

113. Die Post führt in ihrer Stellungnahme ergänzend an, dass das Preissystem 2009 auf das Preissystem 2006 folgte und dessen Grundzüge übernahm.[218] Das Preissystem 2009 beruhe auf der vom Kundenberater und dem Kunden festgelegten Prognose des Umsatzes für das kommende Jahr.[219] Zudem hätten die Kunden ihre Verträge in der vorgegebenen Kündigungsfrist von 30 Tagen auf Ende jeden Monats kündigen können, worüber sie im Vertrag informiert worden seien und was der Praxis entsprochen habe.[220]

A.4.2.2 Preissystem ab. 1. April 2011 («Preissystem CAPRI»)

114. Im Hinblick auf die geplante vollständige Liberalisierung des Postmarktes[221] erarbeitete die Post neue Strategien hinsichtlich Marktverhalten und Preissetzung.[222] Mit den Preismassnahmen der Preisstrategie 09-11 sollten der Erhalt von Marktanteilen und die Ergebnissicherung zu gleichen Anteilen angestrebt werden.[223] Hierzu würde PostMail Marktanteilsverluste bei Eintreten von Wettbewerb akzeptieren, wobei das Ausmass der Akzeptanz segmentspezifisch in einem systematischen Prozess bestimmt würde. Insbesondere sollte im Fall von Marktanteilsverlusten bis zu 10% bei Eintreten von Wettbewerb lediglich mit gemässigten Preissenkungen reagiert werden. Zudem sollte das Preissystem der Geschäftskunden von den Privatkundenpreisen abgekoppelt werden, indem individuelle Preislisten je Geschäftskunde etabliert werden sollten. Langfristig erwartete die Post das Eintreten von Wettbewerbern in den Schweizer Markt für adressierte Briefsendungen. Dies sei in der Preisstruktur durch die Schaffung von Preissystemen zu berücksichtigen, die eine erhöhte Kundenbindung und Wettbewerbsfähigkeit aufweisen.

[205] Act. 432, S. 17, Ziff. 17.
[206] Act. 432, S. 17 f., Ziff. 17 und 18.
[207] Act. 27, S. 9, Ziff. 4a.
[208] Act. 432, S. 18, Ziff. 17.
[209] Act. 432, S. 19, Ziff. 19; […].
[210] Act. 432, S. 18, Ziff. 17.
[211] Act. 432, S. 18, Ziff. 17.
[212] Act. 704, Beilage 4.
[213] Act. 27, Beilage 5.
[214] Act. 432, S. 16, Ziff. 16c.
[215] Laut der Vorgabe (Act. 27, Beilage 5 war *die Erfüllung* der Qualitätskriterien Voraussetzung, nicht nur deren Berücksichtigung).
[216] Act. 432, S. 15 f., Ziff. 15b.
[217] Act. 432, S. 16 f., Ziff. 16c und Beilage 9.
[218] Act. 821 Rz 71.
[219] Act. 821 Rz 73.
[220] Act. 821 Rz 76.
[221] Vgl. Botschaft vom 20. Mai 2009 zum Postgesetz (PG), BBl 2009 5181 ff.
[222] Vgl. act. 432, Beilage 13a.
[223] Vgl. act. 432, Beilage 13a, S. 3 f.

115. Gemäss Meinung der Post bot das Preissystem 2009 zu wenige Möglichkeiten der Kundensteuerung und Differenzierung.[224] Den Akten sind folgende Ausführungen der Post zu entnehmen: Weder unterschiedliche Zahlungsbereitschaften und Wettbewerbssituationen noch kostenoptimales Kundenverhalten können adressiert werden. Mit dem neuen Preissystem sollte eine wettbewerbsfähige und flexible Preisgestaltung verfolgt werden, welche in der Lage sein sollte einen Beitrag zur Stabilisierung der heutigen Umsatz- und Ergebnissituation zu leisten.[225] Mit dem neuen Preissystem sei PostMail in der Lage, Kundenverhalten im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten individuell zu adressieren. Als zwingend sehe die Post eine Umsetzung in den Frankiersystemen an, die den jeweils individuellen Kundenpreis nicht nach aussen sichtbar werden lasse und trotzdem die Rabattierung und Revenue Protection zulasse. In der Umsetzung des Projekts sehe die Post die Chance einer generellen Strukturanpassung des Pricings gegenüber Geschäftskunden, bevor substantieller direkter Wettbewerb für adressierte Briefsendungen in der Schweiz vorliege.[226] Das Augenmerk könne zunächst einmal auf preisstrukturelle Veränderungen gelegt werden, bevor Wettbewerber vor allem über das Preisniveau einen Markteintritt anstreben würden. PostMail habe dann bereits die Möglichkeit einer gezielten Reaktion statt genereller Massnahmen, wie dies bspw. mit der Einführung eines Spezialrabatts für Versandhändler in der Vergangenheit der Fall gewesen sei.

116. In diesem Zusammenhang entwickelte die Schweizerische Post auch neue Preismodelle in verschiedenen Bereichen, u. a. das Preissystem CAPRI (Calculation des prix individuels) für adressierte inländische Briefsendungen. Dieses wurde auf den 1. April 2011 zur Ablösung des Preissystems 2009 eingeführt und am 1. Januar 2012 in Bezug auf den Parameter Retouren angepasst.[227]

A.4.2.2.1 Grundlagen und allgemeine Ausgestaltung von CAPRI

117. Das neue Preissystem CAPRI war auf alle Vertragskunden, welche einen unrabattierten Netto-Umsatz pro Jahr von mindestens 100‘000 Franken mit adressierten Sendungen (PostMail-Produkte) erzielen, anwendbar. Die Post gewährte wie in den vorher geltenden Preissystemen dabei keine Konzern- oder Holdingrabatte, wenn die Sendungen eines Konzerns ab verschiedenen Standorten erfolgten. Rabattberechtigt war immer nur ein einzelner Absender. Daher wurden Sendungen nur rabattiert, wenn der Absendervermerk bzw. die Ortsangabe auf dem Frankaturvermerk/Poststempel mit den Absenderangaben und Rechnungsreferenznummern im Aufgabenverzeichnis der Post (nachfolgend: AVZ) übereinstimmten.[228] Mit dem neuen Preissystem CAPRI fiel die Unterscheidung zwischen […] weg, da das neue Preissystem CAPRI gemäss Aussagen der Post den spezifischen Eigenschaften der Absenderkunden gleichermassen Rechnung trage und so den Faktor Kosten stringenter berücksichtige.[229]

118. Per 1. Januar 2015 wurden die Preislisten und die Parameter zur Preislisteneinteilung geändert, wobei die Struktur des Preissystems jedoch bestehen blieb.[230] Laut den eingereichten Schulungsunterlagen waren die Hauptzielsetzungen des Preissystems CAPRI die Sicherstellung der Gleichbehandlung, die Reduktion der Komplexität und die Stärkung der Akzeptanz, Nachvollziehbarkeit und Glaubwürdigkeit des Preissystems.[231] Die Umstellung erfolgte für die bisherigen Kunden schrittweise und wurde am 1. April 2016 abgeschlossen.[232] Das System blieb im Prinzip gleich, jedoch wurden Parameter der Rabattberechnung und die Vorgaben zur Anwendung des Preissystems angepasst.

A.4.2.2.2 Übersicht über das Rabattsystem CAPRI

119. Auch im Preissystem CAPRI wurden zur Bestimmung der rabattrelevanten Umsätze sämtliche Umsätze, also auch die Umsätze, die im Monopolbereich lagen (Umsätze mit Sendungen mit einem Gewicht von unter 50 Gramm), einbezogen.

120. Mit dem Preissystem CAPRI erfolgte eine weitgehende Umstellung des Preissystems, indem nicht mehr nur ein nach erzieltem Umsatz berechneter prozentualer Rabatt gewährt wurde. Das Preissystem CAPRI beinhaltete die drei wesentliche Komponenten (drei Säulen) Preisliste (Säule 1; nachfolgend: Rz 124 ff.), Zusatzrabatt (Säule 2; nachfolgend: Rz 139 ff.) und Vergütungen für Kundenleistungen (Säule 3; nachfolgend: Rz 152).

121. Die nachfolgende Grafik aus der Kundeninformation der Post zeigt das System grafisch auf:

[224] Vgl. act. 432, Beilage 13b, S. 3.
[225] Act. 432, Beilage 13b, S. 4.
[226] Act. 432, Beilage 13b, S. 5.
[227] Act. 432, S. 21, f. Ziff. 22; Die Anpassung betraf die Ersetzung des Parameters Nutzung von Adresspflegeprodukten durch den Parameter Retouren.
[228] Act. 432, Beilage 13s, Folie 11; Act. 10, Präsentation, Folie 8; Act. 629, S. 2.
[229] Act. 27, S. 9, Ziff. 4a.
[230] Act. 704, S. 9.
[231] Act. 704, Beilage 6, S. 8.
[232] Act. 704, S. 9.

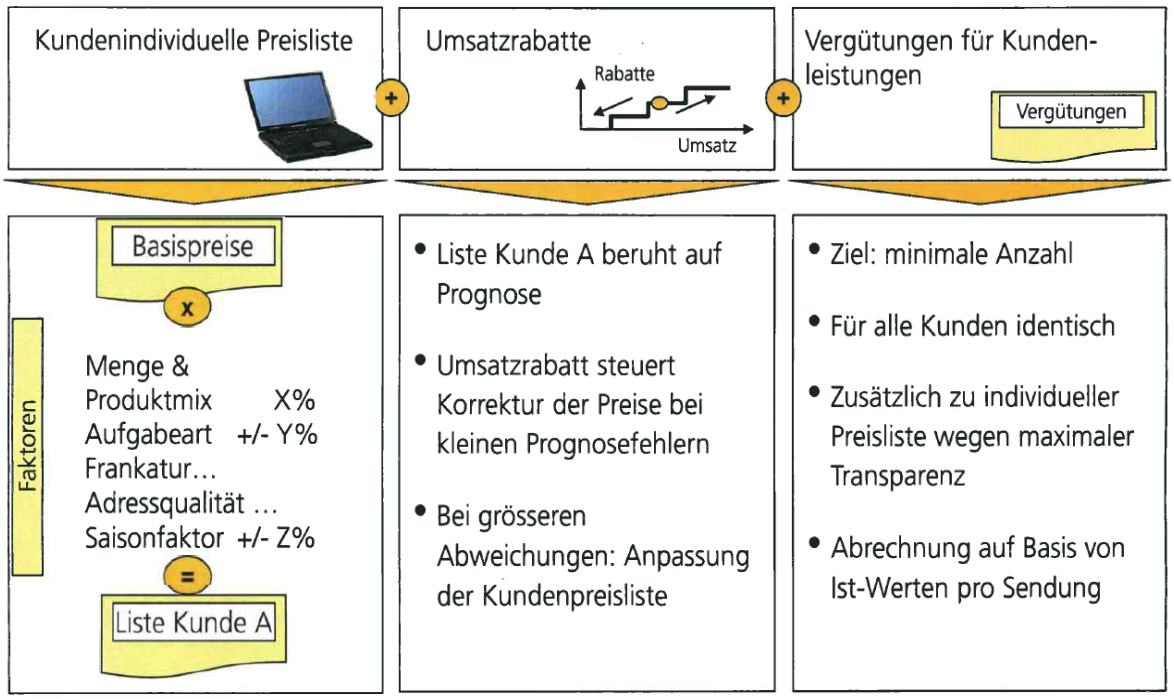


Abbildung 2: Die drei Säulen gemäss Kundeninformation der Schweizerischen Post vom Dezember 2010[233]

122. Wie im Preissystem 2009 erhielten die Vertragskunden einen Standardvertrag, in welchem die grundsätzlichen Rahmenbedingungen geregelt wurden, der mit den sogenannten «Konditionen für adressierte Briefe Inland» ergänzt wurde.[234] In letzteren waren die kundenindividuellen Parameterausprägungen für die Preislisteneinteilung aufgeführt (mit Ausnahme des Jahresumsatzes zu Listenpreisen) sowie die Zusatzrabattstaffel. Dazu kam die darauf basierende und vereinbarte Preisliste mit den individuellen Preisen für alle rabattierten Produkte (auch «Preisblatt» genannt). Konditionenblatt und individuelle Preisliste bildeten zusammen mit den AGB den Vertrag.[235]

123. Nachfolgend werden zum besseren Verständnis des Preissystems die einzelnen Säulen gemäss Vorgabe des Preissystems beschrieben.

A.4.2.2.3 Säule 1: Preisliste

124. Für die Bestimmung des Grundrabatts über die Preisliste teilte die Post ihre Kunden in vier Kundensegmente ein, welche gemäss Angaben der Post auf die typischen Bedürfnisse der jeweiligen Kundengruppe zugeschnitten waren und in welchen die von der Kundengruppe schwerpunktmässig genutzten Produkte überproportional, die wenig genutzten Produkte hingegen unterproportional rabattiert waren.[236] Somit war der Rabatt grundsätzlich für jedes vom Vertragskunden genutzte Produkt unterschiedlich.

125. Die Segmente wurden laut Post nach folgenden Regeln zugeordnet[237]: […]

a. **Segment Infopost (Segment 4)**: Diesem Segment wurden Kunden zugeordnet, die einen Direct Marketing Charakter aufwiesen, d. h. Kunden, die vorrangig Werbeinhalte versendeten.[238] Die Sendungen waren gemäss Angaben der Post meist nicht sehr zeitkritisch, weshalb sich die Nachfrage stark auf günstigere B-Post-Massensendungen konzentrierte.

b. **Segment Business Post (Segment 3)**: Diesem Segment wurden Kunden zugeordnet, die mehr als […] Sendungen/Quartal auflieferten.

c. **Segment Tagespost (Segment 2)**: Diesem Segment wurden Kunden zugeordnet, bei denen der Anteil A-Post mehr als […] % betrug.

d. **Segment Standard (Segment 1)**: Diesem Segment wurden alle übrigen Kunden und in der Regel auch Neukunden zugeteilt.

126. Zu jedem dieser Segmente bestanden nach Umsatz gestaffelt 15 verschiedene Preislisten, in welchen die einzelnen Produkte der Post im Bereich Briefsendungen bis 2 kg vergünstigt angeboten wurden, wobei in der höchsten Preisliste (Preisliste 15) die höchsten Rabatte gewährt wurden. In der Nomenklatur der Post hatten die Preislisten eine dreistellige Nummer, wobei die erste Ziffer das Segment (1–4)[239] und die zwei hinteren Ziffer die Nummer der Preisliste (1–15) bestimmten. So steht beispielsweise die Nummer 409 für die 9. Preisliste im Segment Infopost.

[233] Act. 10, Beilage 2, Folie 9.
[234] Act. 27, Beilage 10.
[235] Act. 432, Beilage 13n, Folie 26.
[236] Act. 27, S. 17. Ziff. 14a; Act. 95, S. 11.
[237] Act. 433, Beilage 13q, S. 16.
[238] Act. 432, S. 23, Ziff. 23.
[239] 1: Standard; 2: Tagespost; 3: Businesspost; 4: Infopost; dazu gabe es noch zwei Photopost-Listen mit der Nummer 5; Act. 601, Beilage 14_2.

127. Die Einstufung in die einzelnen Preislisten des jeweiligen Segments erfolgte anhand der sechs Kriterien: Jahresumsatzprognose, Jahresprofil, Monatsprofil, Verwendung des Online Aufgabeverzeichnisses (AVZ-Online), Frankaturart und Adressdatenpflege bzw. Retouren. Ausgangspunkt für die Einstufung in eine Preisliste war der vom jeweiligen Kunden geplante Jahresumsatz, den er mit der Post in dem Jahr, in dem die Preisliste galt, schätzungsweise erzielen würde. Diese Einstufung wurde in der Folge aufgrund der weiteren fünf Kriterien dann nach oben oder unten korrigiert.

128. Zur grundsätzlichen Einstufung in eine Preisliste innerhalb des dem Vertragskunden zugeordneten Segments wurden die für das laufende Jahr prognostizierten Umsätze herangezogen und anhand einer Staffel einer Preisliste zugeordnet. Die Berechnung der Umsätze erfolgt auf der Basis der unrabattierten Preise ohne Mehrwertsteuer (Preisliste 0) für die prognostizierte Menge.[240] Die Jahresumsatzprognose wurde laut Angaben der Post vom Vertragskunden zusammen mit einem Kundenberater oder einer Kundenberaterin der Post vorgenommen. Sofern keine Gründe für eine Anpassung vorlagen, wurde häufig der Vorjahreswert übernommen.[241] Je höher der prognostizierte Umsatz, desto höher war die Preislisteneinteilung und desto tiefer waren die produktspezifischen Nettopreise bzw. umso vorteilhafter war die offerierte Preisliste.

129. Die Einteilung aufgrund der Jahresumsatzprognose erfolgte nach der Staffel in Tabelle 3:

Preisliste	Umsatz
1	100 000
2	150 000
3	250 000
4	500 000
5	750 000
6	1 000 000
7	1 500 000
8	2 000 000
9	3 000 000
10	5 000 000
11	10 000 000
12	20 000 000
13	30 000 000
14	40 000 000
15	> 75 000 000

Tabelle 3: Einteilung in die Preisliste nach Jahresumsatzprognose[242]

130. Diese Einordnung wurde anhand der nachfolgenden Kriterien angepasst:

a. **Jahresprofil**: Anhand der Anzahl Sendungen pro Monat wurde über das Jahr hinweg ermittelt, wie sich das Versandvolumen des Kunden auf das Jahr verteilte bzw. wie stark das monatliche Versandvolumen des Kunden schwankte.[243] Je nach Ausmass der Schwankungen im Jahresverlauf konnte der Kunde um bis zu drei Preislisten schlechter oder um bis zu zwei Preislisten besser eingestuft werden.[244]

b. **Monatsprofil**: Erfolgte der Grossteil (mehr als 50%) des Versandvolumens des Kunden rund um die Monatswechsel (1. bis 3. eines Monats und 25. bis Monatsende eines Monats), so wurde der Kunde um eine Preisliste schlechter gestellt.[245]

c. **Verwendung der Online Aufgabeverzeichnisses (AVZ Online)**: War der Anteil von nicht über AVZ Online eingereichten Aufgabeverzeichnissen[246] im Verhältnis zu allen Aufgabeverzeichnissen eines Kunden grösser als 20 %, so erfolgte eine Korrektur um 0.7 Preislisten nach unten.[247]

d. **Frankaturen**: War der Anteil mit Briefmarken frankierter Sendungen grösser als 20 %, erfolgte eine Korrektur um 0.7 Preislisten nach unten.[248]

e. **Adressqualität/Retouren**: Hinsichtlich Retouren als rabattrelevantes Kriterium waren zwei Zeiträume zu unterscheiden, in denen unterschiedliche Parameter zur Anwendung kamen:

[240] Act 10, Beilage 3, S. 4; Act. 432, Beilage 13n, Folie 17.
[241] Act. 10, Beilage 3, S. 4; Act. 27, S 15.
[242] Act. 10, Beilage 3, S. 3.
[243] Die Post ist im Hinblick auf eine gleichmässige Auslastung an einer möglichst geglätteten Sendungsmenge der Kunden im Jahresverlauf interessiert (Act. 432, Beilage 13n, Folie 18).
[244] Act. 10, Beilage 3, S. 4 f.; Act. 432, Beilage 13n, Folie 18.
[245] Act. 10; Beilage 3, S. 5; Der Parameter Monatsprofil kommt nur zur Anwendung, wenn die Sendungen postkonform aufgeliefert werden und wenn der Anteil PP-Sendungen mindestens 30 % beträgt (Act. 432, Beilage 13m Folie 4 f.). Dabei werden Kunden, welche nicht postkonform aufliefern, um eine Preisliste schlechter gestellt.
[246] Etwa über Excel-Offline-Formulare, Papierformulare und kundenindividuelle Varianten (Act. 27, S. 22, Ziff. 21 iv).
[247] Act. 10, Beilage 3, S. 5; Wenn ein Kunde 100 % Frankieren Post, IFS oder GAS hat, ist seine Ausprägung beim Parameter AVZ Online 0 %, wodurch er eigentlich schlechter gestellt würde (-0.7). In einem solchen Fall erfolgt jedoch keine Korrektur (Act. 432, Beilage 13m, Folie 7; Act. 432, Beilage 13k, Folie 16).
[248] Act. 10, Beilage 3, S. 6.

i. Vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2011[249]: Wenn ein Vertragskunde keine MAT(CH)-Produkte oder gleichwertige Adresspflegeprodukte anderer Anbieter verwendete, erfolgte eine Korrektur um 0.7 Preislisten nach unten.[250]

ii. Zeitraum ab 1. Januar 2012[251]: Der Parameter Adressdatenpflege wurde auf dieses Datum hin durch den Parameter Anteil Retouren ersetzt.[252] Je nach Anteil der unzustellbaren B-Post-Sendungen erfolgte eine Korrektur der Preisliste zwischen 0.7 und 3 Preislisten nach unten.[253]

131. Die Anwendung der drei Kriterien AVZ Online, Frankaturen und Adressqualität, welche je eine Korrektur von -0.7 Preislisten zur Folge hatten, ist wie folgt zu verstehen: Der Wert von -0.7 Preislisten wurde der Rundung wegen verwendet. D. h. wenn ein Kunde bei einem (-0.7 PL) oder zwei Kriterien (2*-0.7=-1.4) die Schwellen nicht erreichte, wurde er um eine Preisliste schlechter gestellt, erreichte er bei 3 Kriterien (3*-0.7=-2.1) die notwendigen Werte nicht, erfolgte eine Korrektur um zwei Preislisten.[254]

132. Basierend auf diesen Parametern sollte jeder Kunde die für ihn geltende «individuelle» Preisliste erhalten. Für die Verhandlung und vertragliche Festlegung der «individuellen» Preisliste berechnete ein Informatiksystem für den Kundenberater oder die Kundenberaterin unter Berücksichtigung der Parameter die anwendbare Preisliste.

133. Im Rahmen der Einführung und Anwendung des neuen Preissystems CAPRI galten für den Kundenberater oder die Kundenberaterin zwei weitere Vorgaben:

a. Gleitpfad (Rz 221 ff.): Dieser galt gemäss Angaben der Post offiziell ab Einführung des Preissystems CAPRI bis August 2015. Der Gleitpfad sollte die Vertragskunden ausgehend vom Rabattniveau des Preissystems 2009 schrittweise an den Rabatt gemäss Preissystem CAPRI heranführen. Dazu berechnete das Informatiksystem für die Kundenberater einen Preislistenvorschlag, der von der aufgrund der oben genannten Parameter berechneten Preisliste abweichen konnte. Die Kundenberater waren gemäss internen Anweisungen der Post befugt, vom Gleitpfad abzuweichen, was sie auch teilweise taten.

b. Strukturkontrolle (Rz 241): Im Rahmen der Funktion Strukturkontrolle überprüfte das System monatlich die Versanddaten der Kunden. Falls die Versanddaten mehrmals von den vereinbarten Werten (Umsatz oder Qualitätsparameter) derart abwichen, dass eine andere Preisliste als die vereinbarte resultiert hätte, wurde der Kundenberater oder die Kundenberaterin grundsätzlich automatisch informiert, um gegebenenfalls eine neue Preisliste mit dem Kunden zu vereinbaren.

134. Per 1. Januar 2015 wurde das Preissystem angepasst. Das «neue» Preissystem CAPRI ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Zum Vergleich mit der untersuchten Ausgestaltung des Preissystems CAPRI werden die Änderungen nachfolgend dennoch aufgeführt.

135. Die Anzahl der Preislisten je Segment wurde von 15 auf 30 Preislisten erhöht.[255] Das maximale Rabattniveau wurde laut Post nicht erhöht, sondern die geänderten Umsatzstufen führten neu zu kleineren Rabattsprüngen.[256]

[…]

Tabelle 4: Vergleich der Preislisten des veränderten Preissystems CAPRI (2015) mit der Vorgängerversion (2011).

136. Mit der Erweiterung auf 30 Preislisten passte die Post auch die übrigen Parameter des Preissystems an, was Änderungen bei der Preislisteneinteilung bewirkte.[257] […].

137. […]

[…]

Abbildung 3: Beispiel einer kundenindividuellen Preisliste ([…]) im Preissystem CAPRI

138. Gemäss Angaben der Post lassen sich die Gesamtumsatzrabatte für die einzelnen Preislisten in den Segmenten allerdings näherungsweise berechnen.[258] Dies sind jedoch nur Richtwerte, der Rabatt einer Liste unterscheide sich in der Summe je nach Produktnutzung des Kunden. Für die Berechnung der angegebenen Werte sei das durchschnittliche Profil der Kunden je Segment verwendet worden.

[249] Die Ablösung des Parameters erfolgte nicht auf ein einheitliches Datum. Ziel war, dass alle Kunden mit Anpassungsbedarf gemäss Strukturkontrolle bis Ende des Jahres 2012 über neue Verträge mit Retourenparameter verfügen (Act. 433, Beilage 13p, Folien 9 und 25).
[250] Act. 10, Beilage 3, S. 6; Zur Anwendung der Preislistenkorrektur von -0.7 siehe Rz 131.
[251] Die Einführung erfolgte nicht auf ein einheitliches Datum. Ziel war, dass alle Kunden mit Anpassungsbedarf gemäss Strukturkontrolle bis Ende des Jahres 2012 über neue Verträge verfügen (Act. 433, Beilage 13p, Folien 9 und 25).
[252] Act. 432, S. 21.
[253] Da A-Post-Retouren dem Absender direkt zurückgesandt werden und die Post daher derzeit nur in der Lage ist, B-Post-Retouren zu erfassen, wurde der Parameter zudem in Abhängigkeit des Anteils B-Post am gesamten Briefvolumen festgelegt, um Kunden mit einem hohen A-Post-Anteil nicht zu benachteiligen.
[254] Act. 432, S. 26, Ziff. 27.
[255] Act. 704, S. 9.
[256] Act. 704, S. 9 sowie Beilage 6, S. 14 und 19.
[257] Act. 704, S. 9 sowie Beilage 6, S. 15.
[258] Act. 95, S. 11 f. Frage 9a.

Listennummer	Standard	Tagespost	Businesspost	Infopost
1	0.5%	1.4%	1.4%	1.4%
2	1.0%	2.0%	2.2%	2.3%
3	1.6%	2.9%	2.7%	2.7%
4	2.5%	3.4%	3.6%	3.6%
5	3.0%	4.0%	3.9%	4.2%
6	3.4%	4.5%	4.6%	4.5%
7	4.2%	5.4%	5.2%	5.3%
8	5.1%	6.0%	6.0%	6.2%
9	6.0%	7.0%	7.0%	7.2%
10	7.1%	8.0%	8.0%	8.1%
11	7.7%	9.0%	8.6%	8.5%
12	8.4%	9.6%	9.4%	9.3%
13	9.0%	10.1%	9.7%	10.0%
14	9.4%	10.5%	10.4%	10.3%
15	9.8%	10.7%	10.8%	10.3%

Abbildung 4: Durchschnittliche Rabatte pro Preisliste in den verschiedenen Kundensegmenten.[259]

A.4.2.2.4 Säule 2: Umsatzbasierter Zusatzrabatt

139. Der Zusatzrabatt wurde in den internen Unterlagen der Post teilweise auch Umsatzrabatt genannt. Nachfolgend wird der Begriff Zusatzrabatt verwendet, um Verwechslungen mit dem Element der umsatzbasierten Preislisteneinteilung (vgl. Rz 128 f.) zu vermeiden. Beide Elemente zusammen bildeten gemäss Aussage der Post den gesamten Rabatt aufgrund des Parameters Umsatz ab.[260]

140. Als Begründung für die Einführung eines Zusatzrabatts gibt die Post an, dass Preise, die vor der eigentlichen Versandperiode vereinbart wurden, dem Kunden einen geringen Anreiz bieten, das prognostizierte Volumen, das zur Preiskalkulation herangezogen wurde, tatsächlich zu erbringen.[261] Würden im Vergleich zur Prognose Mengen fehlen, würden auch die Skalenvorteile, die die Post zur Berechnungsgrundlage von Preisen heranzieht, fehlen. Das Einhalten der Prognose wird gemäss internen Unterlagen der Post daher mit einem zusätzlichen Rabatt belohnt.[262]

141. Die Höhe des monatlichen Zusatzrabatts zwischen 0 und 3 % resultierte aus einem Vergleich des Umsatzvolumens der tatsächlich aufgegebenen Sendungen mit dem monatlichen Anteil der Jahresumsatzprognose (vgl. Rz 128 f.). Die für den Zusatzrabatt relevante Jahresprognose basiert auf rabattierten Preisen der individuellen Preisliste, welche gemäss Säule 1 für einen Kunden zur Anwendung kommt.[263] Der Zusatzrabatt wurde auf dem tatsächlich zu individuellen Preisen generierten Umsatz in dem jeweiligen Monat berechnet. Der monatliche Zusatzrabatt war laut Post so konzipiert, dass bei einigermassen akkurater Jahresprognose über ein Jahr hinweg insgesamt ein Zusatzrabatt von 2 % resultieren sollte. Aus diesem Grund gab es bereits ab Erreichen eines monatlichen Umsatzes von 75 % des monatlichen Anteils der Jahresumsatzprognose einen Rabatt.

142. Die nachfolgende Tabelle 5 zeigt die Zusatzrabattstaffel:

[259] Act. 95, S. 11 f. Frage 9a.
[260] Act. 27, S. 21, Ziff. 21; Act. 432, S. 20 IV.
[261] Act. 432, Beilage 13d, S. 5.
[262] Act. 432, Beilage 13f, S. 3.
[263] Vgl. z. B. Act. 432, Beilage 13n, Folie 21 f.

Monatliche prozentuale Abweichung vom monatlichen Anteil der Jahresumsatzprognose[264]	Zusatzrabatt
< - 25 %	0.0 %
≥ -25 %	1.0 %
≥ -15 %	1.5 %
≥ -5 %	2.0 %
≥ + 5 %	2.5 %
≥ + 15 %	3.0 %

Tabelle 5: Systematik und Rabattschritte des Zusatzrabatts[265]

143. Laut Angaben der Post wurde allerdings bei mehrmaliger grösserer Umsatzabweichung die Preislisteneinteilung angepasst (vgl. Kapitel A.4.3.3.2 zur Strukturkontrolle).[266]

144. Bemerkenswert ist, dass der Umsatzrabatt basierend auf dem Vergleich des tatsächlich erreichten monatlichen Umsatzes *mit dem monatlichen Anteil der Jahresumsatzprognose* berechnet wurde und nicht aufgrund eines Vergleichs mit dem Umsatz, welcher die jeweilige Grenzen der Preislisten definierte. So konnte ein Kunde der Preisliste 4 (Umsatzspanne zwischen 250‘000 und 500‘000 Fr.) mit einer Jahresumsatzprognose von 250‘000 Franken und bei einem auf monatlicher Basis berechneten Umsatz in Höhe von 24‘000 Franken oder mehr (+15 % Prognoseabweichung) einen Zusatzrabatt von 3 % erhalten, während ein Kunde derselben Preisliste mit einer Jahresumsatzprognose von 500‘000 Franken bei einem Umsatz von unter 31‘250.- Franken (< -25 % Prognoseabweichung) einen Zusatzrabatt von 0 % erhielt, obwohl beide in derselben Preisliste angesiedelt waren.

145. Auf die Frage, weshalb das Preissystem CAPRI als Prognosesystem ausgestaltet wurde und weshalb ein Zusatzrabatt eingeführt wurde, machte die Post die nachstehenden Angaben:

146. Die Post war gemäss eigenen Angaben auf Wunsch ihrer Vertragskunden bestrebt, ein Preissystem anzubieten, mit welchem die Kunden die Preise für die Dienstleistungen der Post bereits im Voraus berechnen können.[267] Da keine ex-post sondern eine ex-ante Rabattierung angewendet werden soll, müsse eine solche zwangsläufig auf Einschätzungen über den zu erwartenden Geschäftsverlauf basieren.

147. Laut Angaben der Post diente der Zusatzrabatt dazu, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz[268], welcher der Preisliste zugrunde liegt, und dem tatsächlich realisierten Umsatz, zeitnah auszugleichen.[269] So hätten monatliche Anpassungen der Preisliste verhindert werden können.[270] Ausserdem habe so auch eine marktverschliessende Wirkung des Systems verhindert werden können, da Kunden am Ende einer Bemessungsperiode keinen Anreiz gehabt hätten, eine bestimmte Schwelle erreichen zu müssen, um in den Genuss des Zusatzrabatts zu kommen.[271] Jedoch sollte der vorgängig festgelegte Kundenpreis damit möglichst demjenigen entsprechen, der durch das später folgende, tatsächliche Sendungsverhalten des Kunden gerechtfertigt gewesen sei.[272] Der Zusatzrabatt konnte laut Post nur massvolle Abweichungen abbilden, bei grösseren Abweichungen sei hingegen der Vertrag – d. h. die Preisliste – angepasst worden.[273]

148. Damit sei bezweckt worden, dass alle Vertragskunden unabhängig von der zu Beginn des Vertragsverhältnisses ausgehandelten individuellen Preisliste, welche wie erwähnt vorwiegend auf einer Jahresumsatzprognose beruhte, hinsichtlich des Rabatts gleichgestellt seien.[274] Der Kunde habe gemäss Post somit weder einen Vorteil gehabt, wenn er den prognostizierten Jahresumsatz erreichte, noch einen Nachteil, wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte. Verbleibende Unterschiede beim Rabatt zwischen zwei Kunden mit gleichen Volumina hätten gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abgebildet.[275]

[264] Die Tabelle entspricht der Darstellung der Post. Die Ungleichheitszeichen sind so zu verstehen: <-25 % bedeutet, dass der erzielte Umsatz um mehr als 25 % tiefer liegt als der Durchschnittswert; ≥5 % bedeutet, dass der Umsatz um mindestens 5 % höher ist als der Durchschnittswert (aber weniger als 15 %).
[265] Act. 10, Beilage 2, Folie 12.
[266] Act. 95, S. 10, Ziff. 6; Eine Anpassung findet jedoch nicht in jedem Fall automatisch statt.
[267] Act. 27, S. 13, Ziff. 11b und S. 14, Ziff. 11d; Act. 95, S. 14, Ziff. 12.
[268] Beim Zusatzrabatt werde nur der Umsatz berücksichtigt, da eine Berücksichtigung aller Kriterien auf monatlicher Basis nicht oder nur mit unvertretbar hoher Komplexität und Kostenfolgen für die Post zu realisieren wäre und für die übrigen Parameter auch keine monatliche Änderung zu erwarten wäre (Act. 27, S. 14, Ziff. 11d).
[269] Act. 10, S. 2 sowie Beilage 3, S. 6; Act. 27, S. 13, Ziff. 11b; Act. 432, S. 20 IV.
[270] Act. 432, S. 20 IV.
[271] Act. 27, S. 14, Ziff. 11d.
[272] Act. 27, S. 14, Ziff. 11d.
[273] Act. 27, S. 16, Ziff. 13 a und b; Act. 432, Beilage 13 f, S. 3.
[274] Act. 10, S. 2; Act. 95, S. 14, Ziff. 12; Act. 432, S. 20 IV.
[275] Act. 95, S. 14, Ziff. 12.

149. Der Zusatzrabatt diente laut Post ausserdem dazu, den Kunden über Preismassnahmen in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit einzubinden. Dies v. a. im Hinblick auf unvorhersehbare Mengenrückgänge. Diesbezüglich führte die Post aus, dass das adressierte Briefvolumen in der Schweiz in den letzten 10 Jahren im Durchschnitt um jährlich ca. 1.5 % gesunken sei. Im Oktober 2011 rechnete sie für die nächsten Jahre mit einem Mengen- und Umsatzrückgang von 2–3 % pro Jahr.[276] […].

150. Laut Aussage der Post wurde der Zusatzrabatt monatlich erhoben, da dies der Rechnungslegung und auch den Kündigungsfristen entspreche.[277]

151. Der Zusatzrabatt war laut Angaben der Post so eingestellt, dass er bei durchschnittlich akzeptabler Prognosegenauigkeit ca. 2 % betrug.[278] Zwar habe es auch bei exakter Umsatzprognose aufgrund unterschiedlicher Schwankungen der monatlichen Mengen im Jahresverlauf zu unterschiedlichen Rabatten kommen können. Dies sei gemäss Angaben der Post jedoch durch den Parameter Jahresprofil grundsätzlich ausgeglichen worden.

A.4.2.2.5 Säule 3: Vergütungen für Kundenleistungen

152. Wenn Kunden spezielle Vorleistungen (Zentrumseinlieferung, Sortierung etc.) erbringen oder einen bestimmten Zusatzaufwand (Späteinlieferung, Spezialsendungen etc.) verursachen, wird dies vergütet bzw. in Rechnung gestellt.[279] Diese Vergütungen bzw. Zuschläge sind publiziert[280], gelten für alle Kunden (d. h. nicht nur für Vertragskunden) und werden inkl. Mehrwertsteuer ausgewiesen.[281]

A.4.2.2.6 Anmerkungen der Post zur Ausgestaltung des Preissystems

153. Die Post führt aus, dass sie CAPRI mit dem Ziel eingeführt habe, um über ein kosten- und aufwandgerechtes System mit klar definierten, messbaren Kriterien zu verfügen.[282] Hierbei sollten die Kundenbedürfnisse sowie die regulatorischen Rahmenbedingungen abgedeckt und dem Druck der E-Substitution begegnet werden.[283] Die Post führt zudem aus, dass sie verschiedene andere Modelle geprüft, diese aber aufgrund verschiedener Gründe wieder verworfen hätte.[284] Gemäss Aussagen der Post enthalte das Preissystem CAPRI keine Treue- und keine Zielrabatte.[285] «Die Post wollte mit dem Preissystem CAPRI vielmehr regulatorisch, kartellrechtlich und auch hinsichtlich des Preisüberwachers nur eines: alles richtig machen!».[286]

154. Dass die Post weitreichende strategische Überlegungen zum neuen Preissystem angestellt hat und davon ausgegangen werden muss, dass sie sich bewusst für diese Ausgestaltung entschieden hat, geht bereits aus den Dokumenten zur Einführung von CAPRI hervor.[287] Aufgrund der strategischen Ausrichtung des Preissystems, welches gleichermassen den Erhalt von Marktanteilen und die Ergebnissicherung erreichen soll, müssen die von der Post gemachten Aussagen kritisch hinterfragt werden (vgl. nachfolgend Rz 331, 338, 348, 1041, 1061, 1125). Hinsichtlich der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI merkt die Post zusätzlich an, dass den Kunden diverse Möglichkeiten zur Verfügung stünden, die zur Anwendung kommenden Preise nachzuvollziehen.[288] Dies seien die individuellen Preise sowie die Staffelung des Zusatzrabatts auf dem Konditionen- und dem dazugehörigen Preisblatt, die auf den Rechnungen nochmals ausgewiesenen individuellen Preise, die Möglichkeiten, den Kundenberater für Planrechnungen und Fragen jederzeit kontaktieren zu können, sowie die informativen Kundenpräsentationen.[289] Auch weist die Post darauf hin, dass die Verträge unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende jeden Monats gekündigt werden könnten.[290] Die Post betont zudem, dass zwischen den Kundenberatern und vielen Kunden ein guter Kontakt bestanden hätte und dass sich aufgrund eines Lernprozesses beim Kunden die Transparenz bezüglich der verschiedenen Parameter mit dem Zeitablauf zugenommen habe.[291] Die Post führte weiter aus, dass kurze, kundenindividuelle Preislisten der beste Weg seien, dem Kunden zu erklären, welche Preise für welches Produkt gelten würden.[292]

155. Wie die Post ausführt, scheinen umfangreiche Anstrengungen unternommen worden zu sein, um jedem einzelnen Kunden seine individuellen Preise und Zusatzrabatte zu erläutern. Hingegen wurden hinsichtlich der Möglichkeit eines Preisvergleichs der Kunden untereinander oder der Einschätzung, wo im Preissystem ein Kunde eingeordnet wurde, keinerlei Möglichkeiten bereitgestellt. Demnach war es dem Kunden trotz Kenntnis seiner individuellen Preise und Zusatzrabatte nicht möglich abzuschätzen, wo im Preissystem er im Vergleich zu seinen Wettbewerbern eingestuft wurde.

A.4.3 Ausgestaltung und Anwendung der Preissysteme im Hinblick auf eine einheitliche Gewährung von Rabatten

156. Im Hinblick auf die Untersuchung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Preissysteme 2009 und CAPRI wurde bereits in der Vorabklärung zusätzlich festgestellt, dass das Rabattsystem nicht einheitlich angewendet wurde. Aus diesem Grund wurden die Preissysteme 2009 und CAPRI wie nachfolgend dargestellt näher untersucht. Hierbei wurden die früheren Preissysteme (Preissystem 2000 und Preissystem 2006) nur insoweit betrachtet, als sich hieraus Aufschlüsse über die Anwendung und Ausgestaltung der Preissysteme 2009 und CAPRI ergeben. Die früheren Preissysteme bilden nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

[276] Act. 95, S. 14, Ziff. 12.
[277] Act. 27, S. 14, Ziff. 11e.
[278] Act. 27, S. 14, f. Ziff. 11f.
[279] Act. 10, Beilage 2, Folie 14 sowie Beilage 3, S. 7.
[280] Broschüre «Optimieren Sie Ihre Versandkosten».
[281] Act. 432, Beilage 13n, S. 22 f.
[282] Act. 821 Rz 77.
[283] Act. 821 Rz 78 ff.
[284] Act. 821 Rz 83 ff.
[285] Act. 821 Rz 93.
[286] Act. 821 Rz 94.
[287] Vgl. Act. 432 Beilagen 13.
[288] Act. 821 Rz 95.
[289] Act. 821 Rz 96.
[290] Act. 821 Rz 97.
[291] Act. 821 Rz 98 ff.
[292] Act. 821 Rz 103.

A.4.3.1 Rabattabweichungen in früheren Preissystemen

157. Über die Anwendung des Preissystems 2000 und Preissystems 2006 sind keine vollständigen Informationen/Daten vorhanden. Das Preissystem 2009 […].

158. […][293]. Wie nachfolgend für das Preissystem 2009 aufgezeigt wird (vgl. hinten, Rz 173 ff.), bestanden zudem schon dort Abweichungen in der Rabattgewährung von den internen Vorgaben der Post (vgl. auch Rz 173 ff. und 184 ff.).

A.4.3.2 Anwendung des Preissystems 2009

159. Das Preissystems 2009 und insbesondere die Rabattliste waren wie schon die früheren Preissysteme ab dem Jahr 2000[294] den Vertragskunden gemäss Praxis der Post nicht bekannt. Das Blatt mit der Rabattanwendung (d. h. den Rabattstufen) war denn auch als «Streng vertraulich. Weitergabe nur intern und nur in Papierform!» gekennzeichnet.

160. Im Rahmen der Vorabklärung fand das Sekretariat Anhaltspunkte, dass das Preissystem der Post nicht einheitlich angewendet wurde und verschiedene rabattberechtigte Vertragskunden zum Teil Rabatte erhielten, die nicht den internen Rabattlisten der Post entsprachen.

161. Im Zusammenhang mit der Rabattierung ist auch das Vorgehen zur Vertragserneuerung und –anpassung von Relevanz. Laut Post und der «Checkliste Vertragskunden» waren die Kundenberater angehalten, alle Verträge regelmässig (mindestens halbjährlich) zu überprüfen.[295] Eine fest definierte Zeitperiode gab es nicht. Häufig wurden die Verträge im Rahmen von sonstigen Preismassnahmen angepasst, d. h. wenn es zu Änderungen im Listenpreis kam. Die erwähnten Beispiele zeigen zudem, dass die Verträge meistens für ein Jahr zu Jahresbeginn abgeschlossen wurden, da dies laut Post der regulären Budget-Periode der Kunden entsprach.[296] Aus den nachstehenden Auswertungen ergibt sich jedoch, dass oftmals ältere Verträge im Zeitverlauf nie angepasst wurden, obwohl sie dem Rabattschema nicht mehr entsprachen oder gar noch stärker vom Soll abwichen.

A.4.3.2.1 In der Vorabklärung eingereichte Verträge

162. In der Vorabklärung reichten 18 Vertragskunden Verträge zum Preissystem 2009 ein. Acht Verträge entsprachen den Regeln der «Rabattanwendung PostMail ab 01.07.2009[297]», […]. Nachfolgend werden die zehn Verträge aufgeführt, für welche Abweichungen festgestellt wurden.

Vertragskunden	Bereich[298]	[…]	Datum Vertrag[299]	Umsatz	Krit. 1[300]	Krit. 2[301]	Krit. 3[302]	Vertrags-Rabatt	Listen-Rabatt[303]
[1]	SP		[…] 2006	[100'-150'000]	ja	ja	Nein	6.5	3
[2]	TP		[…] 2009	[200'-250'000]	ja	ja	nein	3	4
[3]	IP		[…] 2009	[250'-300'000]	ja	ja	nein	4	7.5
[4]	SP		[…] 2010	[500'-600'000]	ja	ja	ja	5	8
[5]	IP	Ja	[…] 2010	[600'-700'000]	ja	ja	nein	8.2	8.5
[6]	SP		[…] 2007	[700'-800'000]	ja	ja	nein	7.7	8
[7]	TP		[…] 2005	[5'-6'000'000]	ja	ja	nein	9.7	10
[8]	IP		[…] 2010	[5'-6'000'000]	?	?	nein	9	10
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 6: Übersicht über die Verträge im Rahmen der Vorabklärung, bei denen der vereinbarte Rabatt mit dem Rabatt gemäss Liste nicht übereinstimmte.

[293] Act. 432, Beilage 6.
[294] Act. 432, Beilage 4; Act. 432, Beilage 5, Ziff. 4.
[295] Act. 95, S. 6, Ziff. 4.a; Act. 432, Beilage 5, Ziff. 7.
[296] Act. 95, S. 6, Ziff. 4.a.
[297] Act. 27, Beilage 5.
[298] Segmentzuteilung im neuen Rabattsystem: Standardpost (SP), Businesspost (BP), Tagespost (TP) und Infopost (IP).
[299] Mit Vertrag ist hier das Konditionenblatt gemeint; der eigentliche Vertrag kann ein früheres Datum tragen.
[300] Maschinenfähigkeit der Sendungen (mind. 95 %).
[301] Adressqualität: mind. 95 % maschinell lesbar.
[302] Retouren (Einsatz von MAT(CH) Move).
[303] Gemäss «Rabattanwendung PostMail ab 01.07.2009», Schreiben der Schweizerischen Post vom 10. Mai 2011, Beilage 5.

163. Es zeigt sich, dass [1] einen deutlich höheren Umsatzrabatt erhielt, als es für die Rabattstufe gerechtfertigt gewesen wäre, wobei der Rabatt demjenigen entsprach, der im vorhergehenden Preissystem 2006 gerechtfertigt gewesen wäre. Der Umsatzrabatt von [2] lag 1 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts. Der Umsatzrabatt für [3] lag 3.5 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts. Derjenige von [4] lag 3 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um einen Durchschnittsrabatt handelte, betrug die Abweichung nach unten indes nur noch 0.2 %.[304] [5] hatte den Rabatt für […] erhalten, wobei der gewährte Rabatt 0.2 % über dem für diese Stufe geltenden Minimalrabatt lag, aber 0.3 % unterhalb des Richtwerts für […]. Der Rabatt der [6] lag 0.3 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts und 0.9 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Richtwerts. Der Rabatt der [7] lag 0.3 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts und derjenige von [8] lag 1 % unterhalb des für diese Rabattstufe geltenden Minimalrabatts und 1.2 % unterhalb des hierfür geltenden Richtwerts. […] Zwei weitere Vertragskunden[305] erhielten einen Rabatt, der innerhalb der Bandbreite lag, aber leicht (zwischen 0.1 und 0.25 %) vom anwendbaren Rabatt abwich. Für keine der zehn oben aufgeführten Vertragskunden bestanden laut der durch die Post eingereichten Kundendaten bestätigte Korrekturen aufgrund von Qualitätskriterien.[306]

164. Damit zeigte sich in der Vorabklärung, dass für die Hälfte der 18 Vertragskunden das Preissystem 2009 nicht einheitlich angewendet wurde. Sieben Verträge wichen zum Nachteil der Vertragskunden gegen unten ab, wobei bei fünf eine Rabattstufe gewährt wurde, die unterhalb des für diese Stufe geltenden Minimalrabatts lag. Bei neun Vertragskunden wurde dagegen das Preissystem korrekt angewendet.

165. Zu acht von den zehn[307] abweichenden Verträgen befragte das Sekretariat in der Untersuchung die Post[308]. In der nachstehenden Tabelle sind die Begründungen der Post für die Abweichungen angegeben, sowie die Überprüfung/Einschätzung dieser Begründungen durch das Sekretariat (vgl. dazu die interne Rabattvorgabe der Post, Rz 107/Tabelle 2):

Vertragskunden	**Begründung Post**[309]	**Einschätzung/Weitere Fakten**
[1]	Vertrag mit [1] lief bis Ende 2007. Der Vertragsrabatt war innerhalb der Bandbreite im damals gültigen Preissystem [2006].	Der Rabatt des eingereichten Vertrags entsprach tatsächlich dem Minimalrabatt der Bandbreite des Systems 2006. Der Folgerabatt ab 1. Januar 2008 bis 31. März 2011 betrug sogar 7 Prozent bei einem prognostizierten Umsatz von [200‘-250’000] Franken. Dies hätte im System 2006 dem oberen Ende der Bandbreite entsprochen. Im Preissystem 2009 wurde der Rabatt aber nicht angepasst, obwohl nach dieser Vorgabe der Rabatt für den Umsatz von [1] nur noch 3 % betragen hätte.[310]
[2]	War das Ergebnis konkreter Vertragsverhandlungen, weil der Umsatz von [2] ein Grenzfall war. Er fiel in die Bandbreite der niedrigeren Umsatzkategorie.	[200’-250‘000] Franken Umsatz war ein Grenzfall, jedoch nicht zur tieferen Rabattstufe mit 3 % (im Vergleich zum Rabatt von 4 % bei einem Umsatz von bis zu CHF 250‘000), sondern zur nächsthöheren Rabattstufe, denn ab einem Umsatz von *mehr als* 250‘000 betrug der Minimalrabatt gemäss Rabattvorgabe 7.5 %. Der durch [2] eingereichte Vertrag (gültig ab 1. Juli 2009) ist in der durch die Post eingereichten Übersicht über die abgeschlossenen Verträge (Rz 168 ff.) nicht aufgeführt, sondern nur ein Vertrag ab 1. Oktober 2009 mit gleicher Rabatthöhe.[311] Laut der Übersicht wurde der Vertrag erst auf den 1. Februar 2010 auf die der Bandbreite entsprechenden 4 % angepasst.

[304] Siehe Erklärung in Rz 165.
[305] Die Unternehmen werden nicht offengelegt, um die Anonymisierung nicht zu gefährden.
[306] Act. 432, Beilage 15.
[307] Ursprünglich waren es zehn, wobei wie nachfolgend gezeigt wird, eine Abweichung erklärt werden konnte.
[308] Act. 167; Um die Anonymisierung nicht zu gefährden, verzichtete das Sekretariat für zwei Verträge auf eine Nachfrage.
[309] Act. 432, S. 19 f., Ziff. 20.
[310] Act. 432, Beilage 15, Eintrag [1] (OPD-Nr. […]); Wie aus Act. 432, Beilage 16 hervorgeht, rechtfertigten die Umsätze von [1] auch später keinen höheren Rabatt.
[311] Act. 432, Beilage 15, Einträge [2] (OPD Nr. […]).

Vertragskunden	Begründung Post	Einschätzung/Weitere Fakten
[3]	Die Umstände sind nicht mehr rekonstruierbar.	
[4]	Für [4] wurde ein Durchschnittsrabatt gewährt.	Es ist korrekt, dass ein Durchschnittsrabatt zur Anwendung kam und der Rabatt daher tiefer ausfiel. Entsprechend der Aufstellung der Post hätte der Rabatt jedoch 5.2 % und nicht 5 % betragen müssen.[312]
[5]	Der Rabatt war innerhalb der vorgegebenen Bandbreite.	Der Rabatt war innerhalb der Bandbreite. Der Richtwert für […] (entsprechend der Regel) lag jedoch höher bei 8.5 %. Laut Daten der Post wurde bei [5] auch kein Abzug aufgrund der Retouren vorgenommen.[313]
[6]	Rabatt war das Ergebnis der individuellen Vertragsgespräche.	
[7]	Der Rabatt resultierte aus umsatzbedingten Anpassungen und fällt in die Bandbreie der nächstniedrigeren Kategorie.	Im Vertrag ist ein Umsatz von [5‘- 6’00‘000] Franken als «Geplanter Jahresumsatz» aufgeführt. Eine Vertragsanpassung wurde bis 31. März 2011 nie vorgenommen.[314] Sofern der Umsatz in die niedrigere Bandbreite fallen würde, müsste dort grundsätzlich das Minimum der Bandbreite zum Tragen kommen (nur 9 %), da etwa das Kriterium der Nutzung von Mat[CH]move bei [7] nicht erfüllt war. Eine Überprüfung der Umsätze für die Jahre 2009 und 2010 ergibt jedoch, dass [7] den im Konditionenblatt angegebenen Jahresumsatz jeweils übertraf, also ein tieferer Rabatt nicht durch den tatsächlichen Umsatz erklärt werden kann.[315]
[8]	Die Umstände sind nicht mehr rekonstruierbar.	

Tabelle 7: Übersicht über die Erklärung der Abweichungen durch die Post sowie die Würdigung dieser Erklärungen aufgrund der Fakten.

166. Damit lagen sechs ([1], [2][316], [3], [6], [7] und [8]) von den 18 im Rahmen der Vorabklärung geprüften Verträgen ausserhalb der laut Rabattvorgabe anwendbaren Bandbreiten. Der Vertrag von [5] entsprach zudem nicht […], und der Durchschnittsrabatt von [4] war ebenfalls 0.2 % tiefer als der gemäss interner Vorgabe resultierende Wert.

A.4.3.2.2 Abweichungen von den Bandbreiten

167. Wie aus Spalte 3 von Tabelle 2 hervorgeht, wurden für gewisse Umsatzbereiche Rabattbandbreiten festgelegt. Diese Bandbreiten umfassten Rabattdifferenzen zwischen 0.5 % bis zu 4 % je nach Umsatzbereich. Laut interner Vorgabe der Post mussten die Rabatte innerhalb der Bandbreite liegen. Zur genauen Rabattbestimmung innerhalb der Bandbreite gab es ebenfalls Vorgaben. Nachfolgend wird zunächst nur geprüft, ob die von der Post den Vertragskunden gewährten Rabatte *innerhalb der anwendbaren Bandbreiten* lagen.

[312] Die Berechnungsweise findet sich in Act. 432, Beilage 9; Berechnung: […] / […] = 5.2 %; Im Vertrag wurde zudem ein höherer geplanter Umsatz ([…]) angegeben.
[313] Act. 432, Beilage 15, Eintrag […] (OPD Nr. […]).
[314] Act. 432, Beilage 15, Eintrag [7] (OPD Nr. […]).
[315] Act. 432, Beilage 16; die Gesamtumsätze lagen mit [5’5-6'500’000] Fr. (2009) und [5’5-6’500’000] Fr. (2010) deutlich über dem prognostizierten Jahresumsatz [Berechnung: Addition der Monatsumsätze nach Rabatt für die Jahre 2009 und 2010, zuzüglich des abgezogenen Rabatts von 9.7 %].
[316] Korrekter Rabatt im darauf folgenden Vertrag ab 1.2.2010.

a) Auswertung Datensample der Post für ab 1. Juli 2009 geschlossene Verträge

168. Auf Begehren des Sekretariats reichte die Post eine eigene Liste ein, auf der durch die Post selbst geprüft wurde, ob die tatsächlich vereinbarten Rabatte gemäss Konditionenblatt innerhalb oder ausserhalb der Bandbreiten gemäss interner Rabattanwendungsvorgabe[317] (Rz 107/Tabelle 2) lagen.[318] In der Liste der Post sind jedoch nur diejenigen Verträge[319] enthalten, welche in der Zeitperiode ab 1. Juli 2009 bis 31. März 2011 abgeschlossen wurden. Nicht enthalten sind diejenigen Verträge, die vorher abgeschlossen worden waren, «und aufgrund des neuen Preissystems nicht mehr anzupassen waren».[320] Die Post gab zudem in ihrer Liste für die Abweichungen von der Bandbreite die Gründe dafür an.

169. Das Sekretariat hat die Liste der Post manuell dahingehend ausgewertet, wieviele der vereinbarten Rabatte ausserhalb der gemäss interner Rabattvorgabe der Post anwendbaren Bandbreite lagen, und was die Gründe dafür waren. Bei der Berechnung der Anteile nicht berücksichtigt sind die Durchschnittsrabatte. Die Auswertung ergab folgende Resultate:

	Anzal Verträge		**Rabatt<Bandbreite**		**Rabatt>Bandbreite**	
	absolut	**in %**[321]	**absolut**	**in %**[322]	**absolut**	**in %**[323]
Verträge Total	[700-800]					
Verträge mit Durchschnittsrabatt[324]	[100-200]					
Verträge total ohne Durchschnittsrabatte	[500-600][325]	100 %				
Test Quartalsrabatt / dyn. Rabatt[326]	[…]	2 %	[…]	33 %	[…]	67 %
Bonitätsrisiko	[…]	0 %	[…]	100 %	[…]	0 %
Übergangsregelung	[…]	1 %	[…]	33 %	[…]	67 %
Umsatzbedingte Anpassung	[…]	3 %	[…]	100 %	[…]	0 %
Konkretes Verhandlungsergebnis	[…]	12 %	[…]	91 %	[…]	9 %
Nicht mehr bekannt	[…]	11 %	[…]	92 %	[…]	8 %
Total Abweichungen von der Bandbreite	[…]	30 %	[…]	88 %	[…]	12 %

Tabelle 8: Übersicht über diejenigen Rabatt-Abweichungen, welche ausserhalb der anwendbaren Bandbreite liegen.

170. Wie aus Tabelle 8 hervorgeht, wurde bei einem relativ grossen Anteil der Verträge, nämlich [100-200] von [500-600] Verträgen ([20-40] %), von der im Preissystem der Post vorgesehen Bandbreite abgewichen. Ebenfalls ist ersichtlich, dass nur eine geringe Zahl der Verträge zu Gunsten der Vertragskunden nach oben abwich ([10-20] Verträge oder [10-20] % der abweichenden Verträge). In der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle erfolgten die Abweichungen gegen unten und somit zum Nachteil der Kunden ([90-180] Verträge oder [80-90] % der abweichenden Verträge).

171. Aus Tabelle 8 gehen zudem die von der Post für die Abweichungen genannten Gründe hervor:

a. Test Quartalsrabatt: Zu diesem Test, welcher laut Post für [0-10] Abweichungen verantwortlich ist, wurden keine weiteren Erhebungen gemacht.

b. Bonitätsrisiko: Vorliegend betraf dies nur [0-10] Vertragskunden[327], welche sich damals in Liquidation befanden und über die laut Handelsregisterauszug später der Konkurs eröffnet wurde.

c. Übergangsregelung: Die Übergangsregelung betraf laut Post lediglich [0-10] Abweichungen.[328] Den eingereichten Unterlagen der Post zufolge lassen sich keine Hinweise und Regeln mit Bezug auf Übergangsregeln entnehmen. Die [0-10] Fälle präsentieren sich sehr unterschiedlich: Bei [0-10] Vertragskunden wurde der Vertrag während der ganzen Geltungsdauer des Preissystems 2009 nicht angepasst, daher kann es sich nicht um eine Übergangsregelung handeln.[329] Für die anderen [0-10] Verträge dauerten

[317] Act. 27, Beilage 5.
[318] Act. 432, Beilage 8.
[319] Präzise handelt es sich nicht um Verträge, sondern um OPD-Nummern. Dies sind Kundennummern, welche pro Standort vergeben werden (vgl. act. 27, S. 24, Ziff. 23). Grundsätzlich werden Konditionen pro OPD festgelegt (Ausnahmen sind Kumulativ- oder Kollektivverträge). Ein Vertrag kann jedoch mehrere OPD enthalten. Nachfolgend wird der Verständlichkeit halber dennoch von Verträgen gesprochen.
[320] Act. 432, S. 16, Ziff. 16c.
[321] 100 % ist hier das Total der OPD (vgl. Fn 319) unter Ausschluss der Durchschnittsverträge.
[322] 100 % ist hier jeweils die Gesamtzahl der jeweiligen Begründung der Abweichung.
[323] 100 % ist hier jeweils die Gesamtzahl der jeweiligen Begründung der Abweichung.
[324] Die Durchschnittsrabatte können nicht direkt mit den anwendbaren Bandbreiten verglichen werden, weswegen sie von der Auswertung ausgenommen wurden.
[325] Diese Zahl dürfte tatsächlich noch kleiner sein, da darin noch Durchschnittsrabatte enthalten sind, welche die Post nicht ausweisen musste, da die gewährten Rabatte innerhalb der Bandbreite liegen.
[326] Für den […] wurde für den Vergleich, ob die Rabatte höher oder tiefer ausfielen, auf den letzten vereinbarten längeren Rabatt (Jahr 2009, [11-12] %) abgestellt.
[327] […].
[328] […], […] und Stiftung […], Act. 432, Beilage 8.
[329] […]; vgl. Act. 432, Beilage 8.

die Übergangsphasen vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2009 respektive bis 31. März 2010. Das heisst, es handelt sich bei allen [0-10] Fällen um Verträge, welche 2009 neu abgeschlossen wurden, deren «Übergangsphasen» jedoch unterschiedlich lang waren. In einem Fall lag der Rabatt im Vergleich zum vereinbarten Umsatz zu hoch, im anderen zu tief. In beiden Fällen wurde der vereinbarte Umsatz im nächsten Vertrag nach unten angepasst. In der Folge lag der Rabatt innerhalb der von der Post gemäss Preissystem vorgegebenen Bandbreite.

d. Umsatzbedingte Anpassungen: Die Rabatte der Post wurden auf Basis des vereinbarten Umsatzes und nicht der tatsächlichen vergangenen oder gar zukünftigen Umsätze gewährt. Der Vollständigkeit halber hat das Sekretariat dennoch eine Stichprobe mit den ersten drei Verträgen auf der Liste mit umsatzbedingter Abweichung durchgeführt. Wie nachfolgend dargestellt, lassen sich die gewährten Rabatte durch eine umsatzbedingte Abweichung nicht erklären:

   i. Die […] vereinbarte einen Umsatz von [300'-400'000] Franken. Dies würde einen Minimalrabatt von 7.5 % ergeben. Erhalten hat das Unternehmen nur 7.3 %. Im Vorjahr (2008 und vor dem 1. Juli 2009) übertraf die […] den vereinbarten Umsatz von [300'-400'000] stark. In den Jahren 2009 und 2010 lag der tatsächliche Umsatz unter dem vereinbarten Umsatz, jedoch immer noch weit über der Schwelle von 250'000 Franken, ab der der Mindestrabatt von 7.5 % galt. Damit war eine Abweichung nicht durch die tatsächlichen Umsätze zu erklären.

   ii. Die […] vereinbarte einen Umsatz von [250'000-350'000] Franken, was einem Mindestrabatt von 7.5 % entsprechen würde. Die […] erhielt indes nur einen Rabatt von 2 %. Im Vorjahr 2008 und vor dem 1. Juli 2009 erreichte sie den nachher vereinbarten Umsatz von [250'000-350'000] Franken nicht ganz und lag unter 250'000 Franken. 2009 und im Jahr nach Inkrafttreten des Vertrages übertraf sie indes die Rabattschwelle von 250'000 Franken. Im Jahr 2010 lag sie dann wieder leicht darunter. Es kann festgestellt werden, dass aufgrund des Umsatzes der nächsttieferen Rabattschwelle mindestens ein Rabatt von 4 % gerechtfertigt gewesen wäre. Im Jahr des Vertragsabschlusses wären sogar als Minimalrabatt 7.5 % gerechtfertigt gewesen. Eine Abweichung auf 2 % war damit nicht durch die tatsächlichen Umsätze zu erklären.

   iii. Die […] vereinbarte einen Umsatz von [500'-600'000] Franken, was einem Mindestrabatt von 8 % entsprechen würde. Sie erhielt jedoch nur 6 %. Die […] erreichte im Vorjahr (sowohl 2008 als auch vor dem 1. Juli 2009) einen Umsatz (vor Rabatt) über [500'-600'000] Franken. Auch nach Juli 2009 bis mindestens Ende 2010 erreichte sie stets einen Umsatz von über [500'-600'000] Franken. Sie hätte daher gemäss Preissystem 2009 einen Minimalrabatt von 8 % und nicht von 6 % erhalten müssen. Eine Abweichung war daher nicht durch die tatsächlichen Umsätze zu erklären.

e. Konkretes Verhandlungsergebnis: Aus den eingereichten Dokumenten der Post sind keine Anhaltspunkte auf Verhandlungsspielräume der Kundenberater sowie Kriterien, nach welchen Verhandlungen geführt werden sollten, aufgeführt. Die Ergebnisse sind daher nicht auf objektive Kriterien zurückzuführen.

f. Für die übrigen Abweichungen gab die Post keine Erklärung an. Begründungen für die Abweichungen sind auch nicht ersichtlich.

172. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für das von der Post eingereichte Datensample von den ab 1. Juli 2009 geschlossenen Verträgen ohne Durchschnittsrabatte rund 30 % von der aufgrund des Preissystems anwendbaren Bandbreite abwichen, ohne dass hierfür objektive Gründe vorlagen.

b) Datenauswertung aller im Preissystem 2009 geltenden Verträge

173. Aufgrund der Auswertung der von der Post eingereichten Liste (vgl. vorstehende Auswertung) wurden vom Sekretariat Berechnungen für sämtliche Verträge (inkl. der vor 1. Juli 2009 abgeschlossenen, aber weiter geltenden) durchgeführt. Hierbei wurde für jeden Vertrag, der zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 31. März 2011 aktiv war, geprüft, ob der Rabattsatz innerhalb der Rabattbandbreite lag, welche dem prognostizierten bzw. vereinbarten Umsatz entsprach. In nachstehender Tabelle 9 wird angegeben, in wie vielen Fällen der vereinbarte Rabatt unterhalb, innerhalb oder oberhalb der Rabattbandbreite lag.

Verträge zu Bandbreite	Unterhalb	Innerhalb	Oberhalb	Total
Ab 01. Juli 2009 Preissystem 2009	[300-400] ([20-30] %)	[900-1000] ([60-80] %)	[0-100] ([0-10] %)	[1'200-1'500] (100 %)

Tabelle 9: Anzahl Verträge, deren vereinbarter Rabatt unterhalb, oberhalb oder innerhalb der Rabattbandbreiten auf Basis der Umsätze gemäss Konditionenblatt lagen

174. Daraus ergibt sich, dass ca. [20-30] % der Verträge ausserhalb der für den vereinbarten Umsatz korrekten Bandbreiten lagen, davon [20-30] % unterhalb und [0-10] % oberhalb.

175. Entscheidend für die Rabattgewährung waren laut Rabattvorgabe der Post wie erwähnt die *prognostizierten/vereinbarten* Umsätze und nicht die vergangenen bzw. zukünftigen Umsätze. Laut Post wurde für die Fest-

legung der vereinbarten Umsätze häufig vom Vorjahreswert ausgegangen. Sofern Abweichungen erkennbar waren, sollte laut den Vorgaben der Vertrag angepasst werden. Obwohl somit durch die Post grundsätzlich nicht auf die tatsächlichen Umsätze für die Höhe der Rabatte abgestützt wurde, wird nachstehend der Vollständigkeit halber dennoch überprüft, inwiefern die Bandbreiten mit den tatsächlich erzielten Umsätzen der Vertragskunden in derselben oder vorgängigen Periode übereinstimmten.

176. Zunächst wurde untersucht, ob ausgehend von einem Stichtag (31. Dezember 2009 und 31. Dezember 2010) der vereinbarte Rabatt dem Rabatt entsprach, der bei einer Neufestlegung des Vertrages zu dem Stichtag aufgrund des Umsatzes in der Vorjahresperiode vor dem Stichtag hätte resultieren sollen. In der nachfolgenden Tabelle wird aufgezeigt, ob der vereinbarte Rabatt unterhalb, innerhalb oder oberhalb der Bandbreite für den erzielten Umsatz lag oder ob gar die Voraussetzungen für die Teilnahme am Preissystem nicht gegeben waren.

Vereinbarte Umsätze		Unterhalb	Innerhalb	Oberhalb	Kein Vertrag[330]	Total
Bis 31.12.2009	#	[100-200]	[400-500]	[100-200]	[200-300]	[800-1'200]
	%	[10-20] %	[40-60] %	[10-20] %	[15-35] %	100 %
Bis 31.12.2010	#	[100-200]	[400-500]	[0-100]	[100-200]	[600-1'000]
	%	[10-30] %	[40-70] %	[0-15] %	[10-30] %	100 %

Tabelle 10: Übereinstimmung der vereinbarten Rabatte mit den aufgrund der erzielten Umsätze im Vorjahr vor dem Stichtag anwendbaren Rabattbandbreiten

177. Dies bedeutet, dass aufgrund der tatsächlichen Umsätze pro Jahr zwischen [100-200] ([10-20] %) und [100-200] ([10-30] %) Verträge liefen, bei denen ein im Vergleich zum erzielten Umsatz der Vorperiode und der damit korrespondierenden Bandbreite ein zu tiefer Rabatt gewährt wurde. Bei [400-500] ([40-60] %) bis [400-500] ([40-70] %) Verträgen stimmte der Rabatt mit dem Umsatz in etwa überein. Bei [0-100] ([0-15] %) bis [100-200] ([10-20] %) Verträgen war der basierend auf der Umsatzprognose gewährte Rabatt höher als er dies aufgrund des tatsächlichen Umsatzes hätte sein dürfen. Zudem erhielten zwischen [100-200] ([10-30] %) und [200-300] ([15-35] %) Kunden einen Rabatt, obwohl sie aufgrund der tatsächlich erzielten Umsätze nicht berechtigt gewesen wären, einen solchen zu erhalten.

178. Weiter wurde untersucht, ob der innerhalb eines Jahres bis zu einem Stichtag (31. Dezember 2009 und 31. Dezember 2010) erzielte Umsatz den vereinbarten Rabatt in derselben Periode rechtfertigte. In der nachfolgenden Tabelle wird aufgezeigt, ob der vereinbarte Rabatt unterhalb, innerhalb oder oberhalb der Bandbreite für den erzielten Umsatz lag, oder ob gar die Voraussetzungen für die Teilnahme am Preissystem nicht gegeben waren.

Vereinbarte Umsätze		Unterhalb	Innerhalb	Oberhalb	Kein Vertrag[331]	Total
Bis 31.12.2009	#	[100-200]	[400-500]	[100-200]	[200-300]	[800-1'200]
	%	[10-20] %	[40-60] %	[10-20] %	[15-35] %	100 %
Bis 31.12.2010	#	[100-200]	[400-500]	[0-100]	[100-200]	[600-1'000]
	%	[10-30] %	[40-70] %	[0-15] %	[10-30] %	100 %

Tabelle 11: Übereinstimmung der vereinbarten Rabatte mit den Rabattbandbreiten, welche aufgrund der in der gleichen Periode erzielten Umsätze anwendbar gewesen wären.

[330] Voraussetzung eines Umsatzes von 100'000 Franken nicht gegeben.
[331] Voraussetzung eines Umsatzes von 100'000 Franken nicht gegeben.

179. Dies bedeutet, dass aufgrund der tatsächlichen Umsätze im Jahr vor dem Stichtag zwischen [100-200] ([10-20] %) und [100-200] ([10-30] %) Verträge liefen, bei denen ein im Vergleich zum erzielten Umsatz und der damit korrespondierenden Bandbreite ein zu tiefer Rabatt gewährt wurde. Bei [400-500] ([40-60] %) bis [400-500] ([40-70] %) Verträgen stimmte der Rabatt mit dem Umsatz in etwa überein. Bei [0-100] ([0-15] %) bis [100-200] ([10-20] %) Verträgen war der Rabatt höher, als er dies aufgrund des tatsächlichen Umsatzes hätte sein dürfen. Zudem erhielten zwischen [100-200] ([10-30] %) und [200-300] ([15-35] %) Kunden einen Rabatt, obwohl sie aufgrund der tatsächlich erzielten Umsätze nicht berechtigt gewesen wären, einen solchen zu erhalten.

180. Aus Tabelle 10 und Tabelle 11 geht hervor, dass auch die grundsätzlich nicht für das Preissystem relevanten tatsächlichen Umsätze – innerhalb der gleichen oder vorgängigen Periode – die von der Post an den Tag gelegten Abweichungen von den Bandbreiten nicht erklären können.[332]

181. Das Sekretariat hat die vorstehenden Berechnungen auch für das Preissystem 2006 durchgeführt, welches ähnlich konzipiert war wie das Preissystem 2009.[333] Die Auswertung ergibt dabei ähnlich viele Abweichungen von den Bandbreiten wie für das Preissystem 2009, und die Abweichungen lassen sich ebensowenig durch die tatsächlich erzielten Umsätze erklären. Dies bedeutet, dass sich die Abweichungen von den Bandbreiten im Preissystem 2009 auch nicht als «Übergangsphase» zwischen dem Preissystem 2006 und dem Preissystem CAPRI erklären lassen.

182. Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass im Preissystem 2009 bei [20-30] % der Verträge die vereinbarten Rabatte nicht innerhalb der aufgrund der Vorgabe der Post anwendbaren Rabattbandbreite lagen, welche für den jeweiligen vereinbarten Umsatz galten (vgl. Rz 174). Die Abweichungen lassen sich auch nicht urch die in der vorgängigen oder gleichzeitigen Periode tatsächlich erzielten Umsätze erklären.

c) Fazit zur Abweichung von den Bandbreiten

183. Die Auswertungen für die eingereichte Liste der Post und für sämtliche gültigen Verträge im Zeitraum haben ergeben, dass zwischen [20-30] % (vgl. Rz 174) und [20-30] % (vgl. Rz 170) der Verträge von den aufgrund der Rabattvorgabe der Post anwendbaren Rabattbandbreiten abwichen. Die Abweichungen können aber auch durch die – laut Rabattvorgabe aufgrund des Prognosesystems nicht relevanten – tatsächlichen Umsätze nicht erklärt werden. Die Post konnte zudem nur für einen Teil der Abweichungen Gründe zu den Abweichungen angeben. Der am häufigsten genannte Grund «konkretes Verhandlungsergebnis» war nicht Teil der Rabattvorgabe und es gab keine objektiven Kriterien dafür. Die übrigen von der Post genannten Gründe vermögen nur wenige Abweichungen zu erklären.

A.4.3.2.3 Abweichungen von der Vorgabe innerhalb der Bandbreite

a) Übersicht über die Abweichungen

184. Gemäss Rabattvorgabe (siehe Rz 105 ff., insbes. Tabelle 2) galt für Vertragskunden «in der Regel allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite». In «begründeten Ausnahmen» konnten Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden. […].

185. Nachfolgend wird untersucht, ob die Regeln innerhalb der Bandbreiten einheitlich angewandt wurden. D. h. für diejenigen Verträge (ohne Kollektivverträge mit Durchschnittsrabatt), die innerhalb der für den jeweiligen Umsatz geltenden Rabattbandbreiten lagen, wird ausgewertet, ob die gewährten Rabatte dem Minimalrabatt der Bandbreite oder dem Richtwert entsprachen, oder ob sie zwischen Minimalrabatt und Richtwert oder über dem Richtwert lagen. Dabei wurde zwischen […] und […] unterschieden, welche unterschiedliche Richtwerte hatten.[334]

	Min. BB[335]	Unter Richtwert	Richtwert	Über Richtwert	Total
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 […]	[500-600] ([50-80] %)	[0-100] ([0-10] %)	[0-100] ([0-10] %)	[100-200] ([10-30] %)	[600-1'000] (100 %)
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 […]	[0-10] ([0-10] %)	[0-10] ([0-10] %)	[60-70] ([45-70] %)	[40-50] ([30-50] %)	[100-140] (100 %)

Tabelle 12: Vergleich der innerhalb der Bandbreite liegenden gewährten Rabatte mit den Rabattvorgaben

[332] Nicht überprüft wurde, ob der zu einem Stichtag geltende Rabatt aufgrund der im darauf folgenden Jahr tatsächlich erzielten Umsätze gerechtfertigt ist. Auf eine solche Betrachtung wurde verzichtet, da diese eine im Betrachtungszeitraum möglicherweise vorgenommene Vertragsänderung nicht berücksichtigt und daher tendenziell zu Ungunsten der Post ausfallen würde.
[333] […].
[334] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 1.
[335] Wenn der Richtwert dem Minimum der Bandbreite entsprach, wurde der Vertrag in der Spalte Min. BB (Minimum Bandbreite) gezählt.

186. Die Auswertung zeigt, dass von [600-1000] […] [500-600] Kunden den Minimalrabatt der Bandbreite erhielten ([50-80] %). Insgesamt [200-300] Verträge (gut [20-50] %) lagen über dem Minimalrabatt, davon [0-100] Verträge ([0-10] %) zwischen Minimalrabatt und Richtwert. [0-100] Verträge ([0-10] %) entsprachen dem Richtwert und [100-200] Verträge ([10-30] %) lagen über dem Richtwert. Bei […] entsprachen [60-70] Verträge ([45-70] %) dem der Regel entsprechenden Richtwert. [0-10] […] ([0-10] %) lagen unterhalb dem Richtwert, [40-50] […] ([30-50] %) oberhalb des Richtwerts.

187. Es zeigt sich somit, dass es bei den gewöhnlichen Vertragskunden ([…]), welche grundsätzlich den Minimalrabatt erhalten sollten, Ausnahmen gab. Solche Ausnahmen mussten gemäss Rabattvorgabe begründet sein. Wodurch die festgestellten Ausnahmen allerdings tatsächlich begründet waren, ist nicht ersichtlich. Gemäss Preissystem 2009 durfte zudem der Rabatt nur bis zum Richtwert erhöht werden, welcher gemäss Auswertung indes bei 64 Vertragskunden dennoch überschritten wurde. Auch dafür sind keine Gründe ersichtlich oder von der Post angegeben. Bei den […], gab es prozentual gesehen mehr Abweichungen von dieser Vorgabe. Gründe dafür sind ebenfalls nicht bekannt oder ersichtlich.

188. Eine vergleichshalber für das Preissystem 2006 vorgenommene analoge Auswertung ergab keine anderen Ergebnisse.

189. Die Post selbst gab zu Abweichungen *innerhalb der Bandbreite* keine Erklärungen ab. Sie führte nur allgemein dazu aus, dass innerhalb der Bandbreite die Untergrenze sehr selten überschritten wurde. Typischerweise sei dies nur unter Berücksichtigung der drei qualitativen Kriterien Maschinenfähigkeit, Retouren- und Adressqualität vorgekommen, um Ungleichbehandlungen innerhalb der Bandbreiten zu vermeiden.[336] Daher ist nachstehend zu prüfen, ob die Abweichungen durch die Anwendung von Qualitätskriterien erklärbar sind.

b) Keine Erklärung der Abweichungen durch die Anwendung der Qualitätskriterien

190. In den durch die Post eingereichten Kundendaten[337] sind auch Angaben zur Anwendung der Qualitätskriterien enthalten. Gemäss diesen Daten erfolgten aufgrund der Maschinenfähigkeit (Gewichtung laut Checkliste: 65 %) und der Adressqualität (Gewichtung laut Checkliste: 25 %) überhaupt keine Anpassungen. Auch in den in der Vorabklärung eingereichten Verträgen waren diese Kriterien immer erfüllt, diese hatten somit gemäss Rabattvorgabe keine Auswirkungen auf den Rabatt.

191. Im Hinblick auf das Qualitätskriterium Retouren unterscheiden die Daten der Post zwischen «ja» [Korrektur des Rabatts], «nein» [keine Korrektur des Rabatts], «nicht bekannt» und «unbekannt».[338] Auf Nachfrage hinsichtlich Korrekturen aufgrund des Kriteriums Retouren ging die Post selbst nur von den [40-50] bestätigten Abweichungen («ja») aus. Dennoch wird nachfolgend in Tabelle 13 untersucht, wie die Verteilung der Verträge innerhalb der Bandbreite unter Berücksichtigung der Angabe der Post zu Korrekturen aufgrund des Kriteriums Retouren aussah[339]:

	Min. BB[340]	Unter Richtwert	Richtwert	Über Richtwert	Total
Bis 30.06.2009 Preissystem 2006 […]	[400-500]	[0-100]	[0-100]	[100-200]	[600-700]
«Korrektur ja/oui»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]
«Korrektur nein/non»	[200-300]	[10-20]	[20-30]	[40-50]	[250-400]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[100-200]	[30-40]	[20-30]	[60-70]	[200-400]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-
Bis 30.06.2009 Preissystem 2006 […]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[90-100]	[90-130]
«Korrektur ja/oui»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-40]
«Korrektur nein/non»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[60-70]	[60-100]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[20-30]	[20-60]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-

[336] Act. 432, S. 16, Ziff. 16c.
[337] Act. 432, Beilage 15.
[338] Act. 432, Beilage 15.
[339] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 1.
[340] Wenn der Richtwert dem Minimum der Bandbreite entsprach, wurde der Vertrag in der Spalte Min. BB (Minimum Bandbreite) gezählt.

	Min. BB	Unter Richtwert	Richtwert	Über Richtwert	Total
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 […]	[500-600]	[40-50]	[50-60]	[150-200]	[700-900]
«Korrektur ja/oui»	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-50]
«Korrektur nein/non»	[200-300]	[0-10]	[20-30]	[70-90]	[300-400]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[200-300]	[30-40]	[30-40]	[70-80]	[300-400]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-
Ab 01.07.2009 Preissystem 2009 […]	[0-10]	[0-10]	[60-70]	[40-50]	[100-150]
«Korrektur ja/oui»	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
«Korrektur nein/non»	[0-10]	[0-10]	[50-60]	[30-40]	[80-120]
«Korrektur nicht bekannt/inconnu»	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[20-60]
«Korrektur unbekannt»	-	-	-	-	-

Tabelle 13: Vergleich der innerhalb der Bandbreite liegenden gewährten Rabatte mit den Rabattvorgaben für das Preissystem 2006 und das Preissystem 2009 unter Berücksichtigung des Qualitätskriteriums Retouren.

192. Aus der Aufstellung kann kein Muster abgeleitet werden, welches auf einen systematischen Zusammenhang zwischen Korrektur und vereinbartem Rabatt hinweist. Vielmehr kamen Abweichungen von den Bandbreiten, aber auch von den Richtwerten, in beide Richtungen häufig vor und zwar unabhängig davon, ob laut Daten eine Änderung des Rabatts aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren erfolgte, nicht erfolgte oder dies der Post nicht bekannt ist. Die beiden Verträge mit der Anmerkung «unbekannt» lagen beide ohnehin ausserhalb der Bandbreite, weshalb in Tabelle 13 keine vermerkt sind.

193. Das Kriterium Retouren (Benutzung Mutationsservice MAT[CH] Move) führte zu einigen wenigen durch die Post bestätigten Korrekturen.[341] Laut Checkliste lag die Gewichtung dieses Kriteriums bei 10 %. Für diese Verträge (auch wenn sie von der Bandbreite abweichen) wird nachfolgend eine eingehendere Analyse durchgeführt.

194. Laut Post erklären sich die Abweichungen der vereinbarten Rabatte zu den Bandbreitenminima und Richtwerten ausschliesslich durch die Korrektur aufgrund der Benutzung von MAT[CH] Move. Die genaue Auswirkung dieses Kriteriums konnte laut Post jedoch nicht mehr rekonstruiert werden.[342] In diesem Zusammenhang reichte die Post eine eigene Tabelle mit denjenigen Vertragskunden ein, bei welchen eine Korrektur aufgrund des Kriteriums Retouren erfolgt war.[343]

195. Laut den Daten der Post erfolgte eine Korrektur bei [40-50][344] Verträgen[345], jedoch liefen zwei davon bereits vor Inkrafttreten des Preissystems 2009 ab[346]. Für einen Vertrag galt zudem ein Kollektivrabatt, weshalb er für die Auswertung ebenfalls ausgenommen wurde.[347] Ausgangspunkt sind somit [40-50] Verträge.[348] Die Kundenberater waren gehalten, grundsätzlich die tiefste Stufe der Rabattbandbreite zu vereinbaren, jedoch waren innerhalb der Bandbreite ausnahmsweise auch Richtwerte für bestimmte Umsätze vorgesehen, sofern die sämtliche Qualitätskriterien erfüllt waren (vgl. oben, Rz 107, Tabelle 2).[349] Das heisst, laut Rabattvorgabe hatte das Nichterreichen eines der Qualitätskriterien dahingehend einen negativen Einfluss, dass ein Rabatt über dem Minimalrabatt nicht gewährt werden durfte. Mit Eingabe vom 6. Mai 2016 gab die Post dann aber an, dass der Einfluss des Kriteriums Retouren positiv oder negativ sein konnte.[350] Nachfolgend sind zunächst die Korrekturen im Verhältnis zum Minimum der Bandbreite sowie zum Richtwert[351] angegeben, ohne dass bereits unterschieden wird, ob die vereinbarten Werte innerhalb oder ausserhalb der Bandbreite lagen (dazu unten Rz 196):

[341] Ja: 44; Nein: 925; Unbekannt: 1090; Keine Angabe: 51.
[342] Act. 704, S. 8, Ziff. 5.
[343] Act. 704, Beilage 5.
[344] Im Gegensatz zur Auswertung in Tabelle 13 sind darin auch Verträge enthalten, bei denen der Rabatt von der anwendbaren Bandbreite abwich.
[345] Genau genommen handelt es sich um OPD-Nummern, d. h. grundsätzlich um Konditionen je Standort (vgl. auch oben Fn 319).
[346] Es handelt sich um […].
[347] OPD-Nummer […].
[348] Teilweise sind unter den gleichen OPD-Nummern Verträge mit unterschiedlicher Laufzeit und unterschiedlichen Konditionen aufgeführt. Da die Post die Auflistung so einreichte, wurde für die nachstehende Analyse von separaten Verträgen ausgegangen.
[349] Act. 704, S. 8, Ziff. 5.
[350] Act. 704, S. 8, Ziff. 5.
[351] Dabei handelt es sich stets um die Richtwerte für Nicht-VSV-Kunden, da keine VSV-Kunden unter den Kunden mit Abweichungen aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren waren.

- Vergleich mit dem Minimum der anwendbaren Bandbreite: Bei [10-20] Kunden entsprach der vereinbarte Rabatt diesem Wert, bei [10-20] Vertragskunden wich der vereinbarte Rabatt nach oben ab, bei [10-20] nach unten. In [10-20] Fällen betrug die Korrektur bis 0.5 %, in neun Fällen bis zu 1 % und in fünf Fällen bis zu 3.25 %[352].
- Vergleich mit dem Richtwert: Im Verhältnis zum Richtwert hatten [0-10] Vertragskunden keine Abweichungen, [10-20] eine Korrektur nach oben und [20-30] eine Korrektur nach unten. Die Korrektur betrug in [20-30] Fällen bis zu 0.5 %, in [0-10] Fällen bis zu 1 % und in [0-10] Fällen bis zu 3.25 %[353].

196. Die Auswertung zeigt, dass im Rahmen der [40-50] untersuchten Verträge [20-30] Vertragskunden einen vereinbarten Rabatt erhielten, welcher innerhalb der Bandbreite für den vereinbarten Umsatz gemäss Konditionenblatt lag. [20-30] Vertragskunden erhielten demgegenüber einen Rabatt, der ausserhalb der Bandbreite für den vereinbarten Umsatz lag. Von diesen [10-20] Rabatten ausserhalb der Bandbreite lagen [0-10] oberhalb und [10-20] unterhalb der korrekten Bandbreite. Hierzu ist festzuhalten, dass Abweichungen von den Bandbreiten mit dem Kriterium Retouren nicht erklärbar sind, da das Kriterium nur für die Bestimmung des Rabatts innerhalb der Bandbreiten überhaupt relevant war (sofern nicht grundsätzlich das Minimum der Bandbreite vereinbart wurde).

197. Von den [20-30] innerhalb der Bandbreite liegenden Verträgen lagen [10-20] auf dem Minimum der Bandbreite. Für die übrigen [10-20] Verträge kann nicht mehr eruiert werden, ob eine Korrektur vom Minimum der Bandbreite nach oben oder vom Richtwert her nach oben oder unten (letzteres war in der Rabattvorgabe an sich nicht vorgesehen) erfolgte. Die Abweichung der vereinbarten Rabatte von den Minima der Bandbreite betrug zwischen 0.2 % bis 1 %, diejenige zwischen vereinbartem Rabatt und Richtwert zwischen -0.8 % und 1 %.

198. Es kann daher festgehalten werden, dass auch im Sample der Verträge mit angeblichen Korrekturen aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren/MAT(CH) Move viele Abweichungen von der Bandbreite vorlagen, die durch das Kriterium nicht erklärt werden können. Im Übrigen waren die Korrekturen sehr unterschiedlich und teilweise hoch, obwohl das Kriterium der Nutzung von MAT[CH] Move laut der Checkliste für Vertragskunden lediglich 10 % der Einstufung innerhalb der Bandbreite ausmachte.[354] Dagegen gab es für einen beachtlichen Teil der Kunden gar keine Abweichung aufgrund des Kriteriums. Das Qualitätskriterium Retouren/MAT(CH) Move vermag daher die Abweichungen vom Minimum der Bandbreite und/oder vom Richtwert für diese Kunden nicht zu erklären. Im Gegenteil bestätigt diese fokussierte Betrachtung von Verträgen die oben gewonnenen Resultate einer sehr unterschiedlichen Anwendung der Kriterien zur Festsetzung der Rabatte zwischen und innerhalb der Bandbreiten.

199. Betrachtet man diejenigen Vertragskunden, die einen Rabatt erhielten, der geringer war als die untere Schwelle der Rabattbandbreite gemäss Preisliste, so erlitten diese im Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011 einen Rabattverlust in Höhe von [1-2 Mio.] Franken. Demgegenüber erhielten in dieser Zeitperiode diejenigen Vertragskunden, die einen Rabatt über dem Maximum der oberen Schwelle der Rabattbandbreite gemäss Preisliste bekamen, einen «zusätzlichen» Rabatt in Höhe von insgesamt [0-100'000] Franken. Insgesamt wirkten sich daher die Abweichungen zum Nachteil der Vertragskunden und zum Vorteil für die Post aus, so dass die von der Post an den Tag gelegte Verhaltensweise eine Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.

200. Führt man zudem einen Branchenvergleich durch, so kann man erkennen, dass die Diskriminierungen ebenfalls Unternehmen der gleichen Branche betrafen. Diese Unternehmen stehen in der Regel in direktem Wettbewerb zueinander. Tabelle 14 zeigt pro Branche die Abweichungen auf. Es wird insbesondere dargestellt, wie viel Rabatt die Post verglichen mit den Vorgaben des Preissystems 2009 zu viel bzw. zu wenig an die Endkunden weitergegeben hat.

Branche	Zu hoch		Zu tief		Gesamtrabatt
	Überrabatt		Fehlender Rabatt		
Kantonales Amt oder Anstalt	0		[100-200'000]	[0-5] %	[5-15 Mio.]
Bank, Treuhand, Versicherung, Krankenkasse	0		[500'-1'000'000]	[0-5] %	[40-50 Mio.]
Lebensmittel, Konsumgüter, Gross- und Detailhandel	-[0-50'000]	-[0-5] %	[100'-200'000]	[0-5] %	[10-20 Mio.]

[352] Die grösste Abweichung betrifft den Kunden, bei dem die Post noch die Bandbreite aus dem Preissystem 2006 angegeben hatte. Die übrigen grossen Abweichungen betrugen +/- 2 %.

[353] Die grösste Abweichung betrifft den Kunden, bei dem die Post noch die Bandbreite aus dem Preissystem 2006 angegeben hatte. Die übrigen grossen Abweichungen betrugen +/- 2 %.

[354] Vgl. Rz 101.

Branche	Zu hoch		Zu tief		Gesamtrabatt
	Überrabatt		Fehlender Rabatt		
Bundesamt, Bundesstelle, Anstalt	0		[0-50'000]	[0-5] %	[0-1 Mio.]
Gemeinde, kommunales Amt	0		[100'-200'000]	[5-10] %	[2-3 Mio.]
Baugewerbe, Maschinenbau, Autoindustrie, Rüstung	0		[50'-100'000]	[0-5] %	[1-2 Mio.]
Verein, Stiftung, Gewerkschaft, Verband	0		[50'-100'000]	[0-5] %	[3-4 Mio.]
Medien, Presse, Verlag	0		[50'-100'000]	[0-5] %	[4-5 Mio.]
Gesundheitswesen	0		[50'-100'000]	[0-5] %	[1-2 Mio.]
Dienstleistung	-[0-50'000]	-[0-5] %	[0-50'000]	[0-5] %	[2-3 Mio.]
NPO, NGO, Hilfsorganisation, Kirche, Kultur	0		[0-50'000]	[0-5] %	[1-2 Mio.]
IT & Telekommunikation	-[0-50'000]	-[0-5] %	[0-50'000]	[0-5] %	[4-5 Mio.]
Mode und Textilien	-[0-50'000]	-[0-5] %	[0-50'000]	[0-5] %	[6-7 Mio.]
Keine Branche zugeteilt	0		0		0
Energie	0		[0-50'000]	[0-5] %	[1-2 Mio.]
Tourismus, Hotellerie, Reisebüro	0		[0-50'000]	[5-10] %	[0-1 Mio.]
Schule, Hochschule	0		[0-50'000]	[0-5] %	[0-1 Mio.]
Transport, Logistik	-[0-50'000]	-[0-5] %	[0-50'000]	[0-5] %	[1-2 Mio.]
Pharma, Chemie, Agrarindustrie	0		[0-50'000]	[5-10] %	[0-1 Mio.]
Marketing, Werbung	0		[0-50'000]	[0-5] %	[0-1 Mio.]
Summe	-[50'-100'000]	-[0-5] %	[1-2 Mio.]	[0-5] %	[100'150 Mio.]

Tabelle 14: Anzahl Monate mit Verträgen, deren Rabatte innerhalb der Rabattbandbreite («Innerhalb»), oberhalb der Rabattbandbreite («Zu hoch») oder unterhalb der Rabattbandbreite («Zu tief») lagen sowie zu viel gewährte («Überrabatt») bzw. zu wenig gewährte Rabatte («Fehlender Rabatt») nach Branchen für das Preissystem 2009 vom 1. Juli 2009 bis zum 31. März 2011.

201. Die Aufstellung zeigt, dass innerhalb der verschiedenen Branchen einzelne Unternehmen besser und andere schlechter gestellt wurden. Dies bedeutet aber auch, dass damit Unternehmen derselben Branche unterschiedliche Preise für ihre Briefversände zu entrichten hatten. Damit hat die Post einen Teil der Kunden bevorzugt. benachteiligt. Diese Ungleichbehandlung führte dazu, dass einem Teil der Kunden zum Vorteil der Post ein Rabatt in Höhe von insgesamt mindestens [1-2 Mio.] Franken entgangen ist und diese damit entsprechend benachteiligt wurden. In den meisten Fällen wurde gegen unten abgewichen, d. h. ein kleinerer Rabatt kam zur Anwendung als der minimale Rabatt der korrekten Bandbreite für den vereinbarten Umsatz.

c) Abweichungen bei Kollektivverträgen

202. Im Zusammenhang mit der durch die Post eingereichten Aufstellung zu den Abweichungen bei der Rabattlisteneinteilung (Rz 168 ff.) reichte die Post zudem vier Beispiele zur Berechnung von Kollektivverträgen ein, welche Durchschnittsrabatte enthielten (siehe zur Handhabung Rz 112). Nur ein vereinbarter Rabatt der vier Verträge entsprach der korrekten Berechnung; ein Rabatt[355] wich um 0.2 % gegen unten, zwei andere[356]

[355] […], sollte für den Umsatz einen Rabatt von 4 % erhalten statt 7.5 %.

[356] Laut korrekter Berechnung würde ein effektiver Rabatt von 5.2 % resultieren (siehe Fn 312), im Vergleich zum Vertragsrabatt von 5 %.

wichen um 0.2 % gegen oben ab.[357] Dennoch wurden Durchschnittsrabatte aus Opportunitätsgründen nicht weiter untersucht.

d) Fazit zu Abweichungen innerhalb der Bandbreite

203. Es ist daher festzustellen, dass auch für die Rabattzuteilung innerhalb der Bandbreiten von der postinternen Rabattvorgabe abgewichen wurde und die Handhabung uneinheitlich war. Das laut Daten der Post einzig relevante Kriterium der Retouren (Verwendung von MAT[CH]) vermag die Abweichungen nicht zu erklären.

A.4.3.2.4 Vorbringen der Post

204. Die Post kritisiert, dass das Sekretariat lediglich versucht habe, zufällige und nicht systematische Abweichungen von den vermeintlichen Vorgaben zu berechnen.[358] Sehr viele dieser Berechnungen seien fehlerhaft und die auf den Berechnungen basierenden Ausführungen würden keine Antworten zur praktischen Relevanz von angeblichen Ungleichbehandlungen geben, zum Ausmass der vermeintlichen Abweichungen, zur Frage, ob Unternehmen ungleich behandelt wurden oder ob sich die Abweichungen angesichts des vorliegend relevanten Massengeschäfts im normalen Bereich bewegen würden.[359] Zudem kritisiert die Post, dass das Sekretariat kein richtiges Verständnis der Preissysteme entwickelt habe oder der Frage der Bedeutung der Kundengespräche in einem Prognosesystem nicht nachgegangen sei. Zudem sei nicht geprüft worden, ob sich die Abweichungen überhaupt in irgendeiner Weise auf den Wettbewerb auswirken konnten bzw. ausgewirkt haben.

205. Hinsichtlich der Aufstellung in Tabelle 14 merkt die Post an, dass der Nachweis eines Wettbewerbsnachteils hinsichtlich der gerügten Diskriminierung nicht ausreichend untersucht wurde.[360] Die Aufstellung in Tabelle 14 würde als Wettbewerbsanalyse für das Preissystem 2009 in keiner Weise taugen.[361] Zudem seien die im Antrag verwendeten Zahlen falsch. Dies insbesondere, weil weitere Kunden mit Durchschnittsrabatt oder einem dynamischen Rabatt korrigiert werden mussten und so fünf Vertragskunden ([…], […], […], […], […] sowie […]) herausgerechnet werden mussten.[362]

206. Die WEKO hat im Nachgang an die Stellungnahme der Post sowohl die Berechnungsgrundlagen für die von ihr vorgebrachten Zahlen als auch die Verträge für die fünf fraglichen Vertragskunden eingefordert.[363] Aus den eingereichten Verträgen konnten die Behauptungen der Post, dass es sich bei den drei Vertragskunden […], […] und […] um Verträge mit Durchschnittsrabatt handelt, da die Versender von mehreren Adressen aus versenden würden, nicht nachvollzogen werden. Zu den neuen Berechnungsgrundlagen und abweichenden Kategorisierungen hat die Post in ihrer Eingabe vom 30. Juni 2017 keine konkreten und nachvollziehbaren Antworten geliefert.[364] Dennoch wird im Rahmen der Verfügung zugunsten der Post auf die von ihr gelieferten Zahlen abgestellt.

207. Die Post kritisierte weiter, dass die Aufstellung für den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten ohne Aussagekraft und für eine Aussage über Benachteiligungen einzelner Vertragskunden im Wettbewerb mit anderen völlig ungeeignet sei.[365] Hierbei wird insbesondere kritisiert, dass die fragliche Tabelle 14 nur Branchen und keine Märkte betrachte.[366] Zudem sei ein Bundesamt kein Unternehmen und keinem Wettbewerb ausgesetzt. Weiter sei keine monatliche Betrachtung angestellt worden, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass innerhalb einer Branche alle Unternehmen die gleiche Abweichung hätten.[367]

208. Im Nachgang zur Stellungnahme der Post hat das Sekretariat im Auftrag der WEKO die Vertragskunden nachträglich nach Märkten kategorisiert, so dass direkte Wettbewerber unter den Vertragskunden verglichen werden konnten. Diese Auswertungen wurden der Post zugestellt (vgl. Rz 72 ff.). Diese hat dazu allerdings keine Stellung genommen (vgl. Rz 72 ff.). Aus dem Vergleich direkter Wettbewerber werden die nachfolgenden Beispiele aufgeführt, welche die Auswirkungen der von der Post gelebten Anwendung des Preissystems 2009 aufzeigten:

[…]

Tabelle 15: Vergleich der gewährten Rabatte im Verhältnis zum Prognoseumsatz und tatsächlichen Umsatz für einzelne Unternehmen, die in direktem Wettbewerb stehen.

209. Auch der Vergleich von direkten Wettbewerbern untereinander zeigt die durch die nicht den Vorgaben entsprechende Anwendung des Preissystems durch die Post bewirkten Ungleichbehandlungen nochmals beispielhaft auf. Somit konnte aufgezeigt werden, dass die Post direkten Wettbewerbern unterschiedliche Rabatte gewährt hat.

210. Die Post bringt weiter vor, dass die vom Sekretariat durchgeführten Berechnungen mangelhaft und nicht verwertbar seien und begründet dies wie folgt:[368] Das Sekretariat würde in Tabelle 9 übersehen, dass es pro Vertrag mehrere Einträge, d.h. mehrere OPD-Nummern geben könne und das Sekretariat würde verkennen, dass bereits während der Übergangsphase vom Preissystem 2006 zum Preissystem 2009 eine Sonderregelung gegolten habe, wonach die Rabatte im Umsatzbereich zwischen 100‘001 und 250‘000 Franken nur bis Ende 2009 anzupassen waren.

211. Hierzu ist anzumerken, dass die Vertragskonditionen unabhängig davon galten, ob eine neue OPD-Nummer vergeben wurde. In diesem Zusammenhang könnte möglicherweise die Beschriftung in Tabelle 9 missverständlich sein, wenn das Wort Verträge mit dem Wort Vertragskunden gleichgesetzt würde. Damit erweist sich die Kritik der Post in diesem Punkt als unbeachtlich. Hinsichtlich der Übergangsphase ist anzumerken, dass

[357] Act. 432, Beilage 9.
[358] Act. 821 Rz 137.
[359] Act. 821 Rz 138.
[360] Act. 821 Rz 396 ff.
[361] Act. 821 Rz 399.
[362] Act. 821 Rz 400 ff.
[363] Act. 829.
[364] Act. 838.
[365] Act. 821 Rz 404 ff.
[366] Act. 821 Rz 405.
[367] Act. 821 Rz 406.
[368] Act. 821 Rz 161.

das Sekretariat im Rahmen der Berechnungen zu Gunsten der Post im Umsatzbereich zwischen 100‘001 und 250‘000 Franken eine Rabattbandbreite von 3-7 % bzw. 4-7 % angewendet hat, weshalb das Vorbringen der Post unbeachtlich ist.

212. Die Post bemängelt zu Tabelle 10, dass eine Abweichung zwischen Vorjahresumsätze und Prognose nicht heissen würde, dass die Einstufung falsch sei.[369] Zudem könne aus einem Abgleich zum Jahresende keine verwertbaren Rückschlüsse gezogen werden, da die Verträge unterjährig hätten angepasst werden können. Zudem habe das Preissystem Ende 2010 kurz vor der Ablösung gestanden, weshalb keine Anpassungen mehr vorgenommen worden seien.

213. Hierzu ist anzumerken, dass die Berechnungen in Tabelle 10 als solche nicht als falsch kritisiert wurden. Vielmehr bemängelt die Post, dass hieraus ihrer Meinung nach keine Rückschlüsse gezogen werden könnten. Dies leitet die Post insbesondere daraus ab, dass das Rabattsystem der Post auf einer Jahresumsatzprognose basiert. Wie bereits aufgezeigt wurde, sind die Kundenberater bei der Rabattgewährung von den Vorgaben des Preissystems abgewichen (vgl. Tabelle 9 sowie Rz 173 ff.). Daher wurden zudem Berechnungen durchgeführt, ob die Abweichungen durch die Kundenberater in einer rückblickenden Betrachtung dazu geführt haben, dass die Kunden aufgrund der tatsächlich erzielten Umsätze die gemäss Rabattsystem korrekten Rabatte erhalten hätten. Diese Berechnungen wurden daher ausschliesslich zur Prüfung von entlastenden Sachverhaltselementen und damit zu Gunsten der Post durchgeführt. Die WEKO hat die Resultate der Ermittlungen entsprechend gewürdigt.

214. Die Post gibt an, dass die Spalte «kein Vertrag» in Tabelle 10 falsch sei, da Kunden, die die Schwelle von 100‘000 Franken nicht erreicht haben, nicht in das Preissystem 2009 aufgenommen wurden und es keine unberechtigten Vertragskunden gab.[370] Der Antrag des Sekretariats würde übersehen, dass Kunden über mehrere OPD-Nummern verfügen könnten und ein [Vertrags-]Kunde die Schwelle von 100‘000 Franken immer erreichen würde.

215. Hierzu ist anzumerken, dass die Post es bei dieser pauschalen Aussage bewenden lässt und nicht substantiiert darlegt, welche Vertragskunden wie zusammen zu betrachten gewesen wären. Zudem steht dies zur Praxis der Post in Widerspruch, wonach jede einzelne Versandadresse einzeln zu betrachten ist. Die Post hat diese Praxis gemäss eigenen Angaben entwickelt, da ansonsten bei den Unternehmen die entsprechenden Skalenerträge durch die aggregierten Versände nicht realisiert werden könnten. Zudem wurden sämtliche Verträge mit Durchschnittsrabatten oder dynamischen Rabatten von der Auswertung ausgenommen, so dass basierend auf den von der Post gelieferten Zahlen davon auszugehen ist, dass hierbei einzelne Verträge auch einzeln zu betrachten sind. Falls dies anders wäre, müsste das gesamte von der Post gelieferte Zahlenmaterial in Frage gestellt werden. Dies erscheint wenig glaubhaft, da die Post ansonsten gegen ihre Mitwirkungspflichten gemäss Art. 40 KG verstossen hätte. Auch bei einer Plausibilitätsbetrachtung des Zahlenmaterials haben sich keine solchen Hinweise ergeben. Die Vorbringen der Post hierzu sind daher unbeachtlich.

216. Hinsichtlich Tabelle 11 bringt die Post vor, dass ein Vergleich des Prognoseumsatzes mit dem tatsächlich erreichten Umsatz bei einem Prognosesystem keinen Sinn mache, da es das Wesen einer Prognose sei, dass diese ungenau ist.[371] Zudem sei der Kunde für Abweichungen verantwortlich.

217. Hierzu ist anzumerken, dass der Vergleich zwischen Prognoseumsatz und tatsächlichem Umsatz als Indikator hinsichtlich der Anwendung des Preissystems herangezogen werden kann. Dies wurde insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Entlastung der Post hinsichtlich den Abweichungen der Rabatte von den Rabattvorgaben untersucht. Tabelle 11 wurde entsprechend gewürdigt.

218. Die Post bringt weiter vor, dass die Ausführungen zu den Abweichungen innerhalb der Rabattbandbreiten in Tabelle 12 und Tabelle 13 nicht nachvollziehbar, falsch berechnet und methodisch falsch seien und Berechnungsfehler enthalten habe. Worin die behaupteten Fehler bestehen, hat die Post auch auf Nachfrage nicht substantiiert.[372] Die Vorbringen der Post sind daher unerheblich.

A.4.3.3 Anwendung des Preissystems CAPRI

219. Nachfolgend wird für einzelne Elemente der Anwendung des Preissystems CAPRI geprüft, ob diese zu einer einheitlichen Gewährung der Rabatte für die Vertragskunden führte. Wie bereits in Kapitel A.4.2.2 beschrieben, setzte sich der für den Endkunden resultierende Preis aus einer Preisliste (Säule 1), einem umsatzbasierten Zusatzrabatt (Säule 2) sowie aus der Vergütung für Kundenleistungen (Säule 3) zusammen.

220. Neben den allgemeinen Handlungsfreiheiten, welche die Kundenberater bei der Anwendung des Preissystem CAPRI hatten, wurden insbesondere die beiden Anwendungen: «Gleitpfad» und «Strukturkontrolle» näher betrachtet. Der Gleitpfad sollte einen sanfteren Übergang vom Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI ermöglichen.[373] Die Strukturkontrolle sollte grössere Abweichungen des tatsächlichen Versandverhaltens der Kunden von ihrer Prognose aufzeigen, so dass basierend hierauf Vertragsanpassungen hätten vorgenommen werden können.

A.4.3.3.1 Systemvorgaben zur Preislisteneinteilung (Säule 1): Gleitpfad

221. Bei der Überprüfung der von der Post eingereichten Preislisteneinteilungen wurde festgestellt, dass in einer grossen Anzahl von Fällen Preislisten vereinbart wurden, welche nicht der Preisliste entsprachen, welche bei einer strikten Anwendung des Preissystems CAPRI hätten resultieren sollen.[374]

[369] Act. 821 Rz 161.
[370] Act. 821 Rz 161.
[371] Act. 821 Rz 161.
[372] Act. 838 zu Rz 144 ff.
[373] Act. 432, Beilage 13n, S. 39 ff.
[374] Act 432, Beilage 14.

222. Im Hinblick auf die Einführung des neuen Preissystems gab die Post zur Erklärung an, über drei Jahre hinweg einen Gleitpfad angewandt zu haben, um einen fliessenden Übergang vom Rabatt im Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI zu gewährleisten.[375] Laut Angaben der Post[376] endete die Übergangszeit (d. h. der Gleitpfad) offiziell Ende August 2014. Seit September 2014 […]. Dadurch sollte laut Post die Gleichbehandlung für alle Kunden sichergestellt und dafür gesorgt werden, dass Parameterveränderungen eine direkte Preisauswirkung haben.

223. Vorliegend wird die Ausgestaltung des Gleitpfads daraufhin geprüft, ob diese die Gleichbehandlung der Vertragskunden gewährleistete. Insbesondere ist zu untersuchen, ob Vertragskunden mit einer zu tiefen Initialpreisliste (basierend auf dem Rabatt des Preissystems 2009; vgl. nachfolgend Rz 224) gleichermassen an ihre Zielpreisliste herangeführt werden wie Vertragskunden, welche eine zu hohe Initialpreisliste erhalten haben.

224. Bei der Festlegung der für den Vertragskunden anwendbaren Preisliste durch das System wurden die nachfolgenden Kriterien berücksichtigt bzw. Preislisten berechnet:

Preisliste	**Definition**
Ist	Die $\text{Preisliste}_{\text{Ist}}$ entsprach der Preisliste, die aufgrund des Preissystems 2009 bei der letzten Verhandlung mit dem Kunden vereinbart wurde und aktuell im System hinterlegt war. Zur Einführung von CAPRI wurde eine Initialpreisliste festgelegt, die sich am Rabatt des Kunden orientierte, welcher dieser im Preissystem 2009 letztmalig erhalten hatte.[377] Zudem wurde das Kundensegment (Infopost, Business Post, Tagespost, Standard) anhand bestehender Verträge oder andernfalls anhand der Daten der letzten 12 Monate bestimmt.[378]
Kalkuliert[379]	Die $\text{Preisliste}_{\text{Kalkuliert}}$ entsprach der Preisliste, welche nach CAPRI-Regeln für die letzten Monate in einer rückblickenden Betrachtung hätte gelten sollen.
Ziel[380]	Als $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$ war diejenige Preisliste definiert, die aufgrund der mit dem Kunden vereinbarten Planwerte (Schätzungen des Umsatzes des Kunden etc.) für die folgenden 12 Monate kalkuliert wurde. Das war die Liste, die dem Kunden streng nach CAPRI-Regeln zuzuweisen war.
Vorschlag	Aus den drei vorangehenden Preislisten ($\text{Preisliste}_{\text{Ist}}$, $\text{Preisliste}_{\text{Kalkuliert}}$ und $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$ wurde ein Preislistenvorschlag ($\text{Preisliste}_{\text{Vorschlag}}$) errechnet. Die $\text{Preisliste}_{\text{Vorschlag}}$ berücksichtigte: - $\text{Preisliste}_{\text{Ist}}$ - die Entwicklung des Kundenprofils
Vereinbart	Welche Preisliste die Post allerdings mit dem Endkunden vereinbarte, hing letztendlich von den Verhandlungen des Kundenberaters oder der Kundenberaterin der Post ab. Die vereinbarte Preisliste konnte daher von den vom System vorgeschlagenen berechneten Preislisten abweichen.

Tabelle 16: Preislisten-Definitionen im Rahmen des Preislistenfestlegungsprozesses bei der Post[381]

225. Der Prozess einer Kalkulation einer neuen Preisliste (nachfolgend: PL) lief kurz zusammengefasst folgendermassen ab[382]: Aufgrund der Werte des letzten Jahres und dem Gespräch mit dem Vertragskunden wurde die Prognose hinsichtlich Umsatz und der übrigen rabattrelevanten Parameter für das kommende Jahr vorgenommen. Basierend auf diesen Angaben wurde mittels Preissystem CAPRI die PL_{Ziel} errechnet.

[375] Act. 432, Beilage 13n, S. 39 ff.
[376] Act. 704, S. 9 f.
[377] Vgl. auch Act. 629, S. 1.
[378] Act. 433, Beilage 13q, S. 16.
[379] Act. 433, Beilage 13q, S. 17, zur Anwendung auch S. 19 f.
[380] Act. 433 Beilage 13q, S. 16.
[381] Act. 433, Beilage 13s, Folie 70; Es handelt sich um Zitate.
[382] Quellen der nachfolgenden Absätze und Grafiken: Act. 433, Beilage 13s, Folie 71ff; Act. 432, Beilage 14n, S. 39 f.; Act 433, Beilage 13q, S. 17–20; Act. 433, Beilage 13o, Folien 24–29.

226. Das System verglich diese PL_{Ziel} mit der Preisliste, welche für die letzten zwölf Monate nach CAPRI-Regeln anwendbar gewesen wäre ($PL_{Kalkuliert}$). Dies führte zu einer Prognose, welche sich aus dem Vergleich der Preislisten PL_{Ziel} und $PL_{Kalkuliert}$ ergab. Hierbei konnten die nachfolgenden Resultate auftreten:

a. «Unverändert» ($PL_{Ziel}=PL_{Kalkuliert}$)

b. «Verschlechterung» ($PL_{Ziel}<PL_{Kalkuliert}$)

c. «Verbesserung» ($PL_{Ziel}>PL_{Kalkuliert}$).

227. Zudem wurde für den Preislisten-Vorschlag im Rahmen der Abfederungsmassnahmen berücksichtigt, ob die dem Rabatt im Preissystem 2009 entsprechende geltende Preisliste (PL_{Ist}) im Verhältnis zur PL_{Ziel} zu hoch oder zu tief war.

228. Die vom System vorgeschlagenen Anpassungen erfolgten nach den folgenden Kriterien:

229. Unter der Voraussetzung, dass die Kundeneigenschaften (Umsätze und andere Preislistenparameter) und damit auch die Preislisten gemäss Preissystem CAPRI von einem Jahr zum nächsten gleich blieben (Szenario «Unverändert»; $PL_{Kalkuliert}=PL_{Ziel}$), galt Folgendes:

a. Lag die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}) über der errechneten Preisliste (PL_{Ziel}), wurde eine Preisliste vorgeschlagen, die unterhalb der PLIst, aber oberhalb oder auf der PL_{Ziel} lag, um eine schrittweise Anpassung nach unten an die PL_{Ziel} zu erreichen. Standardmässig erfolgte eine Senkung um eine Preisliste nach unten im Vergleich zur aktuellen Preisliste (PL_{Ist}).

b. Lag die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}) unterhalb der errechneten Preisliste (PL_{Ziel}), entsprach die vorgeschlagene Preisliste ($PL_{Vorschlag}$) der PL_{Ist}. Dies bedeutet, dass eine durch den Systemwechsel verbesserte Preisliste vom System nicht nachvollzogen (und damit die eigentlich zu tiefe Einstufung des Vertragskunden nicht korrigiert) wurde.

230. Der Preislistenvorschlag ergab sich wie nachfolgend dargestellt:

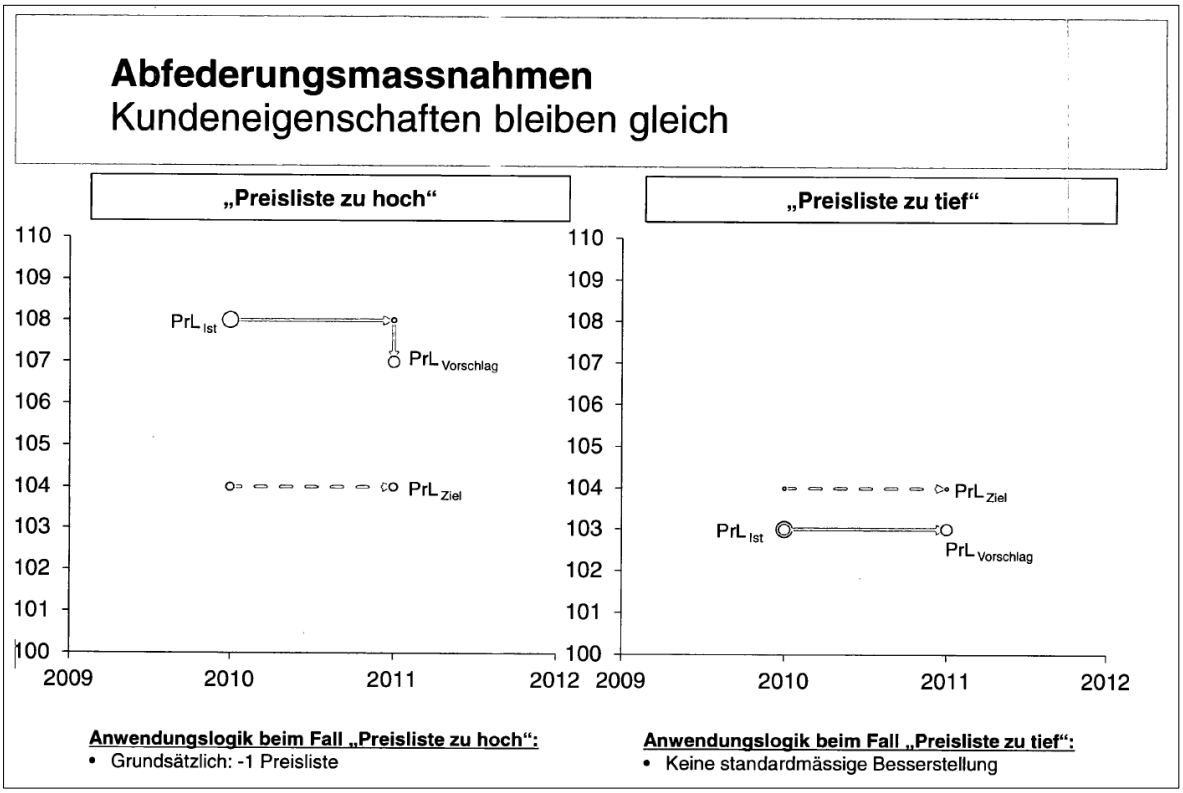


Abbildung 5: Preislistenvorschlag unter der Annahme «Unverändert» ($PL_{Ziel}=PL_{Kalkuliert}$ [gestrichelte Linie])[383]

231. Unter der Voraussetzung, dass sich die Kundeneigenschaften (Umsätze und andere Preislistenparameter) von einem Jahr zum nächsten verschlechterten und sich damit auch die Preislisten gemäss Preissystem CAPRI verschlechterte (Szenario «Verschlechterung»); $PL_{Kalkuliert}>PL_{Ziel}$), galt Folgendes:

a. Lag die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}) über der errechneten Preisliste (PL_{Ziel}), wurde die Verschlechterung der Preisliste aufgrund der Verschlechterung der Kundeneigenschaften nachvollzogen und zusätzlich eine Anpassung der angepassten PL_{Ist} nach unten vorgeschlagen, so dass die vorgeschlagene Preisliste ($PL_{Vorschlag}$) unterhalb der angepassten PL_{Ist} aber oberhalb oder auf der PL_{Ziel} lag, um eine schrittweise Anpassung nach unten an die PL_{Ziel} zu erreichen. Die zusätzliche Anpassung führte standardmässig zu einer weiteren Senkung um eine Preisliste nach unten.

[383] Die Preisliste $PL_{Kalkuliert}$ entspricht jeweils dem Wert (dargestellt als kleiner Kreis) zu Beginn der gestrichelten Linie.

b. Lag die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}) unter der errechneten Preisliste (PL_{Ziel}), wurde nur die Verschlechterung der Preisliste aufgrund der Verschlechterung der Kundeneigenschaften nachvollzogen. Die vorgeschlagene Preisliste ($PL_{Vorschlag}$) entsprach der nach unten angepassten Preisliste der PL_{Ist}. Dies bedeutet, eine durch den Systemwechsel verbesserte Preisliste wurde vom System nicht nachvollzogen (und damit die eigentlich zu tiefe Einstufung des Vertragskunden nicht korrigiert).

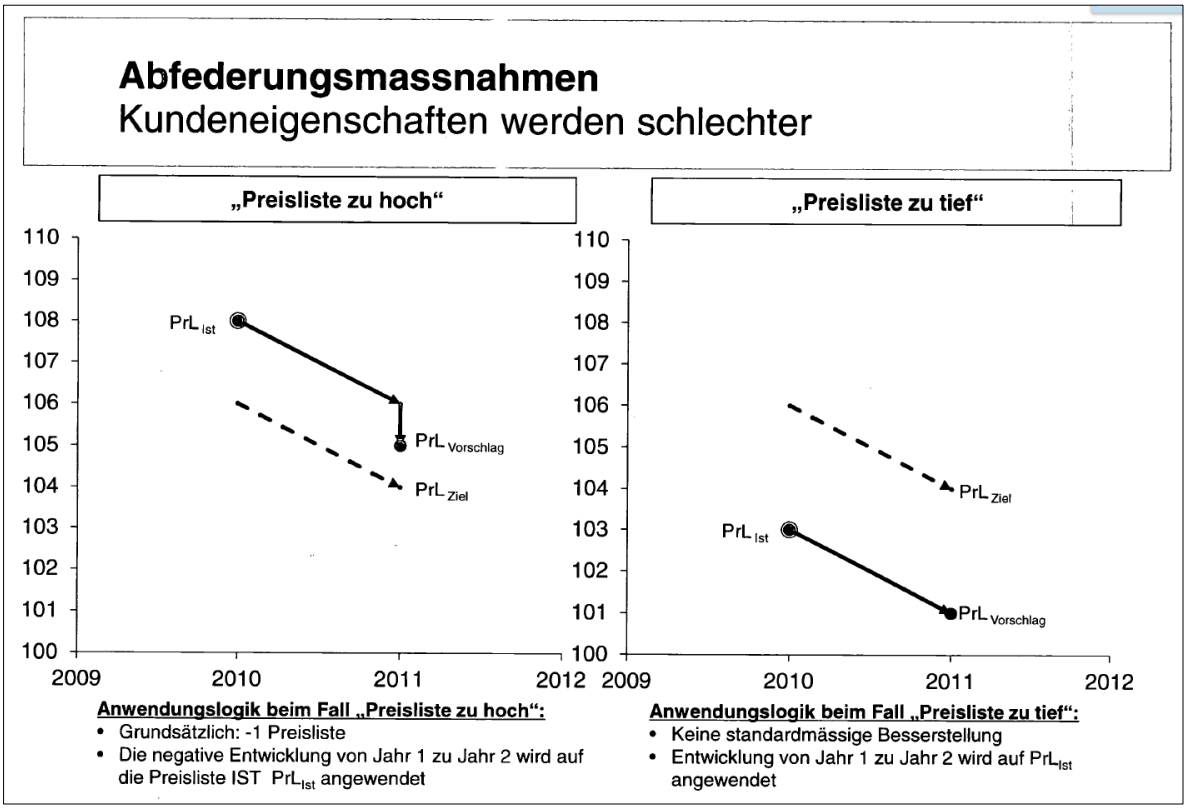


Abbildung 6: Preislistenvorschlag unter der Annahme «Verschlechterung» (PL_{Ziel}<$PL_{Kalkuliert}$ [gestrichelte Linie])

232. Unter der Voraussetzung, dass sich die Kundeneigenschaften (Umsätze und andere Preislistenparameter) von einem Jahr zum nächsten verbesserten und sich damit auch die Preisliste gemäss Preissystem CAPRI verbesserte (Szenario «Verbesserung»; PL_{Ziel}> $PL_{Kalkuliert}$), galt Folgendes:

a. Lag die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}) über der errechneten Preisliste ($PL_{Kalkuliert}$), wurde die Verbesserung der Preisliste aufgrund der Verbesserung der Kundeneigenschaften nachvollzogen, aber zusätzlich eine Anpassung der angepassten PL_{Ist} nach unten vorgeschlagen (standardmässig um eine Preisliste), so dass die vorgeschlagene Preisliste ($PL_{Vorschlag}$) unterhalb der angepassten PL_{Ist}, aber oberhalb oder auf der PL_{Ziel} lag, um eine schrittweise Anpassung nach unten an die PL_{Ziel} zu erreichen.

b. Lag die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}) unterhalb der errechneten Preisliste ($PL_{Kalkuliert}$), wurde die Verbesserung der Preisliste aufgrund der Verbesserung der Kundeneigenschaften nachvollzogen. Die vorgeschlagene Preisliste ($PL_{Vorschlag}$) entsprach aber der nach oben angepassten (schlechteren) Preisliste der PL_{Ist}. Dies bedeutet, dass eine durch den Systemwechsel verbesserte Preisliste vom System nicht nachvollzogen wurde (und damit die zu tiefe Einstufung des Vertragskunden nicht korrigiert wurde).

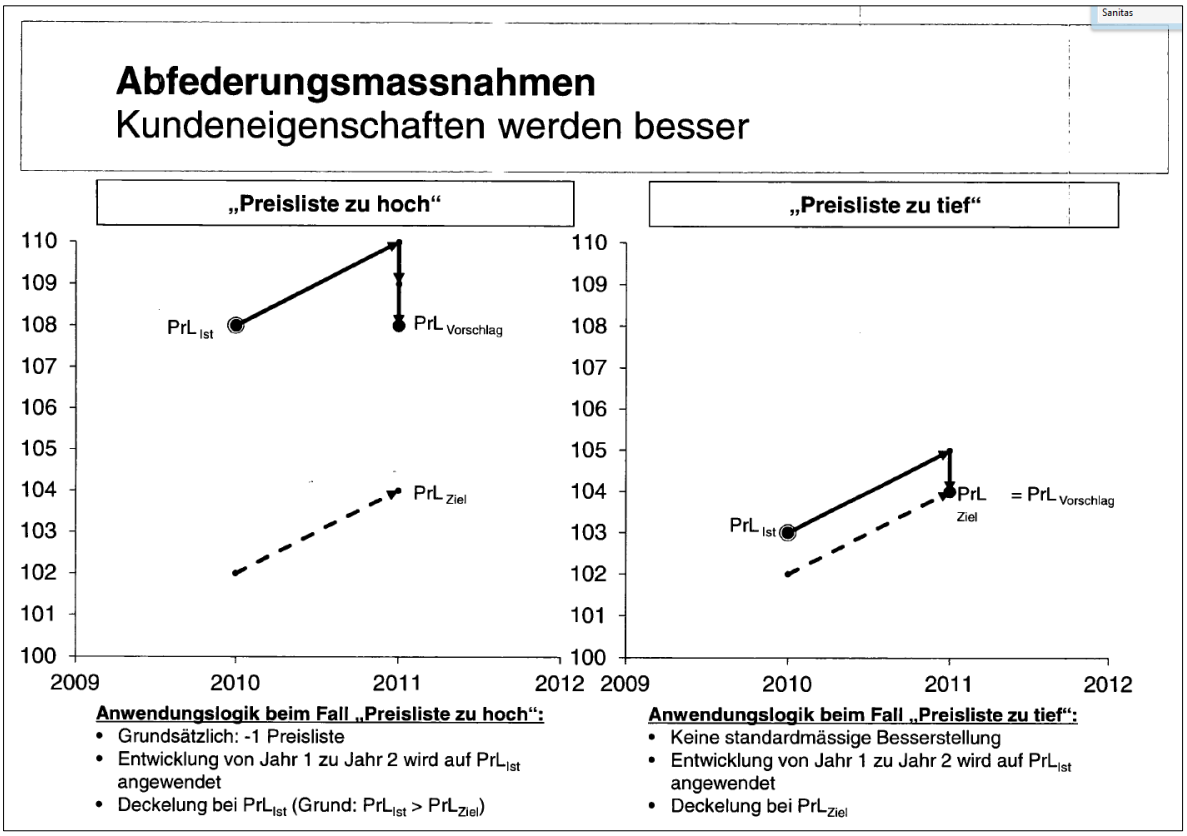


Abbildung 7: Preislistenvorschlag unter der Annahme «Verbesserung» (PL_{Ziel}>$PL_{Kalkuliert}$ [gestrichelte Linie][384])

233. Zusammenfassend bedeutet dies, dass aufgrund der vom System vorgeschlagenen Anpassungen diejenigen Vertragskunden, die aufgrund des Preissystems 2009 einen höheren Rabatt erhalten hatten, als sie im Preissystem CAPRI erhalten sollten, schrittweise durch Senkung der Rabatte an das Preissystem CAPRI herangeführt wurden. Demgegenüber wurden diejenigen Vertragskunden, die aufgrund des alten Preissystems tiefere Rabatte erhalten hatten, als sie mit dem neuen Preissystem erhalten sollten, grundsätzlich nicht an die höhere Zielpreisliste herangeführt. Dies galt unabhängig von der Entwicklung ihres Profils. Diese Kunden erhielten daher generell einen zu tiefen Rabatt und im Vergleich einen tieferen Rabatt als diejenigen Vertragskunden mit dem gleichen Profil, welche korrekt oder zu hoch eingestuft wurden.

234. Damit ist festzustellen, dass der Gleitpfad so ausgestaltet war, dass Vertragskunden unterschiedlich an die Zielpreisliste herangeführt wurden.

Vorbringen der Post

235. Die Post macht geltend, dass das Sekretariat den irreführenden Begriff des «Gleitpfads» geschaffen habe, um der Post vorzuwerfen, dieser sei einseitig ausgestaltet gewesen, was zu Ungleichbehandlungen von Vertragskunden geführt habe und dass diese Vorwürfe nicht haltbar seien.[385] Hierzu ist festzuhalten, dass sämtliche Beispiele in den Rz 229 ff. aus den internen Schulungsunterlagen der Post stammen. Die von der Post kritisierte andere Benennung des vorgefundenen Sachverhalts ändert aber an dessen Funktionsweise nicht. Die Post hatte den bereits im Antrag des Sekretariats als «Gleitpfad» benannten Anpassungsmechanismus als «sanfte Landung» bezeichnet.

236. Die Post bemängelt zudem, das Sekretariat verkenne, dass die Einführung von CAPRI ein Prozess gewesen sei, der sich über eine gewisse Zeit hinweg erstreckt habe und dass es unmöglich gewesen sei, alle Verträge auf den gleichen Zeitpunkt hin anzupassen.[386] Hierzu ist anzumerken, dass die Post nicht bestreitet, dass das Preissystem zumindest während der Übergangsfrist bis Ende August 2014 nicht einheitlich angepasst wurde. Kritisiert wurde hauptsächlich die Ungleichbehandlung bei der Anpassung, hingegen wurde offen gelassen, ob eine Übergangsfrist von mehr als drei Jahren als verhältnismässig im Hinblick auf die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung angesehen werden kann.

237. Hinsichtlich der unterschiedlichen Anpassungen (vgl. Rz 221 ff.) hält die Post fest, dass es auf eine theoretische, freilich falschverstandene «Asymmetrie» während der Übergangsphase gar nicht ankommen könne.[387] Es sei gemäss Aussagen der Post gar nicht nötig gewesen, Kunden während der Übergangsphase «von

[384] Hinweis zur rechten Seite der Grafik der Post bezüglich der Aussage «Preisliste zu tief»: In diesem Beispiel ist in der Ausgangslage die PL_{Ist} noch nicht zu tief, sondern erst im Vergleich zur neuen PL_{Ziel}, bevor die Verbesserung gegebenenfalls nachvollzogen wird.
[385] Act. 821 Rz 165.
[386] Act. 821 Rz 166.
[387] Act. 821 Rz 168.

unten» an eine höhere Zielpreisliste CAPRI heranzuführen, da Kunden nämlich ein direktes Interesse daran hätten, von der Post eine Vertragsverbesserung einzufordern.[388] Dies würde rationalem Kundenverhalten entsprechen, woraus im Effekt eine schrittweise Heranführung an die Zielpreisliste resultiere. Somit würde bei Verträgen mit einer negativen Abweichung die Anpassung der Verträge systemimmanent funktionieren, eine Abfederung sei nicht erforderlich gewesen.

238. Hierzu ist festzuhalten, dass Kunden eine höhere Zielpreisliste nur dann einfordern können, wenn sie feststellen können, dass sie in einer zu tiefen Zielpreisliste eingestuft wurden. Hierzu ist eine gewisse Transparenz des Preissystems notwendig, welche, wie nachfolgend gezeigt, nicht gegeben war. Da sich die Kunden, wie nachfolgend aufgezeigt, aufgrund der mangelnden Transparenz sowie daraus folgend der mangelnden Möglichkeiten mit der Post tatsächlich Verhandlungen zu führen, kaum gegen eine zu tiefe Preislisteneinteilung zur Wehr setzen konnten, kann die Post aus ihren theoretischen Überlegungen zu einem angeblich rationalen Verhalten der Vertragskunden nichts zu ihren Gunsten ableiten.

239. Hingegen müsste gemäss Post eine zu hohe Einstufung gegen den Willen des Kunden schrittweise angepasst werden, um dem Kunden eine «sanfte Landung» zu ermöglichen.[389] Das Übergangssystem habe sich gemäss Aussagen der Post insgesamt bewährt.[390] So behauptet die Post, dass Verträge mit negativer Abweichung im Effekt im gleichen Ausmass angepasst wurden wie zu hoch eingestufte Verträge. Die Post führt hierzu eine Grafik an (ohne allerdings deren Erstellungsgrundlage zu liefern), welche aufzeigen soll, dass die Verträge über die Zeitdauer von Juni 2011 bis August 2014 angepasst wurden.[391]

240. Damit bestätigt die Post, dass über einen längeren Zeitraum von Juni 2011 bis mindestens August 2014 eine Vielzahl von Verträgen bestand, welche nicht angepasst worden sind. Kommt erschwerend hinzu, dass dies Abweichungen zur PL_{Ziel} sind[392], also denjenigen Preislisten, die aufgrund der vom Kunden eingereichten Prognosen und den tatsächlichen Werten festgelegt wurden. In den Fällen, in denen eine Preisliste unter der PL_{Ziel} vereinbart wurde, kam daher eine zu tiefe Preisliste zur Anwendung, obwohl die Grundlagen für eine korrekte Einstufung vorgelegen hatten.

A.4.3.3.2 Anpassung der individuellen Rabattstruktur: Strukturkontrolle

241. Laut der Post gab es grundsätzlich jährliche Kundengespräche, jedoch konnte die Frequenz je nach Kunde variieren, wobei insbesondere der Bedarf und die Wünsche des Vertragskunden Einfluss gehabt hätten.[393] Dazu hätten die Kundenberater zur Vorbereitung die nachfolgend beschriebene Strukturkontrolle nutzen können.

242. Die Strukturkontrolle war jedoch vor allem ein Kontrollinstrument, welches auch unterjährig Abweichungen des Kundenverhaltens von den vereinbarten Parametern (Umsatz und Qualitätskriterien) erkannte und gegebenenfalls Massnahmen auslöste. Die Strukturkontrolle war laut Post ein wichtiges Element der Anwendung des neuen Preissystems.[394]

243. Laut Post wurden im Rahmen der Strukturkontrolle die prognostizierten und tatsächlichen Umsätze auf monatlicher Basis verglichen.[395] Habe sich drei Monate in Folge gezeigt, dass die zur Preislisteneinstufung festgelegten Parameter signifikant zu optimistisch oder pessimistisch gewesen sei, sei der Kundenberater oder die Kundenberaterin automatisch informiert worden, die exante Rabattierung mit dem betreffenden Kunden zu besprechen und den Vertrag gegebenenfalls neu zu verhandeln.

244. Gemäss internen Schulungsunterlagen der Post wurde die Strukturkontrolle für alle Kalkulationen durchgeführt, welche länger als 2 Monate aktiv waren.[396] Verglichen wurden die tatsächlichen für die Preislisteneinteilung relevanten Kennzahlen eines Kunden für die jeweils letzten 12 Monate mit den *vertraglich vereinbarten* Kennzahlen, welche Basis der vereinbarten Preisliste ($PL_{Vereinbart}$) eines Kunden bildeten.[397] Dazu wurde aus den tatsächlichen Kennzahlen eine sogenannte nachgeführte Preisliste ($PL_{Nachgeführt}$) berechnet. Die nachgeführte Preisliste setzte sich aus der auf Basis der Kennzahlen berechneten Preisliste zuzüglich bzw. abzüglich der Differenz zwischen vereinbarter Preisliste und Zielpreisliste beim letzten Vertragsschluss zusammen. In diesem Sinne waren «Eskalationen» und das Ausnützen der eigenen Kompetenz der Verkäufer wie bei der vereinbarten Preisliste mitberücksichtigt.[398] Die nachgeführte Preisliste wurde sodann mit der vereinbarten Preisliste verglichen, um zu beurteilen, ob die vereinbarte Preisliste dem Kundenprofil noch angemessen war oder angepasst werden musste.[399] Dies bedeutet, dass mit der Strukturkontrolle lediglich überprüft wurde, ob sich die beim Vertragsschluss geltenden Bedingungen relativ zum abgeschlossenen Vertrag inzwischen soweit verändert hatten, dass sich ein neuer Vertrag rechtfertigte. Die Strukturkontrolle sagt also nichts darüber aus, ob ein abgeschlossener Vertrag den Vorgaben des Preissystems CAPRI entsprach.

---

[388] Act. 821 Rz 169.
[389] Act. 821 Rz 170.
[390] Act. 821 Rz 171.
[391] Act. 821 Rz 172 Abbildung 5.
[392] Act. 838, S. 2.
[393] Act. 10, S. 2; Act. 704, S. 19 f., Ziff. 11; Bereits bei der Planung des Systems waren bis zum Eintritt eines Konkurrenten mit massgeblichen Marktanteilen jährliche Preisvereinbarungen vorgesehen: act. 432, Beilage 13a, S. 20.
[394] Vgl. Act. 27, S. 13, Ziff. 11 b.
[395] Act. 27, S. 13, Ziff. 11b und S. 16, Ziff. 13a.
[396] Act. 432, Beilage 13l, Folie 2.
[397] Act. 432, Beilage 13l, Folie 2.
[398] Act. 432, Beilage 13l, Folie 2 und 7; Die Berechnung hängt damit auch davon ab, welche Preisliste aufgrund der Plandaten tatsächlich vereinbart worden war. Bsp.: Aufgrund bestimmter Parameter wurde PL 5 mit dem Kunden vereinbart, obwohl streng nach CAPRI-Regeln PL 2 anwendbar gewesen. Ist nun aufgrund der Werte der vergangenen 12 Monate eine Verschlechterung der Parameter ersichtlich (- 1 Preisliste), so würde im System für $PL_{Nachgeführt}$ die PL 4 (und nicht PL 1) angezeigt. Im Gegensatz zeigte die $Preisliste_{Ziel\ neu}$ (siehe dazu hinten, Rz 281 ff.) aufgrund der aktuellen Versanddaten die Preisliste streng nach CAPRI-Regeln an (d. h. im Beispiel PL 1).
[399] Act. 27, S. 16, Ziff. 13b; Act. 95, S. 10, Ziff. 6.

245. Der Zusatzrabatt war nicht Teil der preislistenrelevanten Parameter und löste damit auch keine Strukturkontroll-Massnahmen aus. In der Präsentation der Post für Superuser vom 9. November 2011 wurde jedoch erwähnt, dass bei grösseren Abweichungen vom Standard-Wert von 2 % eine Überprüfung der Konditionen in Betracht gezogen werden sollte.[400]

246. Das System CAPRI gab für jeden der Vertragskunden basierend auf einer dreimaligen monatlichen Auswertung einen der nachfolgenden Status aus[401]:

Status Strukturkontrolle	Grund	Aktion notwendig?
[…]	$PL_{Nachgeführt}=PL_{Vereinbart}$	Nein
[…]	$PL_{Nachgeführt}>PL_{Vereinbart}$	Nein
[…]	$PL_{Nachgeführt}<PL_{Vereinbart}$	Ja, wenn Status Rot *drei Monate in Folge* auftritt
[…]	Bearbeitungsstatus vor weniger als 3 Monaten mutiert	Nein

Tabelle 17: Darstellung der Status der Strukturkontrolle

247. Sobald die nachgeführte Preisliste *3 Monate in Folge tiefer als die vertraglich vereinbarte Preisliste war (d. h. dreimal «[…]»)*, wurden die zuständigen Personen bei der Post automatisch per E-Mail informiert und zu einer Massnahme aufgefordert. Das heisst, dass der Kundenberater oder die Kundenberaterin bei dreimal […] in Folge im System tätig werden *musste*. Der Kundenberater bzw. die zuständige Person konnte dann entweder die Abweichung für die drei nächsten Monate akzeptieren oder eine Massnahme einleiten, jeweils mit Begründung. Der Status wechselte dann jeweils für drei Monate auf «[…]», bevor wieder die Status «[…]», «[…]» oder «[…]» angezeigt wurde. Ursprünglich betrug daher die Dauer nach einer Massnahme (Akzeptieren oder Neukalkulation) bis zu einer erneuten Massnahme-Aufforderung sechs Monate. Gegen Ende 2012 wurde diese Dauer auf vier Monate verkürzt, indem nach einer Massnahme der Status «[…]» nur noch einen Monat dauerte.[402]

248. Hingegen finden sich entgegen der Aussage der Post (siehe oben Rz 243) in den eingereichten Unterlagen keine Hinweise darauf, dass die anderen Status «[…]», «[…]» (und «[…]»), insbesondere auch eine mehr als dreimonatige Profilverbesserung eines Vertragskunden, eine Massnahme des Verkäufers auslösten und eine solche bedingt hätten.[403] In den Unterlagen finden sich zudem keine Vorgaben für die Kundenberater, wann sie eine Massnahme durchführen mussten; es lag daher in ihrem Ermessen, eine entsprechende Massnahme durchzuführen. Entschied sich ein Verkäufer, eine Massnahme durchzuführen, erfolgte eine Neukalkulation der Preisliste.

249. Der Preislistenvorschlag bei der Neukalkulation entsprach dabei nicht einfach der nachgeführten Preisliste, sondern wurde grundsätzlich entsprechend den oben beschriebenen Regeln und Abfederungsmassnahmen des Gleitpfads (Rz 221 ff.) durchgeführt. Das heisst, das System berücksichtigte die aktuelle Preisliste (PL_{Ist}), die Ziel-Preisliste (PL_{Ziel}), sowie die Entwicklung des Kundenprofils.[404] Daraus ergab sich ein neuer Vorschlag des CAPRI-Systems als Vorgabe für den Kundenberater. Er konnte jedoch davon abweichen und grundsätzlich einen anderen Vertrag abschliessen. Der Vorschlag wurde auf den 1. Januar 2015 abgeschafft (vgl. Rz 222).

250. Die Strukturkontrolle wurde in der beschriebenen Art und Weise bis Ende 2014 angewandt. […].[405]

251. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Post die Strukturkontrolle so ausgestaltet hatte, dass die Kundenberater nur bei Verschlechterungen eines Vertragskunden benachrichtigt wurden und tätig werden mussten, hingegen nicht bei einer Verbesserung des Profils eines Vertragskunden. Weiter konnten die Kundenberater selbst entscheiden, ob und wann sie eine Neukalkulation der Konditionen vornahmen. Zudem kamen auch bei der Strukturkontrolle zur Bestimmung der Preisliste für den Vertragskunden die Regeln des Gleitpfads zur Anwendung, wonach eine ursprünglich zu schlechte Preisliste nicht automatisch korrigiert wurde (vgl. vorne, Rz 221 ff.).

252. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Strukturkontrolle ist zu beachten, dass die Kundenberater über einen grossen Handlungsspielraum verfügten und die Anpassungen insbesondere sehr unterschiedlich schnell vorgenommen wurden (vgl. hinten, Rz 278 ff.).

[400] Act. 433, Beilage 13o, Folie 18.
[401] Act. 432, Beilage 13l, Folie 12; Act. 433, Beilage 13o, Folie 20.
[402] Act. 432, Beilage 13k, Folie 26.
[403] Act. 432, Beilage 13l, Folie 11–13; Act. 433, Beilage 13o, Folie 20 f. sowie Folien 24 und 27 (unter Grafik).
[404] Vgl. act. 432, Beilage 13o, Folien 24–29.
[405] Dabei gab es die folgenden Änderungen (act. 704, S. 31, 38–40 und 42): […].

A.4.3.3.3 Anwendung des Preissystems durch die Kundenberater (Preislisteneinteilung)

253. Da die Kundenberater zusätzlich zu den verschiedenen Systemvorgaben des Preissystems CAPRI die Möglichkeit hatten, Verträge zu vereinbaren, welche vom Preislistenvorschlag ($PL_{Vorschlag}$) abwichen, wurde zudem untersucht, wie sich die Kundenberater hinsichtlich der Preislisteneinstufung tatsächlich gegenüber den Vertragskunden verhielten und welche Preislisten sie tatsächlich mit den Kunden vereinbarten.

a) Preissetzungsspielräume und deren Ausnutzung durch die Kundenberater

254. Im Rahmen der individuellen Preisverhandlungen mit den Kunden hatten die Kundenberater der Post gestützt auf die internen Vorgaben der Post je nach aktueller Kundensituation die Möglichkeit, vom Vorschlag des Systems auf die nächst bessere oder eine schlechtere Preisliste auszuweichen.[406] Im Gegensatz zum früheren Preissystem 2009 gab es aber keine Rabattrichtlinien mehr, d. h. die Auswahl der definitiven Preisliste lag vorbehältlich der Zustimmungserfordernisse von Vorgesetzen in der Kompetenz des Kundenberaters oder der Kundenberaterin.[407]

255. Darüber hinaus hatten die Kundenberater mit Zustimmung der übergeordneten Hierarchieebenen die Möglichkeit, ihren Kunden noch bessere Rabattlisten zu gewähren.[408] […] Im Projektantrag wurde zur Eskalation zusätzlich ausgeführt: «Obwohl feste Regeln zur Preislistenzuordnung definiert sind, können dem Kunden davon abweichende Preislisten angeboten werden, um auch Einflüsse zu berücksichtigen, die heute noch nicht integraler Bestandteil des Preissystems sind. Über einen definierten Eskalationsprozess ist jedoch sicher gestellt, dass die Abweichungen nur durch entsprechende Instanzen frei gegeben werden können und einer Preiserosion vorgebeugt wird.»[409] Welche Einflüsse eine von der Preislistenzuordnung abweichende Preisliste rechtfertigen, war nicht dokumentiert.

256. Betreffend die Abweichungen von Preislisten nach unten wurden keine spezifischen Eskalationsprozesses seitens der Post implementiert.

b) Einstufung der Kunden bei Einführung des Preissystems CAPRI

257. Wie oben erwähnt (Rz 224), war vorgesehen, bei Einführung des Preissystems CAPRI auf den 1. April 2011 grundsätzlich von einer Preisliste auszugehen, welche zusammen mit dem Zusatzrabatt dem alten Rabatt entsprach. Abhängig von dieser Ausgangspreisliste und der Zielpreisliste, welche aufgrund der aktuellen Kundenangaben (Konditionenblatt) berechnet wurde, bestimmte das System einen Preislistenvorschlag (vgl. oben Rz 221 ff.).

258. Im Rahmen der Einführung des Preissystems CAPRI waren gemäss einer internen Erhebung der Post die Kundenberater dem oben beschriebenen Systemvorschlag zu [60-70] % gefolgt und zu [30-40] % von diesem Vorschlag abgewichen. [0-10] % ([10-20] Fälle) der Kalkulationen sind an den regionalen Verkaufsleiter (d. h. vereinbarte Preisliste = $PL_{Vorschlag}+2$) eskaliert worden. In [100-200] Fällen wichen die Kundenberater um eine Preisliste gegen oben ab. In [100-200] Fällen wichen die Kundenberater um mindestens eine Preisliste gegen unten ab, wobei die Abweichungen gegen unten absolut gesehen um [50-100] Preislisten grösser waren als die Abweichungen gegen oben, da die Herabstufungen im Gegensatz zu den Verbesserungen bis zu 5 oder mehr Preislisten betrugen (in solchen Fällen mussten die Kalkulationen postintern hierarchisch nicht eskaliert werden). Im Einzelnen ergab sich gemäss den internen Analysen der Post folgendes Bild:

[…]

Abbildung 8: […].[410]

259. Gemäss einer Präsentation in einem Projektausschussmeeting wurde mitgeteilt, dass der Verkauf seine «Kompetenz/Vorschlag» nicht nutzte, wobei an dieser Stelle die Aussage «Wenn der Umsatz schrumpft, gebe ich doch keine besseren Preise» zitiert wird.[411] Dies deutet darauf hin, dass bereits mit der Einführung des Systems die Kundenberater einen Preissetzungsspielraum hatten und wie nachfolgend aufgezeigt entsprechend zumindest teilweise vom Vorschlag abwichen, weshalb die Preislisteneinteilung nicht nach einheitlichen Grundsätzen erfolgte.

c) Überprüfung der Preislisteneinstufung im Gleitpfad bis Ende 2014

260. Das Preissystem CAPRI baute auf der Grundlage auf, dass die Preise eines Vertragskunden entsprechend seinem Versandverhalten zugewiesen werden sollten. Entsprechend sollte das System die Grundlage für die Gleichbehandlung der Vertragskunden bilden. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass das neue Preissystem einen Gleitpfad vorsah, um Vertragskunden, welche durch das Preissystem CAPRI einen Rabatt erhalten sollten, der im Vergleich zum Rabatt im Preissystem 2009 stark unterschiedlich war, schrittweise an ihre Zielpreisliste heranzuführen (vgl. Rz 229 ff.).

261. Die Auswertung basiert auf den Daten der Post, welche sie im Rahmen der Strukturkontrolle erfasste. Von der Strukturkontrolle erfasst wurden [1'000-2'000] Verträge im Zeitraum zwischen 1. Juni 2011[412] und 31. Dezember 2014[413].

262. Wie nachfolgend dargelegt wurde in der Untersuchung geprüft, ob die Preislisteneinteilung im Rahmen des Gleitpfads für die Vertragskunden einheitlich angewandt wurde. Dazu wurden für die genannte Zeitperiode für jeden Vertrag die Abweichungen zwischen der Ziel-Preisliste (PL_{Ziel}), welche vom System aufgrund der mit

[406] Act. 432, Beilage 13n, Folie 27; Act. 629, S. 2.
[407] Act. 432, Beilage 13n, Folie 27.
[408] Act. 433, Beilage 13s, Folie 77; Act. 432, Beilage 13n, S. 41 f.; Act. 433, Beilage 13q, S. 32 f.
[409] Act. 432, Beilage 13d, S. 5, Ziff. 3.3.
[410] Act. 601, Beilage 13/2, 3. PAS-Sitzung 2011, Präsentation Folie 41.
[411] Act. 601, 1. PAS-Sitzung 2011 vom 7.2.2016, Folie 30.
[412] Das Preissystem CAPRI trat bereits am 1. April 2011 in Kraft. Da die Strukturkontrolle erst ab dem 3. Monat angezeigt wurde, liegen die Daten der Strukturkontrolle erst ab 1. Juni 2011 vor.
[413] Ende des Gleitpfads und gleichzeitig von der Untersuchung erfassten Zeitperiode.

dem Kunden bei Vertragsschluss vereinbarten Ausprägungen streng nach CAPRI-Regeln bestimmt wird, und der mit dem Vertragskunden vereinbarten Preisliste ($PL_{Vereinbart}$) berechnet. Diese Abweichungen werden in Preislisten angegeben, wobei eine Preisliste einen Rabattunterschied zwischen 0.4 und 1.1 % ausmachen kann (vgl. hinten, Rz 137 f.). Für jede Abweichung eines Vertrags wird zudem angegeben, wieviele Monate sie Bestand hatte. Die Dauer gibt dabei Aufschluss darüber, ob die Verträge der Vertragskunden im Rahmen des Gleitpfads regelmässig schrittweise angepasst wurden. Bei Abweichungen des Vertragskunden von den vereinbarten Parametern war im Rahmen der Strukturkontrolle (vgl. Rz 247) grundsätzlich nach dreimaliger Abweichung in Folge eine Anpassung zu prüfen.

263. In den nachfolgenden Tabellen werden die Abweichungen der vereinbarten Preisliste von der Zielpreisliste (in Anzahl Preislisten) und die Dauer der Abweichung in Monaten für die jeweilige Anzahl der Verträge gegenübergestellt. Dabei stellt Tabelle 18 die Abweichungen von der Zielpreisliste gegen oben dar («zu hohe Rabatte», Tabelle 19 die Abweichungen von der Zielpreisliste gegen unten («zu tiefe Rabatte»). Zum Beispiel bedeutet der Wert [0-100] bei 16 Monaten und 3 Preislisten in Tabelle 18, dass bei [0-100] Verträgen eine Abweichung von drei Preislisten nach oben während mindestens 16 Monaten bestand. Pro Vertrag sind daher mehrere Abweichungen in der Tabelle enthalten, wenn die Konditionen während der Zeitperiode angepasst wurden[414].

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Monate	1	[600-700]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[600-700]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[500-600]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[400-500]	[200-300]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[300-400]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[300-400]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[300-400]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[300-400]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	16	[300-400]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	17	[300-400]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	18	[300-400]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

[414] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 2.

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	19	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	20	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	21	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	22	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	23	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	24	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	25	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	26	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	27	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	28	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	29	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	30	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	31	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	32	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	33	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	34	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	35	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	36	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	37	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	38	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	39	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	40	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 18: Anzahl positiver vertraglicher Abweichungen («zu hohe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung

		Negative Abweichung in Anzahl Preislisten				
		-1	-2	-3	-4	-5
Anzahl Monate	1	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	16	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	17	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	18	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	19	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	20	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	21	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	22	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	23	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	24	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	25	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	26	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	27	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	28	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	29	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	30	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	31	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	32	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	33	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	34	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	35	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	36	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	37	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	38	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	39	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	40	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 19: Anzahl negativer vertraglicher Abweichungen («zu tiefe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung

264. Aus den Tabellen ergibt sich zunächst, dass [60-70] % der während der Zeitperiode vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Dezember 2014 vereinbarten Preislisten von der Zielpreisliste abwichen, während [30-40] % mit ihr übereinstimmten. Die Differenz zur Zielpreisliste betrug bis zu 9 Preislisten gegen oben und fünf Preislisten nach unten. Weiter geht aus den Tabellen hervor, dass insgesamt [0-10] % der Vertragskonditionen bis zu sechs Monate in Kraft waren, [20-30] % zwischen sieben und zwölf Monaten, [20-30] % der Verträge zwischen 13 und

24 Monaten und [30-40] % mindestens 25 Monate. Werden nur diejenigen Verträge mit Abweichungen zur Zielpreisliste betrachtet, so hatten [0-10] % eine Laufzeit von einem bis sechs Monaten, [20-30] % von sieben und zwölf Monaten, [20-30] % von 13 und 24 Monaten und [30-40] % von mindestens 25 Monate. Der Anteil der Verträge mit einer Abweichung und einer Laufzeit von mindestens 13 Monaten an allen in dieser Zeitperiode geltenden Verträgen betrug dabei [30-40] % ([20-30] % mit einer Laufzeit von mindestens 25 Monaten). Selbst wenn man davon ausginge, dass eine Abweichung von einer Preisliste (gegen oben oder unten) sachlich gerechtfertigt werden könnte und Anpassungen nur jährlich erfolgten, ergeben sich noch hohe Anteile: [20-30] % aller in der untersuchten Zeitperiode geltenden Verträge waren solche mit mindestens zwei Preislisten Abweichung, welche 13 Monate oder länger in Kraft waren ([10-20] % mit einer Laufzeit von mindestens 25 Monaten).

266. Die grössten Abweichungen waren Abweichungen von der Zielpreisliste um neun Preislisten nach oben, wobei bei einem Vertrag während der Laufzeit von 43 plus 2 Monaten keinerlei Anpassungen vorgenommen wurden (Vertrag […]: Gemäss Charakteristika des Kunden hätte Preisliste 2 resultieren müssen und es wurde Preisliste 11 vereinbart), und in zwei Fällen eine Abweichung von fünf Preislisten nach unten, wobei in einem Fall ebenfalls innerhalb 42 plus 2 Monaten keinerlei Anpassungen vorgenommen wurden (Vertrag […]: Gemäss Charakteristika des Kunden hätte Preisliste 12 resultieren müssen und es wurde Preisliste 7 vereinbart).

267. Es ergibt sich somit, dass die Post bei vielen Vertragskunden zum Teil stark von der Zielpreisliste abwich und auch im Gleitpfad über längere Zeit keine Anpassungen der vereinbarten Preislisten an die Zielpreislisten vornahm.

Vorbringen der Post

268. Die Post führt hierzu aus, dass die von der WEKO zitierte Folie lediglich eine Momentaufnahme darstellen würde, die unmittelbar nach Einführung vom Preissystem CAPRI, nämlich nur einen Monat später, aufgenommen wurde.[415] Aus der Folie könne lediglich entnommen werden, dass per 4. Mai 2011 Kundenberater von ihren Kompetenzen Gebrauch gemacht hatten, vom Preislistenvorschlag des Systems abzuweichen. Gemäss Post lässt sich hieraus nicht ablesen, ob Kunden im Rahmen der Einführung des Preissystems CAPRI diskriminiert wurden.[416] Gemäss Meinung der Post hätte hierzu geprüft werden müssen, weshalb es zu Abweichungen vom Vorschlag kam, wie lange diese Abweichungen Bestand hatten und ob die Einteilung in der Folge verändert wurde.

269. Hierzu ist festzuhalten, dass im Rahmen der vorliegenden Verfügung eine Gesamtbetrachtung des Preissystems CAPRI durchgeführt wird, um beurteilen zu können, ob ein kartellrechtswidriges Verhalten der Post vorliegt. Hierzu ist es notwendig, die einzelnen Elemente des Preissystems CAPRI zu verstehen und zu beschreiben. Die Post kann daher aus den einzelnen Sachverhaltselementen, wobei sie den Gesamtzusammenhang ignoriert, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

270. Die Post bringt weiter vor, dass sich das Sekretariat mit dem Mass der vermeintlichen Abweichungen während der Übergangsphase nicht auseinandergesetzt habe und führt eine Grafik an, aus welcher die Verteilung der Rabattdifferenz während der Übergangsphase zwischen der vereinbarten Preisliste und der Zielpreisliste pro Vertrag sowohl für die Verträge mit einer positiven als auch einer negativen Abweichung abgebildet worden sind.[417] Hierbei kommt die Post zu dem Schluss, dass während der Übergangsphase bei über [40-50] % der Verträge gar keine Differenz zur Zielpreisliste bestand.[418] Im positiven Fall betrug die absolute Abweichung gemäss Berechnungen der Post 1.6 %. Nur [0-10] % der Kunden hätten einen Rabatt erhalten, der absolut mehr als 3.2 % über demjenigen der Zielpreisliste lag. Bei Kunden unter Ziel betrug die Abweichung gemäss Berechnungen der Post im Durchschnitt absolut -0.9 % wobei nur [0-10] % der Kunden einen Rabatt erhalten hätten, der mehr als 2 % von der Zielpreisliste abgewichen sei.

271. Die von der Post gewählte Darstellung der Zahlen entspricht im Wesentlichen denjenigen, welche das Sekretariat für Tabelle 18 und Tabelle 19 verwendet hatte. So kommt die WEKO zum Schluss, dass lediglich [30-40] % der Verträge mit der Zielpreisliste übereinstimmen, während die Post gemäss ihren Berechnungen auf knapp über [40-50] % kommt. Berücksichtigt man bezugnehmend auf Abbildung 4, dass eine Abweichung von 1.6 % eine Abweichung von mehr als drei Preislisten darstellen kann, so wird ersichtlich, dass es sich im Wesentlichen um dieselben Berechnungen handelt. Die Post versucht diese Abweichungen dahingehend zu minimalisieren, als sie versucht diese als unwesentlich abzutun und schlussfolgert, dass belegt sei, dass es während der Übergangsphase zu keinen starken Abweichungen von der jeweiligen Zielpreisliste gekommen sei.[419] Damit bestätigt sie aber gleichzeitig im Wesentlichen die Berechnungen des Sekretariats und die Tatsache, dass es zu entsprechenden Abweichungen gekommen ist.

272. Die Post bemängelt zudem, dass die Aufstellungen in Tabelle 18 und Tabelle 19 den Zeitverlauf nicht darstellen würden bzw. Abweichungen zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten vermischen würden, so dass aus den beiden Tabellen letztlich nur die Erkenntnis gewonnen werden könne, dass es mehr kurz andauernde als lang andauernde Abweichungen gab und dass die Abweichungen zum überwiegenden Teil nur eine Preisliste betrugen.[420] Es sei daher nicht nachvollziehbar, wie das Sekretariat zum Schluss gelangen könne, dass Kundenberater über längere Zeit keine Anpassungen der vereinbarten Preislisten an die Zielpreislisten vorgenommen hätten.[421]

[415] Act. 821 Rz 174.
[416] Act. 821 Rz 175.
[417] Act. 821 Rz 177.
[418] Act. 821 Rz 179.
[419] Act. 821 Rz 181.
[420] Act. 821 Rz 183.
[421] Act. 821 Rz 184.

273. Hierzu ist anzumerken, dass Tabelle 18 und Tabelle 19 aufzeigen, wie viele Monate die einzelnen Abweichungen gedauert haben. Da immerhin [100-200] Verträge während der gesamten Betrachtungsdauer von 43 Monate eine konstante Abweichung der vereinbarten Preisliste zur Zielpreisliste aufwiesen und daher nicht der Zielpreisliste angepasst wurden, ist erkennbar, dass Kundenberater über längere Zeit keine Anpassung der vereinbarten Preisliste an die Zielpreisliste vorgenommen haben. Es ist zwar korrekt, dass in Tabelle 18 und Tabelle 19 keine Unterscheidung nach der Inbetriebsetzung der einzelnen Verträge vorgenommen wurde. Dennoch kann hieraus abgelesen werden, in welchem Zeitraum die Post – unabhängig von ihrem Gleitpfad – bei einzelnen Verträgen Vertragsanpassungen bei Abweichungen durchgeführt hat.

274. Die Post versucht mit einer sehr groben Darstellung mittels Boxplot-Analyse zu zeigen, dass es während der Übergangsphase «auf beiden Seiten» zu immer weniger Rabattabweichungen kam.[422] Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die von der Post in Prozentpunkten dargestellten Abweichungen nach wie vor als sehr hoch anzusehen sind, wenn diese in Preislisten umgerechnet werden. So muss der Boxplot für 2014 in Abbildung 7 der Eingabe der Post so interpretiert werden, dass (abgesehen von den «Ausreissern») [20-30] % der Vertragskunden einen Rabatt erhalten haben, der in etwa 1.7 % bis 3.9 % über dem Zielrabatt lag und [20-30] % der Vertragskunden einen Rabatt erhalten haben, der zwischen ca. 0 % und 2 % unterhalb des Zielrabatts lag. Rechnet man diese prozentualen Abweichungen anhand der Daten von Abbildung 4 in Preislisten um, so betragen die Abweichungen nach oben zwischen bis zu 2 und 6 Preislisten und die Abweichungen nach unten bis zu 3 Preislisten. Gemäss der Darstellung der Post wären die Abweichungen zwar ein wenig zurückgegangen, dennoch sind die Abweichungen der jeweils vereinbarten Preislisten zu den Zielpreislisten – von denen gemäss Boxplot mindestens [50-60] % der Kunden betroffen sind – nach wie vor sehr hoch. Zudem widerspricht die Darstellung in keiner Weise dem vom Sekretariat erhobenen Sachverhalt.

275. Die Post bemängelt zudem, dass das Sekretariat für seine Analyse geprüft habe, ob die vereinbarten Preislisten den Zielpreislisten entsprechen würden.[423] Dies sei methodisch falsch, da die Post das Ziel einer sanften Landung verfolgt habe und die Zielpreisliste erst nach Ablauf der Übergangsphase zu erreichen gewesen sei. Um die Einhaltung vom Preissystem CAPRI zu prüfen, müsse die vereinbarte Preisliste daher mit dem Preislistenvorschlag verglichen werden und dann untersucht werden, ob der Kundenberater bei Abweichungen von der Vorschlagspreisliste, dazu wegen individueller Prognosewerte des Kunden und/oder im Rahmen einer sanften Landung auf das Preissystem CAPRI berechtigt war.[424] Die Post hat daher die Tabellen neu berechnet, indem sie die vereinbarte Preisliste mit dem Preislistenvorschlag verglichen hat.[425] Die von der Post ermittelten Abweichungen zwischen Preislistenvorschlag und vereinbarter Preisliste werden in den nachfolgenden beiden Tabellen dargestellt.

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Monate	1	[300-400]	[300-400]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[300-400]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[200-300]	[200-300]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

[422] Act. 821 Rz 185 f.
[423] Act. 821 Rz 191 f.
[424] Act. 821 Rz 193.
[425] Act. 821 Rz 194.

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	12	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[200-300]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	16	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	17	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	18	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	19	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	20	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	21	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	22	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	23	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	24	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	25	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	26	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	27	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	28	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	29	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	30	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	31	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	32	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	33	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	34	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	35	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	36	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	37	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

		Positive Abweichung in Anzahl Preislisten									
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
	38	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	39	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	40	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 20: Anzahl positiver vertraglicher Abweichungen («zu hohe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung zwischen Preislistenvorschlag und vereinbarter Preisliste

			Negative Abweichung in Anzahl Preislisten				
		-1	-2	-3	-4	-5	-6
Anzahl Monate	1	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	2	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	3	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	4	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	5	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	6	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	7	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	8	[100-200]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	9	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	10	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	11	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	12	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	13	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	14	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	15	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	16	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	17	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	18	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	19	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	20	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	21	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	22	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	23	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	24	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	25	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	26	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	27	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	28	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	29	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	30	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	31	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	32	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	33	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	34	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

		Negative Abweichung in Anzahl Preislisten					
		-1	-2	-3	-4	-5	-6
	35	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	36	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	37	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	38	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	39	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	40	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	41	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	42	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]
	43	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 21: Anzahl negativer vertraglicher Abweichungen («zu tiefe Rabatte») in Monaten pro Ausmass der Abweichung zwischen Preislistenvorschlag und vereinbarter Preisliste

276. Aus diesen Tabellen (Tabelle 20 und Tabelle 21) schliesst die Post, dass die Abweichungen erheblich geringer ausfallen und bei über [90-100] % der Fälle die jeweils vereinbarte Preisliste während der Übergangsphase um höchstens eine Preisliste vom Vorschlag abwich.[426]

277. Hierzu ist anzumerken, dass die Abweichungen zwischen Preislistenvorschlag und tatsächlicher Preisliste geringer ausfallen als die Abweichungen zwischen Zielpreisliste und tatsächlicher Preisliste. Ob und inwieweit die Übergangsphase allerdings als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung der Kunden der Post herangezogen werden kann, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung und nicht der Sachverhaltsermittlung.

d) Anpassung der Preislisten an veränderte Versandparameter eines Vertragskunden im Rahmen der Strukturkontrolle

278. Wie oben erwähnt (Rz 260), sollte das System zu einer Gleichbehandlung der Vertragskunden führen. Neben dem Gleitpfad spielte dabei die Strukturkontrolle eine wichtige Rolle, welche bei Abweichungen des Vertragskunden von den vereinbarten preislistenrelevanten Versandwerten (vgl. Rz 241 ff.) zur Anwendung kam. Dabei musste ein Kundenberater oder eine Kundenberaterin tätig werden (die Abweichung akzeptieren oder eine Massnahme ergreifen), wenn drei Monate in Folge eine Abweichung nach unten bestand. Bei einer Verbesserung war demgegenüber kein notwendiger Prozess vorgesehen.

279. Im Zusammenhang mit der Strukturkontrolle wird nachfolgend untersucht, inwiefern und wie schnell die Preislisten bei solchen Abweichungen des Vertragskunden durch die Post tatsächlich angepasst wurden. Zu diesem Zweck wird die in den Strukturkontrolldaten der Post vorhandene Grösse «Abw. PrL» (Abweichung von der Preisliste) untersucht. Diese gab an, ob sich für die Einstufung der Preisliste eine Änderung ergeben hatte, die zu einer Neueinstufung hätte führen müssen. Nachfolgend ist die Anzahl Abweichungen im Verhältnis zu der Anzahl aufeinanderfolgender Monate, in welchen eine solche Abweichung entstand, aufgeführt. Dabei bedeutet zum Beispiel der Wert [100-200] in der Spalte bei acht Monaten, dass in [100-200] Fällen eine Abweichung eines Vertragskunden von seinen vereinbarten Werten über genau acht Monate hinweg bestand[427].

Monate	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Anzahl Abweichungen	[600-700]	[600-700]	[400-500]	[500-600]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]

Monate	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

[426] Act. 821 Rz 196.
[427] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 3.

Monate	19	20	21	22	23	24	25	26	27
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	28	29	30	31	32	33	34	35	36
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	37	38	39	40	41	42	43
Anzahl Abweichungen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 22: Anzahl Abweichungen je Dauer nach Monaten

280. Wäre die Strukturkontrolle von den Kundenberatern berücksichtigt worden, so hätten nach mindestens dreimonatiger Abweichung innerhalb von rund 6 Monaten oder spätestens bei den jährlichen Anpassungen nach 12 Monaten Vertragsänderungen resultieren müssen. Von allen mindestens dreimonatigen Abweichungen dauerten [30-40] % länger als sechs Monate und [10-20] % länger als 12 Monate.

281. War ein Vertragskunde beim letzten Vertragsschluss durch die Post nicht in die $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$[428] eingeteilt worden, so konnte es vorkommen, dass preislistenrelevante Abweichungen des Vertragskunden von den vereinbarten Werten dazu führten, dass die vereinbarte Preisliste nun derjenigen Preisliste entsprach, welche dem Vertragskunden streng nach CAPRI-Regeln aufgrund seiner aktuellen tatsächlichen Versandwerte zuzuteilen gewesen wäre. Diese Preisliste wurde als $\text{Preisliste}_{\text{Ziel neu}}$[429] bezeichnet und im Informatiksystem der Post ausgewiesen. Führte eine preislistenrelevante Abweichung, welche in der Strukturkontrolle angezeigt wurde, somit zu einer Übereinstimmung der $\text{Preisliste}_{\text{Vereinbart}}$ mit der $\text{Preisliste}_{\text{Ziel neu}}$, so war die Strukturkontrollanzeige «unberechtigt», da der Vertragskunde entsprechend seiner aktuellen Versandeigenschaften in der «richtigen» Preisliste eingestuft war.

282. Als Beispiel kann ein Fall angeführt werden, in welchem mit dem Kunden die Preisliste 403 (d. h. die 3. Preisliste im Segment 4 [Infopost]) vereinbart wurde, obwohl vom System die Preisliste 402 (Zielpreisliste) berechnet wurde. Sobald sich die für den Kunden relevanten Parameter ändern und das System für ihn beispielsweise neu die Preisliste 403 ($\text{Preisliste}_{\text{Ziel neu}}$) berechnet, so schlägt die Strukturkontrolle an, obwohl die vereinbarte Preisliste nun mit der $\text{Preisliste}_{\text{Ziel neu}}$ übereinstimmt (vgl. Berechnungsgrundlage gemäss Rz 243). Die Strukturkontrolle hätte «unberechtigterweise angeschlagen». Wäre im obigen Beispiel dagegen die durch das System berechnete Zielpreisliste neu auf 401 gesunken, so hätte die Strukturkontrolle «berechtigterweise angeschlagen».

283. Nachfolgend wird daher für die in Tabelle 23Tabelle 22 angegebenen Abweichungen aufgezeigt in wie vielen Fällen die Strukturkontrolle berechtigterweise angeschlagen hat[430]:

Monate	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[500-600]	[500-600]	[300-400]	[500-600]	[100-200]	[100-200]	[100-200]	[0-100]	[0-100]

Monate	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

[428] Preisliste, die streng nach CAPRI-Regeln für die *vereinbarten* Werte galt.

[429] Act. 432, Beilage 13k, Folie 25; Der Unterschied zur $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$ bestand darin, dass die $\text{Preisliste}_{\text{Ziel neu}}$ nicht aufgrund der vereinbarten, sondern aufgrund der *aktuellen Werte* der letzten 12 Monate ausgehend vom Strukturkontrollmonat berechnet wurde. Die $\text{Preisliste}_{\text{Ziel neu}}$ entsprach von den Berechnungsgrundlagen her damit der $\text{Preisliste}_{\text{Nachgeführt}}$ (vgl. Rz 244), wobei letztere jedoch eine allfällige Differenz zwischen vereinbarter Preisliste und Zielpreisliste berücksichtigte.

[430] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 3.

Monate	19	20	21	22	23	24	25	26	27
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	28	29	30	31	32	33	34	35	36
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Monate	37	38	39	40	41	42	43
Berechtigte Strukturkontrollanzeigen	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]	[0-100]

Tabelle 23: Anzahl berechtigte Strukturkontrollanzeigen nach Anzahl Monaten

Gesamt		≥ 6 Monate	
Strukturkontrolle berechtigt	Strukturkontrolle unberechtigt	Strukturkontrolle berechtigt	Strukturkontrolle unberechtigt
[2'000-3'000]	[300-400]	[700-800]	[0-100]
[90-100] %	[0-10] %	[80-90] %	[10-20] %

Tabelle 24: Zusammenfassende Darstellung der berechtigten und unberechtigten Strukturkontrollen in absoluten Zahlen und in Prozent

284. Die obige Tabelle zeigt, dass die Strukturkontrolle aufgrund der Abweichung der vereinbarten Preisliste mit der vom System vorgeschlagenen Preisliste insgesamt in über [90-100] % der Fälle und bei denjenigen Abweichungen, die sechs Monate oder länger gedauert haben in über [80-90] % der Fälle die Strukturkontrolle zu Recht angeschlagen hat und der Kundenberater oder die Kundenberaterin grundsätzlich ab dreimonatigen Abweichungen hierauf mit einer Vertragsanpassung hätte reagieren müssen.

285. Wäre die Strukturkontrolle von den Kundenbertern berücksichtigt worden, so hätten nach mindestens dreimonatiger Abweichung innerhalb von rund 6 Monaten oder spätestens bei den jährlichen Anpassungen nach 12 Monaten Vertragsänderungen resultieren müssen. Von allen mindestens dreimonatigen berechtigten Abweichungen dauerten aber [30-40] % länger als 6 Monate und [10-20] % länger als 12 Monate.

286. Dies zeigt, dass die Kundenberater die Strukturkontrolle in vielen Fällen «ignoriert» und die Verträge nicht angepasst haben und das System in diesem Sinn uneinheitlich angewandt wurde.

Vorbringen der Post

287. Die Post bringt vor, dass es falsch sei, dass die Strukturkontrolle einseitig ausgestaltet gewesen und dadurch die Kunden in vielen Fällen «ignoriert» worden seien.[431] Die Post begründet dies damit, dass die Kundenberater sowohl bei positiver (mit einer gelben Farbe) als auch bei einer negativen (mit einer roten Farbe) auf die Kundenentwicklung hingewiesen wurden. Bei einer negativen Abweichung erhielten die Kundenberater zudem eine Mail, die diese quittieren mussten.[432] Die Post gibt weiter an, dass die Strukturkontrolle lediglich ein Hilfsmittel gewesen sei und die Kundenberater keine Pflicht gehabt hätten, den Vertrag anzupassen.[433] Die Post ist zudem der Meinung, dass ein direkter Vertragsanpassungs-Automatismus einem Prognosesystem fremd sei und zu systematisch falschen Einstufungen der Kunden führen würde.

288. Die Post bestätigt damit die Ausführungen des Sekretariats, wonach sich die Benachrichtigung der Kundenberater bei positiven und negativen Abweichungen unterschieden haben. Die Post führt weiter aus, dass für die Kundenberater keine Notwendigkeit bestanden habe einzugreifen, auch wenn Verträge der Kunden nicht mehr gerechtfertigt gewesen seien, weil sich ihr Versandverhalten verändert habe.

[431] Act. 821 Rz 200.
[432] Act. 821 Rz 202 f.
[433] Act. 821 Rz 204 f.

289. Wichtig ist anzumerken, dass es sich hierbei nicht um einen direkten Vertragsanpassungs-Automatismus handelte, wie dies die Post versucht auszuführen, sondern, dass die Strukturkontrolle erst nach […] Monaten angeschlagen hat. Alleine die Tatsache, dass die Post die Frist für die Strukturkontrolle von […] Monate reduziert hat (vgl. Rz 247), zeigt, dass gerade im Prognosesystem Fehlentwicklungen möglichst zeitnah zu korrigieren sind. Dies ist auch logisch, da auf diese Weise eine mögliche durch Prognosefehler entstandene Ungleichbehandlung korrigiert werden kann. Die Vorbringen der Post sind daher nicht beachtlich.

290. Die Post stellt weiter graphisch dar, dass Kundenberater sowohl Vertragsanpassungen bei positiver als auch bei negativer Vertragsentwicklung vorgenommen hätten.[434]

291. Diese Ausführungen sind für die Beurteilung des an den Tag gelegten Sachverhalts kaum relevant, da hieraus keinerlei Aussagen betreffend die Anzahl der angepassten Verträge im Verhältnis zu den Verträgen, die gemäss Preissystem hätten angepasst werden müssen, getroffen wurden. Zudem sagen diese Zahlen auch nichts über die Qualität der Anpassungen aus. Aus der Grafik kann lediglich abgeleitet werden, dass Anpassungen stattgefunden haben. Dies vermag allerdings die ermittelten Ungleichbehandlungen weder zu erklären noch diese zu rechtfertigen.

292. Die Post bringt weiter vor, dass das Sekretariat die angeblichen Abweichungen von der Strukturkontrolle nie quantifiziert habe, weshalb man Rabattdifferenzen aufgrund der Strukturkontrolle vergeblich suche.[435] Mittels einer Grafik versucht die Post alsdann darzustellen, dass die Rabattdifferenzen, die aus den angeblich «ignorierten» Abweichungen bei positiver und negativer Kundenentwicklung resultierten, minimal waren.[436] Die Post schliesst aus ihren Berechnungen, dass bei über [90-100] % aller Abweichungen der Rabattunterschied zwischen plus/minus 1%-Punkte gelegen hätten. Die durchschnittliche negative Abweichung hätte bei -0.4 % und die durchschnittliche positive Abweichung bei 0.5 % gelegen, womit die Abweichungen insgesamt bei gerade einmal 0.1 % gelegen hätten.

293. Hierzu ist anzumerken, dass die von der Post vorgenommenen Berechnungen nicht substanziiert wurden und damit nicht nachvollziehbar sind. Zudem muss beachtet werden, dass diese Abweichungen nur denjenigen Teil der Abweichungen betrifft, der darauf zurückzuführen ist, dass die Kundenberater aufgrund der Strukturkontrolle keine Anpassungen vorgenommen haben. Grundsätzlich müssten die Abweichungen zudem in Preislisten und nicht in Prozentpunkten ausgedrückt werden. Die von der Post vorgenommene Aufrechnung der positiven und negativen Abweichungen ist ohnehin falsch, da hieraus nur abgeleitet werden kann, dass sich die einzelnen Ungleichbehandlungen unter dem Strich weitgehend egalisiert haben. Das bedeutet aber nichts anders, dass Kunden in ähnlichem Umfang schlechter gestellt wurden, wie andere Kunden besser gestellt wurden. Über die Anzahl der Kunden die auf diese Weise diskriminiert wurden und in welchem Umfang die einzelnen Kunden diskriminiert wurden, lassen sich aus den von der Post errechneten Zahlen keine Aussagen treffen.

294. Die Post macht weiter geltend, dass die Strukturkontrolle lediglich ein Hilfsmittel gewesen sei und dass im Rahmen dieser Prüfung zahlreiche weitere Faktoren eine mitentscheidende Rolle gespielt hätten, welche vom Sekretariat nie untersucht worden seien.[437] Hierzu zählten, dass die Strukturkontrolle erst ab November 2011 kommuniziert worden sei und eine Sperrfrist im Hinblick auf die Umstellung des Systems zum ersten Januar 2015 für die Korrektur von falschen Parameterausprägungen sowie Verkaufsaufträge bestanden habe.[438] Letztere seien zentrale Anweisungen für sämtliche Kundenberater, die etwa lauteten: «zwingende Vertragsänderungen bei den CAPRI-Konditionen». Falls solche Verkaufsaufträge lanciert worden seien, hätten die Kundenberater Vertragsänderungen bis zum Stichtag solcher Verkaufsaufträge aufgeschoben, weshalb die Strukturkontrolle – gemäss Meinung der Post zu Recht – ignoriert worden sei, da somit Kundentermine eingespart werden konnten.[439]

295. Damit zeigt die Post nochmals auf, dass die Strukturkontrolle nicht konsequent umgesetzt wurde. Dennoch hat die Post die Reaktionsfrist für die Strukturkontrolle von sechs auf vier Monate herabgesetzt (vgl. Rz 247), womit sie grundsätzlich auf organisatorischer Ebene eine frühere Information und damit wohl eine schnellere Reaktionszeit seitens der Kundenberater umsetzen wollte. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zur Argumentation der Post, dass die Befolgung der Strukturkontrolle nicht zwingend gewesen sei. Die von der Post vorgebrachten Argumente sind daher im Rahmen einer möglichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Kunden zu würdigen.

296. Die Post macht zudem geltend, dass die Strukturkontrolle als Hilfsmittel funktioniert habe. So seien weniger als [10-20] % der Verträge nach zwölf Monaten unangepasst geblieben und die Abweichungen über die Zeit hätten rasch und stark abgenommen.[440] So seien lediglich [30-40] % der Verträge länger als sechs Monate nicht angepasst worden. Die Kundenberater hätten in solchen Fällen vielmehr eine Gesamtbeurteilung des jeweiligen Kunden vorgenommen und bewusst auf eine Anpassung verzichtet.[441] Dies versucht die Post anekdotisch zu belegen, indem sie Einzelfälle aufführt, weshalb die Kundenberater in einzelnen Fällen die Strukturkontrolle ignoriert haben.[442]

[434] Act. 821 Rz 206 f.
[435] Act. 821 Rz 208.
[436] Act. 821 Rz 209.
[437] Act. 821 Rz 213.
[438] Act. 821 Rz 214.
[439] Act. 821 Rz 215 ff.
[440] Act. 821 Rz 219 ff.
[441] Act. 821 Rz 222.
[442] Act. 821 Rz 211.

297. Damit belegt die Post ein weiteres Mal, dass die Kundenberater einen erheblichen Handlungsspielraum bei der Festlegung der Preislisten und damit der Konditionen der Kunden hatten. Sie konnten, wie dies die Post ausführt, ohne weiteres über längere Zeit und ohne Konsequenzen von den Vorgaben des Preissystems CAPRI abweichen. Die Post zeigt somit auf, dass Ungleichbehandlungen von Kunden im Rahmen des Preissystems CAPRI zumindest weitreichend toleriert wurden, indem dem Kundenberater weitgehende Freiheiten eingeräumt wurden, vom Preissystem CAPRI abzuweichen. Es ist daher lediglich zu prüfen, in wieweit die von der Post vorgebrachten Argumente als legitime Rechtfertigungsgründe herangezogen werden können.

e) Anpassung des Preissystems auf den 1. Januar 2015

298. Mit der Anpassung des Preissystems auf den 1. Januar 2015 hin änderte und präzisierte die Post auch die internen Prozesse und die Vorgaben an das Verkaufspersonal: […]

299. Die Zeitperiode ab 1. Januar 2015 ist nicht Untersuchungsgegenstand. Es kann aber immerhin festgehalten werden, dass die Post die internen Prozesse und die Vorgaben an das Verkaufspersonal im Hinblick auf eine einheitlichere Preislisteneinteilung angepasst hat.[443]

f) Entlöhnung der Kundenberater

300. Für das Preissystems 2009 wurde festgestellt, dass die Mehrheit der Abweichungen von der Bandbreite gegen unten war (vgl. Rz 170 und 174). Zudem hat die Post entgegen ihrer Erwartung bereits bei Einführung des Preissystems CAPRI Franken [7-8] Millionen weniger Rabatte gewährt als erwartet und damit ihren Umsatz entsprechend erhöht (vgl. Rz 257 f. und nachfolgend: Rz 479 f.). Nachfolgend wird daher untersucht, ob die Kundenberater einen Anreiz hatten, den Vertragskunden (eventuell in Abweichung zu den Vorgaben zum Preissystem CAPRI) möglichst tiefe Rabatte zu gewähren.

301. […].

302. Mit Schreiben vom 6. Mai 2016 reichte die Post ergänzende Angaben zur Entlöhnung der Kundenberater ab 2013 ein.[444] […].

303. Für Anstellungen […][445] galt […] für das Verkaufspersonal des mittleren […].

304. Im […] war der variable Lohnbestandteil […].

305. Damit zeigt sich, dass der überwiegende Teil der variablen Vergütung der Kundenberater von den realisierten Umsatzzielen bzw. EBIT abhing, so dass diese ein Interesse an einer Umsatzmaximierung bzw. Gewinnmaximierung hatten. Die Kundenberater hatten daher einen finanziellen Anreiz, zu einem hohen Umsatz respektive einem guten Ergebnis beizutragen. Neben der Vermarktung neuer Produkte und der Änderung der Produktstruktur konnte auch eine entsprechende für die Vertragskunden nachteilige Einstufung in die Preissysteme oder die Vermeidung des Abfliessens von Umsatz zur Konkurrenz dazu beitragen.

g) Fazit

306 Es hat sich gezeigt, dass bereits die erste Preislisteneinteilung in das Preissystem CAPRI nicht einheitlich vorgenommen wurde (Rz 257 ff.). Die vereinbarten Preislisten wichen teilweise stark von den errechneten Preislisten ab. Weiter hat sich ergeben, dass im Gleitpfad Anpassungen der Preislisten unterschiedlich schnell, und teilweise insbesondere nur sehr zögerlich oder gar nicht vorgenommen wurden (Rz 260 ff.). Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass im Rahmen der Anpassungen aufgrund des Gleitpfades in der Regel Anpassung von einer Preisliste vom System vorgegeben wurde. Da es aber in der Kompetenz der Kundenberater lag, um eine Preisliste nach oben oder unten abzuweichen, konnten sie den Gleitpfad ausser Kraft setzen, indem sie dem Kunden jeweils eine um eine Preisliste bessere Einstufung gewährten. Schliesslich wurden auch die aufgrund einer Änderung der preislistenrelevanten Versandwerte des Vertragskunden angezeigten Preislistenanpassungen aufgrund der vom System erhobenen Parameter (im Rahmen der Strukturkontrolle) nicht einheitlich durchgeführt, wobei für einen Teil der Vertragskunden die Anpassungen erst spät oder gar nicht vorgenommen wurden (Rz 278 ff.). Auch die Post bestätigt in ihren Eingaben, dass die Kundenberater weitreichende Möglichkeiten hatten, von den Vorgaben des Preissystems CAPRI abzuweichen. So gibt die Post verschiedentlich an, dass beispielsweise die Strukturkontrolle lediglich ein Hilfsmittel und nicht verbindlich gewesen sei (vgl. Rz 296).

307. Damit wurden Vertragskunden unterschiedlich eingestuft oder verharrten länger in einer falschen Preisliste, als dies die Post in ihren Richtlinien angab. Die Post gab sogar selbst in den Schulungsunterlagen an, dass eine Abweichung von der $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$ bedeutet, dass Vertragskunden mit gleicher Struktur unterschiedlich behandelt werden.[446] Entsprechend führten auch eine unterschiedliche Anwendung der Regeln von Gleitpfad und Strukturkontrolle im Zusammenhang mit Abweichungen von der Zielpreisliste dazu, dass die einzelnen Kunden der Post trotz vergleichbarer Eigenschaften in unterschiedliche Preislisten eingestuft wurden.

A.4.3.3.4 Ausgestaltung und Anwendung des Zusatzrabatts

308. Neben dem von der zugeteilten Preisliste abhängigen Rabatt war der rein umsatzabhängige Zusatzrabatt ein wichtiger Rabattbestandteil. Laut Angabe der Post sollte der Zusatzrabatt primär die Gleichbehandlung aller Vertragskunden sicherstellen, indem Abweichungen vom vereinbarten Umsatz durch eine Anpassung des Zusatzrabatts korrigiert werden sollten (vgl. Rz 148). In ihren Strategiedokumenten hinsichtlich der Einführung des Preissystems CAPRI sprach die Post allerdings auch davon, dass der Zusatzrabatt einen Anreiz setzen soll, das prognostizierte Volumen, das zur Preiskalkulation herangezogen wurde, auch tatsächlich zu erbringen.[447]

[443] Act. 704, Beilage 6, S. 13 und 27.
[444] Act. 704, S. 15–18 sowie Beilagen 9.1 bis 10.4.
[445] Zu Nachfolgendem Act. 704, S. 15 f. und Beilage 9.1–9.4.
[446] Vgl. Rz 358 (Act. 432, Beilage 13k, Folie 37).
[447] Act. 432, Beilage 13d, S. 5.

a) Gewährte Zusatzrabatte

309. Der Zusatzrabatt wurde von der Post aufgrund der tatsächlich realisierten Umsätze automatisch jeden Monat errechnet und bei der Rechnungsstellung beim Kunden berücksichtigt (zur Berechnung vgl. Rz 141 f.). Nachfolgend wird untersucht, wie oft und in welcher Höhe der Zusatzrabatt während der untersuchten Periode zur Anwendung kam. Dazu wird für jeden Vertrag pro Monat der Zusatzrabatt pro Rabattstufe (0 %, 1 %, 1.5 %, 2 %, 2.5 % oder 3 %) aus den von der Post gelieferten Daten entnommen. Bei Einhaltung der vereinbarten Umsätze sollte für den Vertragskunden insgesamt ein Rabatt von 2 % resultieren. Für die Auswertung wird nun aggregiert für alle Vertragskunden zunächst untersucht, wie oft jede Stufe des Zusatzrabatts zur Anwendung kam (ausgedrückt in Anzahl Monaten).

310. Wie in Tabelle 25 ersichtlich ist, hat die Auswertung der tatsächlichen Umsätze für den Zeitraum von April 2011 bis Dezember 2014 ergeben, dass der Zusatzrabatt in [11'-12'000] Monaten höher als 2 % ausfiel (d. h. 2.5 % oder 3 %), in [3'-4'000] Monaten genau 2 % entsprach, in [7'-8'000] Monaten positiv aber tiefer als 2 % ausfiel (1 % oder 1.5 %) und in [14'-15'000] Monaten kein Zusatzrabatt gewährt wurde (0 %).[448]

	Zusatzrabatt (Anzahl Monate)					
Rabattstufe	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
Anzahl Zusatzrabatte	[14'-15'000]	[3'-4'000]	[4'-5'000]	[3'-4'000]	[2'-3'000]	[9'-10'000]
Anteil Zusatzrabatte	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[20-30] %

Tabelle 25: Anzahl gewährte Zusatzrabatte pro Rabattstufe

311. Nachfolgend wird zusätzlich die über alle Vertragskunden aggregierte Summe der gewährten Zusatzrabatte in Franken im Zeitraum zwischen April 2011 und Dezember 2014 je Rabattstufe aufgeführt.

	Zusatzrabatt (Rabattsumme)					
Rabattstufe	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
Summe Zusatzrabatte	0	[4-5 Mio.]	[8-9 Mio.]	[8-9 Mio.]	[7-8 Mio.]	[30-40 Mio.]
Anteil Zusatzrabatte	0%	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %
Umsatz	[300-400 Mio.]	[400-500 Mio.]	[500-600 Mio.]	[300-400 Mio.]	[200-300 Mio.]	[500-600 Mio.]
Anteile Umsatz	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %	[20-30] %

Tabelle 26: Gewährte Zusatzrabattsumme pro Rabattstufe

312. Wird die gesamte Zusatzrabattsumme (aller Rabattstufen) in das Verhältnis zum Gesamtumsatz gesetzt, so resultiert ein durchschnittlicher Zusatzrabatt pro Monat im Betrachtungszeitraum von [1.5-2.5] %. Dieser Wert liegt somit nahe bei dem pro Vertragskunde bei Einhaltung der Prognose durch die Post vorgesehenen Wert von 2 %.

313. Die Auswertungen in Tabelle 25 und Tabelle 26 zeigen aber auf, dass ein grösserer Anteil der Zusatzrabatte respektive der Rabattsummen auf die hohen oder tiefen Rabattstufen entfiel. Dabei lagen [40-50] % der gewährten Rabatte gemessen am Umsatz auf der niedrigsten und höchsten Rabattstufe. Dies ist ein Indiz dafür, dass viele Vertragskunden im Versandverhalten starke Schwankungen haben, welche sich über den Zusatzrabatt entsprechend stark auf den Rabatt auswirken.

[448] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 4.

314. Die festgestellte, sehr häufig schwankende Höhe des Zusatzrabatts mit vielen sehr hohen und tiefen Werten ist ein Indiz dafür, dass der Zusatzrabatt eine starke Auswirkung hat und zur Ungleichbehandlung von Vertragskunden führen kann, worauf in Rz 331 ff. und Rz 352 ff. eingegangen wird.

b) Abweichungen zwischen tatsächlichen und vereinbarten Umsätzen *bei* Einführung von CAPRI

315. Wie oben erwähnt, war der vertraglich vereinbarte Prognoseumsatz laut Post zum einen für die Einstufung der Preisliste massgeblich[449] und bestimmte zum anderen, wie hoch der monatliche Zusatzrabatt aufgrund des tatsächlichen Versandvolumens ausfiel[450]. Der relevante Jahresumsatz wurde mit dem Kunden festgelegt. Sofern keine Gründe zur Abweichung bestanden, orientierte er sich am Vorjahresumsatz.

316. Daher wird nachfolgend geprüft, inwiefern die bei Einführung des Preissystems CAPRI herangezogenen und vereinbarten Umsätze den in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen.

317. Zunächst wurden die tatsächlichen früheren Umsätze mit den Umsätzen verglichen, welche die Post als Referenzgrösse berücksichtigte. Diese Referenzgrösse wird vorliegend entsprechend der Bezeichnung der Post in den durch diese eingereichten Daten als «Kundenumsatz Vorjahr» bezeichnet.[451] Für den Vergleich werden pro Kunde die Umsätze auf jährlicher Basis im vorhergehenden Preissystem 2009 bis zum 30. März 2011 mit dem «Kundenumsatz Vorjahr» verglichen. Für die Berücksichtigung der tatsächlichen früheren Umsätze wird dazu eine Spannbreite berechnet, indem auf monatlicher Basis im Zeitraum von Dezember 2008 bis März 2011 der gleitende Durchschnitt des Umsatzes vor Rabatt über ein Jahr gebildet wird, wobei die Minima und Maxima dieser jährlichen Umsätze die Spannbreite festlegen.

318. Die Auswertung für die unter CAPRI geschlossenen Einzelverträge[452] ergibt, dass die Post bei [50-100] Verträgen ([0-10] %) von einem «Kundenumsatz Vorjahr» ausging, der unterhalb der Spannbreite lag, bei [100-200] Verträgen ([10-20] %) von einem «Kundenumsatz Vorjahr» ausging, der oberhalb der Spannbreite lag und bei [300-400] Verträgen ([70-80] %) von einem «Kundenumsatz Vorjahr» ausging, der innerhalb der Spannbreite lag. Falls dem Wert «Kundenumsatz Vorjahr» die tatsächlichen Umsätze im letzten Jahr zugrunde lagen, dürften an sich keine Abweichungen vorliegen. Über die Gründe der Abweichungen liegen keine Angaben vor.

319. Weiter wird untersucht, ob die mit den Kunden *vereinbarten* Umsätze («Kundenumsatz Plan[453]») den früher tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen. Für die Berücksichtigung der tatsächlichen früheren Umsätze wird dazu eine Spannbreite berechnet, indem auf monatlicher Basis im Zeitraum von Dezember 2008 bis März 2011 der gleitende Durchschnitt des Umsatzes vor Rabatt über ein Jahr gebildet wird, wobei die Minima und Maxima dieser jährlichen Umsätze die Spannbreite festlegen.

320. Der Vergleich des «Kundenumsatzes Plan» mit der Spannbreite der jährlichen früheren Umsätze auf Monatsbasis ergibt, dass bei [0-50] Verträgen ([0-10] %) ein «Kundenumsatz Plan» festgelegt wurde, der unterhalb der Spannbreite lag, bei [100-200] Verträgen ([20-30] %) ein «Kundenumsatz Plan» festgelegt wurde, der oberhalb der Spannbreite lag und bei [300-400] ([60-70] %) ein «Kundenumsatz Plan» festgelegt wurde, der innerhalb der Spannbreite lag.

321. Insgesamt zeigt sich hierdurch, dass in vielen Fällen die in Betracht gezogenen Vorjahresumsätze sowie die vereinbarten Umsätze von den tatsächlichen vergangenen Umsätzen abwichen und die Kundenberater der Post die Kundenumsätze Plan im Vergleich zu den tatsächlich in den Vorjahren realisierten Umsätzen eher hoch ansetzten.

c) Abweichungen zwischen vereinbarten und tatsächlichen Umsätzen *nach* Einführung von CAPRI

322. Wie erwähnt, ist der vereinbarte Umsatz sowohl für die Preislisteneinteilung wichtig (zu Listenpreisen) als auch für die Berechnung des Zusatzrabatts. Eine akkurate Umsatzprognose und entsprechende Anpassungen sind daher für die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Vertragskunden wichtig. Nachfolgend wird daher zusätzlich zur Auswertung der erstmaligen Einstufung in CAPRI (vorstehend Rz 315 ff.) evaluiert, inwiefern in der untersuchten Zeitperiode die realisierten Umsätze von den vereinbarten Umsätzen im Zeitverlauf abwichen. Daraus lässt sich eine Tendenz erkennen, wie die vereinbarten Umsätze gesetzt wurden und wie mit Abweichungen im Zeitverlauf umgegangen wurde.

323. Für die Auswertung wird aufgrund der eingereichten Zahlen zur Strukturkontrolle[454] pro Monat der vereinbarte Jahresumsatz[455] mit dem gleitenden realisierten Jahresumsatz[456] des letzten Jahres vor dem Berichtsmonat verglichen. Dieser Vergleich wird für alle Verträge seit Einführung von CAPRI am 1. April 2011 bis zum 31. Dezember 2014 vorgenommen. Zur Veranschaulichung kann aus dem monatlichen Vergleich der Umsätze ein hypothetischer Zusatzrabatt berechnet werden, je nachdem wie stark der realisierte Jahresumsatz vom vereinbarten Umsatz abweicht.[457] Dabei kommen hilfsweise die Rabattstufen zur Anwendung, wie sie die Post für ihren Zusatzrabatt verwendet.[458]

[449] Umsatz auf Basis der offiziellen Listenpreise und der prognostizierten Mengen.
[450] Umsatz auf Basis der Preise der kundenindividuellen Preisliste und der prognostizierten Mengen.
[451] Act. 432, Beilage 14, Tabellenblatt «Verträge Einzel», Spalte H.
[452] Im Rahmen der Berechnungen wurden Durchschnittsverträge und kumulative Verträge nicht berücksichtigt.
[453] Act. 432, Beilage 14, Tabellenblatt «Verträge Einzel», Spalte I.
[454] Act. 704, Beilage 7.
[455] Act. 704, Beilage 7, Tabellenblatt «7c_Alle_110988-199999», Spalte «Kundenumsatz ver».
[456] Act. 704, Beilage 7, Tabellenblatt «7c_Alle_110988-199999», Spalte «Kundenumsatz akt».
[457] Berechnung der Abweichung: («Kundenumsatz akt» - «Kundenumsatz ver») / «Kundenumsatz ver».
[458] Vgl. Rz 142.

Umsatzabweichung x	x<-25%	-25%≤x<-15%	-15%≤x<-5%	-5%≤x<5%	5%≤x<15%	15%≤x
Zusatzrabatt	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
Anzahl Monate	[3'-4'000]	[2'-3'000]	[6'-7'000]	[10'-11'000]	[5'-6'000]	[4'-5'000]
Anteil	[10-20] %	[0-10] %	[10-20] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %

Tabelle 27: Anzahl Monate und Anteil, in welchen der auf Monatsbasis berechnete realisierte Jahresumsatz vom vereinbarten Umsatz abweicht, sowie der daraus resultierende hypothetische Zusatzrabatt[459]

324. Es kann festgestellt werden, dass nur in etwa [30-40] % der betrachteten Monate über alle Kunden hinweg der tatsächliche Umsatz grob dem Planumsatz entsprach. In der Tendenz waren die tatsächlichen Umsätze tiefer als die vereinbarten. Es zeigt sich zudem, dass die Prognoseumsätze im Vergleich zu den tatsächlichen Umsätzen sehr unterschiedlich festgelegt wurden. Stellt man die Ergebnisse von Tabelle 25 und Tabelle 27 graphisch nebeneinander dar, so ergibt sich nachfolgendes Bild:

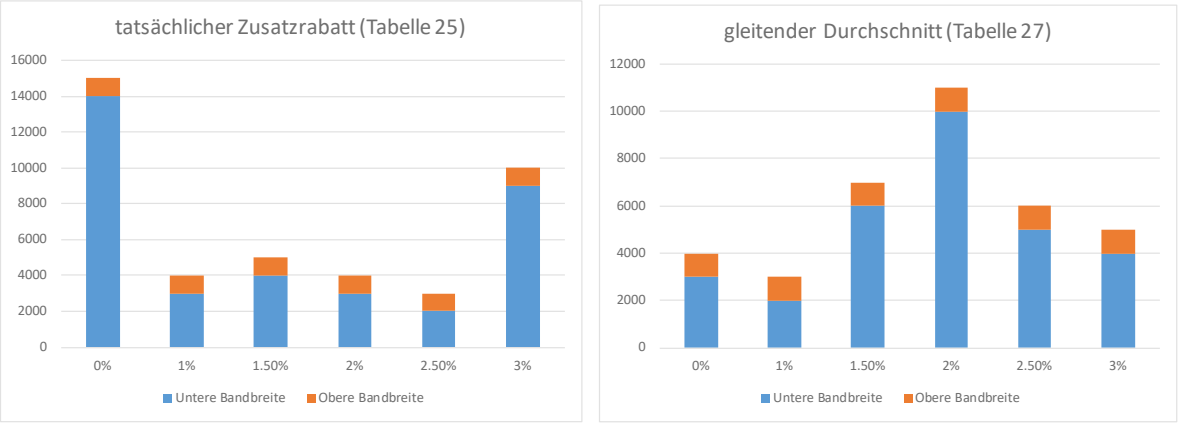


Abbildung 9: Gegenüberstellung Verteilung tatsächlicher Zusatzrabatt und hypothetischer Zusatzrabatt, berechnet auf gleitendem Jahresdurchschnitt.

325. Hierbei zeigt sich, dass aufgrund der monatlichen Berechnungsweise der Grossteil der Zusatzrabatte auf die Randbereiche entfällt und damit der kritisierte Zusatzrabatteffekt, wonach stark unregelmässige Versände eher bevorzugt werden, nicht bloss theoretischer Natur ist.

326. Nachfolgend wird genauer untersucht, über welche Zeitdauer hinweg Abweichungen der tatsächlichen Umsätze von den vereinbarten Umsätzen bestanden. Nicht korrigierte Abweichungen konnten zu unterschiedlichen Rabatten führen, sei dies aufgrund einer anderen Preislisteneinteilung oder einem anderen resultierenden Zusatzrabatt.

327. Daher wird nachfolgend, wie vorstehend in Tabelle 27, für alle Verträge, welche im Zeitraum vom 1. April 2011 bis zum 31. Dezember 2014 aktiv waren, der monatsgenau berechnete realisierte Jahresumsatz (jeweils rollend für die letzten zwölf Monate) mit dem vereinbarten Umsatz verglichen. Zur Einordnung werden Zielbandbreiten festgelegt, welche denjenigen Umsatzabweichungen entsprechen, die für die Höhe des Zusatzrabatts massgebend sind. Gestützt darauf wird untersucht, ob die Abweichung des realisierten Umsatzes vom vereinbarten Umsatz innerhalb der Bandbreite liegt oder entsprechend höher oder tiefer ist. In Tabelle 28 wird die Anzahl Fälle angegeben, in welchen sich die Verträge der Vertragskunden in der untersuchten Zeitperiode für eine genau bestimmte Zeitdauer (0–43 Monate) in einer der sechs Zielbandbreiten befanden. So bedeutet beispielsweise die Zahl [50-60] in der Zeile 1 «Mte» und der Spalte «x<-25 %» resp. «0 %», dass in [50-60] Fällen der monatsgenau berechnete realisierte Jahresumsatz eines Vertrags einen Monat lang um mehr als 25 % vom vereinbarten Umsatz nach unten abwich. Ein Vertrag wird daher in der Regel in Tabelle 28 mehrfach gezählt.[460]

[459] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 5.

[460] Die Summe der Anzahl Monate entspricht dann der Zeit, in welcher der Vertrag in Kraft war.

Dauer (Mte)	Ausmass der Umsatz-Abweichung in % (oben) und zugehöriger Zusatzrabat (unten)t					
	x<-25%	-25%≤x<-15%	-15%≤x<-5%	-5%≤x<5%	5%≤x<15%	x>=15%
	0%	1%	1.5%	2%	2.5%	3%
1	[50-60]	[100-150]	[100-150]	[100-150]	[100-150]	[60-70]
2	[30-40]	[80-90]	[100-150]	[100-150]	[70-80]	[40-50]
3	[30-40]	[50-60]	[70-80]	[100-150]	[50-60]	[30-40]
4	[20-30]	[50-60]	[60-70]	[90-100]	[50-60]	[20-30]
5	[20-30]	[30-40]	[80-90]	[80-90]	[50-60]	[20-30]
6	[20-30]	[40-50]	[40-50]	[70-80]	[50-60]	[20-30]
7	[20-30]	[30-40]	[40-50]	[50-60]	[30-40]	[10-20]
8	[10-20]	[20-30]	[40-50]	[60-70]	[30-40]	[10-20]
9	[20-30]	[10-20]	[40-50]	[40-50]	[30-40]	[10-20]
10	[20-30]	[10-20]	[30-40]	[50-60]	[20-30]	[10-20]
11	[10-20]	[10-20]	[20-30]	[70-80]	[20-30]	[10-20]
12	[10-20]	[10-20]	[20-30]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
13	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
14	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[0-10]
15	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
16	[10-20]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[10-20]	[10-20]
17	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[20-30]	[0-10]	[0-10]
18	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
19	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[20-30]	[0-10]	[0-10]
20	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
21	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[20-30]	[0-10]	[0-10]
22	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
23	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
24	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
25	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
26	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
27	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[0-10]	[0-10]
28	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
29	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
30	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
31	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
32	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
33	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
34	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
35	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
36	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
37	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
38	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
39	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
40	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
41	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
42	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
43	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Total	[400-500]	[500-600]	[800-900]	[1'100-1'200]	[700-800]	[400-500]
%	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %

Tabelle 28: Anzahl Fälle, in denen ein Vertrag für eine bestimmte Dauer in Monaten in eine bestimmte Zielbandbreite (basierend auf einem Vergleich zwischen tatsächlichem Umsatz und vereinbarten Umsatz) fiel[461]

[461] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 5.

328. Auch diese Aufstellung zeigt wie ansatzweise schon Tabelle 27, dass bei einem bedeutenden Teil der Verträge über die Zeit hinweg die Planumsätze nicht an die tatsächlichen Umsätze angepasst wurden. So dauerte in [50-60] % der Fälle eine Abweichung der tatsächlichen Umsätze vom vereinbarten Umsatz um mehr als +/- 5 % länger als 6 Monate, in [30-40] % der Fälle länger als 12 Monate. Dies hat zur Folge, dass die hiervon betroffenen Vertragskunden basierend auf der Betrachtung des durchschnittlichen monatlichen Versandvolumens tendenziell eher einen Zusatzrabatt von über 2 % und andere betroffene Vertragskunden tendenziell eher einen Zusatzrabatt von unter 2 % erhielten. Wie die Tabelle 28 zeigt, wurden diese Ungleichbehandlungen in vielen Fällen erst nach längerer Zeit durch die Anpassung der Planumsätze an die tatsächlich realisierten Umsätze korrigiert, wenn überhaupt.

329. Zudem zeigt sich aus dem Vergleich von Tabelle 25 und Tabelle 27, dass der auf monatlicher Basis berechnete Zusatzrabatt viel häufiger Extremwerte bei 0 % und 3 % verursacht, als ein hypothetischer Zusatzrabatt, der beispielsweise auf einem gleitenden Jahresdurchschnitt berechnet wurde (vgl. auch Abbildung 9).

330. Aus dem Beispiel aus den Schulungsunterlagen der Post in Rz 356, Abbildung 11, ist zudem klar ersichtlich, dass eine Nichtanpassung des Umsatzes durch die Post, selbst wenn dieser nicht preislistenrelevant war, zu negativen Konsequenzen bezüglich Zusatzrabatt für diese Vertragskunden führen konnte. Dies stellt eine weitere Quelle für Ungleichbehandlungen von Vertragskunden untereinander dar.

d) Beispiele möglicher Ungleichbehandlungen durch die Ausgestaltung und starke Rabattwirkung des Zusatzrabatts

331. Laut Angaben der Post[462] diente der Zusatzrabatt dazu, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde lag, und dem tatsächlichen Umsatz, zeitnah auszugleichen und so alle Kunden gleich zu behandeln. Zudem sollte der Zusatzrabatt gemäss Strategiepapier der Post das Erreichen oder Übertreffen des Umsatzziels belohnen.[463] Dabei konnten gemäss der Post nur massvolle Abweichungen ausgeglichen werden, bei grösseren Diskrepanzen sollte die Preisliste angepasst werden. In diesem Zusammenhang war im Vorfeld der Einführung von CAPRI auch aus der Konzernleitung der Post Kritik geäussert worden, die Belohnung der Prognoseeinhaltung sei nicht konsequent umgesetzt worden, da der Zusatzrabatt auf den Monatsumsätzen berechnet werde, die Prognose aber den Jahresumsatz betreffe.[464] Monatsschwankungen würden so bestraft. Laut Antwort des Projektteams sei dies nur zutreffend bei extremen Schwankungen.

332. Gemäss Post war der Zusatzrabatt so «eingestellt», dass er auch bei schwankender Nachfrage bei durchschnittlich akzeptabler Prognosegenauigkeit ca. 2 % betrug.[465] In diesem Zusammenhang reichte die Post folgendes Beispiel ein:

	Bsp. 1		**Bsp. 2**		**Bsp. 3**	
	Prognose-genauigkeit	Rabatt	Prognose-genauigkeit	Rabatt	Prognose-genauigkeit	Rabatt
Jan	100.0%	2%	150.0%	3%	110%	2.50%
Feb	100.0%	2%	50.0%	0%	90%	1.50%
Mrz	100.0%	2%	150.0%	3%	70%	0%
Apr	100.0%	2%	50.0%	0%	130%	3%
Mai	100.0%	2%	150.0%	3%	110%	2.50%
Jun	100.0%	2%	50.0%	0%	90%	1.50%
Jul	100.0%	2%	150.0%	3%	70%	0%
Aug	100.0%	2%	50.0%	0%	130%	3%
Sep	100.0%	2%	150.0%	3%	110%	2.50%
Okt	100.0%	2%	50.0%	0%	90%	1.50%
Nov	100.0%	2%	150.0%	3%	70%	0%
Dez	100.0%	2%	50.0%	0%	130%	3%
gewichteter Mittelwert:		2.00%		2.25%		2.00%

Tabelle: Rabattentwicklung bei Schwankung

Abbildung 10: Beispiel der Post zum Zusatzrabatt[466]

[462] Vgl. dazu vorne, Rz 145 ff.
[463] Act. 432, Beilage 13d, S. 5.
[464] Act. 601, 2. PAS-Sitzung vom 7. Juni 2010, Folie 6.
[465] Act. 27, Ziff. 11 f.
[466] Act. 27, Ziff. 11 f.

333. Die Abweichung von 0.25 % gegenüber dem «Normalwert» von 2 % im Beispiel 2 wird laut Post bei einem Kunden mit stark schwankendem Sendungsvolumen durch die Kalkulation der Preisliste des Kunden mit niedrigerem Rabatt kompensiert.

334. Zur Aufstellung der Post ist zunächst anzumerken, dass in den drei Beispiel-Varianten die Prognosegenauigkeit stets 100 % beträgt. Jedoch sind Prognosen schwierig und nicht immer akkurat; unter anderem zu diesem Zweck wurde der Zusatzrabatt laut Post auch eingeführt. Das heisst, die Konzeption des Zusatzrabatts muss gerade dann auch die Gleichbehandlung der Vertragskunden gewährleisten, wenn die Prognose nicht korrekt ist.[467] Wie nachstehend an Beispielen aufgezeigt wird, ist dies nicht der Fall. Ausserdem führt der Zusatzrabatt selbst im Beispiel der Post in einer Variante zu einem höheren Rabatt. Laut Post wird dies durch die schlechtere Preislisteneinstufung durch den Parameter Jahresprofil korrigiert.[468] Der Parameter Jahresprofil berücksichtigte jedoch nur Schwankungen im Jahresverlauf, ohne Berücksichtigung des Umsatzes. So wird im Beispiel zwar Kunde 3 gegenüber Kunde 1 um eine Preisliste tiefer eingestuft, erhält aber gleich viel Zusatzrabatt. Demgegenüber wird Kunde 2 gegenüber Kunde 3 zwar auch eine Preisliste tiefer eingestuft, hat aber 0.25 % Zusatzrabatt mehr. Der Zusatzrabatt läuft in diesem Fall also dem laut Post kostenbasierten Parameter Jahresprofil entgegen (vgl. zur gegensätzlichen Wirkung von Zusatzrabatt und Jahresprofil Rz 367 ff.). Die Korrektur durch eine andere Preislisteneinteilung konnte für die Vertragskunden zudem sehr unterschiedlich ausfallen, betrug die Rabattdifferenz doch zwischen 0.3 % und 1.1 %. Daher kann der einheitliche und an den monatlichen Abweichungen vom Planumsatz bemessene Zusatzrabatt schon rein rechnerisch die Rabattdifferenzen, welche sich aus den Preislisteneinteilungen ergeben, nicht ausgleichen. Wird zudem beim Beispiel 3 die Folge 110/90/70/130 nur leicht auf 120/80/70/130 angepasst, so bekommt dieser Kunde 0.75 % mehr Zusatzrabatt, ohne dass sich seine Preislisteneinteilung aufgrund des Parameters Jahresprofil geändert hätte (siehe auch das Beispiel in Tabelle 32).

335. Der Zusatzrabatt führt jedoch gerade auch zu Ungleichbehandlungen von Kunden, wenn die Jahresprognose nicht korrekt ist. Ein von Quickmail angeregtes Beispiel[469] geht dahin, dass ein Vertragskunde (A), der einen bestimmten Jahresumsatz (im Beispiel 500‘000 Fr.) mit der Post prognostiziert hat, dann aber über 25 % (125‘000 Fr.) seines Umsatzes mit Quickmail abwickelt, schlechter gestellt ist als ein Kunde (B), der von Beginn weg den Umsatz von 375‘000 Fr. mit der Post prognostiziert hat.[470] Die Berechnungen im folgenden Beispiel werden vorliegend anhand der tatsächlichen Rabattkriterien vorgenommen und weichen diesbezüglich daher von den Berechnungen in der Eingabe von Quickmail ab.[471] Kunde A würde vorliegend in Preisliste 4 mit einem Rabatt von 3.6 % eingeteilt, jedoch keinen Zusatzrabatt[472] erhalten. Kunde B hingegen würde aufgrund der tieferen Prognose nur in Preisliste 3 mit einem Rabatt von 2.7 % eingeteilt, jedoch den Zusatzrabatt in Höhe von 2 % erhalten.

Kunde A Umsatzprognose: 500 000.-, erzielt 350 000.-		**Kunde B** Umsatzprognose: 350 000.-, erzielt 350 000.-	
Art des Rabatts	**Rabatt in Fr.**	**Art des Rabatts**	**Rabatt in Fr.**
Rabatt Preisliste 4 [3.6 %]	13500.-	Rabatt Preisliste 3 [2.7 %]	10125.-
Zusatzrabatt [0 %]	0.-	Zusatzrabatt [2%]	7500.-
TOTAL Rabatte	**13500.-**	TOTAL Rabatte	**17625.-**

Tabelle 29: Beispiel einer möglichen Ungleichbehandlung bei Verlagerung von Umsatz auf einen Konkurrenten der Schweizerischen Post

336. Kunde B erzielt damit mit 350‘000 Franken den gleich grossen Umsatz wie Kunde A mit der Post, erhält jedoch mit 17‘625 Franken einen um über 30 % höheren Rabatt als Kunde A mit 13‘500 Franken. Ausserdem sind Konstellationen denkbar, in denen entgegen dem vorliegenden Beispiel keine Preislistenkorrektur bei Kunde B erfolgen würde (weil die Umsatzschwellen zwischen zwei Preislisten teilweise sehr weit auseinander liegen[473]; vgl. dazu hinten das Fallbeispiel in den Schulungsunterlagen der Post, Rz 356). In solchen Fällen wäre die Differenz der Rabattbeträge zwischen den zwei Kunden noch grösser. Dieses Beispiel zeigt, dass in einem solchen Fall der Zusatzrabatt gerade nicht dazu dient, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde lag, und dem tatsächlichen Umsatz zeitnah auszugleichen und so alle Kunden gleich zu behandeln, sondern lediglich die Wirkung hatte, den Kunden dazu anzuhalten, das Umsatzziel zu erreichen oder zu übertreffen (vgl. Rz 331).

[467] z. B. Aussage der Post in act. 95 Ziff. 12.

[468] Aufgrund des Parameters Jahresprofil wird vorliegend Kunde 1 um zwei Preislisten bessergestellt und Kunde 3 um eine Preisliste, während Kunde 2 keine Änderung der Preisliste erfährt.

[469] Quickmail hat zu diesem Thema viele Beispiele gemacht, act. 19 und act. 42, Folie 6 f.

[470] Act. 19, Beilage, Folie 3.

[471] Es wird für die Berechnung angenommen, dass die Kunden bei der Schweizerischen Post dem Segment Infopost angehören. Es werden für die Preislistenrabatte die Werte gemäss Angaben der Schweizerischen Post verwendet, act. 95, 11 f., Frage 9a.

[472] Der Einfachheit halber wird hier mit einer Verlagerung auf Quickmail von 25 % gerechnet; ein Zusatzrabatt von 0 % ergibt sich aber erst bei einer Umsatzreduktion bei der Schweizerischen Post von mehr als 25 %, d. h. 125 000 Fr. + 1 Rappen.

[473] Teilweise ist die Umsatzschwelle einer Preisliste doppelt so hoch wie diejenige der vorhergehenden Preisliste.

337. Es sind aber auch Fälle denkbar, die keine Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten betreffen, sondern das Gegenteil davon. Angenommen ein Kunde C prognostiziert einen Umsatz bei der Post von 500‘000 Franken. Aufgrund des Zusatzrabatts entschliesst er sich, einen Teil des Umsatzes (im Beispiel 15 %) wieder von einem Konkurrenten auf die Post zu übertragen und kommt so auf einen Gesamtumsatz bei der Post von 575‘000 Franken. Er erhält (zusätzlich zum Rabatt der Preisliste 4 von 3.6 %) daher einen Zusatzrabatt von 3 %. Ein anderer Kunde D prognostiziert von Beginn weg einen Umsatz von 575‘000 Franken. Er fällt in die gleiche Preisliste wie Kunde C (3.6 %), erhält jedoch lediglich einen Zusatzrabatt von 2 %, obwohl er die gleiche Menge bei der Post einliefert. Wie Tabelle 30 zeigt, erhält Kunde C mit 30‘750 Franken trotz gleichem Umsatz bei der Post einen um 23 % höheren Rabatt als Kunde D mit 25‘000 Franken.

Kunde C Umsatzprognose: 500 000.-, erzielt 575 000.-		**Kunde D** Umsatzprognose: 575 000.-, erzielt 575 000.-	
Art des Rabatts	**Rabatt in Fr.**	**Art des Rabatts**	**Rabatt in Fr.**
Rabatt Preisliste 4 [3.6 %]	13500.-	Rabatt Preisliste 4 [3.6 %]	13500.-
Zusatzrabatt [3 %]	17250.-	Zusatzrabatt [2 %]	11500.-
TOTAL Rabatte	**30750.-**	TOTAL Rabatte	**25000.-**

Tabelle 30: Beispiel einer möglichen Ungleichbehandlung bei Rückverlagerung von Umsatz von einem Konkurrenten auf die Schweizerische Post

338. Gemäss Post sollte der Zusatzrabatt zur Gleichbehandlung der Vertragskunden führen, unabhängig davon, ob diese ihre Prognose erreichten oder nicht. Verbleibende Unterschiede würden gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abbilden. Das Beispiel in Tabelle 30 zeigt jedoch, dass der verbleibende Unterschied nicht durch die unterschiedliche Prognosegenauigkeit erklärt werden kann. Vielmehr zeigt auch dieses Beispiel auf, dass hiermit das zweite Ziel, nämlich den Kunden für das Erreichen oder Übertreffen der Umsatzprognose zu belohnen, vorrangig ist.

339. Die Post hielt das Jahresbeispiel für unrealistisch. Eine derart signifikante Umsatzabweichung werde spätestens nach drei Monaten dem zuständigen Kundenberater oder der zuständigen Kundenberaterin gemeldet und die Prognose gemeinsam mit dem Kunden revidiert.[474] Genau um solches zu vermeiden habe die Post das für sie relativ aufwändige Verfahren der monatlichen Rabattgewährung mit dem Prognosesystem gewählt. Der monatliche Umsatzrabatt diene lediglich dazu, kurzfristige Schwankungen abzufedern.[475]

340. Umsatzänderungen führten jedoch laut der Vorgaben und Anwendung der Strukturkontrolle nicht notwendigerweise zu Anpassungen der Konditionen (vgl. vorne, Kapitel A.4.3.3.2): So wurden die Kundenberater nur dann alarmiert, wenn ein Kundenparameter zu einer Profiländerung führte, die eine Preislistenänderung zur Folge hatte (vgl. auch Rz 243). Bewirkte eine Umsatzänderung somit keine Preislistenkorrektur, geschah in der Regel nichts.[476] Weiter war ein Kundenberater oder eine Kundenberaterin nur dann zum Handeln gezwungen, wenn eine Verschlechterung im Profil eintrat. Bis Ende 2015 konnte er aber auch nur im System quittieren, ohne mit dem Vertragskunden Anpassungen bei den Konditionen vorzunehmen. Ausserdem ist zu bedenken, dass die Anpassung der Konditionen stets nur mit einer gewissen Verzögerung eintrat. Bei einer Neukalkulation erfolgte die Strukturkontrolle erstmals im dritten Monat. Eine Mitteilung an den Kundenberater oder die Kundenberaterin gab es ferner erst im Folgemonat, wenn das Profil drei Monate in Folge abgewichen war. Bis somit Konditionen neu abgeschlossen waren, dürfte rund ein halbes Jahr vergangen sein. Die Auswertung der Strukturkontrolle und der Umsatzanpassungen zeigt zudem, dass vielfach trotz Abweichungen des Profils von den vereinbarten Werten oder Abweichung der tatsächlichen Umsätze vom Prognoseumsatz Änderungen nur sehr langsam oder gar nicht vorgenommen wurden (vgl. vorne, Rz 278ff. für Preislistenanpassungen und Rz 324 ff. für Anpassungen der Prognoseumsätze).[477]

341. Ungeachtet der vorstehenden Tatsachen sind jedoch auch unterjährige Konstellationen denkbar, in denen es zu Ungleichbehandlungen kommen konnte, wie aus nachstehender Beispielrechnung in Tabelle 31 hervorgeht. Das Beispiel zeigt die Umsätze bei der Post von zwei Kunden E und F über drei Monate auf. Beide generieren über das Quartal gesehen einen Umsatz in gleicher Höhe. In diesem Beispiel (an den Sprungstellen) erhält der Vertragskunde mit höherer Schwankung einen geringeren Zusatzrabatt:

[474] Act 27, S. 25.
[475] Act. 27, S. 26.
[476] Verdeutlicht mit Beispiel in act. 95, Ziff. 6.
[477] Für Anpassungen von Abweichungen von der Zielpreisliste vgl. zudem Rz 260.

Jahresprognose der Kunden: 600 000 Franken; Durchschnitt pro Monat: 50 000 Franken						
	Kunde E			**Kunde F**		
Monat	**Umsatz**	**Zusatzrabatt in %**	**Rabatt in Fr.**	**Umsatz**	**Zusatzrabatt in %**	**Rabatt in Fr.**
Januar	50000	2 %	1000	37000	0 %	0
Februar	50000	2 %	1000	37000	0 %	0
März	50000	2 %	1000	76000	3 %	2280
SUMME	150000		**3000**	150000		**2280**

Tabelle 31: Beispiel einer möglichen kurzfristigen Ungleichbehandlung

342. Trotz gleichem Gesamtumsatz erhält somit Kunde E mit 3‘000 Franken einen um über 31 % höheren Zusatzrabatt als Kunde F mit 2‘280 Franken. Das Beispiel zeigt, dass der monatliche Umsatzrabatt gerade entgegen der Aussage der Post nicht geeignet war, kurzfristige Umsatzschwankungen abzufedern. Vielmehr muss darauf geschlossen werden, dass Kunden dazu angehalten werden sollten, den prognostizierten Umsatz jeden einzelnen Monat zu erreichen oder zu übertreffen und entsprechend abzustrafen, wenn sie dieses Ziel nicht erreichten. Eine allfällige Berücksichtigung der Schwankung der Umsätze würde im Übrigen bereits mit dem Kriterium Jahresprofil abgedeckt, d. h. Kunde F war schon oder würde aufgrund des Jahresprofils zusätzlich (nach einer allfälligen Anpassung aufgrund der Strukturkontrolle) noch um zwei Preislisten schlechter gestellt. Ausserdem würde in einem Fall wie dem vorstehend aufgeführten auch keine Überprüfung der Einstufung eines Kunden aufgrund der Strukturkontrolle erfolgen, da die Quartalszahlen ja nicht von der Jahresprognose abweichen.

343. Schliesslich zeigt das folgende Beispiel noch einmal für einen ganzen Jahresverlauf auf, dass es *selbst bei akkurater Jahresprognose* und ohne signifikante Umsatzabweichungen zu Diskriminierungen kommen konnte.[478] Der Einfachheit halber wird hier ein jährlicher Umsatz für beide Kunden G und H von 120‘000 Franken angenommen, den beide Kunden auch korrekt prognostizieren. Beide würden damit in dieselbe Preisliste fallen. Der monatliche Durchschnitt beträgt damit 10‘000 Franken. Die monatlichen Umsätze haben jeweils unterschiedliche Zusatzrabatte zur Folge:

	Kunde G			**Kunde H**		
Monat	**Umsatz**	**Zusatzrabatt in %**	**Zusatzrabatt in Fr.**	**Umsatz**	**Zusatzrabatt in %**	**Zusatzrabatt in Fr.**
Januar	11000	2.5	275	7000	0	0
Februar	9000	1.5	135	8000	1	80
März	7000	0	0	12000	3	360
April	13000	3	390	11000	2.5	275
Mai	11000	2.5	275	10500	2.5	262.5
Juni	9000	1.5	135	8500	1.5	127.5
Juli	7000	0	0	11000	2.5	275
August	13000	3	390	11500	3	345
September	11000	2.5	275	14000	3	420
Oktober	9000	1.5	135	11500	3	345
November	7000	0	0	7000	0	0
Dezember	13000	3	390	8000	1	80
SUMME	120000	2	**2400**	120000	2.14	**2570**
Jahresprofil[479]	22.4 %			21.4 %		

Tabelle 32: Beispiel einer möglichen Diskriminierung im Jahresverlauf trotz akkurater Jahresumsatzprognose

[478] Für dieses Beispiel wurden keine speziell hohen Unterschiede im Versandverhalten konstruiert. D. h. bei anderen Versandstrukturen könnten noch viel grössere Unterschiede auftreten.

[479] Wert berechnet aufgrund der Formel für das Kriterium Jahresprofil gemäss act.10, Beilage 3, S. 4.

344. Kunde H erhält hier einen um rund 7 % besseren Rabatt als Kunde G, obwohl beide Kunden Sendungen im gleichen umsatzmässigen Umfang einliefern und ihre Jahresumsätze ihrer Jahresprognose entsprechen. Eine Korrektur über das Kriterium «Jahresprofil» (Berücksichtigung der Schwankungen im Jahresverlauf) würde auch nicht erfolgen, da beide Kunden diesbezüglich praktisch den gleichen Wert aufweisen.

345. Die Beispiele zeigen, dass der Zusatzrabatt eine grosse Auswirkung auf den Rabatt hatte, da er auf Umsatzschwankungen stark reagierte. Umsatzverlagerungen, welche nicht von einer Anpassung der Jahresumsatzprognose begleitet waren, führten tendenziell zu einer im Verhältnis zu den Preislisteneinteilungen überproportionalen Benachteiligung bzw. Bevorzugung, zusätzlicher Umsatz führte zudem zu einer Bevorteilung gegenüber Kunden mit dem gleichen eingelieferten Umsatz, aber akkurater Prognose. Je nach Verteilung des Umsatzes auf die Monate entstanden jedoch auch andere, schwierig vorhersehbare Ungleichbehandlungen. Es kann damit festgehalten werden, dass die Ausgestaltung des Zusatzrabatts die Gleichbehandlung der Kunden gerade nicht sicherstellen konnte, sondern «automatisch» zu tendenziell gleichgerichteten (bei Abweichung der Umsätze vom Prognoseumsatz) oder auch teilweise zufälligen Ungleichbehandlungen (bei monatlich uneinheitlich schwankenden Umsätzen) führte.

Anmerkungen der Post

346. Die Post führt aus, dass der Zusatzrabatt Anreize setze, dass die Prognose zuverlässiger funktioniere und es ermögliche, Ungleichbehandlungen zwischen ehrlichen und unehrlichen Vertragskunden zu verhindern.[480] So würde der ehrliche Kunde gemäss Angaben der Post in eine tiefere Preisliste eingestuft als der unehrliche Kunde und Letzterer würde für seine Unehrlichkeit durch eine höhere Preisliste belohnt. Dazu käme, dass der Rabatt bzw. tiefere Preise für den unehrlichen Kunden nicht mehr rein aufgrund des Umsatzes und damit aufgrund tieferer Kosten gerechtfertigt wäre. Er würde ja auf einer fiktiven Umsatzprognose beruhen, die sich nicht in den tatsächlichen Kostenersparnissen der Post widerspiegeln.

347. Gerade dieses von der Post vorgebrachte Ziel vermag ein auf monatlicher Basis berechneter Zusatzrabatt nicht zu erreichen. Da die Kundenumsätze monatlich schwanken, ist es für den Kunden vollkommen stochastisch ob er bei Erreichen des jährlichen Umsatzziels einen Zusatzrabatt von 2 % erreicht oder nicht. So kann ein Kunde, der beispielsweise nur alle zwei Monate einen Versand tätigt in jedem zweiten Monat einen Zusatzrabatt von 3% erhalten, während er im anderen Monat einen Zusatzrabatt von 0 % erhält, was für ihn allerdings keine Rolle spielt, da er in diesem Monat ja keinen Umsatz generiert. Ein solcher Kunden kann das Jahresumsatzziel um 42.25 % verfehlen und erhält nach wie vor einen Zusatzrabatt von 3 %. Das nachfolgende Beispiel zeigt dies exemplarisch auf:

Monat	Jan	Feb	März	Apr	Mai	Jun	Jul	Aug	Sept	Okt	Nov	Dez
Plan	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500	12‘500
Ist	0	14‘375	0	14‘375	0	14‘375	0	14‘375	0	14‘375	0	14‘375
Rabatt	0%	3%	0%	3%	0%	3%	0%	3%	0%	3%	0%	3%

Tabelle 33: Beispielrechnung für einen zweimonatlichen Versand bei einem Planumsatz von CHF 150‘000.

348. Da der vereinbarte Umsatz in diesem Beispiel CHF 150‘000 beträgt, müsste ein Kunde jeden Monat einen Umsatz von CHF 12‘500 (also einem zwölftel des prognostizierten Jahresumsatzes) erreichen, um einen Zusatzrabatt von 2 % zu erhalten. Ein hypothetischer Kunde, der aber nur einen Jahresumsatz von CHF 86‘250 erzielt, und nur jeden zweiten Monat verschickt, erhält auf diesen Umsatz bei einer Jahresumsatzprognose von CHF 150‘000 einen Zusatzrabatt von 3%. Dieses Beispiel zeigt auf, dass damit der auf monatlicher Basis berechnete Zusatzrabatt gerade nicht dazu geeignet ist, «unehrliche» Kunden zu bestrafen und «ehrliche» Kunden zu belohnen.

349. Die Post bemängelt weiter, dass das Sekretariat die praktischen Auswirkungen des Preissystems nicht geprüft habe und sich im Antrag nur vier Beispiele für eine gemäss Post vermeintlich «starke Auswirkung» finden würden.[481] Überdies seien die vom Sekretariat aufgeführten Beispiele konstruiert und beruhten auf sachfremden Annahmen.[482] So hätte gemäss Aussagen der Post Kunde A in Tabelle 29 von Anfang an lügen müssen. Zudem würde sich ein Umsatzabfluss zu Quickmail nicht per sofort auswirken, sofern Quickmail mit der Zeit mit immer grösseren Sendungsvolumen beauftragt würde. Bei dem durch das Sekretariat angenommenen Umsatzrückgang von 150'000 Franken würde der Zusatzrabatt zumindest am Anfang zu Zuge kommen, was ja just Zweck des Zusatzrabatts sei, zu hohe Prognosewerte nicht zu belohnen. Ähnliche Kritiken äussert die Post an den übrigen aufgeführten Beispielen.[483]

[480] Act. 821 Rz 225 f.
[481] Act. 821 Rz 227.
[482] Act. 821 Rz 229 ff.
[483] Act. 821 Rz 233 bis 237.

350. Die von der Post gemachten Ausführungen sind nicht stichhaltig. Da der Zusatzrabatt auf monatlicher Basis berechnet wird, hat eine Auslagerung eines monatlichen Umsatzes von mehr als 5 % in jedem Fall eine Auswirkung auf den Zusatzrabatt. Zudem ist es schlichtweg falsch, wenn die Post behauptet, der Antrag setze geradezu ein missbräuchliches Verhalten voraus.

351. Da aber, wie in Tabelle 25 und Abbildung 9 ersichtlich, fast 62 % der monatlichen Zusatzrabatte auf die Randbereiche von 0 % oder 3 % fallen, war es geradezu die Regel, dass die Kunden auf monatlicher Basis gesehen entweder einen zu tiefen oder viel zu hohen prognostizierten Jahresumsatz vereinbart hatten. Dies zeigt alleine schon die Untauglichkeit des auf monatlicher Basis berechneten Zusatzrabatts, um einen Ausgleich hinsichtlich der Jahresumsatzprognose zu realisieren. Die vom Sekretariat gewählten Beispiele dienen zudem lediglich dazu, die Funktionsweise des Rabattsystems zu veranschaulichen. Die tatsächlichen praktischen Auswirkungen wurden zudem exemplarisch in Tabelle 40 aufgezeigt.

e) Zusammenspiel von Strukturkontrolle und Zusatzrabatt: Auswirkungen des Zusatzrabatts bei Preislisteneinteilungen und Vertragsanpassungen

352. Der Zusatzrabatt war zwar kein Kriterium, welches bei der Strukturkontrolle zu Massnahmen führte. In den Schulungsunterlagen zur Strukturkontrolle wurden die Kundenberater jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, den sogenannten «Zusatzrabatteffekt» zu beachten. Dies bedeutet, dass bei Kalkulationen berücksichtigt wurde, wie hoch der Zusatzrabatt je nach Preisliste ausfallen würde.[484] So konnte der Zusatzrabatt etwa dazu führen, dass ein Vertragskunde, welcher infolge schlechterer Umsätze tiefere Preislisten erhielt, insgesamt besser fuhr als ohne Anpassung der Preisliste.

353. Die Höhe des Zusatzrabatts hing vom vereinbarten Umsatz ab, der sich aufgrund der prognostizierten Versandmengen der einzelnen Briefprodukte zu «individuellen Preisen» berechnete. Die Produktpreise hingen wiederum von der vereinbarten Preisliste ab. Das heisst, die Preislisteneinteilung im Rahmen der Strukturkontrolle beeinflusste auch den Zusatzrabatt. Entscheidend für den Zusatzrabatt ist letztlich aber die Frage, inwiefern der zugrundeliegende vereinbarte Umsatz an die tatsächlichen (veränderten) Gegebenheiten angepasst wurde. Wie vorne untersucht wurde, fand eine Anpassung der Planumsätze an die tatsächlichen Verhältnisse teilweise nicht oder nur sehr langsam statt (Rz 315 ff. und Rz 322 ff.)

354. Nachfolgend wird der Zusammenhang zwischen Vertragsanpassung (Umsatz und-/oder Preislistenanpassung) anhand interner Schulungsunterlagen der Post zur Preislisteneinteilung im Rahmen der Strukturkontrolle verdeutlicht. Dies liefert zum einen weitere Hinweise darauf, welchen Preissetzungsspielraum die Kundenberater hatten. Weiter zeigt es auf, wie stark der Zusatzrabatt im Verhältnis zur Preislisteneinteilung reagiert.

355. Als Grundsatz war in den Schulungsunterlagen vom 6. November 2012 (also einige Zeit nach Einführung des Preissystems) festgehalten, dass bei jeder Vertragsanpassung die erwartete Auswirkung auf den monatlichen Zusatzrabatt («Zusatzrabatteffekt») zu berücksichtigen sei. Wie dies zu geschehen hatte, wurde jedoch nicht genauer ausgeführt.[485] Die folgenden zwei Beispiele aus den Schulungsunterlagen der Post verdeutlichen den Zusatzrabatteffekt:

356. Im ersten Beispiel (siehe Abbildung 11) war der Kundenumsatz mit 310‘000 Franken um 60‘000 Franken tiefer ausgefallen als der vereinbarte Umsatz von 370‘000 Franken. Aufgrund der Strukturkontroll-Regeln war deswegen jedoch keine Massnahme angezeigt, da der Umsatz die nächsttiefere Schwelle für die Preislisteneinteilung von 250‘000 Franken nicht unterschritt. Aufgrund des tieferen Umsatzes erhielt der Kunde allerdings lediglich einen Zusatzrabatt von 1.5 %. Wäre dagegen eine vertragliche Anpassung vorgenommen worden, das heisst der Planumsatz für die nächste Periode auf 310‘000 Franken gesenkt und die Preisliste nicht angepasst worden, so hätte der Kunde trotz negativer Entwicklung beim Umsatz neu einen besseren Rabatt aufgrund des höheren Zusatzrabatts erhalten, was von den Ausbildnern der Post als nicht sachgerecht erachtet wurde.

[…]

Abbildung 11: […]

357. […].

358. Wäre streng nach CAPRI-Regeln die $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$ von 406 gewählt worden, hätte der Kunde im Vergleich zum aktuellen Rabatt zwar 1 % weniger Rabatt aufgrund der schlechteren Preisliste erhalten, jedoch 1.7 % mehr an Zusatzrabatt als aktuell, wenn auch die Jahresumsatzprognose angepasst worden wäre. D. h. der Kunde hätte trotz negativer Entwicklung faktisch bessere Konditionen erhalten als diejenigen im vorangehenden Jahr. Deswegen hatte der Kundenberater oder die Kundenberaterin im Fallbeispiel trotz einer Kundenentwicklung von -3 Preislisten nur eine Korrektur um -1 Preisliste vorgenommen und eine Abweichung zur $\text{Preisliste}_{\text{Ziel}}$ von 2 Preislisten akzeptiert. Zu diesem Vorgehen enthielten die Schulungsunterlagen den Hinweis, dass «eine Abweichung zur «PrL Ziel» bedeutet, dass Kunden mit gleicher Struktur unterschiedlich behandelt werden».[486]

[…]

Abbildung 12: […]

359. Laut Schulungsunterlagen war bei Preislistenanpassungen auch von Relevanz, was dem Kunden bisher kommuniziert wurde. So hatte sich der Kunde im nachfolgenden Beispiel um 2 Preislisten verbessert (Jahresprofil und Retouren je + 1PL). Jedoch war der Kunde bisher mit Preisliste 106 zu hoch eingestuft und die neue Zielpreisliste lag bei 105. Daher führte eine Vertragsanpassung auch bei positiver Entwicklung nicht zwingend

[484] Act. 432, Beilage 13k, Folie 33.
[485] Act. 432, Beilage 13k, Folie 33.
[486] Act. 432, Beilage 13k, Folie 37.

zu einer Verbesserung der Konditionen. Gemäss Erkenntnissen der Post zu diesem Beispiel war in einem solchen Fall die Kernfrage, was dem Kunden bisher kommuniziert worden war, d. h. ob dieser wusste, dass seine Konditionen zu gut waren.[487]

[…]

Abbildung 13: […]

360. Die Unterlagen machten folgenden Vorschlag für das Vorgehen bei Vertragsanpassungen:

[…]

Abbildung 14: […]

361. Weitere Beispiele für das Zusammenspiel finden sich in den Beispielfällen aus den Schulungsunterlagen vom 26. Januar 2012, welche den Einfluss des Zusatzrabatts und die Unklarheiten bei der Marktbearbeitung im Rahmen der Strukturkontrolle aufzeigen.[488]

362. Zusammenfassend kann bezüglich Zusammenspiel zwischen Zusatzrabatt und Strukturkontrolle Folgendes festgehalten werden:

a. Es gab keine klaren Vorgaben für die Kundenberater zur Anpassung der Preislisten und des Umsatzes. Ausserdem wird der Spielraum ersichtlich, den die Kundenberater bei der Anpassung des Vertrags und der Preislistenfestlegung hatten. So wurde dem Kundenberater und der Kundenberaterin mitgeteilt, dass er bzw. sie den Gesamtrabatt durchaus im Auge behalten sollte (vgl. Rz 356).

b. Die Post war sich der Tatsache bewusst, dass Abweichungen von der PreislisteZiel, generell eine unterschiedliche Handhabung der Umsatzanpassung und Vereinbarung der Preisliste, zu Rabattauswirkungen und zu einer unterschiedlichen Behandlung von Kunden mit gleicher Struktur führte.

c. Der Zusatzrabatt hatte einen sehr starken und im Vergleich zur Preislistenanpassung häufig überproportionalen Einfluss auf den Gesamtrabatt: Zum einen führte er auch dann zu Preisanpassungen, wenn aufgrund des neuen Umsatzes keine neue Preisliste vereinbart werden musste. Wurden die Umsätze nicht an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst (vgl. dazu Rz 315 ff. und 322 ff.), resultierten daraus Rabattdifferenzen zu Kunden mit gleichen Umsätzen. Zum anderen konnte der Zusatzrabatt im Verhältnis zu Preislistenanpassungen zu vergleichsweise grösseren Preisunterschieden führen. So wurden Preisänderungen durch Einteilung in eine andere Preisliste teilweise «kompensiert» oder gar überkompensiert. Damit wird die in Rz 331 ff. beschriebene starke Auswirkung des Rabatts auf die Kunden und die dort aufgeführten theoretischen Beispiele bestätigt. Nachfolgend (Rz 367 ff.) wird zudem aufgezeigt, dass die überschiessende Wirkung des Zusatzrabatts teilweise dem Effekt des Parameters Jahresprofil entgegenlief.

d. Aus den Ausbildungsunterlagen geht hervor, dass die Kommunikation gegenüber den Vertragskunden über die preisliche Einstufung nicht (immer) transparent war (vgl. zur Intransparenz insbesondere Kapitel A.4.4). Dies ermöglichte der Post, die Intransparenz auszunutzen und Vertragskunden unterschiedlich zu behandeln oder zu benachteiligen.

Anmerkungen Post

363. Die Post macht geltend, dass die Schulungsunterlagen vom Sekretariat falsch verstanden wurden.[489] So würden in den Folien gemäss Aussagen der Post bestimmte Fälle aufgezeigt, in denen eine Vorgehensweise streng nach Vorgaben eine gegensätzliche Folge haben könne und zu einem stossenden Ergebnis führe und die Kundenberater darauf geschult werden sollten, solche Konstellationen zu lösen.[490]

364. Die Beispiele in den Schulungsunterlagen zeigen lediglich auf, dass das Preissystem CAPRI in sich nicht konsistent ist und zu Ungleichbehandlungen der Kunden bei gleichartiger Ausgangslage führen kann.

365. Die Post bringt zudem ein weiteres Mal vor, dass der Zusatzrabatt mit dem Kunden nicht vereinbart wurde, sondern kurzfristige Abweichungen vom Umsatz gemäss Prognose korrigieren sollte.[491] So sei der Zusatzrabatt vielmehr für Fälle konzipiert worden, bei denen die Strukturkontrolle noch nicht anschlug bzw. aufgrund absehbarer Entwicklungen auf eine Neukalkulation der Preisliste verzichtet wurde. Zudem sollte er sicherstellen, dass Prognosefehler nicht zusätzlich belohnt würden.

366. Die von der Post vorgebrachten Argumente zum Zusatzrabatt sind falsch, da aufgrund der monatlichen Ausgestaltung gerade keine kurzfristigen Abweichungen vom Jahresumsatz gemäss Prognose korrigiert wurden. Da die Effekte der monatlichen Schwankungen beim Versandvolumen die korrigierenden Effekte hinsichtlich der Erreichung der Jahresumsatzprognose bei weitem übertreffen, sind die von der Post angeführten Ziele des Zusatzrabatts in der monatlichen Ausgestaltung gerade nicht zu erreichen. Lediglich ein überproportionales Abstrafen oder eine überproportionale Belohnung wird auf monatlicher Basis erreicht, wenn der Kunde die Jahresumsatzprognose auf monatlicher Basis unterschreitet bzw. übertrifft. Die Post kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihren Gunsten ableiten.

f) Gegenläufige Wirkungen von Zusatzrabatt und Jahresprofil

367. Neben teilweise zufälligen Ungleichbehandlungen (vgl. Rz 331 ff.), welche aus der Ausgestaltung und der verzögerten Anpassung der Parameter folgen, hatte der Zusatzrabatt auch Rabatteffekte, welche gegenläufig zum Preislistenparameter Jahresprofil verlaufen konnten. Neben dem Umsatz war das Jahresprofil ein entscheidendes Kriterium zur Einstufung der einzelnen Kunden in die jeweilige Preisliste (vgl. vorne, Rz 130.a). Hierbei wurde die Schwankung der Anzahl Sendungen

[487] Vgl. auch act. 433, Folie 44 f., wo ebenfalls zum Ausdruck kommt, wie unklar und variabel die Anwendung der Strukturkontrolle war.
[488] Act. 433, Beilage 13p, Folie 44 f.
[489] Act. 821 Rz 238.
[490] Act. 821 Rz 239 ff.
[491] Act. 821 Rz 242.

pro Monat über das Jahr hinweg abgebildet. Der Kunde konnte je nach Schwankung im Jahresverlauf um bis zu drei Preislisten schlechter oder bei geringen Schwankungen um bis zu zwei Preislisten besser eingestuft werden. Die Post begründete diese unterschiedliche Behandlung der Kunden wie folgt:[492] So müsse die Post bei unregelmässigen Versänden mehr Versandkapazitäten vorhalten. Das Ausmass der Schwankungen sei daher ein relevanter Kostenfaktor, weshalb es sich rechtfertige, das Ausmass der Schwankungen über den Parameter Jahresprofil für die Bestimmung der Preisliste zu berücksichtigen.

368. Die Höhe des Zusatzrabatts hing dagegen wie oben beschrieben vom Vergleich des erzielten Umsatzes zum durchschnittlichen (ein Zwölftel des vereinbarten Jahresumsatzes zu Preisen gemäss individueller Preisliste) Planumsatz ab. Hierbei resultierte bei einer Abweichung nach unten ein geringerer Zusatzrabatt und bei einer Abweichung nach oben ein höherer Zusatzrabatt (vgl. Rz 139 ff.). Die Post begründete die unterschiedliche Behandlung der Kunden aufgrund des Zusatzrabatts primär damit, dass auf einer monatlichen Basis betrachtet Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde lag, und dem tatsächlichen Umsatz zeitnah auf monatlicher Basis ausgeglichen und die Kunden damit gleichgestellt werden sollten (vgl. 147).

369. In der Ausgestaltung der beiden preisrelevanten Parameter Jahresprofil und Zusatzrabatt zeigt sich, dass sie gegenläufige Effekte haben konnten, wenn ein Kunde mit der Post monatlich unterschiedliche Mengen versandte. Während der Zusatzrabatt tendenziell Schwankungen mit einem höheren Rabatt «belohnte», wurde der Kunde aufgrund des Jahresprofils bei höheren Schwankungen bei Überschreitung gewisser Schwellen durch die Einstufung in eine schlechtere Preisliste bestraft. Die nachfolgenden vier Tabellen zeigen diese Effekte beispielhaft. Dabei wird stets vom gleichen Jahresumsatz ausgegangen, bei unterschiedlicher Aufteilung der Mengen in einem Zweimonatsrhythmus. Die Schwankungsbreite des Jahresprofils (vgl. dazu Rz 137) wird ausgedrückt mit a, wobei ein tiefer Wert geringe Schwankungen ausdrückt.

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	10625	265.63	2.5%	2.03%	6.25%	+2
Februar	9375	140.63	1.5%			
März	10625	265.63	2.5%			
April	9375	140.63	1.5%			
Mai	10625	265.63	2.5%			
Juni	9375	140.63	1.5%			
Juli	10625	265.63	2.5%			
August	9375	140.63	1.5%			
September	10625	265.63	2.5%			
Oktober	9375	140.63	1.5%			
November	10625	265.63	2.5%			
Dezember	9375	140.63	1.5%			

Tabelle 34: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei a<12%

[492] Act. 27, S. 21.

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	11562.50	289.06	3.0%	2.16%	15.63%	+1
Februar	8437.50	126.56	1.0%			
März	11562.50	289.06	3.0%			
April	8437.50	126.56	1.0%			
Mai	11562.50	289.06	3.0%			
Juni	8437.50	126.56	1.0%			
Juli	11562.50	289.06	3.0%			
August	8437.50	126.56	1.0%			
September	11562.50	289.06	3.0%			
Oktober	8437.50	126.56	1.0%			
November	11562.50	289.06	3.0%			
Dezember	8437.50	126.56	1.0%			

Tabelle 35: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei 12%<a<=30%

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	13125	393.75	3.0%	1.97%	31%	+0
Februar	6875	0	0.0%			
März	13125	393.75	3.0%			
April	6875	0	0.0%			
Mai	13125	393.75	3.0%			
Juni	6875	0	0.0%			
Juli	13125	393.75	3.0%			
August	6875	0	0.0%			
September	13125	393.75	3.0%			
Oktober	6875	0	0.0%			
November	13125	393.75	3.0%			
Dezember	6875	0	0.0%			

Tabelle 36: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei 30%<a<=100% (1. Variante)

Monat	Umsatz	Zusatzrabatt (ZSR) absolut	ZSR in %	Durchschnittlicher Zusatzrabatt in %	Schwankungsbreite a	Preislistenkorrektur aufgrund Jahresprofil
Januar	20000	600	3.0%	3%	100%	+0
Februar	0	0	0.0%			
März	20000	600	3.0%			
April	0	0	0.0%			
Mai	20000	600	3.0%			
Juni	0	0	0.0%			
Juli	20000	600	3.0%			
August	0	0	0.0%			
September	20000	600	3.0%			
Oktober	0	0	0.0%			
November	20000	600	3.0%			
Dezember	0	0	0.0%			

Tabelle 37: Zusammenspiel zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt bei 30%<a<=100% (2. Variante)

370. Tabelle 36 und Tabelle 37 zeigen beispielshaft auf, wie sich stark unregelmässige Versände auf den Zusatzrabatt auswirken. Während im Beispiel von Tabelle 36 der Vertragskunde lediglich jeden zweiten Monat einen Zusatzrabatt von 3% erhält, aber in denjenigen Monaten, in welchen er keinen Zusatzrabatt erhält, dennoch einen positiven Umsatz macht, erzielt er insgesamt einen Zusatzrabatt von nur ca. 1.97%. Dagegen erhält der Vertragskunde im Beispiel von Tabelle 37, der nur jeden zweiten Monat einen Versand durchführt, einen durchschnittlichen Zusatzrabatt von 3%. Dieser Rabattunterschied entsteht, obwohl beide Vertragskunden dieselbe Preislistenkorrektur aufgrund ihres Jahresprofils erhalten. In solchen Fällen läuft der Zusatzrabatt der Korrektur durch das Jahresprofil entgegen. Ein Vertragskunde, der aufgrund einer grösseren Unregelmässigkeit bei den Versänden für die Post höhere Kosten verursacht, wird hierdurch besser gestellt, als ein Vertragskunde der der Post geringere Kosten verursacht.

371. Die nachfolgende Abbildung zeigt exemplarisch diesen Zusammenhang zwischen Schwankungsbreite und Zusatzrabatt auf. Zur Erstellung von Abbildung 15 wurde davon ausgegangen, dass ein Kunde monatlich versendet, wobei die x-Achse die von der Post berechnete Schwankungsbreite a abbildet. Dies bedeutet, je grösser die Differenz des Versandumsatzes zwischen je zwei aufeinander folgenden Versandmonaten während eines Jahres ist, desto grösser ist die Schwankungsbreite a. Hierbei wurde entsprechend den oben abgebildeten vier Tabellen (Rz 369) ein fixer Jahresumsatz und ein gleichmässiger zweimonatiger Versandrhythmus mit variabler monatlicher Umsatzverteilung angenommen.

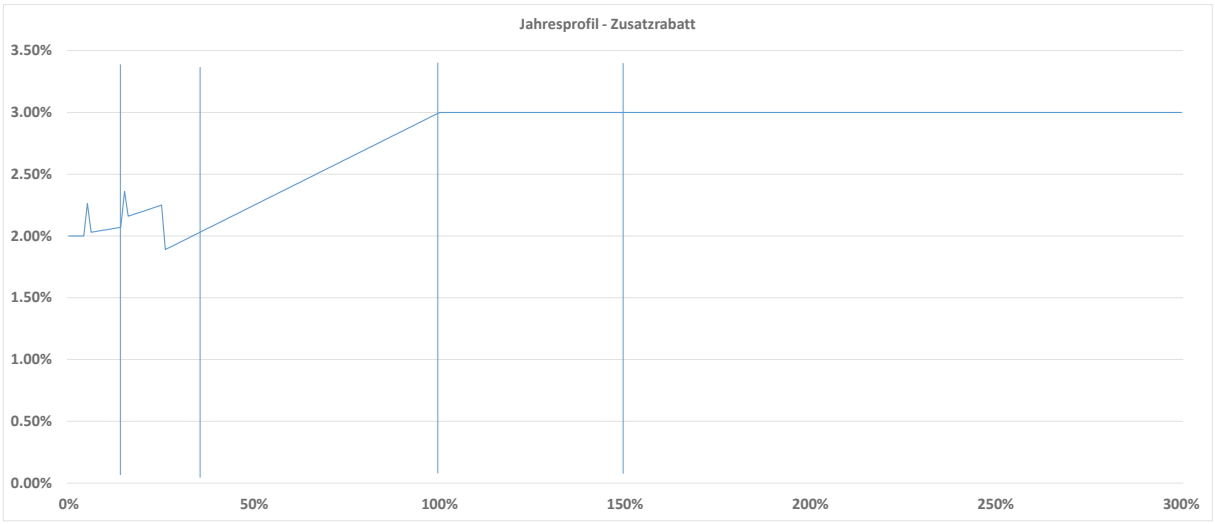


Abbildung 15: Verlauf des Zusatzrabatts bei zunehmender Schwankungsbreite im zweimonatigen Versandrhythmus.[493]

372. Diese exemplarische Gegenüberstellung bei einem Szenario, in welchem gleichmässige Versände angenommen wurden, zeigt, dass Bereiche bestanden, in welchen Kunden mit geringeren Schwankungsbreiten aufgrund des Zusatzrabatts schlechter gestellt wurden, als Kunden mit höheren Schwankungsbreiten. In Abbildung 15 entspricht dies dem Bereich zwischen einer Schwankungsbreite a von 26 % und 100 %.

373. Diese Ungleichbehandlung bestand, obwohl die Post unregelmässige Versände grundsätzlich als Kostentreiber aufgrund der höheren notwendigen Kapazitäten ansah.

374. Durch den Effekt des Zusatzrabatts konnte es daher zu einer Ungleichbehandlung der Kunden bei Preisen kommen.

Anmerkungen der Post

375. Die Post verneint den oben beschriebenen Effekt in der Realität und stellt sich auf den Standpunkt, dass dieser Effekt nur theoretisch und konstruiert sei und in der Realität nicht vorkomme.[494] Zudem sei die Annahme, dass Vertragskunden im Preissystem CAPRI in einem Jahr während wenigen Monaten Sendungen aufgeben, in anderen dagegen gar nicht, wirklichkeitsfremd.[495]

376. Hierzu ist anzumerken, dass bei den Kunden im Preissystem CAPRI durchaus monatlich unregelmässige Versände vorkommen. Dies lässt sich alleine schon aus den Tabelle 24 und Tabelle 28 ablesen. Tabelle 24 zeigt, dass die Zusatzrabatte vermehrt in den Randbereichen (ca. [60-70] % der Zusatzrabatte sind entweder 0 % oder 3 %) vorkommen. Wäre dies auf systematische Abweichungen von Prognoseumsätzen zu den tatsächlichen Umsätzen zurückzuführen, müssten sich diese Abweichungen ebenfalls in Tabelle 28 widerspiegeln. Das tun sie aber gerade nicht, da sich die tatsächlichen Umsätze mehrheitlich um die Prognoseumsätze herum bewegen. Lediglich [20-30] % der tatsächlichen Jahresumsätze im Vergleich zu den prognostizierten Jahresumsätze befinden sich im Randbereich, das bedeutet entweder mehr als [20-30] % unterhalb des prognostizierten Jahresumsatzes (ca. [10-20] % der Fälle) oder mehr als [10-20] % oberhalb des prognostizierten Jahresumsatzes (ca. [10-20] % der Fälle). Dies bedeutet aber, dass die Mehrzahl der Abweichungen in den Randbereichen gerade auf unregelmässiges Versandvolumen zurückzuführen ist. Die Behauptung der Post, dass die Beispielrechnung keine praktische Relevanz habe, ist somit widerlegt.

377. Die Post versucht mit einer aggregierten Gegenrechnung und Grafiken darzustellen, dass der Zusatzrabatt den Preislistenabschlag nicht überkompensiert habe.[496] Neben der Tatsache, dass diese Grafiken nicht nachvollziehbar sind, da die Post hierfür die Berechnungsgrundlagen trotz mehrfacher Nachfragen verweigert hat, haben diese keinerlei Aussagekraft. Hinsichtlich der Berechnung wird nicht dargelegt, ob hierbei ein durchschnittlicher Zusatzrabatt oder jeder einzelne Zusatzrabatt verwendet wurde. Unabhängig davon sind in den Grafiken der Post neben den Schwankungen unter anderem auch die Abweichungen vom Prognoseumsatz enthalten, so dass eine isolierte Betrachtung der Effekte des Zusatzrabatts aus den Grafiken der Post überhaupt nicht abgeleitet werden können. Mit den von der Post vorgebrachten Grafiken lässt sich daher gerade nicht nachweisen, dass der aufgrund der Ausgestaltung des Preissystems CAPRI bestehende Effekt in Realität keine Entsprechung gefunden habe.

[493] Vgl. Excel-Tabelle: Simulationsmodell.
[494] Act. 821 Rz 271 ff.
[495] Act. 821 Rz 273.
[496] Act. 821 Rz 274-279.

A.4.3.3.5 Bevorzugung von Quickmailkunden

378. In der Untersuchung wurde auch geprüft, ob das Preissystem gegenüber Vertragskunden der Post, welche gleichzeitig Quickmail-Kunden sind, anders angewandt wurde als gegenüber den übrigen Vertragskunden. Dazu wurde für die […] Verträge von denjenigen Kunden, die sowohl Quickmail- als auch Post-Vertragskunden waren, die Preislisteneinteilung (vgl. Rz 254 ff.) sowie die Abweichung der tatsächlichen Umsätze von den Prognoseumsätzen analysiert (vgl. vorne, Rz 322 ff.) und mit den Werten für die übrigen Vertragskunden verglichen.[497]

379. […].

380. Dennoch wird nachfolgend geprüft, ob die Beobachtungen eine statistische Signifikanz aufweisen. Hierzu wird überprüft, ob sich der beobachtete Mittelwert der Preislistenabweichungen der Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise vom beobachteten Mittelwert der Preislistenabweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden unterscheidet. Aufgrund der grossen Zahl an Beobachtungen ist es unwahrscheinlich, dass die unterschiedlichen Mittelwerte daher rühren, dass es sich um dieselbe Verteilung handelt. Zur Überprüfung, ob und in welchem Masse die Beobachtungen der durchschnittlichen Abweichungen für Quickmail-Kunden und Nicht-Quickmail-Kunden unterschiedlichen Verteilungen zugrunde liegen, wird nachfolgend ein t-Test durchgeführt.[498]

381. Mit einem Zweistichproben t-Test kann geprüft werden, ob die Mittelwerte (μ) zweier Grundgesamtheiten einander gleichen oder verschieden sind. Da vorliegend zwei Stichproben mit unterschiedlichen Varianzen vorliegen, wird der Welch-Test als t-Test eingesetzt. Hierbei wird die nachfolgende Nullhypothese überprüft: H_0: $\mu_1 = \mu_2$ (, wobei μ_1 der Mittelwert der Abweichungen von Quickmail-Kunden und μ_2 der Mittelwert der Abweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden darstellt). Kann die Nullhypothese abgelehnt werden, kommt die Alternativhypothese zum Tragen, wonach H_1: $\mu_1 \neq \mu_2$ ist. Der t-Test liefert die nachfolgenden Ergebnisse:

Test t: Zweiseitiger t-Test mit unterschiedlichen Varianzen

	Variable 1	*Variable 2*
Mittelwert	1.47775455	1.17276995
Varianz	3.31151044	3.66290784
Beobachtungen	[6'000-7'000]	[25'000-30'000]
gdl	10734	
Stat t	12.131858	
P(T<=t) zweiseitig	1.1886E-33	
t kritisch zweiseitig	1.96018501	

Tabelle 38: Ergebnis T-Test für Quickmail-Kunden betreffend die Abweichung der Preisliste.

382. Auch aufgrund des t-Tests zeigt sich, dass der statistische t-Wert deutlich über dem kritischen t-Wert liegt. Somit kann die Nullhypothese abgelehnt werden. Das bedeutet, dass sich die beiden berechneten Mittelwerte Quickmail-Kunden und Nicht-Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise unterscheiden. Daher ist mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Quickmail-Kunden im Durchschnitt eine leicht bessere Preislisteneinteilung als Nicht-Quickmail-Kunden erhielten.

383. Auch im Hinblick auf den Zusatzrabatt wurden diejenigen Vertragskunden der Post, die ebenfalls Quickmail-Kunden waren, mit denjenigen Vertragskunden verglichen, die keine Quickmail-Kunden waren. Betreffend die Differenz zwischen dem vereinbarten Planumsatz und dem auf monatlicher Basis berechneten Jahresdurchschnitt des tatsächlich realisierten Umsatzes (vgl. dazu bereits Rz 322 ff.) konnte unter Elimination von Ausreissern[499] festgestellt werden, dass Quickmail-Kunden im Durchschnitt einen 4.2 % ([6'000-7'000] Beobachtungen, wobei ein Monat eine Beobachtung darstellt) tieferen tatsächlichen Umsatz als den vereinbarten Planumsatz erzielten. Die restlichen Postkunden erzielten im Durchschnitt einen tatsächlichen durchschnittlichen Jahresumsatz, der 1.8 % ([25'000-30'000] Beobachtungen, wobei ein Monat eine Beobachtung darstellt) unterhalb des Planumsatzes liegt. Damit lagen die Abweichungen im Durchschnitt insgesamt bei beiden Gruppen im Band von +/- 5 %. Da es sich hierbei um eine Betrachtung sämtlicher Vertragskunden der Post und damit um eine Vollerhebung handelt, könnte grundsätzlich auf weitere statistische Überprüfungen verzichtet werden.

384. Dennoch wird nachfolgend geprüft, ob die Beobachtungen eine statistische Signifikanz aufweisen. Hierzu wird überprüft, ob sich der beobachtete Mittelwert der Preislistenabweichungen der Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise vom beobachteten Mittelwert der Preislistenabweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden unterscheidet. Aufgrund der grossen Zahl an Beobachtungen ist es unwahrscheinlich, dass die unterschiedlichen Mittelwerte daher rühren, dass es sich um dieselbe Verteilung handelt. Zur Überprüfung, ob und in

[497] Vgl. Erläuterungen zu den Berechnungen 6.

[498] Zur Bestimmung der Art des durchzuführenden t-Tests wurde vorab geprüft, ob sich die Varianzen der beiden Grundgesamtheiten der Beobachtungen unterscheiden oder nicht. Da sich die Varianzen in statistisch signifikanter Weise unterscheiden, wurde der so genannte Welch-Test als t-Test gewählt.

[499] Als Ausreisser wurden Werte angenommen, bei welchen der prognostizierte Umsatz um mehr als 100 % höher lag als der tatsächliche Umsatz. Insgesamt wurden so 157 Ausreisser eliminiert.

welchem Masse die Beobachtungen der durchschnittlichen Abweichungen für Quickmail-Kunden und Nicht-Quickmail-Kunden unterschiedlichen Verteilungen zugrunde liegen, wird nachfolgend ein t-Test durchgeführt.[500]

385. Mit einem Zweistichproben t-Test kann geprüft werden, ob die Mittelwerte (μ) zweier Grundgesamtheiten einander gleichen oder verschieden sind. Da vorliegend zwei Stichproben mit unterschiedlichen Varianzen vorliegen, wird der Welch-Test als t-Test eingesetzt. Hierbei wird die nachfolgende Nullhypothese überprüft: H_0: $\mu_1 = \mu_2$ (, wobei μ_1 der Mittelwert der Abweichungen von Quickmail-Kunden und μ_2 der Mittelwert der Abweichungen von Nicht-Quickmail-Kunden darstellt). Kann die Nullhypothese abgelehnt werden, kommt die Alternativhypothese zum Tragen, wonach H_1: $\mu_1 \neq \mu_2$ ist. Der t-Test liefert die nachfolgenden Ergebnisse:

Test t: due campioni assumendo varianze diverse

	Variable 1	*Variable 2*
Mittelwert	-0.04232722	-0.01809801
Varianz	0.06060396	0.04772519
Beobachtungen	[6'000-7'000]	[25'000-30'000]
gdl	9205	
Stat t	-7.24249319	
P(T<=t) zweiseitig	4.7589E-13	
t kritisch zweiseitig	1.96022173	

Tabelle 39: Ergebnis t-Test für Quickmail-Kunden betreffend die Abweichung des tatsächlich realisierten Umsatzes vom Plan-Umsatz

386. Auch aufgrund des t-Tests zeigt sich, dass der statistische t-Wert deutlich über dem kritischen t-Wert liegt. Somit kann die Nullhypothese abgelehnt werden. Das bedeutet, dass sich die Differenz zwischen dem Planumsatz und dem tatsächlichen Umsatz von Quickmail-Kunden und von Nicht-Quickmail-Kunden in statistisch signifikanter Weise unterscheiden. Daher ist mit einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Quickmail-Kunden im Durchschnitt im Vergleich zu ihrem tatsächlich realisierten Umsatz einen tieferen Planumsatz als Nicht-Quickmail-Kunden erhielten. Dies bedeutet dass Quickmail-Kunden beim Zusatzrabatt bessergestellt wurden als Nicht-Quickmail-Kunden.

387. Wie die Auswertungen zeigen, erfolgte die Einstufung von Quickmail-Kunden durch die Kundenberater nur in geringem Masse anders als die Einstufung von Nicht-Quickmail-Kunden. Eine mögliche systematische und bedeutende Ungleichbehandlung der Quickmail-Kunden konnte daher nicht identifiziert werden.

Ausführungen der Post

388. Das Sekretariat hatte in seiner ursprünglichen Berechnung Ausreisser nicht berücksichtigt, was die Post entsprechend zu Recht kritisiert hat.[501] Diese Berechnungen wurden unter Ausschluss von Ausreissern nochmals durchgeführt und in den Ausführungen entsprechend berücksichtigt.

389. Die Post bringt weiter vor, dass die Post Quickmail-Kunden nicht systematisch erfassen würde und diese daher auch nicht kennen würde.[502] Zudem seien die Abweichungen unter Berücksichtigung der Ausreisser unbedeutend, so dass hieraus nicht auf eine Ungleichbehandlung geschlossen werden könne.[503] Die Post führt weiter aus, dass die Definition von Quickmail-Kunden unklar sei und in den Berechnungen des Sekretariats die Dauer und Intensität der Geschäftsbeziehungen nicht berücksichtigt würden.[504]

390. Hierzu ist anzumerken, dass sich die meisten Vorbringen der Post hinsichtlich der Ausreisser als stichhaltig herausgestellt haben und entsprechend in der Sachverhaltsermittlung berücksichtigt wurden. Dementsprechend waren die Abweichungen zwischen Postkunden, die gleichzeitig Quickmailkunden waren, und den übrigen Postkunden nur marginal, obwohl diese Abweichungen statistisch signifikant waren. Dennoch ist hierzu anzumerken, dass statistisch signifikante Ungleichbehandlungen auch unabhängig davon vorliegen können, ob die Post Quickmail-Kunden systematisch erfasst und kennt oder nicht. So kann die Post ihre Preissetzung zumindest theoretisch an Parametern ausrichten, die Quickmail-Kunden benachteiligen würden, ohne dass die Post diese Kunden kennen muss, wenn alleine schon die Parameter dazu geeignet sind, aufgrund des spezifischen Versandverhaltens der Kunden eine entsprechende Selektion vorzunehmen.

[500] Zur Bestimmung der Art des durchzuführenden t-Tests wurde vorab geprüft, ob sich die Varianzen der beiden Grundgesamtheiten der Beobachtungen unterscheiden oder nicht. Da sich die Varianzen in statistisch signifikanter Weise unterscheiden, wurde der so genannte Welch-Test als t-Test gewählt.
[501] Act. 821 Rz 286 sowie 294 bis 299.
[502] Act. 821 Rz 287.
[503] Act. 821 Rz 289 ff.
[504] Act. 821 Rz 292 f.

A.4.3.4 Weitere Kritikpunkte der Post

391. Die Post macht weiter geltend, dass Tabelle 25 und Tabelle 26 keinen Schluss zulassen, dass sich die Schwankungen «stark» auf den Rabatt ausgewirkt hätten.[505] Hierzu bedürfe es vielmehr eines Vergleichswertes. Das Sekretariat hätte daher vielmehr einzelne Unternehmen basierend auf deren Jahresprofilen analysieren und die jeweiligen Zusatzrabatte vergleichen müssen.[506] Hinsichtlich der Beispielrechnungen macht die Post zudem geltend, dass die Unterschiede in absoluten Zahlen vernachlässigbar seien.[507]

392. Im Nachgang an die Eingabe der Post hat das Sekretariat im Auftrag der WEKO sämtliche Vertragskunden im Preissystem CAPRI verglichen und nach direkten Wettbewerbern klassifiziert. In der nachfolgenden Tabelle sind einige Beispiele aufgeführt, welche resultierende Ungleichbehandlungen im Preissystem CAPRI beispielhaft aufzeigen. So wurden in der Tabelle unter den Feldern OPD, Absender, IBS und ABS die Grunddaten der jeweiligen Verträge angezeigt, wobei OPD die eindeutige Identifikationsnummer der Post ist, das Feld IBS die Inbetriebsetzung und ABS die Ausserbetriebsetzung des Vertrags darstellt. Im Feld PLZ wurde die Preisliste Ziel, also die vom System errechnete korrekte Preisliste basierend auf den Kundenparametern, angegeben. Im Feld PLV wurde die mit dem Kunden vereinbarte Preisliste aufgeführt, wobei der Wert in Klammern dem aus Abbildung 4 entnommenen und der Preisliste in etwa entsprechenden Rabatt in Prozent darstellt. Im Feld Umsatz ver. wurde der mit dem Kunden vereinbarte Umsatz aufgeführt. In den nachfolgenden Feldern wurde jeweils der in den jeweiligen Jahren erzielte tatsächliche Umsatz der Kunden sowie der in diesem Jahr erhaltene durchschnittliche Zusatzrabatt dargestellt, wobei jeweils in Klammern darunter der Gesamtrabatt (Preislistenrabatt aus Spalte PLV und Zusatzrabatt) ausgewiesen wurde. Aus den Beispielen können die theoretisch aufgezeigten Effekte veranschaulicht werden.

393. So ist aus der Tabelle ersichtlich, dass [.A.] ursprünglich am 1. April 2011 um 4 Preislisten zu hoch eingestuft wurde und dass hier keinerlei Korrekturen bis zum 31. Dezember 2015 vorgenommen wurden. Zudem zeigt dieses Beispiel auf, dass aufgrund der unregelmässigen Versände [.A.] im Jahr 2013 einen durchschnittlichen Zusatzrabatt von [2-2.5] % erhalten hat, obwohl sie nur knapp innerhalb der 5 % Spannbreite blieb und daher eigentlich lediglich 2 % Zusatzrabatt erhalten sollte. Der direkte Wettbewerber [.B.] wurde um 2 Preislisten zu hoch eingestuft und hat im Jahr 2012 das Umsatzziel mit einer Unterschreitung von ca. [50-60] % deutlich verfehlt. Dennoch hat [.B.] aufgrund der unregelmässigen Versände einen Zusatzrabatt von [2-2.5] % erhalten. Dennoch ist [.B.] gegenüber [.A.] deutlich im Nachteil, da [.B.] aufgrund der falschen Einstufung im Jahr 2011 einen Gesamtrabatt von lediglich ca. [6-7] % erhält während [.A.] einen Gesamtrabatt von ca. [7-8] % erhält, obwohl der Umsatz von [.A.] im Jahr 2011 nur [50-60] % des Umsatzes von [.B.] ausmacht.

394. Auch bei den […] [.C.] und [.D.] sind trotz ähnlicher Ausgangslage stark unterschiedliche Konditionen zu sehen. Der Vertrag von [.C.] wurde bis zum 30. April 2015 nicht angepasst. Der von [.D.] bis zum 30. Juni 2014 nicht, obwohl [.D.] ursprünglich um eine Preisliste zu hoch eingestuft wurde. Obwohl [.D.] im Jahr 2011 den vereinbarten Umsatz nur knapp erreichte, erhielt [.D.] aufgrund des unregelmässigen Versands einen Zusatzrabatt von [2.5-3] %. Im Jahr 2013 verfehlte [.D.] das Umsatzziel um [20-30] % und hätte eigentlich einen Zusatzrabatt von nur 1 % erhalten dürfen. Dennoch hat [.D.] aufgrund der unregelmässigen Versände einen durchschnittlichen Zusatzrabatt von [2-2.5] % erhalten. Vergleicht man die beiden direkten Wettbewerber [.C.] und [.D.], so stellt man fest, dass [.C.]in den Jahren 2011 bis 2013 einen leicht tieferen Rabatt erhalten hat, als [.D.] obwohl sich der Umsatz massiv ausgeweitet und den vereinbarten Umsatz um ein Vielfaches übertroffen hat. Eine Vertragsanpassung in einen besseren Vertrag wurde dennoch nicht vorgenommen.

[…]

Tabelle 40: Gegenüberstellung Kondition im Preissystem CAPRI von Kunden, die untereinander in Wettbewerb stehen

395. Beim […] wurde [.E.] bereits anfänglich in die korrekte Preisliste eingestuft, während [.F.] vier Preislisten zu hoch eingestuft wurde. Obwohl [.F.] in den Jahren 2011 und 2012 nur etwas mehr als die Hälfte des Umsatzes von [.E.] erreichte, erhielt [.F.] dennoch einen höheren Rabatt. Bis zum 31. Dezember 2013 fanden keine Vertragsanpassungen statt. Unklar ist, weshalb [.E.] gemäss den Daten der Post für die Jahre 2013 und 2014 keinen Zusatzrabatt erhalten hat, obwohl die Umsatzziele erreicht bzw. übertroffen wurden.

396. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch im […] [.G.], [.H.] und [.I.]. Während [.H.] ein grosses jährliches Umsatzwachstum an den Tag legt, erfolgt keinerlei Vertragsanpassung. So erreicht [.H.] auch nicht durchgängig einen Zusatzrabatt von 3 % sondern einen, der leicht darunter ist. [.I.] hingegen wird von Anfang an zu hoch eingestuft, obwohl der Vertrag nicht aus dem Preissystem 2009 übernommen wird. Dies führt dazu, dass im Jahr 2014 [.I.] einen grösseren Rabatt erhält als [.H.], obwohl der Umsatz nur halb so gross ist. Vergleicht man die Situation mit [.G.], so stellt man fest, dass [.G.] ihr Umsatzziel in den Jahren 2012 bis 2014 regelmässig um [10-20] % bis [20-30] % verfehlt und daher einen Zusatzrabatt von 0 % bis maximal 1 % erhalten dürfte. Allerdings erzielt [.G.] durch unregelmässige Versände einen Zusatzrabatt zwischen [2.5-3] % und [2.5-3] % pro Jahr.

397. Beim Vergleich der Wettbewerber [.J.] und [.K.] kann festgestellt werden, dass [.J.] anfänglich um vier Preislisten zu hoch auf Preisliste […] eingestuft wurde, während [.K.] um eine Preisliste zu tief auf Preisliste […] eingestuft wurde, obwohl der vereinbarte Umsatz bei [.K.] höher ist, als derjenige bei [.J.]. Selbst mit dem Zusatzrabatt kann [.J.] diese drei Preislisten Differenz nicht wettmachen.

[505] Act. 821 Rz 244.
[506] Act. 821 Rz 245.
[507] Act. 821 Rz 246 f.

398. Im […] erhält die [.L.] einen Vertrag, der um neun Preislisten zu hoch eingestuft ist und bis zum 21. März 2016 nicht angepasst wird. Damit erhält er gegenüber dem dirketen Wettbewerber [.M.] einen Rabatt, der pro Jahr zwischen 2 % und 3 % höher ist. Auch [.N.] erhält einen Vertrag, der um fünf Preislisten zu hoch ist, der auch über fast drei Jahre nicht angepasst wird. In diesem Fall hat sich wohl der tatsächliche Umsatz an die neue Preisliste sukzessive angenähert, so dass möglicherweise der Kundenberater aus diesem Grund nicht interveniert hat. Dennoch wurde auch der Planumsatz nicht angepasst, so dass [.N.] einen Zusatzrabatt erhält, der jeweils zwischen [2.5-3] % und [2.5-3] % liegt. [.M.] hingegen bewegt sich in etwa in ihrem Prognoseumsatz und ist nur eine Preisliste besser eingestuft und erhält daher mit einem mit [.N.] vergleichbaren Umsatz pro Jahr ca. [2-3] % weniger Rabatt.

399. Diese Beispiele zeigen, dass sämtliche durch das Sekretariat analysierten Effekte des Preissystems CAPRI auch in der praktischen Anwendung zum Tragen kommen und so eine Ungleichbehandlung zwischen direkten Wettbewerbern resultiert.

400. Die Post wirft dem Sekretariat vor, dass sich der Antrag bei der Erhebung des massgeblichen Sachverhalts für den Vorwurf der angeblichen Diskriminierung auf den Nachweis der Ungleichbehandlung beschränke.[508] Es sei nicht geprüft worden, ob die vom Sekretariat erhobenen Ungleichbehandlungen auch nur irgendeinen Effekt auf den Wettbewerb haben könnten, weshalb der Untersuchungsgrundsatz verletzt sei.

401. Wie in Rz 383 ff. ausgeführt, wurden die Effekte auf direkte Wettbewerber nachgewiesen, weshalb die Vorbringen der Post hierzu ins Leere stossen.

402. Die Post wirft dem Sekretariat vor, mangelhafte und nicht verwertbare Berechnungen angestellt zu haben.[509] So bringt die Post vor, dass aus sich Tabelle 25 und Tabelle 26 nicht herauslesen lasse, ob die Tatsache, dass ein grosser Anteil der Zusatzrabatte auf die tiefste und höchste Stufe entfällt, aus monatlichen Schwankungen oder aus anderen Differenzen entstehen würde. Zudem erachtet die Post die Berechnungen, ob es zu Abweichungen zwischen den vereinbarten Umsätzen und den tatsächlichen Umsätzen gekommen ist, als sinnlos.[510] Vielmehr sei gemäss Post relevant, wie die Planumsätze festgelegt wurden.[511]

403. Hierzu wurde bereits in Rz 350 Stellung genommen. Die Berechnungen zu den Abweichungen zwischen vereinbarten Umsätzen und tatsächlichen Umsätzen sind gerade nicht sinnlos, da basierend hierauf unterschieden werden kann, welcher Anteil des Zusatzrabatts tatsächlich darauf zurückzuführen ist, ob der tatsächliche Umsatz den prognostizierten Umsatz übertrifft und welcher Anteil des Zusatzrabatts lediglich auf unregelmässige Versände zurückzuführen ist (vgl. Rz 373).

404. Weiter versucht die Post glaubhaft zu machen, dass der Zusatzrabatt unauffällig verteilt sei, indem sie den durchschnittlichen Zusatzrabatt für die ersten 12 Monate für ihre Berechnungen heranzieht.[512] Diese gesamten Berechnungen gehen alleine schon deshalb am Thema vorbei, da der Zusatzrabatt monatlich festgelegt wird und kein Jahresdurchschnitt gebildet wird. Damit spiegelt ein im Jahresdurchschnitt berechneter Zusatzrabatt aber gerade die Schwankungen nicht wider, welche zu den Ungleichbehandlungen führen, weshalb die Berechnungen der Post nicht stichhaltig sind. Zudem hat die Post die Bekanntgabe der Berechnungsgrundlage trotz mehrfacher Nachfrage seitens Sekretariat und WEKO verweigert.

405. Auch die Ausführungen der Post hinsichtlich der Festlegung des Prognoseumsatzes sind nicht stichhaltig.[513] Zwar könnte eine systematisch falsche Feststellung und Vereinbarung des Prognoseumsatzes eine weitere Quelle für Ungleichbehandlungen der Kunden untereinander sein. Wie hiermit allerdings die identifizierten Ungleichbehandlungen durch die falschen Preislisteneinteilungen, die unterlassenen Vertragsanpassungen und die monatliche Berechnung des Zusatzrabattes im Vergleich zu einem Planumsatz auf Jahresbasis gerechtfertigt werden sollen, ist nicht ersichtlich. Die Ausführungen der Post hierzu sind daher für die Ermittlung des relevanten Sachverhalts unerheblich.

A.4.4 Transparenz der Preissysteme 2009 und CAPRI

406. Die Transparenz der Preissysteme ist im Hinblick auf die untersuchten Verhaltensweisen in zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen erleichtert eine fehlende Transparenz die Ungleichbehandlung von Kunden. Zum anderen kann die Unsicherheit über die Rabattierung und die Auswirkungen einer Umsatzänderung (insbesondere Verlagerung von Sendungen) die Vertragskunden davon abhalten, mit Wettbewerbern wie Quickmail für einen Teil ihres Briefversands zusammenzuarbeiten, oder die Zusammenarbeit erschweren.

A.4.4.1 Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem 2009

407. Die Preislisten des Preissystems 2009 tragen die Überschrift «Streng vertraulich. Weitergabe nur intern und nur in Papierform».[514] Im Rahmen der Anhörung machte die Post auf Vorhalt keine klaren Aussagen zur Transparenz des Preissystems 2009.[515] So machte die Post geltend, dass es keine Strategie dahinter gegeben habe und es das höchste Ziel der Post gewesen sei, die Kunden gleich zu behandeln. Da jeder Kunde die Konditionen erfragen konnte, sei die Transparenz nie ein Thema gewesen. Auf mehrmaliges Nachfragen, weshalb die Preisliste vertraulich/intern behandelt wurde, meinte die Post, dass sie dies nicht sagen könne, da es lange her sei. Es habe damals keinen direkten Mitbewerber gegeben, und der Kunde habe Vertraulichkeit erwartet. Zudem meinte die Post, dass das System gegenüber dem Kunden transparent gewesen sei und die Post nicht wisse, ob es relevant für den Kunden sei, was andere Kunden bezahlen. Im Grosskundengeschäft würden Konditionen nicht offengelegt.

[508] Act. 821 Rz 281 f.
[509] Act 821 Rz 248 ff.
[510] Act. 821 Rz 251.
[511] Act. 821 Rz 252 f.
[512] Act. 821 Rz 255 ff.
[513] Act. 821 Rz 260 ff.
[514] Act. 27, Beilage 5.
[515] Act. 861, S. 4.

408. Ausgehend vom Vermerk auf der Rabattliste für das Preissystem 2009 und den Aussagen der Post im Rahmen der Anhörung ist erstellt, dass den Kunden die Rabattlisten nicht offengelegt wurden. Damit ist für die Kunden eine Überprüfung, ob sie von der Post den «richtigen» Rabatt (also, den Rabatt, der ihren Parametern entspricht) erhalten haben, nicht möglich. Die Kunden hätten ihren Rabatt möglicherweise mit Wettbewerbern vergleichen können, wenn sie ihre Vertragskonditionen untereinander ausgetauscht hätten. Die Kunden kannten immer nur ihre eigenen Konditionen. Es ist daher erstellt, dass für die einzelnen Kunden die Konditionen nicht haben überprüft oder mit den Konditionen von Wettbewerbern haben verglichen werden können. Wie nachfolgend (vgl. Rz 411) gezeigt wird, war dies von der Post zumindest im Preissystem CAPRI auch nicht erwünscht.

A.4.4.2 Informationsgrundlagen für die Kunden im Preissystem CAPRI

409. Zur Einführung des neuen Preissystems bestanden als Kommunikationsmittel mit dem Kunden der Kundenflyer «Das neue Preissystem für Briefsendungen» (nachfolgend: Kundenflyer) und die Kundeninformation «Neues Geschäftskunden-Preissystem» (nachfolgend: Kundeninformation).[516] Es wurde nicht überprüft, ob diese Unterlagen allen Vertragskunden ausgehändigt wurden. Laut Kundeninformation erhält der Kunde neben einer Broschüre mit den Leistungen und Listenpreisen[517] ein individuelles Konditionenblatt (mit den Parameterausprägungen des Vertragskunden) und ein darauf basierendes individuelles Preisblatt (mit den rabattierten Preisen pro Produkt) [; nachfolgend auch «individuelle Preisliste] sowie den Kundenflyer und eine Vertragsmappe.[518]

410. Gemäss Angaben der Post waren die Kriterien zur Preislisteneinteilung im oben erwähnten Kundenflyer «Das neue Preissystem für Briefsendungen» publiziert.[519] Die konkreten Berechnungen der einzelnen Parameter waren in der Broschüre jedoch nicht aufgeführt, in der Kundeninformation nur teilweise. Die Post begründete dies damit, dass die Parameter entweder sehr klar (z.B. Anteil briefmarkenfrankierter Sendungen) oder kompliziert (z.B. Saisonalität) seien. Vielmehr sei es wichtig, dass der Kunde die Prinzipien verstehe und die Post ihm konkret sagen könne, was er tun müsse, um möglichst günstig mit der Post zusammen zu arbeiten. Die Schwellenwerte bei den einzelnen Parametern für bessere/schlechtere Preislisten waren weder im Kundenflyer noch der Kundeninformation enthalten. Ausserdem waren weder die einzelnen Preislisten und Rabattstaffeln noch die genauen Kriterien zur Einteilung der Kunden in eines der vier Segmente (Infopost, Business Post, Tagespost, Standard, vgl. Rz 125) für die Vertragskunden zugänglich. Dies bedeutet, dass ein Vertragskunde weder selber seine Parameter berechnen und die Rabattwirkung überprüfen noch aufgrund dieser Informationen die Auswirkungen von Umsatzänderungen oder Änderungen in der Produktwahl berechnen konnte.

411. Im Rahmen der Einführung des Preissystems CAPRI hatte sich die Projektleitung bewusst dafür entschieden, nur die offiziellen, nicht rabattierten Listenpreise und nicht die individuellen 60 Preislisten aufzuführen. Ziel war es, externe Preistransparenz bei steigenden Unterschieden zwischen den Kunden zu vermeiden.[520] Die Lösung der Abbildung der Listenpreise auf dem AVZ wurde dann auch so umgesetzt.[521] Die Rechnung enthielt eine Aufstellung zu individuellen (d. h. rabattierten Preisen) sowie den Zusatzrabatt, nicht jedoch die offiziellen Listenpreise oder die Rabatte basierend auf der Preislisteneinteilung.[522] Somit konnten Kunden lediglich ihre individuellen Preise mit den offiziellen Listenpreisen der Post vergleichen. Eine Überprüfung, ob die individuelle Einstufung in eine Preisliste korrekt war, oder ein Vergleich der individuellen Preise mit Wettbewerbern war unmöglich und von der Post auch nicht gewollt.

412. Alle anderen Unterlagen zu CAPRI […] waren rein interne Dokumente und nicht für die Weitergabe an Vertragskunden vorgesehen.[523] In den Schulungsunterlagen für die Superuser der Post vor Einführung von CAPRI war zudem die gesamte CAPRI-Applikation (das Informatiksystem) mit den entsprechenden Informationen und Berechnungen als rein intern bezeichnet worden.[524] Eine derart weitgehende Beschränkung war in den Ausbildungsunterlagen für die Kundenberater nicht mehr enthalten. Allerdings wurde in den Schulungsunterlagen für die Verkaufsorganisation betont, dass die Preisblätter, inklusive aller verwendeten Produkte und Preise sowie dem resultierenden Rabatt, nur für den internen Gebrauch bestimmt und nicht zur Weitergabe gedacht waren.[525]

413. Die Preisblätter und Rabattstaffeln waren somit den Vertragskunden grundsätzlich nicht bekannt. Nicht bekannt waren den Vertragskunden zudem die Preislistennummern und die konkreten Abweichungen in Anzahl Preislisten. Aus den durch die Post eingereichten Unterlagen geht auch nirgends hervor, dass etwa die Zielpreisliste oder der Vorschlag im Rahmen des Gleitpfads dem Vertragskunden kommuniziert worden wären.

414. […]

«[…]»

Hinsichtlich externer Kommunikation war in der ursprünglichen Kundeninformation[526] noch erwähnt, dass der Produktmix die Segmenteinteilung bestimmt. In der neueren Kundeninformation (für das Jahr 2015) […].[527]

[516] Act. 10, Beilagen 1 und 2; Act. 432, Beilage 13n, S. 25 f.; act. 433, Beilage 13s, S. 37.
[517] Gemeint sind die offiziellen Standardpreise, die für alle Kunden (auch Nicht-Vertragskunden) gelten.
[518] Act. 10, Beilage 2 (Kundeninformation); act. 433, Beilage 13s, S. 38.
[519] Act. 27, S. 17 f., Antworten auf Fragen 14a und b.
[520] Act. 601, […]; dasselbe gilt für IFS/Webstamp, wobei ein Konzernleitungsmitglied explizit die Erschwerung des Preisvergleichs zu Wettbewerbern erwähnt.
[521] Act. 432, Beilage 13m, S. 10–12; act. 433, Beilage 13s, S. 40.
[522] Act. 433, Beilage 13s, S. 39 f.; act. 704, S. 21.
[523] Act. 432, Beilage 13n, S. 25; act. 433, Beilage 13s, S. 36.
[524] Act. 432, Beilag 13n, S. 25.
[525] Act. 433, Beilage 13s, Folie 74 sowie act. 432, Beilage 14n, Folie 40.
[526] Act. 10, Beilage 2, Folien 10 f.
[527] Act. 690, Beilage 2, Folie. 7.

415. An der Schulung für die Kundenberater der Post vom 26. Januar 2012 wurde auf die neue Möglichkeit hingewiesen, für die Kunden Datenreports über die Entwicklung ihrer Parameter vorzusehen.[528] Der Kundenberater oder die Kundenberaterin konnte entweder selber einen Report exportieren und dem Kunden abgeben oder der Kunde konnte über seinen Post-Account darauf zurückgreifen. Beides musste jedoch im System aktiviert werden. Laut Schulungsunterlagen mussten die Kundenberater die Möglichkeit haben, über Bereitstellung der Berichte entscheiden zu können. Laut den eingereichten Unterlagen gab es keine explizite Kommunikation gegenüber den Kunden oder eine Pflicht zur Abgabe/Einrichtung dieser Datenreports. Im Report waren für die preislistenrelevanten Parameter die vereinbarten und aktuellen Werte sowie die Abweichung angegeben. Nicht angegeben war, ob eine Abweichung preislistenrelevant war und wie sich die Abweichung in Preislisten oder Rabattprozenten auswirkte.

416. In den Schulungsunterlagen für die Kundenberater der Post vom 6. November 2012 wurde zudem die Möglichkeit des Excel-Exports der Kalkulations-Werte zuhanden der Vertragskunden eingeführt.[529] Dabei sind die Vorjahreswerte der Mengen und Preislistenparameter eingegeben und die Planwerte für die nächste Periode, welche der Kunde vor dem Beratungsgespräch anpassen kann.[530] Die Berechnung von Parametern, Preisen und Rabatten ist damit jedoch nicht möglich. Auch hier bestand nur die Möglichkeit zum Export der Kalkulation, jedoch keine Pflicht für die Kundenberater.

417. Die Post stellte den Kunden denn auch keine IT-Anwendung zur Verfügung, mit der der Kunde im Vorfeld Preise selber simulieren und die Einflussfaktoren überprüfen kann.[531] Der in der Sprachregelung der Post angegebene Grund dafür war, dass das postinterne Berechnungstool auf umfassenden Kundendaten und Informationen beruhe und diese schon aus Datenschutzgründen im Unternehmen bleiben müssten. Dies muss grundsätzlich als vorgeschobenes Argument qualifiziert werden, da nicht ersichtlich ist, wie aufgrund des postinternen Berechnungstools ein Personenbezug zu Personendaten von Dritten hergestellt werden könnte. Das postinterne Berechnungstool basiert auf statistischen Auswertungen des Gesamtkundendatensatzes der Post, so dass in aller Regel hieraus ein Personenbezug nicht möglich erscheint. Hinsichtlich der Auswertung und Parametrisierung der individuellen Kundendaten der betroffenen Person besteht ohnehin kein Problem, da es sich um ihre eigenen Daten handelt. Daher ist nicht ersichtlich, wie durch einen Zugang zum Berechnungstool Datenschutzrechte verletzt werden könnten.

418. Wie oben erwähnt, erhielten die Kunden ein Konditionenblatt mit ihren individuellen Parameterausprägungen sowie dem für sie anwendbaren individuellen Preisblatt (Preisliste).[532] Laut Post konnte ein Vertragskunde aber die rabattierten Preise, welche im Preisblatt (individuelle Preisliste) der Vertragsunterlagen oder der Rechnung ersichtlich waren, mit den publizierten offiziellen Preisen – nach Abzug der Mehrwertsteuer – vergleichen und so die Rabatte berechnen.[533] Zudem wurden für die Kunden individuell die monatlichen Umsatzschwellen aufgeführt, die zu dem entsprechenden Zusatzrabatt führten.[534]

419. Für weitergehende Informationen und Berechnungen musste und muss sich ein Vertragskunde laut Angaben der Post an den Kundenberater oder die Kundenberaterin wenden.[535] Dieser konnte mit dem postinternen Berechnungstool die individuellen Preise pro genutztes Produkt und Rabattwerte berechnen. Mit Schreiben vom 6. Mai 2016 teilte die Post mit, dass ausgehend von den Kundenangaben der Kundenberater oder die Kundenberaterin den Kunden über mögliche Auswirkungen bei Änderungen orientieren und ihm die Preise oder eine Offerte zusenden könne. Dabei könne der Kundenberater oder die Kundenberaterin den Kunden über Optimierungspotenziale orientieren und ihm auf Wunsch einen Export der Strukturkontrolle zur Verfügung stellen, in welchem die aktuellen und vereinbarten Ausprägungen des Kunden gegenübergestellt sind.[536] In den beiden eingereichten Beispielen von Datenexporten[537] (Kalkulation für die Periode September 2013 bis August 2014[538] sowie Strukturkontrolle für die Periode vom April 2015 bis März 2016[539]) sind jeweils die Struktur (mit Parameterausprägungen), die Mengen sowie das Jahresprofil enthalten. Bei der Strukturkontrolle (Vergleich Planwerte/aktuelle Werte über letzte 12 Monate) sind zudem die gesamten Rabatte (aufgrund individueller Preise und Zusatzrabatt) und die letzten 12 Zusatzrabatte aufgeführt, sowie ein allfälliger Preislisteneinfluss. Sie enthalten die Datenwerte. Nicht in den Aufstellungen enthalten sind die Abstufungen der Parameter, die Formeln zur Berechnung und die Rabattvergleiche. Damit kann festgehalten werden, dass die Kunden Preiskonstellationen nicht eigenständig berechnen konnten.

420. Auf den 1. Januar 2015 hin gab es eine Anpassung des Preissystems (vgl. Rz 134 ff.). Auch die Kundeninformation wurde inhaltlich angepasst, wobei diese neuen Versionen für das Jahr 2015 (Stand August) vorliegen.[540] Neu waren darin zu den Parametern einige zusätzliche Erklärungen (etwa zur Berechnung des Jahresprofils) bzw. Beispiele sowie die nächsten Schwellenwerte aufgeführt.[541] Ebenfalls war neu eine Darstellung aus der Strukturkontrolle enthalten, in der die Rabatteffekte für den Kunden ersichtlich waren. In der neuen Kundeninformation wurde ausserdem auf die Einhaltung kartellrechtlicher Grundsätze hingewiesen. Ob und falls ja welchen Vertragskunden diese Versionen der Kundeninformation abgegeben wurden, wurde nicht ermittelt. Seit Februar 2016 können zudem laut Angaben der Post auf der Kundenrechnung im Detailnachweis ausserdem die individuellen Preise mit den Listenpreisen pro Sendungsaufgabe (je ohne bzw. mit MWST) verglichen werden.[542]

[528] Act. 433, Beilage 13p, S. 28 ff.
[529] Act. 432, Beilage 13k, Folie 14.
[530] Vgl. eingereichtes Beispiel für die Zeitperiode September bis August 2014 in act. 704, Beilage 12.2.
[531] Act. 704, Beilage 10.1, S. 5.
[532] Siehe oben Rz 122; Act. 704, S. 20.
[533] Act. 704, S. 20.
[534] Act. 27, Beilage 9, Konditionen für adressierte Briefe Inland, S. 1.
[535] Act. 704, S. 21.
[536] Act. 704, S. 21 und Beilagen 12.1 und 12.2.
[537] Act. 704, Beilagen 12.1 und 12.2.
[538] Act. 704, Beilage 12.2.
[539] Act. 704, Beilage 12.3.
[540] Vgl. Act. 690, Beilage 2 (Version 3.08); Act. 704, Beilage 11.
[541] Act. 704, Beilage 11, Folie 10 ff.
[542] Act. 704. S. 21 sowie Beilage 12.1.

421. Laut Schulungsunterlagen für die Kundenberater vom September 2014[543] […].[544] Grundsätzlich nach wie vor zum internen Gebrauch waren bei der Kalkulation die Berechnungen zum Preislistenvergleich (vereinbarte zu einer anderen Preisliste), der Eskalationsmaske (Übersicht mit Rabattauswirkungen bei zusätzlichen Preislisten) und bei der Strukturkontrolle der Preislisten-Vergleich (vereinbarte zur Zielpreisliste$_{Neu}$). Insbesondere sollen die absoluten Preislisten nicht öffentlich werden.

422. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Post den Vertragskunden gegenüber grundsätzlich die Handhabung des Segments, die genaue Berechnung der preislistenrelevanten Parameter, die Schwellen und die Höhe des Einflusses der Parameter auf die Preislisteneinteilung, die verschiedenen Preislisten und Rabattstaffeln, die Zielpreisliste und den genauen Gleitpfad nicht bekannt gab. Zusätzliche Informationen zu den offiziell kommunizierten mussten bei den Kundenberatern eingefordert werden, wobei die Herausgabe in deren Ermessen stand. Den Vertragskunden stand auch kein Tool zur Verfügung, womit sie eigenständig Berechnungen anstellen konnten. Ein Vertragskunde konnte so auch nicht überprüfen, ob seine Preislisteneinstufung korrekt war und wie seine Preislisteneinstufung im Vergleich zu seinen Wettbewerbern vorgenommen wurde.

Anmerkungen der Post zur Transparenz

423. Die Post macht geltend, dass die Frage nach der Transparenz des Preissystems CAPRI einzig in der Vorabklärung gestellt wurde.[545] Da diese ohnehin gemäss Meinung der Post in verschiedenster Hinsicht fehlerhaft gewesen sei, seien die Behauptungen zur vermeintlichen Intransparenz des Preissystems CAPRI nicht belegt.[546]

424. Hierzu kann festgehalten werden, dass durch die Dokumente der Post und die verschiedenen Ausführungen der Post erstellt ist, dass die Postkunden lediglich über ihre individuellen Preise (im Preissystem CAPRI) bzw. Rabatte (im Preissystem 2009) Bescheid wussten. Aufgrund der fehlenden Offenlegung der Rabattlisten im Preissystem 2009 und der Preislisten sowie deren Berechnungsgrundlage im Preissystem CAPRI, war es den Postkunden in keiner Weise möglich, Vergleichswerte einzuholen oder ihre Einstufungen zu überprüfen.

425. Die Post führt weiter aus, dass die Kunden ihre Preise und Rabatte sowie diejenigen von Quickmail kannten und dass die Post ihre Vertragskunden umfassend dokumentiert habe.[547] So hätten die Postkunden ihre Preise untereinander vergleichen können, zudem standen den Vertragskunden jederzeit die Kundenberater zu einem persönlichen Gespräch zur Verfügung.

426. Auch aus diesen Ausführungen kann die Post nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar ist unstrittig, dass die Kunden über ihre individuellen Preise Bescheid wussten. Dennoch stand ihnen kein Referenzmassstab zur Verfügung, anhand dessen sie die Korrektheit ihrer Preise hätten überprüfen können. Das Argument der Post, wonach die Postkunden auf individueller Basis die Möglichkeit gehabt hätten untereinander ihre individuellen Preise zu vergleichen, ist alleine schon deshalb fragwürdig, da die WEKO der Meinung ist, dass sich Wettbewerber grundsätzlich nicht über Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen absprechen sollten. Zudem wäre ein Preisvergleich der einzelnen Postkunden untereinander nur möglich gewesen, wenn sie sich gegenseitig auch ihre Versandmengen offengelegt hätten, was wiederum Rückschlüsse auf die Geschäftslage der einzelnen Unternehmen erlaubt hätte. Zudem wäre auch der Aufwand viel zu gross gewesen, um die Preislisten systematisch auf mögliche Diskriminierungen hin zu vergleichen. Auch der Preisvergleich mit Quickmail verfängt aufgrund der einheitlichen Preissetzung der Post von Produkten des reservierten Dienstes und ausserhalb des reservierten Dienstes nicht. Die Post kann daher aus ihren Ausführungen nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

A.4.4.3 Einschätzung der Marktgegenseite und der Konkurrenz zur Transparenz

427. Die Post hat bei der Einführung des neuen Preissystems selbst Vertragskunden befragt und die Resultate im Projektabschlussbericht[548] festgehalten. Demnach werde das neue Preissystem von den Kunden als komplexer und anspruchsvoller wahrgenommen. Vereinzelt werde der Monatsrabatt kritisiert, da dieser die Planung, Budgetierung und Kalkulation erschwerte (Prognose zum Teil schwierig). U. a. wurde von den Kunden auch die Preistransparenz als kritisch bewertet. Dies geht auch aus der Präsentation zur letzten Sitzung 2011 des Projektausschusses für CAPRI hervor.[549] Was die Gründe für negative Reaktionen angeht, so war die Komplexität und Intransparenz mit 88 % der wichtigste Grund. 59 % gaben zudem an, dass die Budgetplanung schwieriger geworden sei.

428. Eine Umfrage innerhalb der Verkaufsorganisation der Post selbst ergab zudem 14 «Anregungen zur Optimierung».[550] Davon beurteilten fünf das System als «zu kompliziert» und vier weitere als «intransparent», weitere zwei monierten die «Zusammensetzung der Rabattstruktur». Hierbei ist allerdings unklar, ob sich die von den Postkunden bemängelte Intransparenz auf die Vergleichsmöglichkeiten mit Wettbewerbern oder auf die Zusammensetzung des individuellen Preises bezieht.

429. Im Zuge einer Befragung durch das Sekretariat wurden 28 Vertragskunden in der Vorabklärung und 255 Vertragskunden in der Untersuchung zur Ausgestaltung des Preissystems CAPRI befragt. Zahlreiche Vertragskunden kannten ihre Einteilung, die Kriterien zur Berechnung des Rabatts sowie die genauen Auswirkungen von Verschlechterungen / Verbesserungen im Profil nicht. Entsprechend waren sie auch nicht in der Lage, die Auswirkungen einer Verlagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten abzuschätzen.

[543] Act. 704, Beilage 6, S. 67–68.
[544] So enthält etwa der durch die Post eingereichte Datenexport der Strukturkontrolle für die Periode von April 2015 bis März 2016 zusätzliche Angaben (act. 704, Beilage 12.3.).
[545] Act. 821 Rz 330.
[546] Act. 821 Rz 331.
[547] Act. 821 Rz 333.
[548] Act. 432, Beilage 13f, S. 10.
[549] Act. 601, […].
[550] Act. 601, […].

430. Die Vorbringen der Komplexität und Intransparenz waren auch Vorbringen der ursprünglichen Anzeigen gegen das neue Preissystem:

a. Gemäss der unaufgefordert eingereichten Anzeige des VSV ist es aufgrund der vielen Rabattkomponenten nicht mehr möglich, Preise am Markt zu vergleichen und ohne Hilfe eines Anbieters die Kosten für einen Versand zu berechnen. Laut einem seiner Mitglieder müsse man «ausgebildeter Astrophysiker sein, um die Kosten für ein Mailing selber genau rechnen zu können.»[551] Das monatliche Zielvolumenrabattsystem mache betriebswirtschaftlich keinen Sinn und schaffe enorme Intransparenz. Es könne nicht sein, dass in einem geschützten Marktsegment so intransparent agiert werde und ein Unternehmen seine Kosten für einen Aussand nicht mehr ohne Hilfe des Anbieters rechnen kann. Im Weiteren würden die Rabatte nicht differenziert (Monopol - Nicht Monopol), so dass man als Unternehmer die Volumina besser bei der Post belässt als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen. Die neu geschaffene Intransparenz scheine wettbewerbsrechtlich fragwürdig zu sein.

b. Der SDV kritisierte ebenfalls die Kundenunfreundlichkeit und Intransparenz des neuen Systems[552]: Dieses sei sehr komplex gestaltet und verunmögliche es den Kunden gemäss eigenen Angaben der Post, inskünftig die Preise für die Dienstleistungen der Post selber zu berechnen. Im Monopolbereich sei es jedoch von zentraler Bedeutung, dass die Post offen und transparent ihre Preise kommunizierte. Mit dem neuen Preissystem werde eine Markttransparenz von vornherein verunmöglicht. Der SDV forderte daher vom Bundesrat die Offenlegung der Preislisten, kundenfreundliche, transparente und einheitlich angewandte Parameter sowie die Trennung des Wettbewerbsbereichs vom Monopolbereich.

431. Auch Quickmail machte geltend, das Preis- bzw. Rabattmodell der Post sei intransparent und in seinen Auswirkungen für die Kunden kaum berechenbar, weshalb sich Kunden scheuten, Quickmail dennoch einen Teil der Sendungen zu übergeben.[553] Ausserdem führte Quickmail – einige Jahre nach der Einführung des neuen Preissystems – Folgendes aus (vgl. zudem unten, Rz 552): «Für uns wie auch für andere Kunden ist es nicht nachvollziehbar, welche Parameter wie stark wirken. Die Gewichtung ist nicht transparent. Unsere Kunden teilen unisono mit, dass sie die Preise und Preisänderungen nicht nachvollziehen können, weil die Preisgestaltung nicht transparent ist und es kein Tool gibt, wo man die Effekte der Parameter simulieren kann.»[554]

432. In der Vorabklärung wurden 28 Vertragskunden direkt gefragt, wie sich der frühere Prozess zur Vereinbarung der Rabatte (Preissystem 2009) und damit die Preise vom jetzigen Vereinbarungs-Prozess (Preissystem CAPRI) unterscheiden würden.[555]

Kein Unterschied	Komplexer	Weniger Rabatt	Weniger Verhandlungsmöglichkeiten
8	11	2	5

Tabelle 41: Auswertung Frage 16 der Vorabklärung

433. Ein Kunde merkte zudem an, dass das Preissystem transparenter sei, da die Parameter kommuniziert würden. Hinsichtlich der Frage, wie die Kunden das neue Preissystem im Vergleich zum alten Preissystem a. im Allgemeinen und b. in Sachen Transparenz beurteilen würden gaben die Befragten folgende Antworten:[556]

a	Preiserhöhung	Komplizierter	Wenig Änderung	Transparenter Kundenfreundlicher	Vergleichsmögl. fehlt
	2	11	8	2	2
b	Intransparenter		Gute Transparenz		Komplizierter
	14		7		1

Tabelle 42: Auswertung Frage 21 der Vorabklärung

434. Zwei Kunden bezeichneten das Preissystem zudem als katastrophal.

435. Zwei Vertragskunden gaben an, das Preissystem erschwere die Nutzung von Quickmail durch die Erschwerung von Preisvergleichen oder die stärkere Bestrafung bei Verlagerung von Sendungen. Auffällig ist, dass sich sämtliche Vertragskunden, welche auch Quickmailkunden waren, in der Beurteilung kritisch äusserten und damit für einen grossen Teil der negativen Einschätzungen verantwortlich waren, sei dies Intransparenz, Komplexität, Preiserhöhung und Erschwerung der Berücksichtigung von Konkurrenten. Zumindest die fehlende Transparenz und die hohe Komplexität wurde jedoch nicht nur von Quickmailkunden bemängelt.

[551] Act. 2, Brief an UVEK, Ziff. 3.
[552] Act. 110, Brief an WEKO S. 1, sowie Beilage 2 (Brief an UVEK vom 6. Januar 2011).
[553] Act. 407, S. 6, Ziff. 8c.
[554] Act. 690, E-Mail.
[555] Fragebogenantworten Vorabklärung, Antworten auf Frage 16.
[556] Fragebogenantwort Vorabklärung, Antworten auf Frage 21.

436. In der Untersuchung wurde die Frage nach der Transparenz des Preissystems CAPRI nicht direkt gestellt.

437. In der Untersuchung wurde den 255 Vertragskunden die Frage gestellt, aufgrund welcher Kriterien die Postkunden ihrer Meinung nach in die für sie geltende Preisliste eingestuft wurden[557]. Darauf antworteten insgesamt 125, dass dies aufgrund des Umsatzes bzw. Briefvolumens erfolgt sei[558], 49 nannten mehrere für die Preislisteneinstufung relevante Kriterien der Post[559], 46 gaben eine unklare Antwort oder sie wussten es nicht, und 29 machten keine Angaben oder konnten keine Angaben machen.[560]

Einstufung in Preisliste aufgrund von …	Nur Umsatz/ Volumen	Mehrere preislistenrelevante Kriterien	Nicht bekannt oder unklare Antwort	Keine Angaben
	125	49	46	29

Tabelle 43: Antworten zu den relevanten Kriterien zur Einstufung in die Preisliste

Laut den Fragebogenantworten waren vielen Vertragskunden die zur Einstufung relevanten Kriterien nicht bekannt oder zumindest nicht bewusst, oder sie gingen davon aus, dass nur die Menge bzw. der Umsatz einen Einfluss auf die Preisliste hat.

438. Weiter wurden die Vertragskunden der Post sowohl in der Vorabklärung als auch in der Untersuchung gefragt, ob sie wüssten in welchem Segment sie eingestuft seien und ob ihnen bekannt sei, welche finanziellen Auswirkungen die Segmenteinteilung für sie habe.[561]

439. Von den in der Vorabklärung befragten 28 Vertragskunden gaben zehn Vertragskunden an, ihr Segment, die Kriterien der Zuteilung sowie allfällige mit der Zuteilung verbundene finanzielle Auswirkungen zu kennen. 14 Vertragskunden verneinten dies. Vier Vertragskunden gaben keine oder eine unklare Antwort. In der durch einen Vertragskunden eingereichten Kundenpräsentation war das konkrete Kundensegment nicht erwähnt.[562]

440. In der Untersuchung antworteten von 255 Vertragskunden insgesamt 207 Vertragskunden (rund 81 %), dass ihnen ihre Segmentzuordnung entweder unbekannt war oder sie nannten Segmentzuordnungen, die nichts mit den vier Segmenten der Post (Infopost, Business Post, Tagespost, Standard, Rz 125) zu tun hatten. Insgesamt gaben zehn (d. h. rund 4 %) Vertragskunden an, ihre Segmentzuordnung zu kennen und fünf von ihnen gab das jeweilige Segment auch an. Insgesamt 36 Vertragskunden machten keine Angaben, konnten dies nicht beurteilen oder gaben eine unklare Antwort.[563]

Segmentzuordnung	Unbekannt	Bekannt	Keine Angaben
	207	10	36

Tabelle 44: Angaben der Vertragskunden zur Kenntnis der Segmenteinteilung

441. Auf die zusätzliche Frage, ob ihnen die Kriterien zur Segmenteinteilung bekannt seien, antworten sechs Vertragskunden mit Ja.[564] Konkret nannte die Kriterien keiner. Auf die Frage hin, ob die Auswirkungen einer anderen Segmenteinteilung bekannt seien, antwortete nur ein Vertragskunde mit Ja, welcher aber sein aktuelles Segment aber nicht kannte.[565]

442. Die Antworten der Vertragskunden sind somit mit wenigen Ausnahmen konsistent mit den internen Vorgaben der Post und der externen Kommunikation, wonach das Segment nicht bekannt gegeben wird (vgl. oben Rz 414). Wie oben erwähnt gab ein Vertragskunde diesbezüglich zudem an, der Kundenberater der Post hätte die Frage nach dem Segment auch nicht beantworten können.[566]

[557] Fragebogenantworten, Frage 17.
[558] Einige dieser Geschäftskunden äussern dies jedoch nur als Vermutung. Vereinzelt werden zusätzlich etwa noch der Produktmix resp. die Art der bezogenen Dienstleistungen/Produkte genannt. Laut Geschäftskunden erfolgt die Einstufung mehrheitlich gestützt auf das Volumen bzw. den Umsatz sowie teilweise den Produktmix des Vorjahres, z. T. (zusätzlich) gestützt auf eine Prognose. Ein Kunde (act. 419, Frage 17) gibt an, die Umsätze der letzten 5 Jahre seien massgebend.
[559] Nicht mitgezählt sind hier diejenigen Unternehmen, welche nur Volumen oder Umsatz angegeben haben.
[560] Dazu bezeichneten 5 Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[561] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20c; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 18.
[562] Act. 151, Beilage Kundeninformation [zwecks Anonymisierung nicht zugänglich].
[563] Zwei Geschäftskunden bezeichneten zudem ihre Antwort auf die Frage als Geschäftsgeheimnis.
[564] Berücksichtigt wurden Ja-Antworten ohne Angabe oder mit Angabe von Zuteilungskriterien der Post, jedoch nicht Antworten mit Angabe von Kriterien, welche den Zuteilungskriterien der Post nicht entsprechen.
[565] Act. 545, Frage 18.
[566] Act. 276, Antwort 16 [entspricht Frage 17 im Fragebogen].

443. In der Vorabklärung wurden 28 Vertragskunden gefragt, ob ihnen die Preise verschiedener Preislisten bekannt sind.[567] Dies bejahten 14 Vertragskunden, zwölf verneinten dies und ein Vertragskunde machte keine Angabe.[568] Unklar ist, ob sich die bejahenden Vertragskunden tatsächlich alle auf die Preislisten bezogen, wie etwa das Beispiel eines Vertragskunden zeigt, welcher zwar ja geantwortet hat, aber damit nur die Abstufung des Zusatzrabatts gemeint hat.[569] Dies ist eher unwahrscheinlich, da die Post die Preislisten in keiner Weise öffentlich bekannt gemacht hat.

444. In der mit den Fragebogenantworten in der Vorabklärung durch einen Vertragskunden[570] eingereichten Kundeninformation der Post sind diesbezüglich einerseits die Qualitätsparameter für die Preislisteneinteilung aufgrund der Vorjahreswerte aufgeführt und die Schwelle zur nächsten Verbesserung (Verschlechterung nicht) um eine Preisliste angegeben. Nicht aufgeführt sind jedoch die Umsatzschwellen zur nächsthöheren oder -tieferen Preisliste. Zusätzlich enthält die Kundeninformation Berechnungen der Preise mit der aktuellen sowie der nächsthöheren und -tieferen Preisliste mit Bezug zu den aktuellen Mengen. Ein allfälliger Effekt auf den Zusatzrabatt ist nicht angegeben. Entsprechendes galt bei einem anderen in der Vorabklärung befragten Vertragskunden.[571] Ein weiterer in der Vorabklärung befragter Vertragskunde führte dazu aus, dass [Anmerkung des Sekretariats: gemeint sind eventuell die Preise] anlässlich der Präsentation mündlich erläutert worden seien.[572] Dagegen waren in der Kundeninformation zum neuen Preissystem für Quickmail, welche selbst Vertragskunde bei der Post ist, solche Informationen nicht enthalten.[573]

445. Auf die Frage in der Untersuchung an 255 Vertragskunden, ob ihnen bekannt sei, welche Änderungen bei ihren Postversänden zu einer anderen (besseren oder schlechteren) Preisliste führen würden, antworteten 101 Vertragskunden mit Ja und 146 mit Nein.[574] Sechs Vertragskunden machten keine Angaben. Auf die Frage, welche Parameter einen positiven oder negativen Einfluss hätten, machten 149 Vertragskunden keine Angaben (davon drei Vertragskunden, welche angaben die Kriterien zu kennen), vier Vertragskunden konnten dies nicht beurteilen, und für einen Vertragskunden war dies «nicht relevant».[575] Die übrigen Vertragskunden machten eine Angabe zu Parametern.

Individuell preislistenrelevante Kriterien	Ja	Nein	Keine Angabe
	101	146	6

Tabelle 45: Kenntnis der möglichen Anpassungen des Postversands im Hinblick auf eine andere Preislisteneinstufung

446. Von denjenigen 101 Vertragskunden, welche angaben die Kriterien zu kennen, gaben 20 Vertragskunden die Parameter des Preissystems (fast) vollständig an. Im Übrigen nannten die meisten Vertragskunden (38) volumen- oder umsatzbasierte Parameter, sehr häufig ohne Angabe weiterer Kriterien. 37 Nennungen betrafen andere Kriterien des Preissystems (inkl. Vorleistungen). Weiter wurden unter anderem 25 Kriterien genannt, welche nicht oder nur indirekt für das Preissystem relevant sind.[576] Acht Antworten waren unklar.

Nennungen einzelner Kriterien[577]	Parameter	Umsatz	Andere PL-relevante Kriterien	Nicht relevant	Unklare Antworten
	20	38	37	25	8

Tabelle 46: Konkrete Angabe der Änderungen im Postversand im Hinblick auf eine andere Preislisteneinteilung

447. Die übrigen preislistenrelevanten Parameter wurden unterschiedlich häufig genannt, am meisten das Monatsprofil (16), Vorleistungen (neun), Adressqualität/Retouren (acht), Jahresprofil (sieben), AVZ-Online und Frankatur (je drei). Dabei gaben die Vertragskunden teilweise nur ein Kriterium[578], teils mehrere an. Von den nicht preislisten-relevanten Kriterien am häufigsten genannten wurden die Vorleistungen, welche zwar für Sendungen rabattrelevant aber nicht preislistenrelevant waren, sowie die Produktstruktur, welche höchstens indirekt über den Umsatz oder selten ein anderes Segment preislistenrelevant war.

[567] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20d.
[568] Dazu kommt ein Geschäftskunde, der seine Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet hat.
[569] Act. 113, Antwort 20d; act. 56, Antwort 20d.
[570] Act. 151, Beilage Kundeninformation, Folien 17 und 18.
[571] Act. 97, S. 6, Antwort 20d.
[572] Act. 78, S. 6, Antwort 20d.
[573] Act. 690, Beilage 2.
[574] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 19a; Zwei Geschäftskunden bezeichnen die Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[575] Hinsichtlich Frage 19a bezeichneten zwei Geschäftskunden ihre grundsätzliche Antwort als Geschäftsgeheimnis, vier Geschäftskunden bezeichneten die Massnahmen als Geschäftsgeheimnis.
[576] Dazu zählen auch Änderungen der Produktstruktur, das heisst beispielsweise ein Wechsel von A-Post auf B-Post-Sendungen.
[577] Mehrfachnennungen möglich.
[578] Vgl. z. B. act. 252, Frage 19.

448. Wie die Antworten zeigen, wussten viele Vertragskunden nicht, welche Änderungen in ihrem Versandverhalten zu einer anderen Preislisteneinteilung führen, oder nannten einfach generell Volumen/Umsatz. Letzteres entsprach denn auch dem wichtigsten Einstufungskriterium im alten Preissystem.

449. Die Vertragskunden wurden zusätzlich gefragt, ob die von ihnen aufgeführten Änderungen zur Verbesserung einer Preisliste umsetzbar wären. In der Auswertung berücksichtigt sind nachfolgend nur die Antworten der 101 Vertragskunden, welche die Kriterien zur Änderung der Preisliste kannten (vgl. Rz 445). 16 Vertragskunden gaben an, dass eine Anpassung für sie möglich oder teilweise möglich wäre. Dagegen verneinten 29 eine Anpassungsmöglichkeit explizit. Dreizehn Vertragskunden nannten die Umsetzung nicht preislistenrelevanter Kriterien (etwa Vorleistungen, Produktstruktur) oder gaben eine unklare Antwort. 41 beantworten schliesslich diese Teilfrage nicht.

Anpassung Versandverhalten umsetzbar?	Möglich oder teilweise möglich	Nicht möglich	Kein preislistenrelevantes Kriterium oder unklare Antwort	Keine Angabe
	16	29	13	41

Tabelle 47: Frage nach der Realisierbarkeit der Änderung des Versandverhaltens

450. Auf die Frage an 255 Vertragskunden in der Untersuchung, ob sie in der Vergangenheit bei sich Anpassungen vorgenommen haben, um höhere Rabatte zu erhalten, antworteten 99 mit Ja, 148 mit Nein und fünf machten keine Angaben.[579] Das Verhältnis sieht etwa auch bei den Quickmailkunden oder allen potenziellen Quickmailkunden ähnlich aus (d. h. rund zwei Fünftel mit ein paar Prozent Abweichung). Betreffend die Art der Anpassungen machten 128 keine Angaben, weitere zwölf Antworten waren unklar. Von denjenigen die Angaben machten, nannten 26 eine Änderung in der Produktstruktur (Wechsel der Produkte [z. B. A-Post, B-Post etc.], Verwendung leichteren Papiers), 14 die Verbesserung der Adressqualität resp. die Verringerung der Retouren, elf eine generelle Senkung des Sendungsvolumens, zehn die Erhöhung der elektronischen Versandverzeichnisse, neun eine Versandkumulation, neun die Frankatur, neun die Vorleistungen und acht das Monatsprofil genannt. Die weiteren Nennungen traten weniger als fünfmal auf und werden hier nicht detailliert aufgeführt. Erwähnenswert ist, dass eine Anpassung an das Kriterium Jahresprofil nie explizit genannt wurde, obwohl dieses erhebliche Auswirkungen auf die Preislisteneinteilung haben konnte.

Wichtigste Anpassungen des Versands[580]	Produktstruktur	Adressqualität/ Retouren	Volumensenkung	AVZ-Online	Versandkumulation	Frankatur	Vorleistungen	Monatsprofil
	26	14	11	10	9	9	9	8

Tabelle 48: Angabe der in der Vergangenheit vorgenommenen Anpassungen im Hinblick auf die Erreichung höherer Rabatte

451. Es zeigt sich, dass die Mehrheit der vorgenommenen Anpassungen keine spezifischen Parameter des neuen Preissystems betrafen. Dies gilt etwa für die Änderung der Produktstruktur (häufig Bezug günstiger Versandprodukte). Diese Anpassung ist vom Preissystem unabhängig, da die Wirkungen höchstens indirekt durch eine andere Segmenteinteilung, welche den Kunden nicht bekannt ist, bzw. durch unterschiedliche Umsätze zu Stande kommt. Damit zusammenhängend sind auch reine Volumenreduktionen zur Kostenreduktion in der Regel keine Optimierung *im Preissystem*. Sie stellen eine generelle Vermeidung der Portokosten (soweit möglich) dar. Die Kunden nannten neben diesen noch weitere Kriterien ohne Preislisteneinfluss, etwa die Auslagerung auf elektronische Substitute oder die Konkurrenz. Zum Teil dürfte es für die Kunden auch schwierig abzuschätzen gewesen sein, ob sich eine solche Umstellung am Ende lohnt.[581] Einige Kunden erwähnten Anpassungen an die Post, um postkonform aufzuliefern. Dies war Voraussetzung für die Berücksichtigung von Sendungen für den Rabatt, bestimmte aber nicht die Rabatthöhe.

[579] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 19b; drei Geschäftskunden bezeichneten die Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[580] In den preislistenrelevanten Kriterien nicht berücksichtigt ist die Antwort aus act. 593, welche mehrere Parameter betreffen könnte.
[581] So für eine Verbesserung der Adressqualität act. 285, Frage 19.

452. Bei nur rund der Hälfte der Vertragskunden, welche eine Optimierung vorgenommen haben, war die Optimierung im Hinblick auf das neue Preissystem relevant (49 Nennungen). In dieser Zahl enthalten sind auch die Angaben «Versandkumulation», die postkonforme Auflieferung, der Data Matrix Code, sowie die Vorleistungen. Insbesondere die Vorleistungen wurden jedoch auch bereits im alten Preissystem honoriert. Ohne Berücksichtigung dieser «Anpassungen» waren es noch deutlich weniger Optimierungen. Nur rund 16 % aller Vertragskunden hatten damit einzelne oder mehrere Optimierungen im Hinblick auf die Parameter des Preissystems vorgenommen. Die von der Post angestrebte Anreizwirkung des neuen Preissystems, möglichst kostenoptimal für die Post zu versenden, war daher beschränkt.

453. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass nur ein kleiner Teil der Vertragskunden über die preislistenrelevanten Parameter des Preissystems ausreichend informiert war. Dies gilt insbesondere für die Kriterien, welche für die Kunden individuell zu einer besseren oder schlechteren Preisliste führten. Für die meisten Vertragskunden scheint der erzielte Umsatz der wichtigste oder zumindest bekannteste Parameter für die mit ihnen vereinbarte Preisliste gewesen zu sein. Demgegenüber kann jedoch davon ausgegangen werden, dass weniger als 5 % der Postkunden ihre tatsächliche Zuordnung in ein Segment kannten. Die Befragung zeigte auch, dass sich nur wenige Vertragskunden aufgrund ihres Sendeverhaltens an die als Anreiz gedachten Parameter anpassen konnten und die meisten daher lediglich den von der Post angebotenen Preis akzeptieren mussten. Entsprechend waren sie den daraus resultierenden Ungleichbehandlungen ausgesetzt.

454. Aus den Antworten geht damit aber auch klar hervor, dass die Postkunden, wenn sie bereits Mühe hatten die Auswirkungen der sie betreffenden Parameter zu bestimmen, in keiner Weise dazu in der Lage waren, die Richtigkeit der ihnen angebotenen Preise zu überprüfen oder gar die Preise im Vergleich zu Wettbewerbern zu prüfen.

A.4.4.4 Fazit

455. Insgesamt kann daher gefolgert werden, dass die Kunden der Post nur wenige bzw. oberflächliche Kenntnisse über das Preissystem der Post hatten und eine Kontrolle durch den Kunden aufgrund der Komplexität und Intransparenz nur schwer möglich war. Auch ein Vergleich der Konditionen der Postkunden untereinander erscheint aufgrund der vielen Parameter nicht möglich. Ein solcher Vergleich war von der Post auch nicht gewünscht (vgl. oben, Rz 411).

456. Zudem führte die Komplexität und Intransparenz des Preissystems dazu, dass die Vertragskunden die preislichen Auswirkungen von Umsatzänderungen, insbesondere Verlagerungen auf die Konkurrenz, nicht abschätzen konnten (vgl. dazu ausführlich hinten, Rz 553 ff.).

A.4.5 Einschätzung der Vertragskunden zur Handhabung des Preissystems

457. In diesem Abschnitt werden die Resultate der Vertragskunden-Befragung zum Prozess der Konditions- resp. Vertragsvereinbarung mit der Post, zur Auswahl von Optionen bei der Preislisteneinteilung, zur Verhandelbarkeit der Preise generell, zur Anwendung des Zusatzrabatts sowie zur Kündigung der Konditionen bei grösseren Abweichungen von den vereinbarten Versandparametern erörtert.

A.4.5.1 Einstufungsprozess

458. In der Untersuchung machten im Hinblick auf den Ablauf des Einstufungsprozesses[582] insgesamt 155 der 255 befragten Vertragskunden keine Angaben.[583] Die meisten übrigen Vertragskunden gaben an, dass der Einstufungsprozess grundsätzlich so abgelaufen sei, dass die Post die neuen Konditionen mitteilte und allenfalls präsentierte. Der Grad der Interaktion zwischen der Post und den Vertragskunden scheint dabei sehr unterschiedlich gewesen zu sein. Zumindest teilweise wurde das Preisblatt nur per Post zugesandt oder es wurden keine Erklärungen abgegeben.[584] Einer der Kunden führte dazu aus[585]: «Einstufung ist also durch die Post vorgegeben worden, ohne konkrete Erläuterungen durch unseren Kundenberater dazu erhalten zu haben […]. Den neuen, ab April 2011 für uns wirksamen Vertrag hat man uns zudem erst kurz vor Umstellung auf das neue System ohne vorgängige Information (Ende März 2011) mit hoher Dringlichkeit zur Unterschrift vorgelegt».

459. Sofern sich die befragten Vertragskunden dazu äusserten, gaben sie mehrheitlich an, dass die Einstufung jährlich erfolgt.

460. Die meisten Aussagen wiesen darauf hin, dass der Kunde die von der Post vorgeschlagenen Konditionen, abgesehen von Planänderungen, letztendlich akzeptieren musste. Jedoch erwähnten acht Vertragskunden die Möglichkeit von Verhandlungen mit der Post.

461. Von den in der Untersuchung[586] befragten 255 Vertragskunden beantworteten rund drei Viertel die Frage nach der Änderung des Einstufungsprozesses nicht oder konnten dies nicht (mehr) beurteilen.[587] 33 Vertragskunden sahen keine Änderung im Einstufungsprozess gegenüber demjenigen im alten Preissystem. Weitere zehn gaben an, dass keine Änderungen seit der Einführung des neuen Preissystems 2009 erfolgt waren, ein Kunde wies auf die früheren Kriterien hin. Zwei Vertragskunden wiesen auf die Änderung der Kriterien 2012 hin. Ein Vertragskunde führte aus, er habe seit Einführung des Preissystems keinen Kontakt mehr mit der Post gehabt.[588]

462. Insgesamt zeigt sich damit, dass die Kunden der Post kaum Verhandlungsspielraum hatten, sondern in der Mehrzahl der Fälle die Vorgaben der Post weitgehend akzeptierten. Von den Kunden wurde das Verhalten der Post oft so wahrgenommen, dass diese die Preise vorgibt und der Kunde diese mehr oder minder zu akzeptieren habe.

[582] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 17.
[583] Fünf Vertragskunden bezeichnen ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[584] Vgl. act. 501, 389 und 327, Frage 17.
[585] Act. 389, Frage 17.
[586] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 17.
[587] Fünf Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[588] Act. 285 und 526, Frage 17.

A.4.5.2 Optionen und Verhandlungsmöglichkeiten

463. In der Vorabklärung und der Untersuchung wurden Vertragskunden gefragt, ob ihnen durch die Post verschiedene Optionen mit Auswirkungen auf die Preise angeboten wurden.[589] In der Vorabklärung antworteten von 28 Vertragskunden 16 mit Ja und zehn mit Nein. Eine Antwort war unklar.[590] Vier nannten als Optionen (gewisse) Parameter des Preissystems, wovon zwei darauf hinwiesen, diese seien nicht umsetzbar. In der Untersuchung antworteten 77 der befragten 255 Vertragskunden, dass verschiedene Optionen diskutiert wurden, 101 Vertragskunden verneinten dies und 74 machten keine bzw. keine verwertbaren Angaben.[591] Einige Vertragskunden machten Angaben hinsichtlich der angebotenen Optionen.

464. Die Vertragskunden wurden in der Vorabklärung und in der Untersuchung zudem gefragt, ob die Preise verhandelbar gewesen seien.[592] In der Vorabklärung antworteten darauf von 28 Vertragskunden deren sieben mit Ja, 19 mit Nein.[593] Von den verneinenden Vertragskunden hatten indes zwei intern Optimierungen ihres Versands vorgenommen. Eine Antwort war unklar.[594] In der Untersuchung antworteten von 255 befragten Vertragskunden 35 Vertragskunden mit Ja, 125 mit Nein und 92 machten keine Angaben.[595]

Preise der Post	Ja	Nein	Keine Angabe
Optionen angeboten	77	101	74
Verhandelbar	35	125	92

Tabelle 49: Frage nach verschiedenen Optionen und der Verhandelbarkeit der Preise im Einstufungsprozess

465. Hinsichtlich der Ergebnisse der Befragung in der Untersuchung bestanden keine markanten Unterschiede zwischen den Branchen. In der Vorabklärung war der Anteil der Quickmailkunden, welcher verschiedene Optionen angeboten bekam und die Preise als verhandelbar erachtete, deutlich kleiner als für den Rest der Vertragskunden. Allerdings ist hinsichtlich der Verhandelbarkeit zu erwähnen, dass diejenigen Vertragskunden, welche eine Verhandelbarkeit bejahten, vor allem die Verhandlungen betreffend Optionen (Parameter) des Preissystems meinten (vgl. sogleich Rz 466). In der Untersuchung wich der Ja-Anteil der Quickmailkunden im Vergleich zu den übrigen befragten bezüglich Optionen kaum von demjenigen der Gesamtheit der Vertragskunden ab, wogegen die Quickmailkunden in der Untersuchung die Verhandlungsmöglichkeit etwas höher einschätzten als die Gesamtheit der Vertragskunden. Allerdings war jeweils auch der Nein-Anteil höher.[596]

466. In der Vorabklärung gaben von den sieben Vertragskunden, welche die Preise als verhandelbar ansahen, drei die Preislistenparameter, drei spezifisch den Umsatz und ein Vertragskunde allgemein den «Rabatt» als Verhandlungsinhalt an. In der Untersuchung machte gut ein Drittel der 35 bejahenden Vertragskunden Angaben über den Inhalt der Verhandlungen. Dabei nannten (fünf) Optionen im Rahmen der Preislisten-Parameter des Preissystems. Neun Vertragskunden bezogen sich auf den Preis.

467. Insgesamt bestätigen auch diese Aussagen der Kunden, dass diese die Konditionen als kaum verhandelbar ansahen.

A.4.5.3 Anwendung des Zusatzrabatts

468. Die Vertragskunden wurden in der Untersuchung gefragt, wie sich der Zusatzrabatt auf die Versandkosten des Vertragskunden auswirken würde.[597] Von den 255 befragten Vertragskunden gaben 21 Vertragskunden an, der Zusatzrabatt wirke sich positiv bis sehr gut aus.[598] Für 28 Vertragskunden bestand lediglich eine geringe Auswirkung des Zusatzrabatts. 17 Vertragskunden gaben an, der Zusatzrabatt habe keine Auswirkung. Weitere fünf Vertragskunden äusserten sich dahingehend, ihre Versandkosten hätten gegenüber früher nicht geändert, während sieben Vertragskunden eine Verteuerung der Leistungen angaben. Von letzteren gab ein Vertragskunde an, dass dies aufgrund der Verlagerung von Umsätzen auf Quickmail der Fall war. Für 23 Vertragskunden war dies nicht beurteilbar, wovon mindestens neun Vertragskunden der Zusatzrabatt nicht bekannt war. 14 Antworten sind unklar. 119 Vertragskunden machten keine Angaben.[599] Vier Vertragskunden gaben im Rahmen der Antwort an, ein fixer resp. der alte Rabatt sei besser gewesen.

[589] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20a; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 16.
[590] Dazu kam eine Antwort, welche als Geschäftsgeheimnis bezeichnet worden ist.
[591] Drei Geschäftskunden bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.
[592] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 20b; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 16.
[593] Ein Vertragskunde bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[594] Dazu kam eine Antwort, welche als Geschäftsgeheimnis bezeichnet worden ist.
[595] Drei Geschäftskunden bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.
[596] Die Begründung dürfte insbesondere darin liegen, dass der Anteil der Quickmailkunden, welche die Fragen beantwortet haben, deutlich höher liegt als beim Rest der Vertragskunden.
[597] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 14; Die Antworten lassen sich nicht immer eindeutig von der gestellten Zusatzfrage nach Höhe und Häufigkeit der Anwendung des Zusatzrabatts trennen. Vorliegend werden die Antworten dennoch getrennt dargestellt.
[598] Dies machen auch weitere Unternehmen geltend, welche hier unter einer anderen Kategorie aufgeführt sind.
[599] Dazu bezeichneten zwei Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

Auswirkung Zusatzrabatt auf Versandkosten	Positiv	Unterschiedlich	Gering	Kein Einfluss	Keine Änderung	Negativ	Unbekannt oder nicht beurteilbar	Keine Angabe oder unklar
	21	20	28	17	5	7	23	133

Tabelle 50: Auswirkung des Zusatzrabatts auf die Versandkosten

469. Die Vertragskunden wurden in der Vorabklärung und in der Untersuchung zudem gefragt, ob sich der Zusatzrabatt auf das Versandverhalten oder die Planung auswirken würde:[600]

470. In der Vorabklärung wurde diese Frage im Zusammenhang mit der Zweiteilung des Rabatts in Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt gestellt.[601] Gemäss den Antworten in der Vorabklärung wurde nach einer Mehrheit von 18 Vertragskunden deren Planung der Postdienstleistungen nicht beeinflusst. Fünf der befragten Vertragskunden konstatierten hingegen einen Einfluss der Zweiteilung des Rabatts auf das Versandverhalten und die Planung. Ein Vertragskunde berücksichtigte dies beim Marketingbudget, einer bei der Ausrichtung von Massenversänden, einer durch die Nutzung von AVZ-Online und zwei bei den Versandterminen. Eines der fünf Unternehmen gab an, die Planbarkeit habe sich «aufgrund der variablen Komponenten verschlechtert, da diese zwischen 0–3 % schwanke von Monat zu Monat.»[602] Ein Vertragskunde monierte die Intransparenz der Kriterien.[603] Schliesslich gaben fünf Vertragskunden keine oder eine unklare Antwort.

471. In der Untersuchung verneinten von 255 Vertragskunden deren 194 einen Einfluss des Zusatzrabatts auf das Versandverhalten. 25 Vertragskunden gaben an, dass der Zusatzrabatt einen Einfluss auf das Versandverhalten habe. Elf Antworten waren schliesslich unklar und 21 Vertragskunden machten keine Angabe, wovon zwei die Frage nicht beurteilen konnten.[604]

Auswirkungen Zusatzrabatt auf Versandverhalten	Ja	Nein	Unklar	Keine Angabe oder nicht beurteilbar
	25	194	9	21

Tabelle 51: Auswirkungen des Zusatzrabatts auf das Versandverhalten

472. Viele (80) der Vertragskunden, für die der Zusatzrabatt keinen Einfluss auf das Versandverhalten und die Planung hatte, gaben ungefragt eine Begründung für die verneinende Antwort an. Dabei äusserten sich 64 Vertragskunden dahingehend, dass sie aufgrund der bestehenden Vorgaben/Erfordernisse aus ihrer Geschäftstätigkeit oder wegen der bestehenden Organisation keine Änderungen an der Planung oder am Versandverhalten vornehmen konnten oder wollten. Insgesamt acht Vertragskunden gaben an, der Rabatt oder der Briefversand generell sei ein zu geringer Kostenfaktor. Vereinzelt wurden noch andere Gründe genannt. Zwei Vertragskunden gaben an, ihren Versand bzw. Zusatzrabatt bereits optimiert zu haben, weshalb nun kein Einfluss auf das Versandverhalten mehr bestehe (auch bei diesen Vertragskunden hatte somit der Zusatzrabatt einen Einfluss).[605]

473. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass rund ein Sechstel der Vertragskunden in der Vorabklärung und ein Zehntel der Vertragskunden in der Untersuchung davon ausging, dass der Zusatzrabatt einen Einfluss auf die Planung ausübte, mithin etwa zur Kumulation von Sendungen führte. Der Zusatzrabatt kam laut Kundenaussagen zudem sehr unterschiedlich häufig und in unterschiedlicher Höhe zur Anwendung (vgl. auch vorne, Rz 309 ff.). Zudem haben einige Kunden unaufgefordert den Einfluss des Zusatzrabatts auf die erschwerte/verunmöglichte Planung, Kalkulation und Budgetierung bestätigt oder zur Wirkung des Rabatts im Hinblick auf einen Wechsel gemacht. Da der Grossteil der Kunden ihr Versandverhalten aber gerade nicht am Zusatzrabatt ausrichten konnten und entsprechend auch nicht ausrichteten, waren diese Kunden somit der Wirkungsweise des Zusatzrabattes willkürlich ausgesetzt, so dass sie hierdurch untereinander diskriminiert wurden.

[600] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 23a; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 15.
[601] Zwei Vertragskunden bezeichneten einen Teil ihrer Antwort als Geschäftsgeheimnis, sind aber für in der Auswertung mit dem einsehbaren Teil der Antworten berücksichtigt.
[602] Act. 233, Antwort 23a.
[603] Act. 117, Antwort 23a.
[604] Dazu bezeichneten sechs Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[605] Diese Vertragskunden wurden in Tabelle 51 der Transparenz halber jedoch unter «Nein» aufgeführt.

A.4.5.4 Kündigung der Verträge

474. Die Vertragskunden der Post wurden im Rahmen der Untersuchung zudem gefragt, ob die Post ihnen gegenüber jemals den geschlossenen Vertrag vorzeitig gekündigt hat, weil sie unterjährig stark von den einstufungsrelevanten Umsätzen abgewichen sind.[606] Gegebenenfalls sollten die Vertragskunden den Sachverhalt schildern und angeben, wie oft dies in den letzten 5 Jahren geschehen sei. Von den 255 befragten Vertragskunden gaben sechs auf die Frage keine Antwort.[607] Von den restlichen Vertragskunden verneinten 237 Vertragskunden eine Kündigung der Post. Demgegenüber gaben zehn Vertragskunden an, der Vertrag sei bereits einmal gekündigt worden. Bei einem der zehn Vertragskunden erfolgte zweimal eine Kündigung, bei den übrigen neun nur einmal. Der Grund dafür war in acht Fällen ein Umsatz- oder Volumenrückgang, in einem Fall zusammen mit der Verschlechterung des Jahresprofils. In einem Fall handelte es sich um die Einführung des neuen Preissystems. Schliesslich kam es in zwei Fällen infolge einer Preisänderung der Post für bestimmte Produkte zu einer Kündigung durch die Post.

475. Die Vertragskunden wurden in der Untersuchung ebenfalls gefragt, ob sie selbst gegenüber der Post jemals den geschlossenen Vertrag vorzeitig gekündigt haben, weil sie unterjährig stark von den einstufungsrelevanten Umsätzen abgewichen sind und daher einen Grossteil des Zusatzrabatts nicht realisieren konnten.[608] Von den 255 befragten Vertragskunden beantworteten fünf diese Frage nicht.[609] Von den übrigen Vertragskunden gab kein einziger an, selbst den Vertrag gegenüber der Post gekündigt zu haben. Ein Vertragskunde führte dazu aus: «Das wäre vielleicht sinnvoll gewesen, wegen des hohen Aufwands haben wir darauf verzichtet».[610]

A.4.5.5 Einschätzung eines Prognosesystems im Allgemeinen und des Preissystems CAPRI im Besonderen

476. In der Vorabklärung wurden die Vertragskunden zudem gebeten, die konkreten Vor- und Nachteile eines Systems mit einem im Voraus prognostizierten und vereinbarten Jahresumsatz für sie zu beschreiben.[611] Von den 28 befragten Vertragskunden gaben vier Vertragskunden keine Antwort.[612] Als Vorteil genannt wurde ganz überwiegend die grundsätzlich bestehende bessere Planbarkeit und Budgetierung. Je ein Vertragskunde nannte dies als Voraussetzung für ein transparentes System sowie als Voraussetzung zur Ermöglichung von Bonusrabatten bei Zielübertreffung. Als Nachteil wurde am häufigsten genannt, dass aufgrund von Schwankungen Prognosen schwierig seien und damit häufig die Umsätze nicht den Prognosen entsprechen würden. Anpassungen seien dabei schwierig/nicht möglich/erst im nächsten Jahr möglich. Ein Vertragskunde gab an, die Rabatte seien dadurch limitiert, ein anderer sieht dagegen einen Nachteil in möglichen Abzügen bei Nichterreichen des Zielumsatzes. Drei Vertragskunden gaben an, die Planbarkeit sei durch den Zusatzrabatt erschwert; das heisst, der Zusatzrabatt erschwere die Planung und Budgetierung wieder, sofern sie durch ein Prognosesystem einfacher wäre. Ein Vertragskunde machte geltend, […][613] Werden die Antworten darauf analysiert, ob ein solches Prognosesystem gesamthaft eher positiv oder negativ zu werten ist, so sind acht Antworten als positiv, […] sieben als negativ und sieben als unklar zu werten.[614]

477. 28 Vertragskunden wurden in der Vorabklärung zudem befragt, ob sie ein anderes System gegenüber einem Preissystem mit prognostiziertem Jahresumsatz bevorzugen würden.[615] Hinsichtlich der Antworten ist anzumerken, dass ein Teil der Vertragskunden die Frage anders verstanden hat, nämlich ob sie gegenüber dem neuen Preissystem ein anderes bevorzugen würden. Acht Vertragskunden machten keine Angaben und für je einen Vertragskunden war dies nicht beurteilbar respektive nicht relevant.[616] Sechs Vertragskunden verneinten die Frage. Von den übrigen Vertragskunden sprachen sich […] elf Vertragskunden für ein anderes System aus. Dies gilt auch für die Mehrheit der Quickmailkunden. Von allen Vertragskunden, die ein anderes System bevorzugen würden, wünschten sich […] fünf das alte Preissystem respektive ein System mit einheitlichem Rabattsatz, allenfalls mit Zusatzrabatt bei Übertreffen. Dagegen hätte ein Vertragskunde das aktuelle System mit rückwirkenden und höheren Umsatzrabatten bevorzugt. Zwei Vertragskunden hätten ein ausschliesslich an tatsächlichen Werten orientiertes Preissystem bevorzugt. Ein Vertragskunde wünschte generell höhere Rabatte und Rückvergütungen, ein anderer Vertragskunde generell ein System mit Verhandlungsspielraum.

A.4.6 Bewirkte Preiserhöhung durch das Preissystem CAPRI

478. Eines der von der Post angestrebten Ziele der Einführung des Preissystems CAPRI war die Ertragssicherung und eine über längere Frist zu realisierende Preiserhöhung im Geschäftskundenbereich.[617]

A.4.6.1 Erkenntnisse aus den Unterlagen der Post

479. Laut Projektabschlussbericht zur Einführung des Systems CAPRI war kurzfristig keine Generierung von Erträgen durch die Einführung von CAPRI vorgesehen.[618] Durch die Umstellung des Preissystems ergab sich jedoch im Vergleich zum alten Preissystem eine Umsatzzunahme (resp. eine Reduktion der Rabattsumme) von [5-10] Millionen Franken resp. um [0-1] %, unter Annahme gleichbleibender Mengen und eines Zusatzrabatts von 2 %.[619] Dies war dadurch bedingt, dass die Verkaufsorganisation stärker dem Vorschlag des Systems gefolgt sei und ihre Kompetenzen weniger als erwartet ausgenützt habe (siehe zur Preislistenfestlegung bei Einführung des Systems oben, Rz 224 und 257 f.).[620]

[606] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 24.
[607] Zwei Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[608] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 25.
[609] Dazu kommen zwei Geschäftskunden, welche ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet haben.
[610] Act. 470, Frage 25.
[611] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[612] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[613] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[614] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[615] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[616] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[617] Act. 432, Beilage 13a, S. 7 Abschnitt 3.3.4.2.
[618] Act. 432, Beilage 13d, S. 6, sowie Beilage 13f, S. 7.
[619] Act. 601, PAS-Sitzung vom 10. Mai 2011; Folie 33.
[620] Act. 432, Beilage 13f, S. 7.

Da die Initialpreislisten vorwiegend die Rabatte des Preissystems 2009 hätten abbilden sollen, bedeutet dies, dass die Kundenberater mit der Umstellung auf das Preissystem CAPRI einen Teil der Kunden schlechter gestellt haben als im Preissystem 2009 und so ihnen gegenüber eine Preiserhöhung durchgesetzt haben. Langfristig sollten durch Verhaltensänderungen der Kunden [0-10] Millionen an Kosteneinsparungen entstehen.[621]

480. In einer Kundenumfrage zur Einführung des Preissystems war der zweithäufigste Grund (76 %) für die Unzufriedenheit der Vertragskunden der Rückgang des Rabatts.[622]

481. Im April 2012 wurde der neue Parameter «Anteil Retouren» eingeführt, welcher den bisherigen Parameter «Adressqualität» ersetzte. Die Post sah vor, dadurch auch einen Kostendeckungsbeitrag von […] Franken pro Jahr durch tiefere Preislisten zu erzielen[623], wobei diese Rabattreduktion gestaffelt über drei Jahre realisiert werden sollte.[624] Die Ausgangslage Anfang 2012 ist in der nachfolgenden Abbildung 16 dargestellt. Dabei sind auf der linken Seite sämtliche Kunden (dargestellt als Kreise) aufgrund ihrer Retourenquote und des Anteils B-Post abgebildet, woraus sich für jeden Kunden die Auswirkung auf die Preislisteneinteilung ablesen lässt. Auf der rechten Seite ist dargestellt, für wie viele Vertragskunden es aufgrund des neuen Retourenparameters zu (k)einer Preislistenänderung kommt, und in welchem Ausmass eine solche Preislistenänderung erfolgte.



Abbildung 16: Auswirkung der Einführung des neuen Parameters «Anteil Retouren» auf die Kunden.[625]

482. Laut der Grafik Abbildung 16 würden durch den Parameter «Anteil Retouren» zwar mehr Kunden besser als schlechter gestellt im Verhältnis zum alten Kriterium. Diesbezüglich ist jedoch festzustellen, dass aufgrund der Strukturkontrolle (auch bei der Einführung des neuen Retourenparameters) kein Handlungsbedarf eines Kundenberaters oder einer Kundenberaterin bestand, wenn ein Kunde in eine bessere Preisliste einzuteilen wäre, sondern nur im Falle einer Verschlechterung.[626]

483. Die Anpassung des neuen Preissystems (Erweiterung auf 30 Preislisten, Anpassung der Parameter, Anpassung der Strukturkontrolle) auf den 1. Januar 2015 sollte laut Post […].

[621] Act. 432, Beilage 13d, S. 6.
[622] Act. 601, PAS-Sitzung vom 18. Mai 2011, Folie 46.
[623] Ursprünglich sollten annäherungsweise […] (Act. 601, Protokoll der PAS-Sitzung vom 18. März 2011, S. 2).
[624] Act. 432, Beilage 13h, S. 3; Ausserdem wurden Kosteneinsparungen von bis […] Franken durch Früherkennung der Nichtzustellbarkeit bereits bei der Sortierung sowie von bis […] Franken durch Vermeidung der Rückzustellung infolge Entsorgung erwartet (Act. 432, Beilage 13h, S. 6). Durch neue Produkte im Zusammenhang mit dem Umgang mit Retouren sollten zudem Zusatzerlöse von […] generiert werden.
[625] Act. 433, Beilage 13p, Folie 20.
[626] Vgl. dazu oben, Rz 241 ff.

A.4.6.2 Ergebnisse aus Kundenbefragung

484. In der Untersuchung wurde dazu eine Auswahl von 255 Vertragskunden gefragt, ob das neue Preissystem bei ihnen zu tieferen Versandkosten geführt habe.[627] Darauf antworteten 62 Kunden mit Ja, 137 mit Nein, und 51 machten keine Angaben oder konnten keine Einschätzung vornehmen.[628]

Tiefere Preise durch neues Preissystem	Ja	Nein	Keine Beurteilung
	62	137	51

Tabelle 52: Tiefere Preise durch neues Preissystem?

485. Einige der mit Ja antwortenden Vertragskunden bezogen sich explizit auf den neuen Zusatzrabatt, welcher generell oder bei grösseren Sendungen zur Anwendung kam. Vereinzelt hatten die besseren Konditionen aber auch mit einem veränderten Versandverhalten (beispielsweise Zusammenzug von Sendungen an einem Standort) oder Umsatzerhöhungen zu tun. Ein Vertragskunde machte zudem explizit geltend, das Preisniveau habe sich zwar nicht verändert, jedoch seien die preisbestimmenden Faktoren des Systems so aufgebaut, «dass ein bestimmtes, von der Post gewünschtes Verhalten (insbesondere der Verzicht auf die Nutzung von konkurrenzierenden Anbietern)», unterstützt werde.[629]

486. Die 255 Vertragskunden wurden weiter im Hinblick auf das Empfinden des Preis/Leistungsverhältnisses der von ihnen mit der Post vereinbarten Preisliste befragt.[630] Hierbei gaben 135 Vertragskunden an, dass sie das Preis-Leistungs-Verhältnis in Ordnung fanden. 78 gaben an, dass dies ungenügend sei, wovon 13 vorbrachten, dass die Leistung der Post zwar gut sei, der Preis dafür aber zu hoch. 35 machten keine oder keine verwertbaren Antworten, wobei für 19 Vertragskunden die Einschätzung nicht beurteilbar war, v.a. mangels existierender oder geprüfter Alternativen.[631] Zudem gaben 19 Vertragskunden an, dass die Tendenz des Preis/Leistungsverhältnisses immer schlechter werde.

Einschätzung Preis-/ Leistungsverhältnis	In Ordnung	ungenügend	Keine Beurteilung
	135	78	36

Tabelle 53: Einschätzung des Preis-/Leistungsverhältnisses

487. Bei der Kundengruppe der bisherigen Quickmailkunden und der Vertragskunden, welche Quickmail als Alternative angaben, erachtete jeweils rund die Hälfte das Preis-Leistungsverhältnis als ungenügend. Das heisst, der Anteil der negativen Beurteilung des Preis-/Leistungsverhältnisses lag höher als für den Rest der Vertragskunden.

A.4.6.3 Vom Sekretariat durchgeführte Berechnungen

488. Im Rahmen der Berechnungen aufgrund der von der Post bereitgestellten Rechnungsdaten wurden für die Vertragskunden, die sowohl unter dem Preissystem 2009 als auch unter dem Preissystem CAPRI einen Vertrag mit der Post hatten, die durchschnittlichen Preise für die ersten drei Monate im Jahr 2011 (Preissystem 2009) mit den durchschnittlichen Preisen für den Rest des Jahres 2011 (Preissystem CAPRI) für die Produkte A-Post Gross, A-Post Midi, A-Post Standard, B-Post Gross Einzel, B-Post Midi Einzel, B-Post Standard Einzel, B-Post Gross Massen, B-Post Midi Massen und B-Post Standard Massen verglichen. Diese Produktkategorien wurden gewählt, da die Produktklassen A-Post Einzelsendung, B-Post Einzelsendung und B-Post Massensendung die umsatzstärksten Produkte der Post sind.

489. Das Resultat dieses Vergleichs ist in Tabelle 54 dargestellt. Nicht aufgeführt sind diejenigen Verträge, bei denen der Wechsel des Preissystems keine Änderung bei den Preisen der untersuchten Produkte bewirkt hat. Ein Vertrag mit Preisänderungen kann in einer oder mehreren Zeilen gezählt werden, je nachdem bei wievielen Produkten der Systemwechsel zu einer Preisänderung geführt hat. Der durchgeführte Preisvergleich ergab, dass insgesamt in [1'500-2'000] Fällen (Verträgen) oder [30-40] % durchschnittlich tiefere Preise als im alten Preissystem bezahlt wurden und in [3'000-4'000] oder [60-70] % durchschnittliche höhere Preise bezahlt wurden.

[627] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 20.
[628] Fünf Geschäftskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[629] Act. 470, Frage 20.
[630] Fragebogenantworten, Frage 13.
[631] Sechs Geschäftskunden bezeichneten die Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.

Versandart	Höhere Preise	Tiefere Preise
A-Post Gross	[400-500]	[200-300]
A-Post Midi	[300-400]	[300-400]
A-Post Standard	[500-600]	[100-200]
B-Post Gross Einzel	[300-400]	[200-300]
B-Post Midi Einzel	[200-300]	[300-400]
B-Post Standard Einzel	[400-500]	[200-300]
B-Post Gross Massen	[100-200]	[0-100]
B-Post Midi Massen	[0-100]	[0-100]
B-Post Standard Massen	[400-500]	[100-200]

Tabelle 54: Gegenüberstellung der Preise zwischen den Preissystemen 2009 und CAPRI im Zeitraum zwischen 1.1.2011 und 31.12.2011 (Anzahl Verträge in jeder Produktkategorie).

490. Bei einer Betrachtung auf jährlicher Basis, indem das letzte Jahr des Preissystems 2009 (vom 1. April 2010 bis 31. März 2011) mit dem ersten Jahr des Preissystems CAPRI (vom 1. April 2011 bis 31. März 2012) verglichen wird, erhält man ähnliche Zahlen. In insgesamt [2'000-3'000] Fällen oder [40-50] % wurden durchschnittlich tiefere Preise als im alten Preissystem bezahlt und in [3'000-4'000] Fällen oder [50-60] % wurden höhere Preise bezahlt.

Versandart	Höhere Preise	Tiefere Preise
A-Post Gross	[400-500]	[300-400]
A-Post Midi	[200-300]	[400-500]
A-Post Standard	[500-600]	[200-300]
B-Post Gross Einzel	[300-400]	[300-400]
B-Post Midi Einzel	[100-200]	[400-500]
B-Post Standard Einzel	[400-500]	[300-400]
B-Post Gross Massen	[300-400]	[0-100]
B-Post Midi Massen	[100-200]	[0-100]
B-Post Standard Massen	[500-600]	[100-200]

Tabelle 55: Gegenüberstellung der Preise zwischen den Preissystemen 2009 und CAPRI im Zeitraum zwischen 1.4.2010 und 31.03.2012 (Anzahl Verträge in jeder Produktkategorie).

491. Hieraus wird ersichtlich, dass die Einführung des neuen Preissystems für eine Vielzahl von Kunden zumindest bei einzelnen Produkten zu einer effektiven Preiserhöhung führte.

492. Betrachtet man die Preise berechnet auf dem Quotienten der aggregierten Umsätze und Mengen pro Produkt, so stellt man fest, dass es im Übergang vom Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI im Bereich Massensendungen zu einem starken durchschnittlichen Preisanstieg gekommen ist.[632]

[632] Theoretisch wäre es auch denkbar, dass der Preisanstieg durch eine durchschnittliche Gewichtserhöhung der einzelnen Sendungen zu erklären ist. Dies erscheint allerdings unwahrscheinlich.

Preise in CHF und Preisänderungen in Prozent zwischen den einzelnen Jahren pro Versandart	2008		2009		2010		2011		2012
	CHF	%	CHF	%	CHF	%	CHF	%	CHF
A-Post Gross	[1.6-1.7]	13%	[1.8-1.9]	0%	[1.8-1.9]	-1%	[1.8-1.9]	0%	[1.8-1.9]
A-Post Midi	[1.1-1.2]	1%	[1.1-1.2]	0%	[1.1-1.2]	0%	[1.1-1.2]	0%	[1.1-1.2]
A-Post Standard	[0.9-1.0]	-5%	[0.8-0.9]	-1%	[0.8-0.9]	0%	[0.8-0.9]	0%	[0.8-0.9]
B-Post Gross Einzel	[1.4-1.5]	12%	[1.6-1.7]	0%	[1.6-1.7]	-1%	[1.6-1.7]	-1%	[1.6-1.7]
B-Post Midi Einzel	[0.9-1.0]	1%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]
B-Post Standard Einzel	[0.7-0.8]	-6%	[0.7-0.8]	-1%	[0.7-0.8]	-1%	[0.7-0.8]	0%	[0.7-0.8]
B-Post Gross Massen	[0.8-0.9]	1%	[0.8-0.9]	1%	[0.8-0.9]	14%	[0.9-1.0]	0%	[0.9-1.0]
B-Post Midi Massen	[0.6-0.7]	0%	[0.6-0.7]	-1%	[0.6-0.7]	15%	[0.6-0.7]	1%	[0.7-0.8]
B-Post Standard Massen	[0.4-0.5]	-5%	[0.4-0.5]	0%	[0.4-0.5]	2%	[0.4-0.5]	0%	[0.4-0.5]

Tabelle 56: Preise in CHF und Preisänderungen in Prozent zwischen den einzelnen Jahren pro Versandart

493. Aus Tabelle 56 kann zu den betrachteten Versandarten gefolgert werden, dass es bis auf die Versandarten B-Post Massensendung mit dem Wechsel vom Preissystem 2009 zum Preissystem CAPRI zu keinen wesentlichen Preiserhöhungen gekommen ist.

494. Betrachtet man die Anzahl Sendungen und Umsätze bei den neun Produkten über die Jahre 2008 bis 2012, so ergibt sich das nachfolgende Bild:

	2008	2009	2010	2011	2012
Anzahl Sendungen	[1.2-1.3 Mrd]	[1.2-1.3 Mrd]	[1.2-1.3 Mrd]	[1.1-1.2 Mrd]	[1.1-1.2 Mrd]
Umsatz	[850-900 Mio.]	[800-850 Mio.]	[800-850 Mio.]	[750-800 Mio.]	[700-750 Mio.]
Verhältnis Umsatz im Vergleich zur Menge	[65-70] %	[60-65] %	[60-65] %	[65-70] %	[65-70] %

Tabelle 57: Verhältnis zwischen Anzahl Sendungen und Umsatz über die Jahre hinweg.

495. Hier zeigt sich, dass sich die Post mit einem konstanten Rückgang des Versandvolumens und des Umsatzes konfrontiert sieht. Im Hinblick auf die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Umsatz und Menge kann gefolgert werden, dass dieses in etwa gleich bleibt. Im Jahr 2011 steigt allerdings das Verhältnis um [1-2] % an, was grundsätzlich auf eine geringfügige Preiserhöhung durch die Einführung des Preissystems CAPRI hindeu-

ten könnte. Dies würde sich mit der Einschätzung der Post decken, wonach es mit der Einführung des Preissystems CAPRI zu einem Rabattsummenrückgang gekommen ist (Rz 257 f., Rz 300 und Rz 479 f.).

A.4.6.4 Fazit

496. Insgesamt kann festgehalten werden, dass nachgewiesen ist, dass langfristig eine Kostenreduktion von [5-10] Millionen Franken durch das neue Preissystem geplant war. Dies dürfte einerseits durch die Prozessverbesserungen durch allfällige Verhaltensänderungen der Kunden bedingt sein, andererseits aber auch durch tiefere Rabatte. Mit Einführung des neuen Preissystems CARPI kam es zudem zu einer Rabattreduktion von [5-10] Millionen Franken, das heisst mit andern Worten zu einer entsprechenden Preiserhöhung (vgl. Rz 300). Diese Rabattreduktion entstand bereits zu Beginn der Anwendung des Gleitpfades, das heisst zu einem Zeitpunkt, in dem noch viele Kunden besser eingestuft wurden, als es ihrer Zielpreisliste entsprochen hätte. Die Rabattreduktion war laut Unterlagen der Post nicht vorgesehen, kann aber nicht als unerwartet bezeichnet werden, da laut Begründung der Post die Kundenberater dem Systemvorschlag vermehrt Folge geleistet und weniger postinterne Eskalationen (d. h. […]) ausgelöst hatten. Ein solches Resultat wäre konsistent mit der vorne beschriebenen Ausgestaltung des Gleitpfads (Rz 221 ff.) und der Strukturkontrolle (Rz 241 ff.), wonach Initialpreislisten[633] resp. vereinbarte Preislisten, welche rabattmässig unterhalb der Zielpreisliste lagen, gemäss Systemvorschlag im Gleitpfad und der Strukturkontrolle nicht an die bessere Zielpreisliste anzupassen waren.

497. Anhand der Analysen zur Einführung des Preissystems zeigt sich zudem, dass die Kundenberater über einen relativ grossen Spielraum verfügten und die Handhabung der Preislisteneinteilung uneinheitlich war.

A.4.7 Auswirkung des Preissystems CAPRI auf Quickmail

498. Ausgangspunkt der Untersuchung war eine Anzeige des Verbands KEP & Mail zum neuen Preissystem CAPRI der Post, welches durch den Zusatzrabatt Quickmail im Wettbewerb behindere (vgl. sogleich Rz 499).[634] Nachfolgend wird untersucht, ob das Preissystem CAPRI Quickmail die Wahl- und Wechselmöglichkeit der Vertragskunden einschränkte und damit den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten künstlich beschränkte.

A.4.7.1 Aussagen und Hinweise der Wettbewerber

499. In seiner Anzeige machte der Verband KEP & Mail geltend, dass der von der Post im Preissystem CAPRI neu eingeführte «Zusatzrabatt» einen Behinderungsmissbrauch darstelle, der sich gegen die Mitglieder des Verbandes richte, insbesondere gegen die im Bereich Briefpost tätige Quickmail AG in St. Gallen, die damit in ihrer Existenz bedroht sei.[635]

500. KEP & Mail sah im «Zusatzrabatt» einen versteckten Treuerabatt, den der Verband als kartellrechtlich unzulässig einstuft. Zudem sei der «Zusatzrabatt» wirtschaftlich nicht begründet und würde zusammen mit den kundenindividuellen Preislisten ein Gesamtumsatzrabattsystem bilden, welches zugunsten der Post als marktbeherrschenden Unternehmung einen Sog-Effekt auslöse, also den Kunden durch entsprechende Anreize dazu veranlasse, weiterhin Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu beziehen.

501. Die folgenden ergänzenden und konkretisierenden Hinweise von Quickmail richteten sich primär gegen die Intransparenz (dazu Rz 431 und Rz 552) und den im Preissystem CAPRI enthaltenen Zusatzrabatt.[636] Dieser sei insbesondere problematisch aufgrund des Hebeleffekts mit nicht-bestreitbaren Mengen, welche durch das Monopol, von Quickmail nicht angebotene Dienstleistungen und die noch tiefe Haushaltabdeckung von Quickmail resultierten.[637] Zu einem späteren Zeitpunkt machte Quickmail schliesslich auch Vorhalte zu weiteren Verhaltensweisen der Post, insbesondere im Zusammenhang mit Distance Selling Mail bzw. Expert Mail, welche allerdings nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind.

502. Quickmail wies einerseits auf die theoretischen Wirkungen des Zusatzrabatts (Erschwerung des Bezugs von Quickmail, diskriminierende Wirkung) hin, machte aber verschiedentlich auch Angaben zu direkten Reaktionen ihrer Kunden im Markt:

a. Kurz nach Einführung am 11. Juli 2011 berichtete Quickmail über eine Reaktion eines Kunden «erster Stunde».[638] Dieser erhielt aufgrund der Quickmail-Mengen 2 % weniger Rabatt, was er Quickmail anrechne (in Höhe von etwa 6 %). Offenbar glaubte der Kunde fälschlicherweise, der Vertrag sei nicht kündbar und war überrascht, dass ein Vertrag mit angepasstem Umsatz abgeschlossen werden könne. Offenbar versandten die bisherigen Kunden weniger mit Quickmail oder kehrten zur Post zurück. Laut Quickmail habe sie dieser Sendungsmengenverlust gerade damals sehr hart getroffen, als sie noch nicht flächendeckend zustellten. Die kostendeckende Zustellung werde dadurch viel später als sonst möglich erreicht und erfordere zusätzliches Kapital. […] Aus den von Quickmail eingereichten Zahlen geht allerdings nicht eindeutig hervor, dass der Rückgang durch das neue Preissystem bedingt waren.

b. Am 25. Juli 2011 machte Quickmail folgende Aussage[639]: «Ein sehr grosser Kunde aus dem Versandhandel mit einem hohen B-Post-Massensendungsvolumen zeigte sich sehr überrascht, dass der Postvertrag auch unterjährig gekündigt werden kann. Noch erstaunlicher ist die Reaktion eines Key-Account-Managers der Schweizer Post in Kaderstellung, welcher ebenfalls überrascht war, dass der Postvertrag unterjährig gekündigt werden kann. Die zeigt einmal mehr auf, dass der Zielrabatt seine volle Wirkung am Markt entfaltet.»

[633] Preisliste mit einem Rabatt, welcher demjenigen im Preissystem 2009 entspricht.
[634] Act. 1, S. 1.
[635] Act. 1, S. 1.
[636] Vgl. z. B.: act. 19; act. 42, Folie 6 (im Vergleich zu Folie 7); act. 42, Präsentation, Folie 2; act. 156 f.
[637] Vgl. z. B.: act. 1, Beilage Beispiel Sogwirkung; act. 103, S. 2 Ziff. 7e.
[638] Act. 29 und 31.
[639] Act. 35.

c. Mit Schreiben vom 1. September 2011 bekräftigte Quickmail noch einmal Folgendes hinsichtlich Kündigungsmöglichkeiten[640]: «Ich kann Ihnen an dieser Stelle nochmals versichern, dass bisher keiner unserer Kunden wusste, dass der Zusatzrabatt auch unterjährig kündbar ist. Zwei Verkäufer der Schweizer Post, welche nicht namentlich genannt werden möchten, war diese Möglichkeit ebenfalls nicht bekannt.» Die Post weise erst auf diese Möglichkeit hin, nachdem sie durch die WEKO befragt worden sei.[641]

d. Quickmail machte weiter geltend, dass seitens verschiedener Kunden Bedenken aufgekommen seien, ob Preisvorteile bei der Nutzung von Quickmail nicht durch Rabattverluste bei der Post teilweise aufgezehrt würden.[642]

e. Am 23. November 2012 wies Quickmail auf Folgendes hin[643]: «Wir hören immer wieder von Kunden und potentiellen Kunden, dass sie wegen der Zusammenarbeit mit Quickmail den Zusatzrabatt von Postmail verlieren, resp. verlieren würden. Unsere Aufklärung, dass die Prognose monatlich angepasst und damit der Zusatzrabatt erreicht werden kann wird nicht immer verstanden oder Glauben geschenkt. Zudem stellt die Änderungskündigung des Vertrages mit Postmail eine wesentliche emotionale Hürde bei den Kunden für einen Wechsel zu Quickmail dar. Wir wären sehr dankbar, wenn der Zusatzrabatt wieder in den Preis inkludiert wird und damit nicht mehr von der Erreichung des prognostizierten Umsatzes abhängt.»

503. Mit Eingabe vom 6. November 2013 machte Quickmail Angaben zum Schaden, der aus dem Preissystem entstanden sei[644]: Dieser bestehe einerseits darin, dass Quickmail Kunden höhere Rabatte geben müsse, um sie für die überproportionalen und aus Sicht von Quickmail unzulässigen Rabattverluste für die bei der Post verbleibenden Sendungsmengen zu entschädigen. Andererseits entstehe Quickmail ein Schaden durch das Preissystem, weil Kunden ganz von einer Zusammenarbeit mit Quickmail abgehalten würden oder die Aufnahme der Zusammenarbeit verzögert oder verunmöglicht werde, unter anderem wegen der hohen Komplexität des Systems. Zur Auswirkung auf die Mengen führt Quickmail weiter aus[645]: […]. Quickmail schätzt zudem, dass ohne den Zusatzrabatt ihre Umsätze in den letzten drei Jahren mindestens 25 % höher ausgefallen wären.

504. Quickmail brachte in der Stellungnahme vom 6. November 2013 weiter vor, dass die Massnahme der Post sie in einer Ausbauphase getroffen habe, in der noch keine Gewinne erzielt würden, so dass jeder Kundenverlust und jede erforderliche Erhöhung der Rabattierung sich unmittelbar in einem höheren Kapitalbedarf niederschlage.[646] Die Massnahme sei daher geeignet gewesen, die Quickmail AG vollständig vom Markt zu verdrängen. Das diskriminierende Rabattsystem sei eine entscheidende strategische Weichenstellung mit einer erheblichen Auswirkung auf den Wettbewerb und einem erheblichen Nutzen für die Post. Zusammen mit anderen Massnahmen wie der faktischen Verhinderung des vom Gesetz garantierten Postfachzugangs und dem systematischen Aufkauf von bestehenden oder potenziellen Wettbewerbern bestehe die akute Gefahr, dass der Wettbewerb im Briefmarkt im Keim erstickt werde, bevor dieser Markt ganz geöffnet werde.

A.4.7.2 Anzeigen der Kundenverbände

505. Der VSV gab in seiner Eingabe ebenfalls an, dass die Ziel- oder Treuerabatte wettbewerbsrechtlich bedenklich seien und von der WEKO vorab geprüft werden sollten.[647] Zudem sei zwar das vorgeschlagene monatliche Zielvolumenrabattsystem ein kommunikativ interessanter Ansatz, mache aber betriebswirtschaftlich in dieser Periodizität keinen Sinn und schaffe enorme Intransparenz und das in einem zu 2/3 monopolisierten Bereich. Im Weiteren monierte der VSV, dass die Rabatte nicht differenziert würden (Monopol - Nicht Monopol), «so dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belasse als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen». Die neu geschaffene Intransparenz scheine wettbewerbsrechtlich fragwürdig zu sein. Generell kritisierte der VSV zudem die grosse Intransparenz und die daraus resultierende Unmöglichkeit, die Preise eigenständig zu berechnen und zu vergleichen.

506. Auch der SDV machte neben der starken Kritik an der fehlenden Transparenz (Rz 430.b) geltend, dass die Post richtigerweise den Wettbewerbsbereich vom Monopolbereich trennen müsse.[648] Der Umsatz im freien Wettbewerb dürfe nicht zum Umsatz im Monopolbereich hinzugezählt werden. Die Post könne sonst bei ihren Grosskunden eine Mischrechnung machen, welche den privaten Anbietern von Postdienstleistungen nicht möglich sei.

A.4.7.3 Vergleich der Preise der Post mit den Preisen von Quickmail

507. Die Preise der Post und von Quickmail bestanden jeweils aus einem Grundpreis (Listenpreis ohne Gewichtszuschlag) und einem gewichtsabhängigen Zuschlag. Diese Preise waren publiziert. Die folgende Tabelle gab einen Überblick über die offiziellen Listenpreise:

[640] Act. 42, Brief.
[641] Act. 42, Präsentation, Folie 5.
[642] Act. 42, Präsentation, Folie 2.
[643] Act. 157.
[644] Act. 407, S. 9 Ziff. 14.
[645] Act. 407, S. 8 Ziff. 11d [Geschäftsgeheimnis].
[646] Act. 407, S. 10 f., Ziff. 15.
[647] Act. 2, Beilage, S. 3.
[648] Act. 110, Brief an WEKO.

Format[649]	Gewicht In Gramm	Grundpreis Post in Fr. pro Sendung	Gewichts-zuschlag Post Fr./Kg	Grundpreis Quickmail in Fr. pro Sendung	Gewichts-zuschlag Quickmail Fr./Kg
Bis B5	1-55[650]	0.53	0.5	0.40	0.5
	56-100	0.53	0.5	0.44	0.5
	101-250	0.78	0.5 ab 100g	0.50	0.5
Bis B4	1-100	0.95	0.5	0.70	0.5
	101-500	1.08	0.5 ab 100g	0.70	0.5
	501-1000	1.45	1 ab 500g	0.70	0.8

Tabelle 58: Übersicht über die Basisproduktpreise der Post und von Quickmail für Massensendungen[651]

508. Die Grundpreise für das Standardprodukt B-Massensendung waren somit bei Quickmail bedeutend günstiger. Zu erwähnen ist zudem, dass Quickmail keine Spezialsendungszuschläge (bei der Post grundsätzlich 15 Rp. pro Sendung) erhebt, welche etwa bei der Post anfallen, wenn sie nicht genau den Vorgaben zur Verarbeitung entsprechen.[652] Kunden der Post konnten allerdings bei hohen Volumina von grossen Vergütungen (d. h. Preisreduktionen) profitieren, wenn sie Vorleistungen erbrachten. Dabei handelte es sich zum einen um die Vorsortierung der Briefsendungen (möglich ab 3000 Sendungen pro Aufgabe und Tag) und zum anderen um die Einlieferung in einem Brief- oder Logistikzentrum (möglich ab 10‘000 Sendungen pro Aufgabe und Tag). Die Vergütungen galten nur[653] für Midibriefe (bis Format B5, 101-250g) und Grossbriefe (bis Format B4, 1-100g) und betrugen 15 Rp. resp. 20 Rp. pro Sendung für die Sortierung nach Botenbezirks-/Postfachbunden und 7 Rp. resp. 12 Rp. für die Sortierung nach Ortsbunden. Für die übrigen Sendungen, die nicht in den genannten Bunden Platz haben, waren dagegen wieder Zuschläge für Restbunde oder Restsendungen zu entrichten, in Höhe von 15 Rp./Sendung. Die Einlieferung in Logistikzentren ergab für alle Briefe (ausser Restbunden) eine Reduktion von 1 Rp./Sendung bei Einlieferung in Briefzentren 1.5 Rp./Sendung.

509. Wie oben beschrieben, profitierten Grosskunden der Post von individuellen Rabatten. Quickmail gewährte ebenfalls Rabatte, welche sich am theoretischen schweizweiten Portoumsatz orientierten, wobei weder die unvollständige Abdeckung von Quickmail noch der Anteil Sendungen unter 50 Gramm berücksichtigt wurde.[654] D. h. Quickmail versuchte, ähnliche Rabatte zu gewähren wie die Post:[655] […] Quickmail musste aber laut ihren Angaben in gewissen Fällen von der umsatzbasierten Rabattierung abweichen, wenn der Kunde durch Spezialangebote der Post von einer Zusammenarbeit mit Quickmail abgehalten worden sei.[656] […]

510. Quickmail hatte somit generell günstigere Listenpreise im Vergleich zur Post, wobei dieser Unterschied je nach Sendung und Gewicht durch die Erbringung von Vorleistungen der Vertragskunden bei der Post wieder verringert oder wettgemacht werden konnte. Gemäss Quickmail mussten sich ihre Rabatte trotz geringerer eingelieferter Mengen am gesamten Umsatz eines Vertragskunden einschliesslich des Monopolbereichs bei der Post orientieren.

511. Die Post bemängelt, dass die Höhe der Stückkosten von Quickmail nie untersucht, geschweige denn ein Kostenvergleich vorgenommen wurde.[657] Ohne einen solchen könne jedoch nicht beurteilt werden, ob Quickmail überhaupt behindert wurde.

512. Hierzu ist anzumerken, dass eine Untersuchung der Stückkosten für die Zwecke der Untersuchung nicht zielführend ist. Zum einen ist Quickmail vorwiegend im Bereich der Briefzustellung im Bereich der Massensendungen tätig, weshalb es grundsätzlich ausreicht, den Geschäftserfolg insgesamt zu betrachten, da sich die Stückkosten näherungsweise aus dem Verhältnis der Anzahl verschickter Sendungen zum Gesamtumsatz ergibt. Eine Stückkostenbetrachtung ist daher nicht notwendig. Zum anderen ist ein Vergleich der Stückkosten

[649] Das Produkt Postkarte bei der Schweizerischen Post ist nicht enthalten, da diese immer unter 50 Gramm sein werden; ebenfalls nicht enthalten ist das Produkt «Quickflyer» von Quickmail, welches als Alternative zu unadressierten Sendungen grundsätzlich alle Adressen in einem bestimmten Gebiet abdeckt. Der Grundpreis für Quickflyer beträgt 38 Rp.

[650] Diese Kategorie wurde auf den 1. Juli 2016 durch Quickmail neu eingeführt; <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/News/News_20160511.aspx> (22.8.2016).

[651] Quellen: <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/briefe-inland/preise-b-post-massensendung>, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick. aspx?1> (31.5.2015).

[652] <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Produkte/Quickmail.aspx> (2.6.2015); Factsheet B-Post-Massensendungen, verfügbar auf <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/b-post-massensendung> (2.6.2015).

[653] Sie gelten nicht für Standardbriefe (bis Format B4, 1-100g).

[654] Act. 103, S. 2, Ziff. 10; act. 407, S. 8 Ziff. 13a.

[655] Vgl. der Preisvergleich von Quickmail für Grossbriefe, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Preisvergleich.aspx> (2.6.2015).

[656] Act. 407, S. 8, Ziff. 13b und c.

[657] Act. 821 Rz 300.

zwischen der Post und Quickmail nicht sachgerecht, da die Post überragende Marktanteile hat, über ein gesetzliches Teilmonopol verfügt und damit weitreichende Skalenvorteile erzielen kann.[658]

513. Die Post bringt weiter vor, dass ein Preisvergleich voraussetze, dass reale Nettopreise von Post und Quickmail erhoben werden, was das Sekretariat nie getan habe.[659] Vielmehr seien Listenpreise verglichen worden, wobei die Listenpreise von Quickmail generell günstiger waren, als diejenigen der Post.[660] Zudem sei die Aussage, dass die Post die generellen Listenpreise wettgemacht haben soll eine blosse Behauptung.[661]

514. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ist ein detaillierter Preisvergleich der Nettopreise von Post und Quickmail kaum zu bewerkstelligen, da aufgrund des Preissystems der Post für jeden Kunden die Nettopreise auf monatlicher Basis errechnet werden müssten. Ein Preisvergleich mit Quickmailkunden ist auf diese Weise ebenfalls nicht möglich oder mit grossen technischen Hürden verbunden.

A.4.7.4 Wirkung der Ausgestaltung als Preissystem mit Gesamtumsatzrabatten

515. Die Post gestaltete ihr Preissystem als Gesamtumsatzrabattsystem aus und unterschied bei der Rabattgewährung nicht zwischen dem reservierten Bereich resp. Monopol (Briefsendungen bis 50g) und dem nichtreservierten Bereich (Briefsendungen über 50g). Der Grossteil der Briefsendungen in der Schweiz lag im reservierten Bereich. Dies bedeutet, dass ein Umsatzrückgang bei einem Kunden der Post, welcher aufgrund der Auslagerung eines Teils des Sendevolumens auf einen Wettbewerber (z.B. Quickmail) entsteht, dazu führen konnte, dass ein Rückgang des Rabatts auf die gesamte bei der Post verbleibende Versandmenge resultierte.

516. Laut Anzeige des VSV wurde im Zusammenhang mit der Transparenz auch bemängelt, dass die Rabatte nicht differenziert (Monopol – Nicht-Monopol) würden, «so dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belasse als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen.»[662] Die neu geschaffene Intransparenz scheine wettbewerbsrechtlich fragwürdig zu sein.

517. Der SDV machte ebenfalls geltend, dass die Post richtigerweise den Wettbewerbsbereich vom Monopolbereich trennen müsse.[663] Der Umsatz im freien Wettbewerb dürfe nicht zum Umsatz im Monopolbereich hinzugezählt werden. Die Post könne sonst bei ihren Grosskunden eine Mischrechnung machen, welche den privaten Anbietern von Postdienstleistungen nicht möglich sei.

518. Durch einen dauerhaften Umsatzrückgang konnte sich einerseits die Einstufung in eine ungünstigere Preisliste ergeben, die sich wiederum auf die Preise des gesamten Versandvolumens auswirkte. Wenn sich die Umsatzschwankung allerdings innerhalb der Umsatzschwellen einer Preisliste bewegte, erfolgte keine Änderung derselben. Andererseits konnten durch einen kurzfristigen Umsatzrückgang Einbussen beim Zusatzrabatt erfolgen, die sich wiederum auf das gesamte Versandvolumen in diesem Monat auswirkten. Der Zusatzrabatt reagierte aufgrund der monatlichen Berechnung schnell und aufgrund seiner Höhe stark auf Umsatzänderungen.

519. In diesem Zusammenhang wurden in der Vorabklärung 28 Vertragskunden der Post die Frage gestellt, ob die Tatsache, dass ein Umsatzrückgang mit der Post die Rabatte und die Preise für alle bei der Post bezogenen Leistungen beeinflusst – also insbesondere auch die dem Monopol unterstehenden Sendungen bis 50 Gramm – einen Einfluss auf den Entscheid zur Berücksichtigung eines Konkurrenten habe, und wie gross dieser Einfluss sei. Zwölf Vertragskunden bejahten einen solchen Einfluss, neun verneinten ihn und sechs gaben keine oder eine unklare Antwort.[664] Von den Quickmailkunden bejahten fünf einen Einfluss, ein Vertragskunde verneinte dies (mit der Begründung, die Konkurrenz würde v.a. aus Kostengründen berücksichtigt), und je ein Vertragskunde gab keine beziehungsweise eine unklare Antwort. Eine Mehrheit der Quickmailkunden erachtete somit den «Gesamtrabatt-Effekt» als relevant.

520. Dass der Gesamtumsatzrabatt seine Wirkung entfaltete, lässt sich auch daran erkennen, dass der Rabattverlust im Vergleich zu den ausgelagerten Sendungen teilweise viel höher ausfiel, wie aus einigen Antworten in der Untersuchung hervorgeht (vgl. Rz 557 ff.).[665]

A.4.7.4.1 Gesamtumsatzrabatt und Preislisteneinstufung

521. Das Preissystem 2009 (vgl. vorne, Tabelle 2) hatte in den Bandbreiten grundsätzlich Sprünge bis zu 1 % zwischen den Minima der Bandbreiten. Ausnahmen gab es bei der ersten Rabattstufe (Sprung von 0 % auf 3 %) sowie bei der Schwelle zur 3. Rabattstufe bei 250‘001 Franken (Sprung von 4 % auf 7.5 %).

522. Im Preissystem CAPRI waren laut Angaben der Post für jede Produktgruppe Minimal- (Liste 1) und Maximalrabatte (Liste 15) auf dem gültigen Listenpreis definiert.[666] Die Produktrabattierung für die verbleibenden Listen sei annähernd linear. Das nachfolgende Schema zeige die Rabattstruktur auf:

[…]

Abbildung 17: […].

523. Wie in Rz 138 ausgeführt, lassen sich die Gesamtumsatzrabatt für die einzelnen Segmente nur näherungsweise berechnen. Gemäss Abbildung 4 waren die Umsatzschwellen unterschiedlich hoch, die durchschnittliche Differenz zwischen den einzelnen Listen lag zwischen 0[667] resp. 0.3 bis 1.1 %.[668]

---

[658] Vgl. hierzu auch Vorabentscheidungsverfahren des EuGH in Sachen Post Danmark vom 6. Oktober 2015 (C23-14), Rz 59.
[659] Act. 821 Rz 301.
[660] Act. 821 Rz 302.
[661] Act. 821 Rz 303.
[662] Act. 2, Ziff. 3.
[663] Act. 110, Brief an WEKO S. 1, sowie Beilage 2 (Brief an UVEK vom 6. Januar 2011).
[664] Ein Vertragskunde (Quickmailkunde) bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis und machte folgende Aussage: […] [Act. 117, Antwort 24f.].
[665] Vgl. beispielsweise auch act. 428, weitere Bemerkungen.
[666] Act. 95, S. 12 Frage 9b.
[667] Dies ist nur einmal gegeben: Zwischen Stufe 14 und 15 im Kundensegment Infopost.
[668] Zahlen aus der durchschnittlichen Berechnung der Rabatte gemäss Angaben der Schweizerischen Post, vgl. Abbildung 4.

524. Zu berücksichtigen ist, dass Vertragskunden nur einen Teil ihres Versands auf Quickmail auslagern konnten. Als bestreitbar wird dabei derjenige Umsatz bezeichnet, den ein Vertragskunde auf einen Konkurrenten – konkret Quickmail – maximal auslagern konnte. Dies hing von der Sendungsstruktur eines Vertragskunden und dem Angebot von Quickmail ab (Produktangebot, Haushaltabdeckung), wobei nur die B-Post Massensendungen ausserhalb des Monopolbereichs überhaupt in Frage kamen. Ein Vertragskunde konnte also maximal den bestreitbaren Teil an einen Konkurrenten auslagern, in der Regel war dies aber nur ein kleinerer Teil.

525. Lagerte ein Vertragskunde einen Teil seines Umsatzes auf einen Konkurrenten aus, wurde er unter Umständen in eine schlechtere Preisliste eingestuft. War dies der Fall, musste der Konkurrent dem Vertragskunden nicht nur für den ausgelagerten Teil bessere Preise bieten, sondern den Vertragskunden auch noch für den Rabattverlust auf den bei der Post verbleibenden Sendungen entschädigen. Dies bedeutet, dass der Konkurrent dem Vertragskunden immer einen höheren Rabatt für den ausgelagerten Teil bieten musste, als dieser von der Post erhielt. Lagerte ein Vertragskunde beispielsweise die Hälfte seines Umsatzes an einen Konkurrenten aus und wurde er deswegen von einer Preisliste mit 4 % auf eine tiefere mit 2 % eingestuft, so musste der Konkurrent dem Vertragskunden auf dem ausgelagerten Teil nicht nur einen Rabatt von 4 % bieten, sondern von 6 %, um den Rabattverlust bei der Post auszugleichen. Nachfolgend wird aufgeführt, wie dieser Mindestrabatt von 6 % berechnet wird.

526. Der Mindestrabatt wird als derjenige Rabatt definiert, den ein Konkurrent einem Vertragskunden mindestens bieten musste, um den Rabattverlust bei der Post durch die Verlagerung wettzumachen. Der Begriff Mindestrabatt ist auch daher passend, da ein Konkurrent einem Vertragskunden schon ohne den Gesamtumsatzrabatteffekt einen besseren Peis bieten musste, damit der Vertragskunde überhaupt einen Grund für einen Wechsel hatte, und um die Wechselkosten des Vertragskunden abzudecken.

527. Nachfolgend werden die Mindestrabatte für verschiedene Szenarien errechnet, welche sich aus den obigen Darlegungen ergeben. Aus diesen Berechnungen können auch ohne Kosteninformationen Indizien für die Wirkung des Preissystems auf die Konkurrenz abgeleitet werden.[669] Der Mindestrabatt berechnet sich damit wie folgt:

$$\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(\text{Umsatz}_{\text{Post alt}} * \text{Rabatt}_{\text{Post alt}}) - (\text{Umsatz}_{\text{Post neu}} * \text{Rabatt}_{\text{Post neu}})}{\text{bestreitbarer bzw. ausgelagerter Anteil}}\ 670$$

528. Der auf dem ausgelagerten/bestreitbaren Anteil errechnete notwendige, durch einen Konkurrenten zu gewährende Mindestrabatt zum Ausgleich des Rabattverlusts bei der Post kann mit dem Rabatt der Post verglichen werden. Der von Quickmail zusätzlich zu entrichtende Rabatt wird nachfolgend als «Mehrrabatt» bezeichnet und berechnet sich aus der Differenz zwischen dem MindestrabattQuickmail und dem bisherigen Rabatt bei der Post.

$$\text{Mehrrabatt} = \text{Rabatt}_{\text{Post alt}} - \text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}}$$

529. Je höher die Abweichung ist, desto stärker ist eine behindernde oder gar marktverschliessende Wirkung.

530. Im Gegensatz zum Zusatzrabatt, bei dem die Rabattstufen für alle Vertragskunden ausgehend vom vereinbarten Jahresumsatz prozentual gleich weit auseinanderlagen[671], lassen sich für die Preislisten keine eindeutigen Szenarien berechnen. Der Mindestrabatt und der Mehrrabatt waren abhängig davon, wie weit ein Vertragskunde von einer Umsatzschwelle entfernt war, wie gross der ausgelagerte Anteil des Umsatzes war und wie hoch die Rabattdifferenz an der Schwelle war. Lagerte ein Businesspost-Kunde mit Preisliste 9 und 7 % Preislistenrabatt (siehe Abbildung 4) beispielsweise nur 6 % seines Umsatzes aus und unterschritt damit die Umsatzschwelle zur nächsttieferen Preisliste 8 welche einen Rabatt von 6 % vorsah, so betrug der Mindestrabatt auf dem ausgelagerten Anteil 22.67 % und der Mehrrabatt 15.67 % (22.67 %-7 %). Damit war der Rabattverlust durch die neue Preislisteneinteilung bedeutend grösser als der Rabattverlust, welcher durch den geringeren Zusatzrabatt resultiert hätte, wenn der Kunde in der Preisliste 9 verblieben wäre (vgl. Tabelle 59, Zeile

669 Ansatz aus LARS KJØLBYE, Rebates under article 82 EC: navigating uncertain waters, European Competition Law Review [2010], 76.

670 *Rabatt*$_{\text{Post}}$ alt: Rabatt in %, den die Schweizerische Post einem Kunden vor dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten ausrichtet; *Umsatz*$_{\text{Post alt}}$: Umsatz, den die Schweizerische Post mit einem Kunden vor dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten erzielt; *Rabatt*$_{\text{Post neu}}$: Rabatt in %, den die Schweizerische Post dem Kunden nach dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten ausrichtet; *Umsatz*$_{\text{Post neu}}$: Umsatz, den die Schweizerische Post mit einem Kunden nach dessen (hypothetischer) Umsatzverlagerung auf einen Konkurrenten erzielt; *Bestreitbarer bzw. ausgelagerter Anteil*: Kann in einem fixen Betrag (Umsatz) oder einem prozentualen Anteil (z. B. 30 %) von einem Ausgangsumsatz bestehen.

671 Voraussetzung dieser Aussage ist, dass die Jahresumsätze an die tatsächlichen Verhältnisse angepasst werden, was nicht immer der Fall war, wie vorne gezeigt wurde (Rz 315 ff. und 322 ff.).

3). Lagerte hingegen ein Infopostkunde mit Preisliste 3 und 2.7 % Rabatt 26 % seines Umsatzes aus und unterschritt dabei die Umsatzschwelle zu Preisliste 2 mit 2.3 % Rabatt, so betrug der Mindestrabatt knapp 2.95 % und der Mehrrabatt 0.25 % (2.95 %-2.7 %). Damit war der Rabattverlust durch die neue Preislisteneinteilung viel weniger gross als der Rabattverlust, der ohne Preislistenänderung durch den Verlust des Zusatzrabatts entstand (vgl. Tabelle 59, Zeile 1). Die Beispiele zeigen, dass der Mehrrabatt bei einer Preislistenänderung sehr unterschiedlich hoch sein konnte und höher oder tiefer als der Rabattverlust aufgrund des Zusatzrabatts sein konnte. In zeitlicher Hinsicht konnten sich die Effekte von Preisliste und Zusatzrabatt gegenseitig allerdings verstärken oder abschwächen, da der Zusatzrabatt zu diesem Phänomen hinzutritt.

531. Zur weiteren Illustration wird nachfolgend der Mehrrabatt berechnet, der auf einem bestreitbaren Anteil beruht, welcher jeweils den gesamten Umsatz zwischen zwei Preislisten umfasst, also eher einem grossen bestreitbaren Umsatz. Die Preislisten lagen unterschiedlich weit auseinander (vgl. Tabelle 3 in Rz 129), sowohl absolut gesehen in Franken als auch proportional. Der bestreitbare Umsatz lag entsprechend der hier vorgenommen Annahme je nach Preislisten zwischen 25 % und 50 % des gesamten Umsatzes.[672] Auf dieser Basis und in Abhängigkeit von der Rabattdifferenz in den Segmenten (vgl. Abbildung 4) ergeben sich die nachfolgenden minimalen und maximalen Mehrrabatte zwischen den verschiedenen Preislisten:

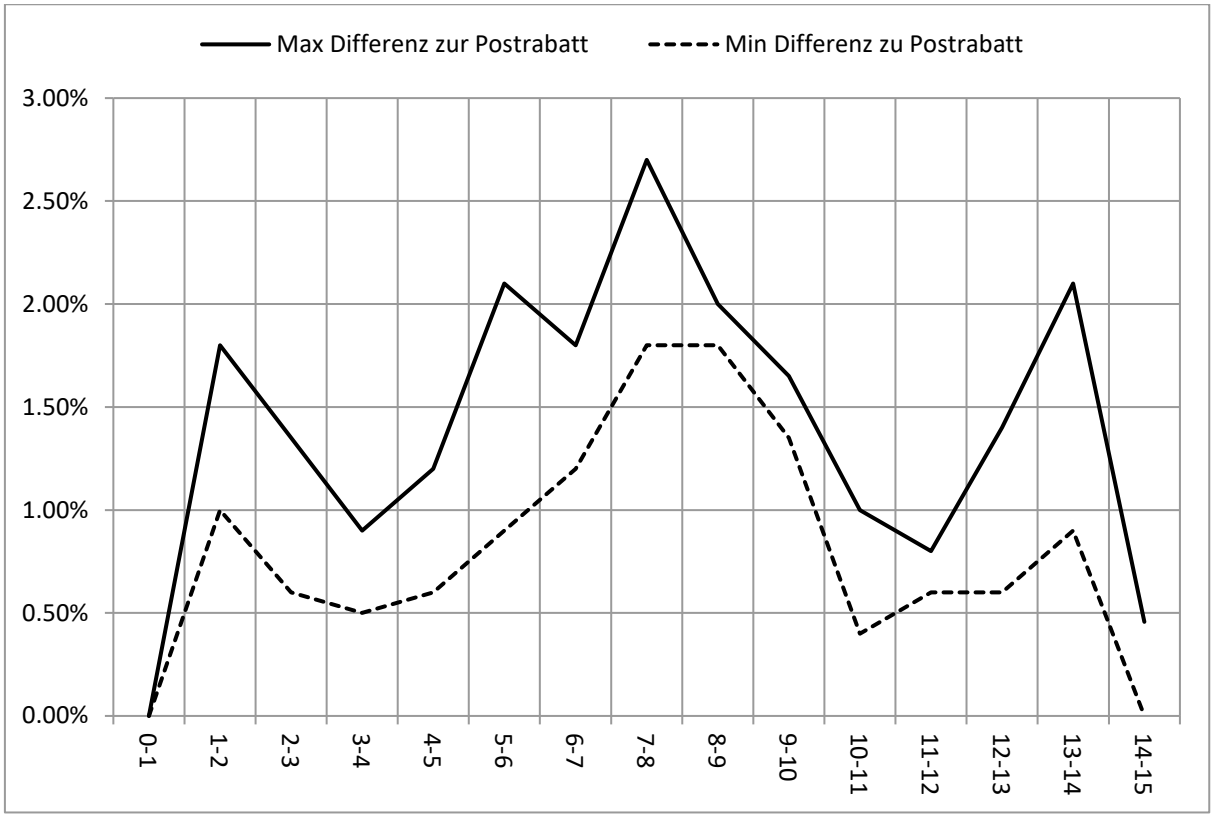


Abbildung 18: Minimale und maximale Mehrrabatte (je nach Preislistensegment) zwischen zwei Preislisten unter der Annahme, dass der Umsatz zwischen zwei Preislisten der bestreitbare Anteil des Umsatzes darstellt.[673]

532. In der vorstehenden Darstellung (Rz 531) sind die Umsatzverlagerungen teilweise gross bis 50 %. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass bei grösseren Verlagerungen (über 25 %) eines Vertragskunden je nach bestehender Preisliste möglicherweise mehr als eine Rabattschwelle überschritten wurde, was entsprechend höhere Mindest- und Mehrrabatte zur Folge hatte.

533. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Post sehr viel höhere Mengen an Briefsendungen als die Konkurrenz verarbeitet. Dadurch konnte und kann sie entsprechend höhere Skalenerträge und Verbundvorteile erzielen. Diesen Vorteil konnte sie nur aufgrund des historischen Monopols für Postdienstleistungen und des aktuell immer noch bestehenden Teilmonopols für Briefsendungen bis 50 Gramm erreichen. D. h. bei der Berechnung des Mehrrabatts wäre zu berücksichtigen, dass die Post wie ein aktueller Konkurrent aufgrund der viel kleineren (verlagerten) Mengen nur einen Teil der Skalen- und aufgrund des beschränkteren Produktportfolios nur einen Teil der Verbundeffekte (wenn überhaupt) erzielen kann. Diesbezüglich könnte bei der Berechnung des Mehrrabatts für die Variable RabattPost alt der Rabatt

[672] Für die Berechnung wurde der höhere Schwellenwert als 100 % angenommen. Wird vom tieferen Wert als Basis ausgegangen, liegen die Schwellen entsprechend weiter auseinander.
[673] Berechnung entsprechend Rz 527 und 528.

der Post eingesetzt werden, der für die ausgelagerte Menge zur Anwendung käme. Für die Berechnungen wird der Mehrrabatt nachfolgend aus Gründen der Transparenz jedoch so berechnet wie oben (Rz 528) in der Formel beschrieben. Dabei ist jedoch im Auge zu behalten, dass der Mehrrabatt aufgrund der alternativen Berechnung höher sein könnte.

Anmerkungen der Post

534. Die Post bemängelt, dass die Berechnungen zum «Mindestrabatt» und zum «Mehrrabatt» nicht belegen würden, dass der Gesamtrabatt sowohl bei der Preislisteneinstufung als auch beim Zusatzrabatt zu einer Behinderung von Quickmail hätte führen können.[674] Vielmehr würde der maximale Mehrrabatt geringer sein und würde im um die tatsächliche Kundenverteilung gewichteten Durchschnitt nur ganze [1-2] % betragen. Hieraus schliesst die Post, dass bei einem Mehrrabatt von [1-2] % nicht nachvollziehbar sei, dass Quickmail im Wettbewerb behindert worden sein soll, zumal Quickmail nach eigenen Angaben immer 15 % tiefere Preise als die Post offeriere.

535. Zur Berücksichtigung des Mindestrabatts bzw. Mehrrabatts ist nicht nur der Mindestrabatt bzw. Mehrrabatt bei einem Preislistenwechsel zu berücksichtigen, wie dies die Post in ihren Ausführungen macht, sondern zusätzlich der Mindestrabatt bzw. Mehrrabatt, der durch den Zusatzrabatt entsteht. Zudem ist eine aggregierte Berechnung des Mindestrabatts bzw. Mehrrabatts ohnehin obsolet, da für Wettbewerber relevant ist, dass sie den Rabattverlust für diejenigen Kunden aufwiegen, welche sie gewinnen wollen. Daher können aus dem gewichteten Durchschnitt der Mindestrabatte bzw. Mehrrabatte[675] keinerlei Schlussfolgerungen auf eine allfällige Wettbewerbswirkung gezogen werden. Vielmehr ist jeder Einzelfall individuell zu betrachten. Zudem ist für die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen der Gesamtsachverhalt massgeblich.

A.4.7.4.2 Gesamtumsatzrabatt und Zusatzrabatt

a) Hinweis aus Kundeninformation

536. In der Kundeninformation zum Preissystem CAPRI war beim Zusatzrabatt von «Hebelwirkungen» mit entsprechender Grafik die Rede. Dies vermittelt den Vertragskunden den (zutreffenden) Eindruck, dass Umsatzänderungen über den Zusatzrabatt zu sehr starken Rabattauswirkungen führen.[676]

b. Wirkungsweise

537. Die Wirkungsweise des Zusatzrabatts als Gesamtumsatzrabatts kann in der nachfolgenden Beispielrechnung aufgezeigt werden. Dabei wird von einem Jahresumsatz von 120‘000 Franken ausgegangen, was einem durchschnittlichen monatlichen Ausgangswert von 10‘000 Franken für den Zusatzrabatt entspricht. Ein monatlicher Umsatz im Bereich von 10‘000 Franken +/- 5 % entspricht dem Zielrabatt und ergibt einen Zusatzrabatt (Ziel) von 2 %. Für verschiedene, an einen Wettbewerber ausgelagerte (positive Werte in der Spalte «ausgelagerter Umsatz») oder neu generierte (negative Werte in der Spalte «ausgelagerter Umsatz») Umsätze wird der resultierende «Zusatzrabatt (neu)» und der Rabattverlust im Vergleich zum Zielrabatt angezeigt. Die zweitletzte Spalte zeigt den «Mindestrabatt», welchen ein Wettbewerber auf den ausgelagerten Umsatz gewähren muss, um nur den durch den Zusatzrabatt entstandenen Rabattverlust bei der Post, der auf den gesamten verbleibenden Umsatz berechnet wird, auszugleichen. Die letzte Spalte mit dem «Mehrrabatt» zeigt die Differenz zwischen dem Mindestrabatt und dem Zielrabatt von 2 %. Dies entspricht dem Rabatt, den der Wettbewerber zusätzlich zum Zusatzrabatt der Post mindestens ausgleichen muss.

Zielumsatz (CHF)	Zusatzrabatt Ziel	Ziel Rabatt (CHF)	Ausgelagerter Umsatz (CHF)	Umsatz Post neu		Zusatzrabatt neu	Rabatt neu (CHF)	Rabattverlust (CHF)	Mindestrabatt	Mehrrabatt
				CHF	%					
10‘000	2%	200.-	2‘600	7‘400	74%	0%	0.-	200.-	7.69%	5.69%
10‘000	2%	200.-	2‘500	8‘400	84%	1%	84.-	116.-	7.25%	5.25%
10‘000	2%	200.-	1‘500	9‘400	94%	1.5%	141.-	59.-	9.83%	7.83%
10‘000	2%	200.-	500	9‘500	95%	2%	200.-	0.-	2.00%	0.00%
10‘000	2%	200.-	-500	10‘500	105%	2.5%	262.50	-62.50	12.50%	10.50%
10‘000	2%	200.-	-1‘500	11‘500	115%	3%	345.-	-145.-	9.67%	7.67%

Tabelle 59: Illustration der Wirkungsweise des Zusatzrabatts bzw. Berechnung der Mehrrabatte bei Mehr- oder Minderumsatz.

[674] Act. 821 Rz 309.
[675] Vgl. act. 821 Rz. 313 ff.
[676] Act. 1, Beilage 2, Folie 12.

538. Wie aus der 1. Zeile in der Spalte Mindestrabatt hervorgeht, lohnt sich – unter Ausklammerung des Preislistenrabatts und sämtlicher tatsächlich entstehender Zusatzkosten – die Auslagerung von mehr als 25 % des monatlichen Sendevolumens eines Postkunden nur, wenn der Wettbewerber einen Rabatt auf den ausgelagerten Umsatz in Höhe von mehr als 7.69 % gewährt. Auf der anderen Seite wird ein Postkunde, der 5 % seines Sendungsvolumens von einem Konkurrenten abzieht und mit der Post realisiert, mit einem zusätzlichen Rabatt von 12.50 % auf dem zurückverlagerten Anteil belohnt (zweitletzte Zeile in der Spalte Mindestrabatt).

539. Die nachfolgende Grafik zeigt die Rabatte auf, die Quickmail *mindestens zusätzlich* zum Rabatt der Post anbieten musste («Mehrrabatte»), um einen Vertragskunden für den Rabattverlust aufgrund des Zusatzrabatts zu entschädigen, wenn der Vertragskunde Sendungen auf Quickmail auslagerte oder zusätzliche Versände mit Quickmail abwickeln wollte. Die dargestellten zusätzlich notwendigen Rabatte kamen daher zum Grundrabatt (aufgrund der Preisliste) und dem Zusatzrabatt (Normalwert 2 %) hinzu, welche Quickmail im Preis für Sendungen bereits berücksichtigen musste. Nicht berücksichtigt sind auch Wechsel- und andere Kosten der Vertragskunden.

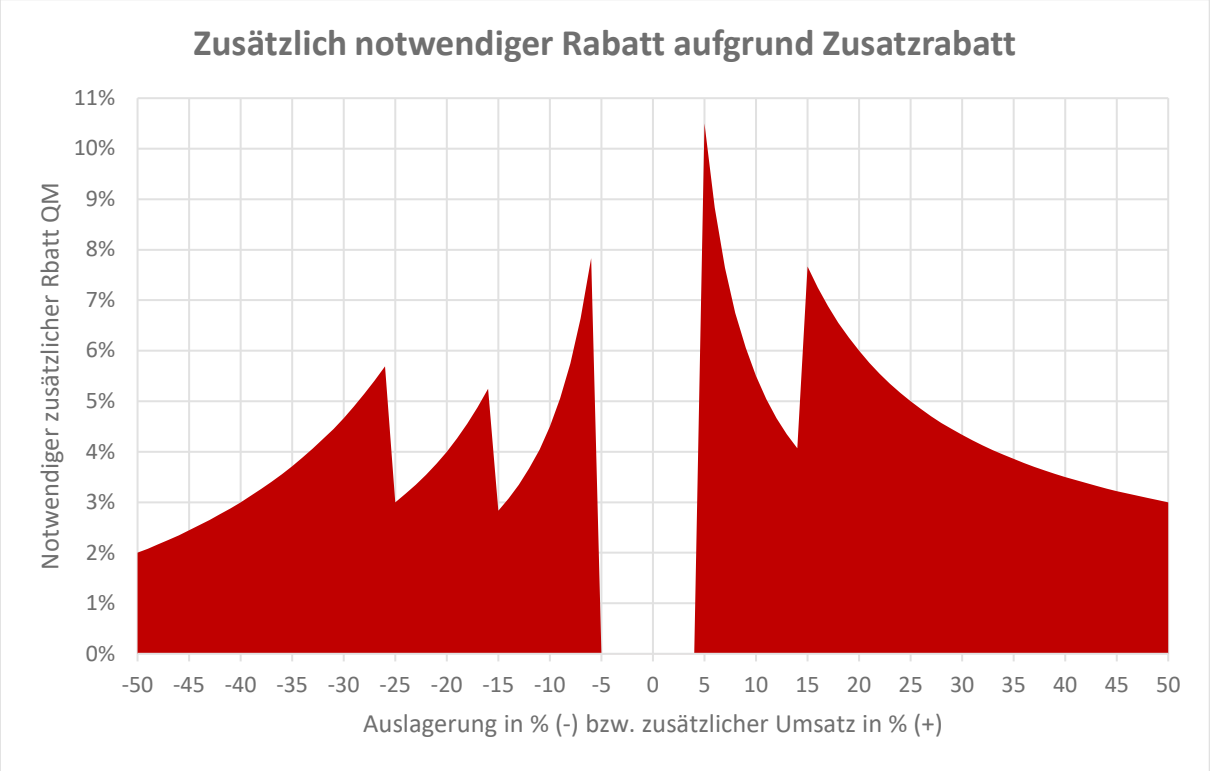


Abbildung 19: Zusätzlich notwendiger Rabatt aufgrund des Zusatzrabatts

540. Zur Erläuterung der obigen Abbildung soll ein Beispiel dienen: Ein Vertragskunde der Post generiert 200‘000 Franken Umsatz mit der Post. Er erhält 2 % Zusatzrabatt darauf, somit 4‘000 Franken. Davon ausgehend ergeben sich die beiden folgenden Szenarien:

a. Er überlegt sich, einen Versand ausmachend 6 % seines Gesamtumsatzes (also einen Umsatz von 12‘000 Franken) auf Quickmail zu verlagern. Nach Verlagerung erhält er noch 1.5 % Rabatt auf 188‘000 Franken, somit 2‘820 Franken Rabatt. Quickmail muss den Kunden auf den 12‘000 Franken verlagerten Umsatz somit mindestens für die 1‘180 Franken Rabattverlust des Kunden bei der Post entschädigen. Dies entspricht einem notwendigen Rabatt in Höhe von gut 9.83 %.

b. Beispiel 2: Der Kunde überlegt sich, einen zusätzlichen Auftrag im Umfang von 5 % (d. h. Umsatz von 10‘000 Franken) zu gewähren. Dies kann er bei der Post oder Quickmail tun. Platziert er den zusätzlichen Auftrag bei der Post, erhöht sich sein Rabatt auf 2.5 %. Der gesamte Rabatt beträgt somit 2.5 % von 210‘000 Franken, also 5‘250 Franken. Ein Kunde wird also von Quickmail mindestens einen Rabatt auf dem zusätzlichen Auftrag verlangen, der die Rabattdifferenz (5‘250-4‘000=1‘250 Franken) aufwiegt. Dies entspricht auf dem Umsatz von 10‘000 Franken einem notwendigen Rabatt von 12.5 %.

541. Dies bedeutet, dass Wettbewerber aufgrund des Zusatzrabattes weit grössere Rabatte auf ihr Sendevolumen entrichten mussten als die Post, um den Rabattverlust, den ein Kunde bei der Post erleidet, aufzufangen.

542. Entsprechend übten die Kundenverbände VSV und SDV denn auch deutlich Kritik am Zusatzrabatt, welcher einerseits als Treue- oder Zielrabatt wirke und wettbewerbsrechtlich bedenklich sei und andererseits zu grosser Intransparenz führe (Abschnitt A.4.7.2 und Rz 430).

A.4.7.4.3 Fazit zur Wirkung des Gesamtumsatzrabatts

543. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass der mögliche durch Auslagerung eines Teils des Postversands resultierende Rabattverlust bei der Post aufgrund der Ausgestaltung als Gesamtumsatzrabatt durch einen meist bedeutend höheren Rabatt bei Quickmail ausgeglichen werden musste. Ähnlich verhält es sich beim Entscheid über einen Mehrversand bei der Post, welcher zu höheren Zusatzrabatten auf das gesamte Versandvolumen führte.

A.4.7.5 Wirkung des Preissystems auf die Wechselbereitschaft der Vertragskunden

544. Nachfolgend wird zum einen untersucht, wie die Vertragskunden die Möglichkeiten zur Auslagerung von Sendungen einschätzten. Zum anderen werden die Auswirkungen des Preissystems CAPRI auf die Nutzung von Quickmail durch die Vertragskunden anhand der beiden Befragungen der Vertragskunden in der Vorabklärung und der Untersuchung beurteilt.

A.4.7.5.1 Modalitäten zur Verlagerung von Sendungen

545. In der Vorabklärung wurden 28 Vertragskunden verschiedene Fragen zur Konstellation gestellt, in welcher Vertragskunden ein bestimmtes Volumen der Postdienstleistungen (z. B. grössere Versände von Briefsendungen über 50g) mit einem Konkurrenten der Post abwickeln wollen.[677]

546. Zunächst wurden die Vertragskunden gefragt, ob eine solche Auslagerung von Sendungen im Rahmen des geltenden Vertrags mit der Post möglich sei.[678] Drei Vertragskunden gaben darauf keine Antwort, drei weitere konnten dies nicht beurteilen. Die restlichen 22 Vertragskunden bejahten die Möglichkeit der Auslagerung im Rahmen des geltenden Vertrags, wobei ein Vertragskunde einschränkte, dass dies nur der Fall sei, wenn die Umsätze [mit der Post] dennoch erreicht würden. Drei Vertragskunden machten zudem darauf aufmerksam, dass dies Auswirkungen auf Preise und Rabatte hätte. Ein Vertragskunde bemerkte dazu: «Ja, allerdings werden wir indirekt bestraft, da wir die vergangenheitsbasierten Umsätze nicht mehr erreichen und somit nicht mehr von den Umsatzrabatten profitieren.»[679] Ein Vertragskunde gab an, dass laut Aussage der Post eine Zusammenarbeit mit einem Konkurrenten möglich sei, obwohl die Post im Vertrag als «bevorzugter Partner» bezeichnet werde.[680]

547. Die 28 Vertragskunden wurden in der Vorabklärung zudem befragt, in welchen Fällen und auf welche Weise gegebenenfalls eine Anpassung des Vertrags aufgrund geringerer Umsätze erfolgen würde. Die Antworten auf diese Fragen waren uneinheitlich und ergaben kein klares Bild. So gingen insgesamt 16 Vertragskunden von einer Vertragsanpassung aus, während fünf von keiner direkten oder überhaupt keiner Vertragsanpassung ausgingen. Weitere fünf Vertragskunden gaben entweder keine Auskunft oder konnten dies nicht beantworten. Zwei Vertragskunden gingen davon aus, dass sie Vertragsanpassungen anstossen konnten.

548. Da die Auswirkungen des Preissystems auch mit der Möglichkeit zur Kündigung zusammenhängen, wurden 28 Vertragskunden in der Vorabklärung nach der Dauer des Vertrags mit der Post und der Kündbarkeit sowie der Umständlichkeit einer solchen befragt.[681]

549. Hinsichtlich Vertragsdauer gaben vier Vertragskunden keine Antwort. 17 Vertragskunden gaben zur Antwort, der Vertrag sei unbefristet, was mit den in den Unterlagen vorhandenen Basisverträgen übereinstimmte. Dagegen antworteten fünf Vertragskunden (darunter auch drei Quickmailkunden), der Vertrag sei auf ein Jahr beschränkt. Zwei Vertragskunden (darunter ein Quickmailkunde) war die Dauer des Vertrages unbekannt.

550. Hinsichtlich Kündigungsmodalitäten ergab sich aus der Befragung ebenfalls kein klares Bild. Zur entsprechenden Frage gaben sieben Vertragskunden keine Antwort, und eine Antwort war unklar. Zwei weitere Vertragskunden (davon ein Quickmailkunde) bestätigten lediglich, dass der Vertrag kündbar sei. Zwei Vertragskunden (davon ein Quickmailkunde) waren die Kündigungsvorgaben nicht bekannt. Sieben Vertragskunden (davon drei Quickmailkunden) gaben an, der Vertrag mit der Post sei innert 30 Tagen auf ein Monatsende kündbar, was der Standardklausel im Vertrag entsprach. Im Übrigen machten die Vertragskunden in zeitlicher Hinsicht folgende Angaben: zwei Wochen (1), drei Monate (1 Quickmailkunde), sechs Monate (1), ein Jahr (2, davon ein Quickmailkunde), gemäss OR-Bestimmungen (1), bei Anpassung der Preise (1). Schliesslich gaben zwei Vertragskunden (davon ein Quickmailkunde) an, eine Kündigung sei nicht notwendig, da die Verträge jährlich auslaufen würden beziehungsweise eine Mengenreduktion bis auf 0 auch ohne Kündigung möglich sei. Auf die Frage, ob die Kündigung umständlich sei, antworteten drei Viertel der befragten Vertragskunden nicht. Der Rest gab an, dass eine Kündigung nicht umständlich sei, was der Aussage der Post entspricht[682]. Aufgrund der niedrigen Zahl der Antworten und dem Resultat der Auswertung zur Frage nach der effektiven Kündigung des Vertrags durch die Vertragskunden (Rz 475, inklusive Aussage eines Vertragskunden) kann dies jedoch nicht ohne weiteres verallgemeinert werden.[683]

A.4.7.5.2 Auswirkungen der Komplexität und Intransparenz

551. Wie oben bereits erwähnt, beanstandete der VSV als Kundenverband eine Erschwerung der Berücksichtigung von Konkurrenten durch die «wettbewerbsrechtlich fragwürdige Intransparenz» des Preissystems (Rz 430.a).

[677] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 24.
[678] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 24a.
[679] Act. 143, Antwort 24a.
[680] Act. 64, Antwort 24a.
[681] Fragebogenantworten Vorabklärung, Fragen 20c und d.
[682] Act. 97, Ziff. 11.
[683] Vgl. auch act. 470, Frage 25.

552. Auch Quickmail machte geltend (Rz 431), das Preis- bzw. Rabattmodell der Post sei intransparent und in seinen Auswirkungen für die Kunden kaum berechenbar, weshalb sich Kunden scheuten, Quickmail dennoch einen Teil der Sendungen zu übergeben.[684] Kunden würden so von einer Zusammenarbeit mit Quickmail abgehalten oder es werde die Aufnahme der Zusammenarbeit verzögert oder verunmöglicht.[685] Wegen der hohen Komplexität des Systems müsse Quickmail dabei die Kunden z. B. mit Kalkulations-Tools unterstützen, damit diese die Auswirkungen der Rabattverluste bei der Post berechnen könnten.[686] In diesem Zusammenhang reichte Quickmail zum Beleg E-Mails von Kunden ein:[687]

a. Aus der E-Mail eines Quickmailkunden geht hervor, dass die Post bei Anfragen zu detaillierteren Angaben offenbar eine gewisse Zeit benötigte und die Berechnungen sehr komplex waren. Es geht ebenfalls daraus hervor, dass die Planung und Berechnung von Quickmail-Auflagen dauern konnte.

b. Gemäss einem weiteren Mailwechsel zwischen Quickmail und einem ihrer Kunden musste Quickmail offenbar ein Tool entwickeln, welches es Kunden erlaubt, die Auswirkungen der Auslagerung von Sendungen auf Quickmail zu berechnen. Es berechnete einerseits die mit Quickmail zustellbaren Mengen und die zu erzielenden Umsätze. Andererseits berechnete es den Zusatzrabattverlust bei der Post (Reduktion des Preisvorteils von Quickmail).

553. Wie oben aufgezeigt, wurde das Preissystem CAPRI zudem von vielen Kunden als komplex und intransparent empfunden. So waren vielen Vertragskunden ihre Einstufung, die genaue Berechnung der Parameter und die Preislistenoptionen nicht bekannt.

554. In Ergänzung zu den oben aufgeführten Resultaten der Befragung zur Transparenz im Allgemeinen wurden die Vertragskunden der Post in der Vorabklärung und der Untersuchung durch das Sekretariat gefragt, ob ihnen bekannt sei, was ihnen an Rabatt entgehen würde, wenn sie einen Teil ihres Postversands an einen alternativen Anbieter auslagern würden.[688]

555. Von den in der Vorabklärung befragten 28 Vertragskunden verneinten dies 13, zehn bejahten dies (z. T. aber nur mit Blick auf die Auswirkung des Zusatzrabatts). Einer der bejahenden Vertragskunden relativierte jedoch, dass der Rabattverlust nicht im Detail bekannt sei. Einem Vertragskunden war der Rabattverlust teilweise bekannt. Zwei Vertragskunden beantworteten die Frage nicht, und eine Antwort war unklar.[689] Von den neun Quickmailkunden kannten vier Vertragskunden den Rabattverlust, vier kannten ihn nicht.[690] Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Aussage eines Vertragskunden auf die Frage, ob die preisliche Auswirkung einer Umsatzverlagerung bekannt sei. Der Vertragskunde stufte diesbezüglich die preisliche Herabstufung aufgrund eines Umsatzverlustes als stärker ein als die höheren Zusatzrabatte: «Ja, haben wir erhalten. Der Preis für Massensendungen Standard wird um 3.3 % teurer, wobei dies durch die niedrigeren Umsatzstaffeln zum Erreichen der Monatsrabatte eigentlich nicht ausgeglichen wird.»[691]

556. In der Untersuchung konnten von den 255 befragten Vertragskunden 234 den Rabattverlust nicht abschätzen.[692] Lediglich zwölf der befragten Vertragskunden – d. h. unter 5 % – gaben an, dass ihnen dies bekannt sei. Sieben machten keine Angaben.[693]

557. Diejenigen Vertragskunden, welche die Auswirkungen auf den Rabatt kennen, wurden gebeten, den Rabattverlust für bestimmte Verlagerungen (5 %, 10 %, 20 %, 30 %, 40 %, 50 %) anzugeben.[694] Von den zwölf Vertragskunden nannte ein Vertragskunde nur den für ihn an einen Konkurrenten auslagerbaren Anteil seiner Sendungen, ohne eine Angabe zum Rabattverlust zu machen[695], und drei weitere Vertragskunden machten ebenfalls keine detaillierten Angaben zu den einzelnen Schwellen oder gaben nur den Rabattverlust für den maximal auslagerbaren Teil an[696].[697] Daraus folgt, dass sieben Vertragskunden genauere Angaben zu den erfragten Stufen machten. Mit Bezug auf den auslagerbaren Anteil machten zwei Vertragskunden keine Angaben, ein Vertragskunde gab 0 % an, zwei gaben 5 % an, drei 20 oder 25 %, drei über 60 %.

558. Die ganz überwiegende Mehrheit derjenigen Vertragskunden, welche Angaben machten, scheint sich auf den Zusatzrabatt und nicht auf die Preislisteneinstufung bezogen zu haben. Sofern nämlich die Vertragskunden den Rabattverlust nicht wie verlangt als Anteil in Prozent vom bisherigen Rabatt angaben, variierten diese von 0 bis 3 %, wobei teilweise auch nur 2 % oder 2.5 % angegeben wurden.

A.4.7.5.3 Einschätzung der Wirkung durch die Vertragskunden

559. Auf die in der Untersuchung an 255 Vertragskunden gestellte Frage[698], ob sie aufgrund des Preissystems schon einmal auf die (einmalige oder mehrmalige) Auslagerung eines Teils ihres Postversandes auf einen alternativen Anbieter verzichtet haben, antworteten 20 Vertragskunden mit Ja (d. h. knapp 8 %), 227 mit Nein und sechs machten keine Angaben.[699] Knapp die Hälfte (neun) der Ja-Antworten stammt von Quickmailkunden oder solchen Vertragskunden, welche zum damaligen Zeitpunkt Quickmail als Alternative angaben. Damit gab

[684] Act. 407, S. 6, Ziff. 8c., vgl. auch act. 859, S. 5.
[685] Act. 407, S. 9, Ziff. 14., vgl. auch act. 859, S 5.
[686] Vgl. auch act. 859, S. 8.
[687] Act. 407, Anlage 8.
[688] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 24e; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 21.
[689] Ein Vertragskunde und Quickmailkunde bezeichnete seine Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.
[690] Siehe Fn 689.
[691] Act. 143, Antwort 24e.
[692] Vgl. beispielsweise die Aussagen an anderer Stelle in act. 246, Frage 22, und act 250, Frage 17.
[693] Zwei Unternehmen bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.
[694] Der Rabattverlust war in Franken sowie in Prozent des bisherigen Rabatts anzugeben.
[695] Act. 456, Frage 21.
[696] Act. 308, 313, […] und 470.
[697] Ein Vertragskunde bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[698] Fragebogenantworten, Frage 22.
[699] Zudem bezeichneten zwei Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis, dazu kommen drei Vertragskunden, welche die Begründung zu ihrer Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnen.

knapp ein Viertel der Kunden, die Quickmail als Alternative angaben, an, dass sie aufgrund des Preissystems der Post mindestens einmal auf eine Auslagerung zu einem Konkurrenten der Post verzichtet hatten.

560. Die 20 Vertragskunden, welche bereits mindestens einmal aufgrund des Preissystems auf die Auslagerung eines Teils ihres Postversand verzichtet hatten und eine Begründung angaben[700], begründeten ihre Antwort wie folgt[701]:

a. Für zehn Vertragskunden war für den Verzicht der Auslagerung die Rabattpolitik der Post ausschlaggebend. Von diesen Vertragskunden gaben neun eine (befürchtete) Rabattkürzung respektive Erhöhung der Preise als Begründung an, davon ein Quickmailkunde und drei potenzielle Quickmail-Kunden. Damit gaben sämtliche potenziellen Quickmailkunden, welche aufgrund des Preissystems bereits auf einen Wechsel verzichtet hatten, das Preissystem als Grund für den Verzicht an. Es fällt zudem auf, das fast alle Nennungen auf NGO oder Versand-/Detailhandel entfielen. Einer der zehn Vertragskunden (Quickmailkunde im Versandhandel) machte explizit den Zusatzrabatt dafür verantwortlich, dass eine Verlagerung von Sendungen nicht profitabel sei: «In Monaten mit überdurchschnittlicher Menge ist für uns eine Nutzung von Quickmail uninteressant, da sich bei der Post der Versand der nicht durch Quickmail beförderbaren Sendungen um 3 % verteuert. In schwachen Monaten, wo wir ohnehin bei der Post keinen Zusatzrabatt erhalten, hätte die Nutzung von Quickmail hingegen keine Auswirkungen. Allerdings sind unsere Auflagenmengen dann wiederum so gering, dass der Aufwand für die Aufteilung der Sendungen zwischen Quickmail und Post derart ins Gewicht fällt, dass es sich auch wieder nicht lohnt.»[702] Unter den zehn Vertragskunden befand sich nur einer, der in der vorhergehenden Frage genau beziffern und nachrechnen konnte, wie hoch der mutmassliche Rückgang des Umsatzrabatts ausfallen würde (vgl. Rz 557).
b. Drei Vertragskunden, davon wiederum je eine NGO und ein Versandhandelsunternehmen, machten (u. a.) Kosten geltend, welche insbesondere durch ein Splitting entstehen, teilweise auch für die bei der Post verbleibenden Sendungen.
c. Die meisten restlichen Vertragskunden gaben als Grund ein ungenügendes bzw. fehlendes Angebot der Konkurrenz an (Abdeckung, Umfang des Angebots, Qualität) oder Zufriedenheit mit dem Angebot der Post an.

561. In der Vorabklärung und der Untersuchung wurden die Vertragskunden zudem gefragt, ob ihrer Meinung nach das neue Preissystem eine (teilweise) Verlagerung von Sendungen zur Konkurrenz im Vergleich zum früheren Preissystem (reine Rabattierung auf Basis des Umsatzes) erschwert, erleichtert oder nicht verändert hat.[703]

562. Die Fragestellung in der Vorabklärung an 28 Vertragskunden war dabei vor allem im Zusammenhang mit der Zweiteilung des Preissystems in Preislisteneinteilung und in Zusatzrabatt gestellt worden. Ein Vertragskunde machte gar keine Angabe, und weitere fünf Vertragskunden konnten die Frage nicht beurteilen.[704] Zwei Vertragskunden antworteten mit Erleichterung. Demgegenüber gaben sieben Vertragskunden (davon fünf von neun Quickmail-Kunden[705]) an, ein Wechsel sei erschwert worden. Schliesslich ergab sich für zwölf der antwortenden Vertragskunden keine Änderung.

Einfluss des neuen Preissystems auf einen Wechsel zur Konkurrenz	Erschwert	Erleichtert	Nicht verändert	Keine Antwort oder unklar
	7	2	12	6

Tabelle 60: Vergleich des Preissystems CAPRI mit dem Preissystem 2009 hinsichtlich der Auslagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten (Befragung Vorabklärung)

563. Von den zwei Vertragskunden, welche eine Erleichterung angaben, begründete ein Vertragskunde die Antwort mit der besseren Vergleichbarkeit der Preise. Der andere Vertragskunde begründete die Antwort nicht, gab aber etwas im Widerspruch zur Erleichterung in Antwort 24 an, dass die Auswirkungen einer Mengenreduktion nicht mehr nachvollziehbar seien.[706] Die Vertragskunden, welche im neuen Preissystem eine Erschwerung der Verlagerung von Sendungen sahen, gaben vor allem die nur schwer einschätzbaren Auswirkungen eines Wechsels auf den Rabatt und die Rabattreduktion selbst als Gründe für ihre Antwort an. Ein Vertragskunde gab an, die Abwicklung eines bestimmten Volumens über einen Konkurrenten unter dem Vertrag mit der Post sei zwar möglich, aber sie würden dafür bestraft, da sie die vergangenheitsbasierten Umsätze nicht mehr erreichten und somit nicht mehr von den Zusatzrabatten profitierten.[707] Ein anderer Vertragskunde gab an: «Erschwert, da durch das neue Preismodell die Vergabe von Teilmengen an Quickmail zu stärkeren Preisanstiegen bei

[700] Ein Unternehmen hat die Begründung als Geschäftsgeheimnis bezeichnet, und zwei machen keine Angaben.
[701] Es kommen Mehrfachnennungen vor.
[702] Act. 470, Antwort 22.
[703] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 23b; Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 23.
[704] Dazu kommt ein Vertragskunde (Quickmailkunde), der seine Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnete.
[705] Siehe Fn 704.
[706] Act. 71, Antwort 23b und 24b.
[707] Act. 143, Antworten 23b und 24a.

der Post führen.»[708] Die meisten derjenigen Vertragskunden, welche keine Änderung für eine Verlagerung der Sendungen sahen, begründeten dies damit, dass es für sie derzeit ohnehin noch keine Alternativen (mangelnde Konkurrenz oder hoher Anteil der Sendungen im Monopolbereich) zur Post gebe.

564. In der Untersuchung[709] gaben drei der befragten 255 Vertragskunden an, das neue Preissystem habe einen Wechsel erleichtert, 20 sahen darin eine Erschwerung, 202 keine Änderung und 29 machten keine Angaben.[710]

Einfluss des neuen Preissystems auf einen Wechsel zur Konkurrenz	Erschwert	Erleichtert	Nicht verändert	Keine Angaben
	20	3	202	29

Tabelle 61: Vergleich des Preissystems CAPRI mit dem Preissystem 2009 hinsichtlich der Auslagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten (Befragung Untersuchung)

565. Die Vertragskunden, welche angaben, das neue Preissystem habe einen Wechsel erleichtert, sahen die Erleichterung nur darin, dass mangels Verhandlungsmöglichkeit oder infolge Preiserhöhungen die Anreize gestiegen waren, sich nach Alternativen umzusehen.[711]

566. Von den 20 Vertragskunden, welche im neuen Preissystem eine Erschwerung eines Wechsels sahen,[712] nannten 8 als Grund die schwierige und umständliche Berechnung, die mangelnde Transparenz und die daraus folgende fehlende Vergleichbarkeit von Leistungen. Zwei dieser Vertragskunden nannten dabei explizit auch den Zusatzrabatt als Grund für diese Schwierigkeit. Weitere zwei Vertragskunden nannten den Zusatzrabatt selbst als relevanten Parameter für die Erschwerung eines Wechsels, denn dieser Rabatt falle weg und führe zu einer Kumulation der Sendungen in gewissen Monaten. Zwei Vertragskunden nannten die Vertragsbindung an sich und die Rabattkürzung durch die Post als Grund. Der Rest machte keine Angaben oder nannte spezifische Gründe.

567. Von den 202 Vertragskunden, welche keine Veränderung durch den Systemwechsel sahen, lieferten etwa zwei Drittel der Vertragskunden (135) keine explizite Begründung. Für einen zusätzlichen Teil war die Frage nicht beurteilbar (13). Für den überwiegenden Rest war die Frage nicht relevant, da sie aus anderen Gründen nicht wechseln konnten (Abdeckung, viele Sendungen im Monopol, Zusatzkosten, Qualität, fehlendes genügendes oder passendes Angebot der Konkurrenz) oder wollten (Aufwand, aus Prinzip).

568. Vier Fünftel der 20 Antworten von Vertragskunden, welche im neuen Preissystem eine Erschwerung eines Wechsels zu einem Konkurrenten sahen, stammen von Unternehmen im Bereich Versand- oder Detailhandel oder von NGO/Vereinen/Organisationen. Zudem waren knapp die Hälfte ehemalige Quickmailkunden oder solche, welche in der Befragung Quickmail als Alternative angaben. Von den aktuellen und potentiellen Quickmailkunden schätzten somit etwas weniger als ein Fünftel das neue Vertragskundenmodell als Erschwerung ein. Dies sind mehr als dreimal so viele als für den Rest der Vertragskunden. Dazu kamen noch die zwei Vertragskunden, welche zwar im Fragebogen «Erleichterung» ankreuzten, aber nur im Hinblick auf einen grösseren Anreiz für einen Wechsel (vgl. Rz 565). Bei den Quickmailkunden standen die mangelnde Transparenz und der Zusatzrabatt im Vordergrund. Von den aktuellen oder potenziellen Quickmailkunden, welche keine Veränderung sahen, gaben viele ungenügend starke Konkurrenz mit entsprechendem Angebot als Grund für ihre Antwort an. Immerhin zwei der aktuellen oder potenziellen Quickmailkunden gaben aber an, das neue Preissystem sei übersichtlich resp. die Mailings seien von der Post transparent berechnet worden.

A.4.7.5.4 Zusammenfassung

569. Zusammenfassend war laut Vertragskunden eine Kündigung des Vertrags zur Verlagerung von Sendungen auf einen Konkurrenten grundsätzlich möglich, allerdings gegebenenfalls mit Auswirkung auf die Rabattwirkungen. Ein Grossteil der Vertragskunden kannte aber die Vertragsdauer und Kündigungsmodalitäten nicht oder ging von falschen Vorgaben aus. Zudem war zu einem grossen Teil nicht bekannt, ob und wann eine Vertragsanpassung aufgrund der Verlagerung auf die Konkurrenz erfolgen würde und was die finanziellen Auswirkungen davon wären.

570. Wie erwähnt verzichtete zudem ein zwar im Verhältnis zur gesamten Anzahl befragter Vertragskunden kleiner Teil der Vertragskunden, jedoch durchaus bedeutender Anteil der (potenziellen) Quickmailkunden aufgrund des Preissystems bereits mindestens einmal auf die Auslagerung von Sendungen und sah im neuen Preissystem eine Erschwerung eines Wechsels zur Konkurrenz.

[708] Act. 98, Antworten 21a und 23b.
[709] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 23.
[710] Ein Vertragskunde bezeichnete die Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis. Insgesamt fünf Vertragskunden bezeichneten die Begründung ihrer Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[711] Ein Vertragskunde der offen gelegten Antworten mit «Erleichtert» bezeichnet die Begründung als Geschäftsgeheimnis.
[712] Von den 20 Vertragskunden mit Antwort «Erschwert» bezeichneten zwei Vertragskunden ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.

A.4.8 KEP & MailAnmerkungen der Post

571. Die Post macht geltend, dass sich das Sekretariat hauptsächlich auf Aussagen der «Gegenseite» stützen würde und diese im Antrag ohne jegliche kritische Würdigung und sogar wortgetreu wiedergeben würde.[713]

572. Diese Beanstandung der Post ist unbeachtlich. Der Sachverhalt wurde insgesamt kritisch gewürdigt.

573. Die Post macht sinngemäss weiter geltend, dass das Sekretariat aufgrund der Fragebögen keinen Nachweis einer Behinderung erbracht habe.[714] Die Fragebögen seien einseitig zu Lasten der Post und falsch ausgewertet worden. Zudem würde der Antrag auf die Fragebögen und nicht auf die Berechnungen abstellen, so dass sich zeigen würde, dass das Sekretariat von den Berechnungen nicht überzeugt sei.[715] Zudem lasse sich eine mögliche Wirkung des Zusatzrabatts durch die Erkenntnisse der Kundenbefragungen nicht aufzeigen, da weniger als 10 % einen Einfluss auf die Planung bejaht hätten.[716] Zudem würde der Antrag verschweigen, dass von den bejahenden Kunden der Grossteil auf den kaum vorhandenen Einfluss hinweisen würde.

574. Die Post stellt den Anteil derjenigen Kunden, welche wechselbereit waren, bewusst als geringfügig dar, indem sie unberücksichtigt lässt, wie viele Kunden von vorneherein aufgrund ihrer Versandstruktur nicht zu Quickmail wechseln konnten und damit nicht Teil des bestreitbaren Marktes waren (vgl. Rz 562 ff.). Zudem sind nicht nur der Zusatzrabatt massgeblich, sondern auch andere Effekte. Eine singuläre Fokussierung auf den Zusatzrabatt ist daher für die Beurteilung des massgeblichen Sachverhalts ungeeignet. Das Sekretariat hat daher zu Recht sowohl auf die Kundenantworten als auch auf die Berechnungen abgestellt.

575. Auch könne gemäss Aussagen der Post aus den Fragebogenantworten keine fehlende Wechselbereitschaft der Kunden nachgewiesen werden. Die hierzu massgebliche Frage sei so offen gestellt worden, dass Vertragskunden, die angegeben haben, auf die Auslagerung verzichtet zu haben, dies aus ganz verschiedenen Gründen getan hätten, ohne dass das Preissystem der Post dafür verantwortlich gewesen sei.

576. Hierzu ist anzumerken, dass eine Gesamtbetrachtung des Sachverhaltes vorzunehmen ist, wobei die Antworten auf einzelne Fragen in die Gesamtbetrachtung mit einflossen und entsprechend gewürdigt wurden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

577. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes 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 bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[718]

578. Die vorliegende Untersuchung wurde gegen die Schweizerische Post und die Post eröffnet. Die zu beurteilenden Verhaltensweisen stehen im Verantwortungsbereich der Post, welche insbesondere Post- und Logistikdienstleistungen und damit zusammenhängende Dienstleistungen erbringt. Die Post ist die Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post, welcher weitere Gesellschaften untergeordnet sind. Nachfolgend wird geprüft, ob es sich bei der Schweizerischen Post und ihren (in-)direkten Tochtergesellschaften und affiliierten Gesellschaften um einen Konzern handelt, welcher als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs 1bis KG zu qualifizieren wäre.

579. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.[719] Die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns gelten in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft erstens ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und zweitens diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt[720], so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern gemäss der bisherigen Rechtsprechung als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet.[721]

580. Die revidierten Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts[722] beschränken sich seit 1. Januar 2013 mit Bezug auf die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung (Konzernrechnung) ausdrücklich auf das Kontrollprinzip, das heisst sie verzichten auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Beherrschung im Sinne des Leitungsprinzips[723]. Gemäss

[713] Act, 821 Rz 318.
[714] Act. 821 Rz 320 ff.
[715] Act. 821 Rz 322.
[716] Act. 821 Rz 323.
[717] Act. 821 Rz 324 ff.
[718] JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, 2013, Rz 335 und 341; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 29, *Preispolitik Swisscom ADSL II*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 119 E. 3.4, *Publigroupe SA et al./WEKO* und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.*
[719] RPW 2011/1, 109 Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.
[720] Sogenanntes «Leitungsprinzip» im Gegensatz zum «Kontrollprinzip», bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.
[721] Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 29, *Preispolitik Swisscom ADSL II*, sowie RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.
[722] Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR; SR 220).
[723] Vgl. Art. 663e Abs. 1 aOR, BBl 2008 1589, 1723 sowie Art. 963 Abs. 2 OR, der neu Kriterien festlegt, wann eine juristische Person ein anderes Unternehmen in rechtsrelevanter Weise kontrolliert.

Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie: 1. direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt; 2. direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen; oder 3. aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Ob im Bereich des Kartellrechts den neuen Rechnungslegungsvorschriften des Obligationenrechts Rechnung zu tragen ist und entsprechend die Kontrollmöglichkeit für das Vorliegen einer Konzernstruktur genügt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben.

581. Vorliegend weisen hinsichtlich der Unternehmenseinheiten der Schweizerischen Post bereits die gesetzlichen Bestimmungen der Postregulierung auf einen Konzern hin. Für die Postfinance ist die Ausgliederung in eine Konzerngesellschaft sogar ausdrücklich im Gesetz vorgesehen.[724] Konzerngesellschaften sind gemäss Postverordnung neben der PostFinance die von der Schweizerischen Post direkt oder indirekt kontrollierten Unternehmen, insbesondere Kapitalgesellschaften.[725] Die Postverordnung enthält weitere explizite Bestimmungen (auch) mit Bezug auf die Konzerngesellschaften, so etwa zur Möglichkeit der Übertragung der Grundversorgung auf diese Gesellschaften oder zur Erstellung der Konzernrechnung.[726] Wie in Randziffer 6 f. beschrieben, ist die Schweizerische Post die Muttergesellschaft von drei «strategischen Konzerngesellschaften», darunter die Post. Diesen strategischen Konzerngesellschaften sind weitere Konzerngesellschaften angegliedert. An allen als Konzerngesellschaften bezeichneten Gesellschaften hält die Post direkt oder indirekt (über die strategischen Konzerngesellschaften) 100 % der Anteile.[727] Die Schweizerische Post besitzt zudem viele weitere Beteiligungen bis 50 % an Unternehmen («assoziierte Unternehmen»), bei denen sie die Geschäftspolitik «massgeblich beeinflusst und Einsitz in den Aufsichtsgremien nimmt».[728]

582. Wie oben erwähnt (Rz 580), bleibt unklar, ob neben der Kontrolle auch die einheitliche Leitung, mithin die Ausübung der Kontrolle nachzuweisen ist. Aus der Formulierung für assoziierte Gesellschaften folgt bereits a maiore ad minus, dass bei den Konzerngesellschaften nicht nur eine Kontrolle vorliegt, sondern auch eine einheitliche Leitung besteht und ausgeübt wird. Ausserdem hat die Schweizerische Post die Grundversorgungspflichten statutarisch auf ihre Tochtergesellschaften übertragen, jedoch nimmt die Muttergesellschaft die Berichterstattung sowie die Vertretung gegenüber den Behörden wahr.[729] Auch kann die Muttergesellschaft den Nettoausgleich zum Ausgleich der Grundversorgungskosten vornehmen.[730] Gemäss Art. 17 der Statuten der Schweizerischen Post hat der Verwaltungsrat die Aufgabe, die nötigen Vorgaben zur einheitlichen Führung des Konzerns zu erteilen, insbesondere in den Bereichen Strategie, Finanzplanung und Personalführung, sowie die konzernweite Umsetzung der Strategie und der Ziele sicherzustellen.[731] Durch Einsitznahme von Mitgliedern der Geschäftsleitung der Schweizerischen Post im Verwaltungsrat und/oder der Geschäftsleitung von Konzerngesellschaften wird zudem die einheitliche Führung sichergestellt. Insbesondere haben die Schweizerische Post und die Post praktisch eine einheitliche Geschäftsführung. Die Konzernleiterin der Schweizerischen Post ist dabei auch Präsidentin des Verwaltungsrats sowie Vorsitzende der Geschäftsleitung der Post, während ihr Stellvertreter zudem den Geschäftsbereich «Postmail» leitet und Mitglied der Geschäftsleitung bei der Post ist.[732]

583. Die Beteiligungsverhältnisse, die gesetzlichen Bestimmungen, die personellen Verflechtungen im Zusammenspiel mit der Unternehmensorganisation beweisen das Vorliegen eines Konzerns, d. h. das Vorliegen einer einheitlichen Leitung, welche vorliegend auch ausgeübt wird. Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG ist damit der gesamte Post-Konzern.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

584. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

585. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar[733]. Ob es sich bei der Schweizerischen Post um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Existenz 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. Wie nachfolgend ausgeführt wird, verfügt die Schweizerische Post über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. Rz 812) und übt gestützt auf diese Marktmacht aus (vgl. Rz 1015 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Daher ist das Kartellrecht in sachlicher Hinsicht auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

586. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden, da diese für die Post als in der Schweiz aktives Unternehmen offensichtlich gegeben sind.

---

[724] Vgl. Art. 14 Abs. 1 POG.
[725] Art. 1 Bst. e VPG.
[726] Vgl. insbesondere Art. 2 und Art. 52 Abs. 1 und 2 VPG; Weiter auch Art. 46, Art. 47 Abs. 1, Art. 48 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1, Art. 50 Abs. 4 und Art. 51 Abs. 1 VPG.
[727] Website Post, Konzerngesellschaften, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften> (15.11.2016).
[728] Website Post, assoziierte Gesellschaften, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/assoziierte-gesellschaften-und-joint-ventures> (15.11.2016).
[729] Act. 432, S. 1, Frage 1b, Beilage 1a, Art. 1, sowie Beilage 1b, Art. 1.
[730] Act. 432, Beilage 1b, Art. 1.
[731] Act. 432, Beilage 1b, Art. 17.
[732] Handelsregisterauszüge Schweizerische Post AG und Post CH AG (18.01.2015).

B.2 Materielle Verfügungsadressatinnen

587. Da vorliegend ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist, stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. Verfügungsadressatinnen sind. Denn ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen kann ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein. Verfügungsadressatinnen können aber einzelne natürliche oder juristische Personen des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind.[734]

588. Das Bundesverwaltungsgericht hat festgehalten, dass bei Konzernsachverhalten entsprechend den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen die Verfügung zwar grundsätzlich an alle Gruppengesellschaften zu richten wäre, dass jedoch insbesondere bei grösseren Konzernen eine sachgerechte Beschränkung der Anzahl an Parteien und Verfügungsadressaten gerechtfertigt und angezeigt ist.[735] Die Ausgestaltung der personalen Reduktion obliege dabei dem pflichtgemässen Ermessen der Wettbewerbsbehörden aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls. Gemäss Bundesverwaltungsgericht dürfte es in der Regel sachgerecht sein, zum einen die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, sowie zum anderen diejenigen Konzerngesellschaften, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressaten heranzuziehen.[736] Auch das Bundesgericht scheint diese Haltung zu vertreten.[737]

589. Das Bundesverwaltungsgericht[738] hat auch festgehalten, dass diejenigen Konzerngesellschaften, welche die Wettbewerbsbehörde als Parteien des Verfahrens und als Adressaten der Verfügung heranzieht, durch die kartellrechtliche Verfügung unmittelbar in ihren Rechten und Pflichten betroffen werden. Denn die Verfügung stelle zum einen klar, ob das beurteilte Wettbewerbsverhalten rechtlich zulässig war und ob es von den herangezogenen wie auch den sonstigen Konzerngesellschaften zukünftig weiter praktiziert werden kann oder nicht. Zum anderen hätten die herangezogenen Konzerngesellschaften die verhängten Sanktionen zu tragen und sonstige Massnahmen umzusetzen. Daher seien die herangezogenen Konzerngesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu qualifizieren. Die bislang von der WEKO teilweise vorgenommene Unterscheidung zwischen formalen und materiellen Verfügungsadressaten sei nicht erforderlich.

590. Die Post ist für den Bereich der adressierten Briefpost verantwortlich und auch für das Geschäftskunden-Preissystem für adressierte Briefsendungen.[739] Sie ist daher als «handelnde» Gesellschaft anzusehen. Wie oben (Rz 581 bis 584) erwähnt, ist zudem die Schweizerische Post die direkte Muttergesellschaft der Post und gleichzeitig Muttergesellschaft des gesamten Post-Konzerns. Es ist im Sinne der Rechtsprechung daher sachgerecht, die Verfügung vorliegend an die handelnde Gesellschaft sowie an die Muttergesellschaft des Konzerns zu richten. Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, wonach es notwendig wäre, die Verfügung an weitere juristische oder natürliche Personen innerhalb des Postkonzerns zu richten.

591. Vor der Gründung der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft war die Muttergesellschaft der Post in Form einer spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Anstalt unter der Firma «Die Schweizerische Post» organisiert.[740] Diese war für die Anwendung der Geschäftskunden-Preissysteme für adressierte Briefsendungen bis am 26. Juni 2013 verantwortlich. An diesem Datum wurde die Anstalt in die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft «Die Schweizerische Post AG» umgewandelt.[741] In der Folge übertrug diese die Aktiven und Passiven der entsprechenden Geschäftsbereiche PostMail (wozu auch die adressierten Briefsendungen gehören), Post-Logistics, Swiss Post Solutions und Poststellen und Verkauf, auf die Post.[742] Die beiden Gesellschaften sind daher auch Rechtsnachfolgerinnen der spezialgesetzlichen öffentlich-rechtlichen Anstalt nach altem Postorganisationsgesetz.

592. Die Verfügung ist daher an die Post und an die Schweizerische Post zu richten.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

B.3.1 Übersicht

593. 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. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

594. Im Folgenden wird geklärt, inwiefern die Postgesetzgebung Vorschriften enthält, die im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG eine auf Wettbewerb ausgerichtete Marktstruktur ausschliessen und damit zur eingeschränkten Anwendung des Kartellgesetzes führen. Die untersuchten Verhaltensweisen der Post fallen sowohl in den Zeitraum vor als auch nach der Revision der Postgesetzgebung auf den 1. Oktober 2012. Daher ist nachfolgend sowohl die alte wie auch die neue Regulierung im Post-Bereich auf vorbehaltene Vorschriften zu überprüfen.

---

[733] Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79, *Parteien*; Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 547 f.; JÜRG BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 2 KG N 14.
[734] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 67 f., *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.
[735] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 69 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.
[736] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 73, *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.
[737] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, S. 114 ff., E. 3.3 f., *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[738] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 675 f., *Preispolitik Swisscom ADSL II*, m.w.H.
[739] Vgl. vorne, Rz 9.
[740] Art. 2 Abs. 1 POG.
[741] Handelsregisterauszug Schweizerische Post AG (18.1.2016).
[742] Handelsregisterauszüge der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG (18.01.2016).

595. Der Bund sorgt gemäss Art. 92 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten in allen Landesgegenden. Die Tarife werden nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt.

596. Bis am 30. September 2012 galten das Postgesetz vom 30. April 1997 (nachfolgend: altes Postgesetz, aPG) und die Postverordnung vom 26. November 2003 (nachfolgend: alte Postverordnung, aVPG) sowie das Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (nachfolgend: altes Postorganisationsgesetz, aPOG).

597. Am 1. Oktober 2012 sind das revidierte Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783), die Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG; SR 783.01) sowie das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1) in Kraft getreten.

B.3.2 Alte Postgesetzgebung

598. Die Schweizerische Post erhielt im alten Postgesetz den Auftrag, Postdienstleistungen in einem bestimmten Umfang und einer bestimmten Qualität zu erbringen (sog. Universaldienst). Im Universaldienst wurde zwischen reservierten Diensten (Art. 3 aPG; «Monopolbereich») und nicht reservierten Diensten (Art. 4 aPG) unterschieden. Ausserhalb des Universaldienstes liegende übrige Postdienstleistungen gehörten zu den sogenannten Wettbewerbsdiensten (Art. 9 aPG). Laut dem Schreiben des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Energie, Verkehr und Kommunikation (UVEK) vom 10. Mai 2011 gehörten alle vom neuen Preissystem betroffenen Produkte und Dienstleistungen zum Universaldienst gemäss Art. 3 und 4 aPG.[743] Es waren also keine Wettbewerbsdienste betroffen.

599. Hinsichtlich der reservierten Dienste hatte die Schweizerische Post nach Art. 3 aPG das ausschliessliche Recht, adressierte Briefpostsendungen und Pakete bis 2 kg zu befördern (Abs. 1), wovon die Beförderung von Schnellpostsendungen sowie die Beförderung von Paketen und abgehenden internationalen Briefpostsendungen jedoch ausgenommen waren (Abs. 2). Dabei lag es gemäss Art. 3 Abs. 3 aPG im Kompetenzbereich des Bundesrates, den genauen Umfang der reservierten Dienste festzulegen und die in Art. 3 Abs. 1 aPG statuierte Gewichtslimite herabzusetzen. Von dieser Kompetenz machte der Bundesrat durch Erlass von Art. 2 aVPG Gebrauch, indem er die Monopolgrenze für adressierte inländische und aus dem Ausland eingehende Briefpostsendungen per 1. Juli 2009 auf 50 Gramm reduzierte (sog. Monopolsendungen).

600. Das heisst, die Schweizerische Post wurde vom Gesetzgeber im Bereich der reservierten Dienste (Art. 3 Abs. 1 aPG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 aVPG) mit besonderen Rechten ausgestattet und verfügte bei der Beförderung von adressierten Briefpostsendungen bis maximal 50 Gramm über ein rechtliches Vollmonopol (sog. Sachbeförderungsregal), d. h. über eine wettbewerbliche Sonderstellung. Damit lag eine ausschliesslich auf den Monopolbereich beschränkte vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG vor.

601. Für die nicht reservierten Dienste sah jedoch bereits Art. 4 Abs. 1 aPG vor, dass die Schweizerische Post diese in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringt. Aus dieser Formulierung ist ersichtlich, dass ausserhalb der reservierten Dienste Wettbewerb keinesfalls ausgeschlossen werden sollte. In der Botschaft zum alten Postgesetz wird diesbezüglich Folgendes ausgeführt: «überall dort, wo die Post und ihre Tochtergesellschaften Dienstleistungen in Konkurrenz mit privaten Anbietern erbringen, unterstehen sie in wirtschafts- und ordnungspolitischer Hinsicht den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen wie ihre Konkurrenten».[744] Der Post-Reg-Bericht 2011 hält bezüglich Preisfestsetzung zusätzlich fest: «Bei der Preisfestlegung von Dienstleistungen im nicht reservierten Bereich muss die Schweizerische Post das Kriterium der angemessenen Preise, die allgemeinen Wettbewerbsregeln und die Regeln der Preisüberwachung einhalten; darüber hinaus ist sie in der Preisfestsetzung frei.»[745]

602. Auch Art. 2 Abs. 2 aPG stand einer Anwendung des Kartellgesetzes nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung musste die Schweizerische Post die Dienstleistungen des Universaldienstes nach gleichen Grundsätzen, in guter Qualität und zu angemessenen Preisen anbieten. Damit wurde laut Botschaft «sichergestellt, dass einerseits die Dienstleistungen im Interesse der Kunden hohen Qualitätsanforderungen genügen, andererseits die Preise im Sinne der Verfassungsvorgabe (Art. 92 Abs. 2 BV spricht von einer «preiswerten Grundversorgung») möglichst günstig bleiben. Diese Bestimmung schreibt somit vor, dass die Post beim Universaldienst ein ausgewogenes Preis/Leistungs-Verhältnis anzustreben hat.[746] Aus diesen – offenen und unbestimmten – Vorgaben kann kein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG für die nicht reservierten Dienste abgeleitet werden.

603. Der Anwendung des Kartellgesetzes auf die nicht reservierten Dienste stand auch Art. 14 aPG nicht entgegen. Gemäss Art. 14 Abs. 1 aPG hatte die Schweizerische Post die Preise für ihre Dienstleistungen nach wirtschaftlichen Grundsätzen festzulegen. Laut Botschaft waren die Preise daher in der Regel kostendeckend festzulegen, wobei Ausnahmen für Produkteinführungen oder die Beibehaltung von für das Erscheinungsbild der Post wichtigen Produkten möglich waren.[747] Es besteht kein Hinweis darauf, dass mit dieser Vorschrift in irgendeiner Weise Wettbewerb ausgeschlossen werden sollte. Vielmehr sollte damit verhindert werden, dass die Post im nicht reservierten Bereich Dumpingpreise anbietet, um Wettbewerbern den Markteintritt zu erschweren und diese tiefen Preise durch entsprechend höhere Preise bei den reservierten Diensten quer zu finanzieren.

[743] Act. 26.
[744] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1267.
[745] POSTREG, Tätigkeitsbericht 2011, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/26905.pdf> (23.09.2014), S. 17.
[746] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1276.
[747] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1288.

604. Nach Art. 14 Abs. 2 aPG musste die Post die Preise für ihre Monopoldienstleistungen distanzunabhängig, kostendeckend und nach gleichen Grundsätzen festlegen. Ausserdem waren die Preise (insbesondere deren Höhe) durch das UVEK zu genehmigen. Da es sich um ein rechtliches Monopol handelte, sah der Gesetzgeber hier ausdrücklich Bestimmungen zur Preisfestsetzung vor. Das Gebot der Kostendeckung gab dabei die untere Limite vor, jedoch durfte ein entsprechender Gewinn erwirtschaftet werden. Das Kriterium der Distanzunabhängigkeit sollte einen Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung entlegener Gebiete leisten.[748] Mit Bezug auf die Kriterien in Art. 14 Abs. 2 aPG sowie die Höhe der Preise der reservierten Dienste war das Kartellgesetz wie oben erwähnt (Rz. 600) aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KG nicht anwendbar.

605. Art. 14 Abs. 3 aPG ermächtigte die Schweizerische Post, mit Grosskunden im Einzelfall Preise zu vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richteten. Der Sondervorschrift in Art. 14 Abs. 3 aPG lag die Überlegung zugrunde, dass Grosskunden im Gegensatz zu Kleinkunden andere postalische Bedürfnisse haben und nach massgeschneiderten Lösungen verlangen.[749] Laut Botschaft[750] hatte die Post im Universaldienst darauf zu achten, dass sie für vergleichbare Leistungen dieselben Kalkulationsgrundsätze anwendet. Dies sei bei massgeschneiderten Preisen der Fall, da bei der Bestimmung des Preises einzig der Aufwand bzw. der Minderaufwand gegenüber der Basisleistung massgebend sei. Die Botschaft erwähnt dabei Beispiele wie die Berücksichtigung von Vorleistungen, die regelmässige Aufgabe von Massensendungen sowie die Direktaufgabe durch die Kunden bei den Zentren. Spezifische Rabattformen wie im untersuchten Preissystem sind in der Botschaft nicht genannt. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit Art. 14 Abs. 3 aPG Wettbewerb ausschliessen wollte. Die Botschaft hält im Gegenteil ausdrücklich fest, dass durch eine Tarifierung nach Aufwand eine Preisfestsetzung im Einzelfall erreicht wird, wie es bei anderen Wettbewerbsteilnehmern üblich ist.[751] Dies zeigt deutlich, dass Wettbewerb vom Gesetzgeber ausdrücklich erwünscht war.

606. Vorbehaltene Vorschriften bestehen somit nur spezifisch für den reservierten Bereich (zur Relativierung betreffend die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Hinblick auf die Anwendung von Art. 9 Abs. 4 KG siehe unten Rz 813 ff.), insbesondere hinsichtlich des Ausschlusses anderer Unternehmen von der Leistungserbringung und betreffend die regulatorisch vorgesehenen Preisvorschriften, was die Höhe des Preises anbelangt. Die Post unterscheidet jedoch einerseits bei vielen Produkten preislich nicht zwischen Sendungen unter 50g und über 50g. Andererseits ist entscheidend, dass die vorliegend untersuchten Preissysteme gerade nicht zwischen Monopoldienstleistungen und anderen Dienstleistungen unterscheiden, sondern diese preislich verknüpfen.

607. In ähnlich gelagerten Bereichen, wie beispielsweise im Bereich des Fernmeldegesetzes, hat das Bundesgericht entschieden, dass sektorielle Regulierungen zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutreten und diese nicht einfach ausschliessen.[752] Es hat hierbei insbesondere darauf hingewiesen, dass daraus auch überlappende Zuständigkeiten zwischen Wettbewerbs- und anderen Regulierungsbehörden entstehen können.

608. Das Kartellgesetz bleibt somit im Rahmen der alten Postgesetzgebung auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, vorbehältlich der Ausschliesslichkeit der Tätigkeit der Post und der regulatorischen (Preis-)Vorgaben im Monopolbereich.

B.3.3 Neue Postgesetzgebung

609. Das revidierte Postgesetz, in Kraft seit dem 1. Oktober 2012, bezweckt unter anderem, dass die Bevölkerung und die Wirtschaft auf vielfältige, preiswerte und qualitativ hochstehende Postdienste zurückgreifen können (Art. 1 Abs. 2 PG). Das Postgesetz legt die Grundversorgung fest, welche die Schweizerische Post gemäss Art. 13 Abs. 1 PG i. V. m. Art. 14 bis 17 PG zu erbringen hat. Sie hat die Beförderung von Briefen, Paketen, Zeitungen und Zeitschriften ins In- und Ausland unter gewissen Mindeststandards sicherzustellen (Art. 14 f. PG).

610. Gemäss Art. 18 Abs. 1 PG hat die Schweizerische Post das ausschliessliche Recht, Briefe bis 50 Gramm zu befördern (reservierter Dienst). Ausgenommen sind nach Art. 18 Abs. 2 PG abgehende Briefe im internationalen Verkehr sowie Briefe, für die das Zweieinhalbfache des Preises der Post für Briefe der schnellsten Kategorie der ersten Gewichts- und Formatstufe bezahlt wird. Die Schweizerische Post hat dabei gemäss Art. 18 Abs. 3 PG die Preise für Briefe des reservierten Dienstes im Inland distanzunabhängig, kostendeckend, angemessen und nach einheitlichen Grundsätzen festzulegen. Sie kann mit Absendern von Massensendungen Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Der Bundesrat legt laut Gesetz Preisobergrenzen fest. Diese stellen die obere preisliche Limite dar[753], die Kostendeckung die untere. Jedoch hat der Bundesrat bisher keine Preisobergrenzen festgesetzt. Der Bundesrat hat nun jedoch entschieden, das Monopol beizubehalten, und plant infolgedessen, solche Preisobergrenzen festzulegen.[754]

---

[748] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1288.
[749] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1289.
[750] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1289.
[751] Botschaft zum Postgesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1249, 1289.
[752] Vgl. BGE 137 II 199, 212 E. 5.1 (= RPW 2011/3, 440 ff., 446 E. 5.1), *Mobilfunkterminierung*.
[753] Gemäss Botschaft [BBl 2009 5224] werden die Preisobergrenzen für *Einzelsendungen* in den reservierten Diensten gestützt auf Art. 18 Abs. 3 PG vom Bundesrat festgelegt, da im Monopolbereich der Wettbewerb fehlt. Im Gegensatz dazu gelten gemäss Botschaft diejenigen Sendungen als Massensendungen, für die dem Absender gestützt auf einen schriftlichen Vertrag oder Beleg Rechnung gestellt wird, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich um inhaltsgleiche Massensendungen oder um grosse Mengen von verschiedensten Sendungen handelt. Da aber der Entwurf des Postgesetzes geändert wurde und die Verpflichtung der Schweizerischen Post auch für Massensendungen gilt, dürfte sich die Festlegung von Preisobergrenzen nun auch auf Preise für Massensendungen beziehen.
[754] Evaluationsbericht 2015 zu den Auswirkungen der Marktöffnung im Postbereich, Bericht des Bundesrates vom 18. September 2015 in Erfüllung von Artikel 35 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (SR 783.0), S. 48 Ziff. 11.4.2, verfügbar auf <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/post-presse/evaluation.html> (18.11.2016).

611. Hinsichtlich der Versender von Massensendungen führt die Botschaft Folgendes aus[755]: «Wie bis anhin soll es der Post möglich sein, für Absender, welche Massensendungen aufgeben, entsprechende Lösungen anzubieten und die Preise im Einzelfall nach den entstehenden Kosten festzulegen. Es handelt sich dabei primär um Vertragskunden, die unterschiedliche postalische Bedürfnisse − wie z.B. Druckdienstleistungen, Abholungen etc. − haben. Im Unterschied zum Schalterkunden beziehen sie ihre Dienstleistungen der Post gestützt auf eine vertragliche Basis gegen Fakturierung. Dabei muss die Post darauf achten, dass sie für vergleichbare Leistungen dieselben Kalkulationsgrundsätze anwendet und alle Absender rechtsgleich behandelt werden.»

612. Gemäss Art. 16 Abs. 1 PG sind die Preise in der Grundversorgung nach wirtschaftlichen Grundsätzen festzulegen, wobei die Überprüfung dieses Grundsatzes nach dem Preisüberwachungsgesetz erfolgt. Für Briefe und Pakete der Grundversorgung im Inland sind die Preise distanzunabhängig und nach einheitlichen Grundsätzen festzulegen (Art. 16 Abs. 2 PG). Der Bundesrat kann für die Grundversorgung oder für Teile davon Preisobergrenzen festlegen.

613. Die aufgeführten Bestimmungen entsprechen weitgehend denjenigen der alten Postgesetzgebung. Die dort gemachten Ausführungen hinsichtlich der alleinigen Tätigkeit der Post im reservierten Bereich können daher analog angewendet werden.

614. Wie bereits im alten System schliesst die Zuweisung eines Monopols für Briefe unter 50 Gramm andere Wettbewerber vom Wettbewerb aus. Ausserhalb des reservierten Bereichs steht die Schweizerische Post jedoch im Wettbewerb mit anderen Anbietern.

615. Preislich sind im Monopolbereich lediglich Mindest- bzw. (zumindest für den reservierten Dienst) Maximalpreise sowie die Einhaltung der oben wiedergegebenen Grundsätze der Preissetzung vorgegeben, im Übrigen ist die Schweizerische Post in ihrer Preisgestaltung im Rahmen der übrigen Rechtsordnung frei.[756] Die Botschaft führt aus, dass über den Monopolbereich hinaus keine weitere spezielle Preisregulierung vorgesehen sei.[757] Im Postmarkt sei − im Gegensatz zu Märkten mit monopolistischen Engpässen − davon auszugehen, dass Markteintritte grundsätzlich möglich sind. Damit entstehe genügend Wettbewerbsdruck, welcher für angemessene und nicht diskriminierende Preise sorge. Der Preisüberwacher und die WEKO hätten dafür zu sorgen, dass keine missbräuchlichen Preise verlangt würden.[758]

616. Mit Bezug auf die Abgrenzung zu den Aufgaben der PostCom hält die Botschaft zudem Folgendes fest[759]: «Die Aufgabe der Regulationsbehörde besteht vorrangig darin, das Geschehen im Postmarkt zu regulieren und zu beaufsichtigen. Ihre Zuständigkeiten sind dabei auf Fragen, die sich aus der Anwendung der Postgesetzgebung ergeben, beschränkt. Für Fragen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, insbesondere in Fällen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, sind die allgemeinen Wettbewerbsbehörden, die WEKO sowie der Preisüberwacher, zuständig.»

617. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Postgesetz explizit auch den Zweck hat, die Rahmenbedingungen für einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen der Postdienste zu schaffen (Art. 1 Abs. 3 Bst. b PG).

618. Auch unter dem neuen Postgesetz beschränkt sich im reservierten Bereich der Ausschluss der Wettbewerbsordnung insbesondere auf die Beschränkung der in der Schweiz tätigen Leistungserbringer bis zu einem Versandgewicht von 50g. Hier hat die Post das ausschliessliche Recht Dienstleistungen anzubieten. Im Hinblick auf die Preissetzung hat die Schweizerische Post im Monopolbereich innerhalb der Spanne zwischen Mindest- und Maximalpreisen sowie ausserhalb des Monopolbereichs das Kartellgesetz zu beachten (vgl. Rz 615). Das Kartellgesetz bleibt somit auch im Rahmen der neuen (aktuellen) Postgesetzgebung auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, vorbehältlich der Ausschliesslichkeit der Tätigkeit der Post und der regulatorischen (Preis-)Vorgaben im Monopolbereich.

B.3.3.1 Vorbringen der Post

619. Die Post sieht in der gesetzlichen Pflicht der Eigenwirtschaftlichkeit, der Distanzunabhängigkeit und der Preissetzung nach einheitlichen Grundsätzen (Art. 16 PG) eine signifikante Einschränkung ihrer Preisgestaltung, welche letztendlich dazu führe, dass unrentable Beförderungen mit Erträgen aus profitablen Beförderungen ausgeglichen werden müssten, da wegen der regionalen heterogenen (Zustell-)Kosten und der Distanzunabhängigkeit der Preis nicht alle Angebote der Post kommerziell rentabel seien.[760] Da Quickmail diese Einschränkungen nicht kenne, könne sie sich auf rentable Beförderungen konzentrieren.[761] Aus der Gewährung des Restmonopols schliesst die Post auf ein Quersubventionierungsgebot vom reservierten Dienst an die übrige Grundversorgung, wobei der reservierte Dienst seine eigenen Kosten decken müsse und zusätzlich maximal mit den Nettokosten der Grundversorgung belastet werden dürfe (Art. 51 Abs. 2 Bst. b VPG).[762] Ein Quersubventionierungsverbot zwischen den Dienstleistungen des reservierten Dienstes und den übrigen Dienstleistungen der Grundversorgung kenne das geltende Recht nicht.[763] Die Post müsse ihre Preise nach wirtschaftlichen Grundsätzen, d. h. kostenorientiert, festlegen und eine solche Kostenorientierung sei nur über die gesamte Grundversorgung möglich.[764] Die Gesamtumsatzrabattierung stelle genau dies sicher, weshalb

[755] BBl 2009 5181, 5225.
[756] Evtl. würde sich u. U. eine andere Beurteilung im Hinblick auf vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG ergeben, wenn der Bundesrat eine umfassende preisliche Regulierung für die Grundversorgung nach Art. 16 Abs. 8 PG vornehmen würde
[757] BBl 2009 5181, 5203.
[758] BBl 2009 5181, 5203; auch BBl 2009 5181, 5222.
[759] BBl 2009 5181, 5228.
[760] Act. 821 Rz 44-49.
[761] Act. 821 Rz 50.
[762] Act. 821 Rz 51.
[763] Act. 821 Rz 52.
[764] Act. 821 Rz 56.

die durch die Gesamtumsatzrabattierung entstehenden Wechselwirkungen zwischen den Dienstleistungen im Monopol und den Dienstleistungen im nicht-reservierten Bereich dem Willen des Postgesetzgebers entspreche.[765] Würden der reservierte Dienst und die übrige Grundversorgung dagegen getrennt rabattiert, verletzte dies die Vorgabe der kostenorientierten Preise und somit die regulatorischen Vorgaben.[766]

620. Die von der Post vorgebrachten Argumente, weshalb der reservierte Dienst nicht anders rabattiert werden dürfe als die übrige Grundversorgung, ist aus mehreren Gründen falsch. Gemäss Botschaft ist mit «kostenorientiert» gemeint, dass die Post die Preise so festsetzen kann, dass die Grundversorgung möglichst eigenwirtschaftlich erbracht und mit den Preisen ein angemessener Gewinn erwirtschaftet werden kann.[767] Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass die Kostenorientierung nur auf Ebene der Grundversorgung und nicht auf Ebene einzelner Produkte erzielt werden soll. Alleine aus diesem Grund kann aus der gesetzlichen Grundlage keine Gleichbehandlungspflicht in kostenmässiger Hinsicht auf Produktebene abgeleitet werden. Kommt hinzu, dass Art. 19 Abs. 1 PG die Post explizit dazu ermächtigt, Erträge aus dem reservierten Dienst zur Deckung der Kosten aus der Grundversorgung zu verwenden. Wenn allerdings Produkte aus der Grundversorgung einen entsprechenden Gewinn erwirtschaften sollen, der zur Querfinanzierung herangezogen werden kann, müssen die Preise im Verhältnis zu den Kosten so festgelegt sein, dass ein Ertrag resultiert, der für andere Produkte verwendet werden kann. Wenn aber bereits bei der Preissetzung von der Kostenorientierung auf Produktebene abgewichen werden kann, so gilt dies in jedem Fall auch für Rabatte.

621. Gemäss VALLENDER kann Art. 94 BV i. V. m. Art. 27 BV eine negative Wettbewerbsgarantie entnommen werden, wonach es Bund und Kantonen untersagt ist, Regelungen und Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen.[768] Im Fall Glarnersach bestätigt das Bundesgericht, dass aus der Wirtschaftsfreiheit bzw. dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität abgeleitet werden kann, dass öffentliche Unternehmen, die teilweise in einem Monopolbereich, teilweise im Wettbewerbsbereich tätig sind, diese beiden Bereiche kalkulatorisch trennen müssen und systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich unzulässig sind.[769] So ist gemäss Bundesgericht eine Quersubventionierung unzulässig, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen. Das Bundesgericht konkretisiert dies sogar bezugnehmend auf Art. 9 Abs. 4 des Postgesetzes vom 30. April 1997 noch dahingehend, als es festhält, dass neuere Bundesgesetze auch von diesem Grundsatz ausgehen würden, wonach Quersubventionierungen unzulässig sind bzw. der Wettbewerb nicht verfälscht werden darf.

622. Zwar besteht gemäss Postgesetz explizit die Möglichkeit zur Quersubventionierung der Grundversorgung durch Erträge aus dem reservierten Bereich, um eine generelle Kostendeckung zu erreichen. Dennoch wird mit der Liberalisierung des Postmarktes gerade das Ziel verfolgt, Wettbewerb in diesem Bereich zu ermöglichen. Die Möglichkeiten der Quersubventionierung aus dem reservierten Bereich sind daher in Berücksichtigung von Art. 94 i. V. m. Art. 27 BV sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Fall Glarnersach sehr restriktiv auszulegen und nur insoweit als für zulässig zu befinden, als sie zur Kostendeckung der Grundversorgung zwingend notwendig sind. Dabei ist dasjenige Mittel zu wählen, welches den Wettbewerb am wenigsten stark einschränkt.

623. Ein Gesamtumsatzrabatt, der sowohl den Monopol- als auch den Nichtmonopolbereich umfasst, hat zur Folge, dass Wettbewerber, um bei identischen Leistungen im Nichtmonopolbereich wettbewerbsfähig zu sein, einen nominalen Abzug auf ihren Umsatz gewähren müssen, der mindestens dem Betrag entspricht, den ein Kunde auf den gesamten Umsatz beim Anbieter mit Monopolbereich erhalten würde. Dies hat regelmässig zur Folge, dass ein Wettbewerber eines Monopolanbieters bedeutend höhere Umsatzrabatte gewähren muss als der Monopolanbieter, falls dieser den Monopolbereich in die Umsatzrabattierung mit einbezieht. Alleine dies stellt für den Wettbewerber bereits einen Wettbewerbsnachteil dar. Vor diesem Hintergrund dürfte alleine schon die Tatsache, dass die Post bei der Rabattierung nicht zwischen dem reservierten Bereich und dem restlichen Bereich der Grundversorgung unterscheidet, verfassungswidrig sein.[770] In keinem Fall kann aufgrund der obigen Ausführungen aus dem Postgesetz aber ein Quersubventionierungsgebot oder eine Verpflichtung zur Gesamtumsatzrabattierung abgeleitet werden.

624. Die Post macht hierzu geltend, dass übersehen werde, dass die Post für den reservierten und den nicht-reservierten Bereich ein und dieselbe Infrastruktur verwende.[771] Auch die Kunden würden nicht nach Gewichtsgrenzen sondern nach Gewichtskategorien unterscheiden sowie alle Sendungskategorien gemeinsam bei der Post aufgeben.[772]

625. Es ist zwar korrekt, dass die Post für die Abwicklung des gesamten Briefversands dieselbe Infrastruktur verwendet. Hieraus lässt sich aber keine Begründung für einen Gesamtumsatzrabatt ableiten, der sowohl den reservierten als auch den nicht-reservierten Bereich umfasst, da der Gesetzgeber eine Quersubventionierung des nicht-reservierten Bereichs durch den reservierten Bereich ja gerade vorsieht. Eine solche Quersubventionierung impliziert aber gerade unterschiedliche Preise im reservierten und nicht-reservierten Bereich. Selbst wenn auf eine solche Quersubventionierung verzichtet wird,

[765] Act. 821 Rz 57.
[766] Act. 821 Rz 58.
[767] BBl 2009 5181, 5222.
[768] KLAUS A. VALLENDER in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 94 N 6.
[769] BGE 138 I 378, 398 E. 9.1.
[770] Vgl. KLAUS A. VALLENDER in: Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Art. 94 N 6 sowie BGE 138 I 378 E. 9.1.
[771] Act. 821 Rz 305.
[772] Act. 821 Rz 306.

führt das gesetzlichen Monopols zu den in Rz 623 beschriebenen Effekten, welche sich auch durch die Verwendung einer einheitlichen Infrastruktur nicht rechtfertigen lassen. Auch das Vorbringen, dass Kunden nicht nach der Gewichtsgrenze unterscheiden würden, ist für die Rabattierung unerheblich, da die Gewichtskategorien von der Post vorgegeben werden und diese keine Begründung für eine Gesamtumsatzrabattierung darstellen.

626. Die Post bringt weiter vor, dass sie die Infrastruktur, die einen Teil der Grundversorgung darstelle, über Einnahmen mit dem Briefversand finanzieren müsse, unabhängig davon, wie schwer der einzelne Brief sei.[773] Die Rabattierung müsse aber zwingend kostenorientiert erfolgen. Die Kosten und Einsparungen würden dabei für die gesamte Infrastruktur und alle adressierten Briefe gemeinsam gelten, weshalb der Gesamtrabatt postregulatorisch vorgegeben sei.

627. Diese Argumentationslogik ist aus den nachfolgenden Gründen falsch. Art. 18 Abs. 3 PG sieht vor, dass sich die mit Absendern von Massensendungen vereinbarten Preise vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Eine strikte Kostenorientierung ist daher nicht notwendig. Zudem sieht Art. 19 Abs. 1 PG ausdrücklich vor, dass Erträge aus dem reservierten Dienst nur zur Deckelung der Kosten aus der Grundversorgung verwendet werden dürfen. Damit erlaubt Art. 19 Abs. 1 PG eine Quersubventionierung. Eine solche Quersubventionierung wäre mit dem Preissystem der Post, welches bis zu einem Gewicht von 100g sowohl im reservierten als auch im nicht-reservierten Bereich dieselben Preise verlangt, nicht gegeben, wenn ein Gesamtumsatzrabatt zwingend vorgeschrieben wäre. Zudem kann auf die Ausführungen in Rz 621 ff. verwiesen werden. Die Vorbringen der Post hierzu sind daher unbeachtlich.

628. Die Post bemängelt, dass es das Sekretariat bei der Prüfung bewenden lässt, ob unter dem alten und neuen Postgesetz vorbehaltene Vorschriften vorliegen.[774] So würde der Antrag verkennen, dass auch bei Zulassung von Wettbewerb im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG regulierungsrechtliche bzw. wettbewerblich relevante Vorschriften bzw. ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung materiell zu beachten seien.[775] Dies habe das Bundesgericht im Fall Hors-Liste hervorgehoben, wonach Normen, welche einen Sachverhalt nach unterschiedlichen Gesichtspunkten regeln, nebeneinander zur Anwendung gelangen und sich nicht gegenseitig ausschlössen.[776] Die Post schliesst daraus, dass einschränkende Auswirkungen dieser Normen auf den Wettbewerb dann im Zusammenhang mit der Beurteilung der Wettbewerbswirkung der Norm gemäss Art. 7 KG zu würdigen seien. Das Sekretariat habe diesen Leitentscheid genauso ignoriert wie die Frage der konkurrierenden Zuständigkeiten der WEKO und dem Preisüberwacher. Materiell werde der Tatbestand des Preismissbrauchs nämlich sowohl vom Kartellgesetz als auch vom Preisüberwachungsgesetz erfasst, was den Zuständigkeitskonflikt begründe.

629. Es ist nicht ersichtlich, was die Post aus diesen allgemeinen Vorbringen zu ihrem Vorteil ableiten möchte. Zum einen kann hinsichtlich der postregulatorischen Vorgaben auf die Ausführungen in Rz 619 ff. verwiesen werden. Hinsichtlich der von der Post vorgebrachten Kompetenzüberschneidung mit dem Preisüberwacher sei zum anderen auf Art. 3 Abs. 3 KG verwiesen, wonach Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach KG Verfahren dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 vorgehen, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts haben die WEKO und der Preisüberwacher keine gegenteilige Regelung getroffen, so dass gemäss dieser Kollisionsnorm das Verfahren nach KG vorgeht.

B.3.4 Ergebnis

630. Insgesamt ergibt sich damit, dass vorbehältlich der Ausschliesslichkeit der Tätigkeit der Post und der regulatorischen (Preis-)Vorgaben im Monopolbereich das Kartellgesetz auf den vorliegenden Fall sowohl unter der alten als auch unter der neuen Postgesetzgebung anwendbar ist.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

631. 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). In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung beziehungsweise Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.[777]

B.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und -mass)

B.4.1.1 Beweiswürdigung

632. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG[778] sowie sinngemäss Art. 40 BZP[779]). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.[780] Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung

[773] Act. 821 Rz. 307.
[774] Act. 821 Rz 340.
[775] Act. 821 Rz 341.
[776] Act. 821 Rz 342.
[777] BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[778] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[779] Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).
[780] So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, 36 E. 2.1.

und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.[781] Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein[782], wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung «minderen Grades» ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen «Verfälschungen» (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher resp. beständiger einzustufen sind;[783] der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen[784].

B.4.1.2 Beweismass

633. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen[785] Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

634. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,[786] wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,[787] was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass[788] übereinstimmen dürfte.

635. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.[789] Gemäss REKO/WEF erweist sich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich «(…) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind»[790]. So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.[791] Und auch das BVGer stellte treffend fest: «[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus.»[792]

636. Umstritten ist nun, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisanforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es – wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.[793] Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,[794] verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis.[795] Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Kartellrechtsfall führt das BGer bezüglich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung aus, «[…] dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sind kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen […] nicht übertrieben werden […]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen […]».[796]

---

[781] Statt anderer BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 718), Art. 30 KG N 99; BSK KG-Bilger (Fn 718), Art. 39 KG N 62.

[782] Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, «Si unus cum una…»: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

[783] So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1062–1068, 1064 m.w.H.; MATTHIAS JAHN, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf>, S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch ANGELA WEIRICH, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei «(…) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (…)».

[784] Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351, 352 ff. E. 3.b).

[785] Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

[786] Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

[787] Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 782), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

[788] Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt das Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

[789] Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 787), in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 216.

[790] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: SIWR V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

[791] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG et al./WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend Amstutz/Keller/Reinert (Fn 782), 119.

[792] BVGE 2009/35, 479 f. E. 7.4.

[793] Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 782), 119.

[794] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

[795] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

[796] BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

637. Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fliessenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde damit höchstrichterlich geklärt. Entsprechend kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.[797] Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisanforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes würde damit letztlich ausgehebelt. In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(sdichte) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.[798]

638. Gestützt auf die oben zitierte Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht in einem neueren Urteil[799] explizit bekräftigt, dass die Einschränkung auf einen Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht nur für die Marktabgrenzung und Marktbeherrschung gilt, sondern für alle Tatbestandsmerkmale, soweit im Einzelfall komplexe wirtschaftliche Sachverhalte mit multiplen Wirkungszusammenhängen bestehen. Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes seien vielfach Einschätzungen miteinzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspreche im Ergebnis einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen. Des Weiteren sei es offensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zunehme. Der Grad und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung veränderten sich daher notwendigerweise mit zunehmender Komplexität und den sich daraus ergebenden Interdependenzen einer Materie. Bei Vorliegen von derartigen Aspekten könne im Einzelfall daher von vornherein keine Gewissheit hergestellt werden, weshalb ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für den erforderlichen Nachweis massgebend sei.

639. Hervorzuheben ist sodann, dass ein strikter Beweis (betrifft das Beweismass) nicht mit einem direkten Beweis (betrifft die Art des Beweises und ist das Gegenstück zum Indizienbeweis [indirekter Beweis]) zu verwechseln ist. Auch ein strikter Beweis kann ohne Weiteres mittels Indizien erbracht werden.[800] Zu unterscheiden ist ferner jeweils auch zwischen Tat- und Rechtsfrage. Die Regeln der Beweislast und der Beweiswürdigung, etwa die Unschuldsvermutung, gelten einzig in tatsächlicher Hinsicht. Die Auslegung – insbesondere technischer resp. relativ unbestimmter – Rechtsbegriffe folgt demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation.[801] Zu beachten ist hierbei, dass sich das Ergebnis der Auslegung wiederum darauf auswirken kann, was Beweisgegenstand ist.

B.4.2 Marktbeherrschende Stellung

640. 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). Ein Unternehmen kann sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten, wenn es auf einem Markt zentrale Wettbewerbsparameter beeinflussen kann, ohne hierbei entscheidend von anderen Marktteilnehmern, der Marktgegenseite oder sonstigen Einflussfaktoren eingeschränkt zu werden.

641. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.[802] Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne («klassische Marktbeherrschung») von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern[803]. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits «klassische» Marktbeherrschung vorliegt.

642. Ein Unternehmen wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.2.1 Der relevante Markt

643. Bei der Marktabgrenzung ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[804] Für die Bestimmung der Marktgegenseite ist dabei vom Untersuchungsgegenstand auszugehen (Rz 646).

644. Wesentliche Grundlage für die Beurteilung des relevanten Marktes bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit, das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird.[805] Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus Sicht

[797] An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715, 720 ff. E. 3.2 m.w.H.).

[798] So BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, in gleichem Sinne auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

[799] BVGer B-7633/2009, Rz 162 f.

[800] Siehe dazu bereits vorne Rz 632.

[801] BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.1 (= RPW 2013/1, 126 E. 8.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Aus der Lehre etwa ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, 2008, Rz 03.41.

[802] Botschaft zum KG 2003, BBl 2002 2045.

[803] Vgl. Coopforte, RPW 2005/1, Rz. 93.

[804] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18, 33 f. E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

[805] Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 269, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

der Nachfrager als Marktgegenseite, wobei massgebend ist, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und den vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden. Hierbei sind die Produkte und Dienstleistungen aus Sicht eines objektiven durchschnittlichen Nachfragers von bestimmten Leistungen massgebend,[806] welche diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Eine bloss teilweise Austauschbarkeit ist nicht ausreichend, allerdings muss die Leistung auch nicht in identischer Weise erbracht werden. Bei der Marktabgrenzung sind insbesondere funktionale Sachüberlegungen, allgemeine Verbraucherpräferenzen, bestehende Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen alle in Betracht kommende ähnliche Produkte zu berücksichtigen.

645. In räumlicher Hinsicht umfasst der Markt das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt bestimmenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Gemäss Bundesveraltungsgericht ist damit der räumlich relevante Markt auf das geographische Gebiet abzugrenzen, innerhalb dessen die wechselseitigen substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden.[807] Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind.[808]

B.4.2.1.1 Die Preissysteme als Ausgangspunkt

646. Wie oben ausgeführt (vgl. Rz 643 ff.), erfolgt die Definition des relevanten Marktes aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[809] Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.[810] Vorliegend ist dies die Anwendung der Geschäftskunden-Preissysteme für adressierte inländische Briefsendungen gegenüber Geschäftskunden, die einen Vertrag mit der Post abgeschlossen haben (sog. Vertragskunden).

647. Das Geschäftskunden-Preissystem 2009 umfasste adressierte Briefe Inland inklusive Zusatzleistungen im Universaldienst.[811] Das Geschäftskunden-Preissystem CAPRI umfasst ebenfalls adressierte Briefsendungen Inland, ausschliesslich im Bereich der Grundversorgung. Die relevante Produktpalette, welche auch für die Berechnung des rabattrelevanten Umsatzes berücksichtigt wird, hat sich über die Zeit jeweils angepasst.[812] Laut Post werden bei einer Aktualisierung der Produktpalette betreffend adressierte Inlandsbriefe in der Grundversorgung die neuen Dienstleistungen automatisch in das Preissystem aufgenommen.[813] In beiden Preissystemen nicht enthalten sind Sendungen im internationalen Verkehr, Pakete, Schnellpostsendungen, Zeitungen und unadressierte Sendungen. Von den Preissystemen betroffen waren jeweils grosse Geschäftskunden mit einem Mindestumsatz von 100‘000 Franken, die aufgrund eines Vertrags mit der Post in die Preissysteme eingegliedert waren (Vertragskunden). Die Ausgestaltung und Anwendung dieser Preissysteme für Vertragskunden bildeten den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

648. Ausgangspunkt der Marktabgrenzung sind somit adressierte inländische Briefsendungen für Vertragskunden.

B.4.2.1.2 Marktgegenseite (Nachfrage)

649. Die von der Verhaltensweise der Post betroffene Marktgegenseite sind Vertragskunden, welche die Postdienstleistungen für inländische Briefsendungen bis zwei Kilogramm nachfragen und die entsprechenden Eigenschaften aufweisen, um vom Preissystem zu profitieren. Gleichzeitig wirkt sich die Verhaltensweise der Post auf den einzigen in dem Bereich tätigen Wettbewerber Quickmail aus, wobei Quickmail selbst in geringerem Ausmass Endkunde der Post ist.

650. Abgrenzungskriterium zwischen Privat- und Geschäftskunden ist laut Post die Art der Frankatur.[814] Sendungen, welche mit Briefmarken oder in anderer Form bar bezahlt werden, seien Privatkundensendungen. Sendungen mit Frankaturen ohne Barzahlung wie Port Payé (PP) oder das Intelligente Frankiersystem (IFS), welche eine Rechnungsbeziehung mit der Post voraussetzen, werden als Geschäftskundensendungen angesehen.

---

[806] Urteil des BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016, Rz 54 und 70, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

[807] Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 302, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

[808] Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 303, *Preispolitik Swisscom ADSL*.

[809] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

[810] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[811] Act. 27, S. 9, Ziff. 4; Dazu gehörten A-Post, A-Post Plus, B-Post Einzel, B-Post Massen, OnTime Mail 1 Werktag, OnTimeMail 2 Werktage, OnTimeMail Samstag, DirectSelfmailer, Geschäftsantwortsendungen, Gerichtsurkunden, Betreibungsurkunden, Dispomail, Einschreiben, DirectResponseCard, PhotoPost, Nachsenden Firmenpost, Nachnahme, Eigenhändig, Rückschein.

[812] Act. 432, S. 5, Ziff. 5; Dazu gehören oder gehörten A-Post, A-Post Plus, B-Post Einzelsendungen, B-Post Massensendungen, OnTime Mail 1 Werktag, OnTime Mail 2 Werktage, OnTime Mail Samstag, Einschreiben, Betreibungsurkunden, Gerichtsurkunden, Dispomail, Geschäftsantwortsendungen, DirectSelfmailer, DirectResponseCard, Geschäftsantwortsendungen A-Post, Geschäftsantwortsendungen B-Post-Einzel, Geschäftsantwortsendungen B-Post-Massen, Geschäftsantwortsen-dungen Einschreiben, Nachnahmen, Beleglose Nachnahmen, Eigenhändig, Rückschein, PhotoPost, Empfehlungskarten.

[813] Act. 432, S. 5, Ziff. 5.

[814] Act. 432, S. 3, Ziff. 2.

651. Ausserdem bestehen auch angebotsseitig Unterschiede zwischen Privatkunden und Geschäftskunden. Privatkunden versenden in der Regel Einzelsendungen. Sie können für den Versand adressierter Briefsendungen nur auf die Dienstleistungen der Post zurückgreifen. Geschäftskunden stehen zudem Massensendungsprodukte zur Verfügung, für welche mit Quickmail eine gewisse Alternative besteht.

652. Aus dem Vorstehenden folgt, dass für adressierte Briefsendungen nachfrageseitig zwischen Privat- und Geschäftskunden sowie Vertragskunden zu unterscheiden ist, womit hinsichtlich der Erbringung von Postdienstleistungen jeweils unterschiedliche Märkte abzugrenzen sind. Die Post stimmt dieser Abgrenzung zu.[815]

B.4.2.1.3 Sachlich relevanter Markt

653. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).[816]

B.4.2.1.3.1 Adressierte inländische Briefsendungen von Vertragskunden als Ausgangspunkt

654. Ausgangspunkt bilden aufgrund der obstehenden Erwägungen somit inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden (vgl. Rz 648). Auf einem möglichen Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden treffen von der Angebotsseite Briefpostzusteller wie die Post und von der Nachfrageseite Nachfrager von Zustellungsdienstleistungen von adressierten Briefsendungen, welche die Kriterien für Vertragskunden erfüllen, aufeinander.

655. Gemäss Ausführungen der Post würden Briefsendungen im Wesentlichen zwei Zwecken dienen: Einerseits als Mittel für Korrespondenz und andererseits als Werbeträger.[817] Die Post machte vor allem geltend, dass mit der Möglichkeit der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel Briefe zunehmend substituiert wurden und auch in Zukunft würden. Die Briefpost sei also einerseits Teil eines umfassenden Kommunikationsmarkts und andererseits eines umfassenden Werbemarkts. Nicht dazu gehörten Pakete, da diese dem Transport eines physischen Gegenstands dienten. Ausgenommen seien weiter Gerichtsurkunden, die aus rechtlichen Gründen nicht durch elektronische Kommunikationsmittel substituiert werden könnten.

656. Basierend auf diesen Grundsätzen schlug sie im Vertragskundensegment folgende sachliche Marktabgrenzung vor:

a. Kommunikationsmarkt national (national abgegrenzt): Adressierte inländische oder aus dem Ausland eingehende Briefpostsendungen (A, B, B2 bzw. prio, eco) sowie Briefpost-Schnellsendungen (Express, Kurier), Sendungen von Zeitungen und Zeitschriften sowie Internet, E-Mail, SMS und soziale Netzwerke

b. Kommunikationsmarkt international (national abgegrenzt): Ausgehende internationale Briefpost-Sendungen (prio, eco) und Briefpost-Schnellsendungen (Express, Kurier), Sendungen von Zeitungen und Zeitschriften sowie Internet, E-Mail, SMS und soziale Netzwerke

c. Werbemarkt national (national abgegrenzt): Unadressierte Briefpost-Sendungen, Adressierte Briefpost-Werbesendungen, Plakate, Werbung in Printmedien, Werbung im Fernsehen, Werbung im Internet, Mobile-Werbung

d. Logistikmarkt national (national abgegrenzt): Pakete und adressierte Briefpost-Sendungen zum Kleinteileversand.

657. Die Post führte zudem aus, es gebe innerhalb des Kommunikations- bzw. Werbemarkts eine Vielzahl differenzierter Angebote, welche zwar unterschiedlich reguliert, aber untereinander substituierbar seien. So entfalte insbesondere das Monopol für Briefsendungen unter 50 Gramm im Markt nur marginale Wirkung, was sich am stärkeren Rückgang der Briefsendungen im Monopol gegenüber den übrigen Sendungen zeige.[818] Unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen für einzelne Produkte hätten also nur einen begrenzten Einfluss auf deren Positionierung innerhalb des Marktes und die Möglichkeit der entsprechenden Anbieter, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Sie bestimmten die Marktabgrenzung deshalb vorliegend nicht.

658. Die von der Post aufgeführten Marktabgrenzungen erweisen sich aufgrund der nachfolgenden Überlegungen als zu weit, weshalb für die Marktabgrenzung an den inländischen adressierten Briefsendungen von Vertragskunden als Ausgangspunkt festgehalten wird (vgl. Rz 654)

B.4.2.1.3.2 Mögliche Erweiterungen des relevanten Marktes aufgrund von Substitutionseffekten

659. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand wird nachfolgend zunächst geprüft, ob die inländischen adressierten Briefsendungen für Vertragskunden durch andere Produkte oder Leistungen substituierbar sind.

a) Unterscheidung zwischen Briefen und Paketen

660. Traditionell wurden in der bisherigen Praxis Paketmärkte von den Briefmärkten getrennt.[819] Auch die Post ging grundsätzlich von getrennten Märkten aus, wobei sie adressierte Briefpost-Sendungen zum Kleinteileversand ebenfalls zum «Logistikmarkt» zählte.

[815] Act. 27, S. 3 f., Ziff. 2b.
[816] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[817] Act. 27, S. 4.
[818] Die Zahlen beziehen sich aufgrund der früheren Monopolgrenze auf Sendungen unter bzw. über 100 Gramm.
[819] RPW 2012/4, 864 Rz 65 m. w. H., *Schweizerische Post/La Poste*.

661. Laut Postgesetzgebung sind Briefe und Pakete folgendermassen definiert:

a. Briefe sind Postsendungen von maximal 2cm Dicke und maximal 2kg Gewicht.[820] Im alten Briefsystem waren es ebenfalls Sendungen von maximal 2cm Dicke, jedoch nur bis zu einem Gewicht von 1kg und nur bis zum Format B4.[821]

b. Pakete sind in der Postgesetzgebung definiert als Postsendungen von mehr als 2cm Dicke bis zu einem Gewicht von 30kg.[822] Im alten Preissystem waren dies andere Sendungen bis zu einem Gewicht von 30kg.[823] Pakete bis 20kg ins Inland oder ins Ausland sind derzeit Teil der Grundversorgung resp. früher Teil des Universaldienstes (nicht-reservierter Dienst).[824]

662. Die Post verwendet die Begriffe Brief und Paket für ihre Angebote nicht entsprechend der gesetzlichen Definition. So verwendet sie auch den Begriff Briefe für Sendungen bis zu einer Dicke von 5 Zentimeter, allerdings nur bis zum Format B5. Demgegenüber bietet sie auch den Versand von Paketen von lediglich 1cm Dicke an. D. h. von den Massen her gibt es gewisse Überschneidungen. In der Regel ist jedoch ein Paket – wie dies auch die gesetzliche Definition aufnimmt – grösser und/oder schwerer als ein Brief. Ausserdem unterscheiden sich die beiden üblicherweise in der Art der Verpackung. Pakete sind preislich auch wesentlich teurer als Briefsendungen. Zudem werden Pakete von der Marktgegenseite hauptsächlich für den Versand von Waren verwendet, während Briefe überwiegend für den Versand von Dokumenten bzw. Informationen verwendet werden. Damit erfüllt die Dienstleistung der Briefpostzustellung andere Bedürfnisse der Marktgegenseite als die Dienstleistung der Paketzustellung. Zwar können theoretisch Pakete auch dazu genutzt werden, Dokumente, Briefe und – soweit es die Grösse zulässt –Waren zu versenden. Da ein Paketversand allerdings wesentlich teurer ist als ein Briefversand und Pakete allein schon wegen ihrer Grösse mit mehr Aufwand zu bearbeiten sind, erfüllen sie nicht dieselben Bedürfnisse der Marktgegenseite. Ausgehend von den Briefversandprodukten der Post ist für die Marktgegenseite sowohl in praktischer als in preislicher Hinsicht eine hinreichend nahe Substituierbarkeit zwischen Briefen und Paketen nicht gegeben.

663. Für separate Brief- und Paketmärkte sprechen auch angebotsseitige Unterschiede. Abgesehen von Schnellpost- und Kuriersendungen ist die Post einzige Anbieterin von Einzelsendungen, bei Massensendungen ist neben der Post einzig Quickmail im Markt tätig. Letztere bietet hingegen keine Beförderung von Paketen an. Dagegen bieten andere grössere Anbieter wie DHL die Beförderung von Paketen an. Die Konkurrenz zur Post im Brief- und Paketbereich ist somit nicht die gleiche. Dies rührt auch daher, dass sich die Prozesse und die notwendigen Strukturen zur Leistungserbringung unterscheiden.[825]

664. Die Post selbst hat auch getrennte Geschäftsbereiche (PostMail für Briefe, Post Logistics für Pakete), Verkaufsabteilungen und Preissysteme für Briefsendungen und Pakete. Die untersuchten Geschäftskundenpreissysteme betreffen lediglich Briefsendungen.

665. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden um Paketsendungen zu erweitern.

b) Nationale und internationale Sendungen

666. Die WEKO hat bisher nationale Briefsendungen von den grenzüberschreitenden internationalen Briefsendungen unterschieden, wobei letztere zudem in ausgehende und eingehende Briefsendungen unterteilt wurden.[826]

667. Wünscht ein Kunde den Versand von Sendungen in die Schweiz, so ist offensichtlich eine Zustellung ins Ausland für ihn weder relevant noch zielführend. Umgekehrt müsste ein Kunde, der Briefe national in die Schweiz versenden wollte, diese bei einem ausländischen Postanbieter aufgeben, um diese in der Schweiz als internationale Sendungen zustellen lassen zu können. Alleine schon der Transportaufwand zum ausländischen Postanbieter, die möglichen hierbei zu erfüllenden Zollformalitäten bei der Ausfuhr der Briefe und die in der Regel höheren Zustelltarife von Postanbietern für internationale Briefsendungen, lässt eine Substitution durch internationale Sendungen bei ausländischen Postanbietern nicht als zielführend erscheinen. Zudem sind entsprechende Fälle nicht bekannt.

668. Eingehende Sendungen, welche durch einzelne Absender (dies können auch ausländische Postgesellschaften sein) direkt in der Schweiz aufgeliefert und dann als nationale Sendungen versandt werden, sind hingegen demselben Markt zuzurechnen, da die ausländischen Kunden in demselben Masse Zustellungsdienstleistungen wie inländische Kunden nachfragen.[827] Die Post bezeichnet diese Sendungen als «Direct Entry» und rechnet sie ebenfalls den Inlandsendungen zu[828] und behandelt damit ausländische Postzustellgesellschaften, die solche Briefe bei der Post aufliefern ähnlich wie inländische Geschäftskunden.

c) Schnellpostsendungen (Express/Kurierdienste)

669. Als Briefpost-Schnellsendungen bzw. Express-Sendungen werden Sendungen bezeichnet, für deren Beförderung das Zweieinhalbfache des Preises der schnellsten Kategorie (A-Post) der ersten Gewichts- und Formatstufe bezahlt wird.[829] Schnellpostsendungen und Kurierdienste (direkter Transport vom Absender zum

[820] Art. 2 Bst. c PG.
[821] Art. 1 Bst. f aVPG.
[822] Art. 2 Bst. d PG.
[823] Art. 1 Bst. g aVPG.
[824] Art. 29 Abs. 1 Bst. a und b VPG; Art. 3 Bst. c aVPG.
[825] Vgl. auch Evaluationsbericht (Fn 754), S. 13, Ziff. 5.1.3. Bulletpoint Sortiment.
[826] RPW 1999/1, 129 f. Rz 15, *Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*; RPW 2012/4, 870 f. Rz 65 ff., *Schweizerische Post/La Poste*. Die weitere Unterteilung lehnt sich an den Entscheid COMP/M.5152 der EU-Kommission vom 21.04.2009 i. S. *Posten AB/Post Danmark A/S*.
[827] D. h. die Sendungen werden durch den Absender oder einen Beauftragten in die Schweiz transportiert und erst dort der Post z. B. in einem Briefzentrum übergeben.
[828] Act. 704, S. 5.
[829] Art. 18 Abs. 2 Bst. b PG sowie Art. 1 Bst. h aVPG.

Empfänger) gehören nicht zur Grundversorgung bzw. früher zum Universaldienst.[830] Entsprechend werden diese Leistungen auch nicht in den Geschäftskunden-Preissystemen für adressierte Briefsendungen berücksichtigt.

670. Die WEKO hat bisher eigene Märkte für Schnellpostsendungen abgegrenzt.[831] Wie bereits aus der Gesetzesdefinition hervorgeht, unterscheiden sich Schnellpostsendungen in Geschwindigkeit (bei der Post Zustellung bis 9 Uhr des Folgetags oder sogar bis 17 Uhr des gleichen Tags) und Preis[832] sehr stark von den übrigen Sendungen. Dies gilt umso mehr für Sendungen per Kurier. Solche Leistungen werden durch Kunden somit lediglich für sehr dringende Sendungen verwendet und sind offensichtlich nicht mit übrigen Sendungen (im Bereich der Preissysteme) substituierbar. Die in der Vorabklärung befragten Vertragskunden nutzen zwar teilweise die Schnellpostsendungen (v. a. in dringenden Fällen), sehen aber Express- bzw. Kuriersendungen aufgrund des Preises nicht als Ersatz für Standardsendungen.[833]

671. Laut Quickmail sind Schnellpostsendungen und Standardsendungen generell nicht austauschbar, da Sendungen entweder schnell (bsp. Rechnungen [Cash-Management]) oder günstig (bsp. Werbesendungen mit dem Ziel geringe «Cost per Order» zu haben) verschickt werden.[834]

672. Auch angebotsseitig unterscheiden sich die Prozesse aufgrund der notwendigen Geschwindigkeit von Standard- und Express-/Kuriersendungen. Zudem sind andere Wettbewerber im Bereich der Schnellpostsendungen tätig und diese sind vielen der Grosskunden der Post auch bekannt.[835] Die meistbekannten Wettbewerber sind DHL, UPS und Fedex, im Nahbereich werden auch Velokuriere benutzt. Bei der Post gehören Schnellpostsendungen nicht zum Bereich Postmail wie Briefsendungen, sondern zu PostLogistics.

673. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich nicht, den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden auf Schnellpostsendungen/Kurierdiensten auszuweiten.

d) Sendungen von Zeitungen und Zeitschriften

674. Zeitungen und Zeitschriften sind in der Regel ebenfalls adressiert. Zur Grundversorgung gehört lediglich die Beförderung von abonnierten Zeitungen und Zeitschriften in der Tageszustellung.[836] Aus regulatorischer Sicht zu erwähnen ist dazu, dass im Rahmen der Presseförderung der Staat für bestimmte abonnierte Tages- und Wochenzeitungen der Regional- und Lokalpresse sowie Zeitungen und Zeitschriften der Mitgliedsschafts- und Stiftungspresse in der Tageszustellung Vergütungen (ausschliesslich an die Post) überweist, um die Zustellung dieser Titel zu vergünstigen.[837]

675. Quickmail bietet hingegen mit dem Produkt «Quickpress» eingeschränkte Versandleistungen für Zeitungen und Zeitschriften an. Versände sind möglich für Titel, die monatlich oder seltener erscheinen, die heute mit dem Frankaturvermerk «AZB» verschickt werden und keine subventionierten Pressetarife erhalten, sowie für Titel, die subventionierte Pressetarife erhalten, aber Zuschläge für Probenummern und Beilagen zahlen.

676. Die Post hat bestimmte Kriterien für die Qualifikation von Publikationen als Zeitungen bzw. Zeitschriften aufgestellt.[838] Nur solche Publikationen profitieren von den Zeitungstarifen. Diese sind bedeutend tiefer als etwa diejenigen für normale Massensendungen. Der Grundtarif hängt von der Periodizität der Zeitung ab. Der höchste Tarif für eine Zeitung zwischen 4 und 8 Ausgaben pro Jahr beträgt derzeit 38 Rappen.[839] Als Vergleich dazu beträgt der (unrabattierte) Massentarif für einen B5-Standardbrief 53 Rappen, für einen schwereren Midibrief bereits 78 Rappen und für einen Grossbrief ab 95 Rappen. Im Rahmen der Presseförderung berechtigte Titel profitieren zusätzlich von einer weiteren grossen Reduktion auf dem anwendbaren Zeitungs-Grundtarif, welche derzeit für die Regional- und Lokalpresse 23 Rappen und für die Mitgliedsschafts- und Stiftungspresse 14 Rappen beträgt. Bei der Post unterscheidet sich auch die Leistung von Massensendungen. Zeitungen werden je nach Periodizität zwischen 0 und 3 (Werk-)Tagen zugestellt, während Massensendungen innert 8 Tagen zugestellt werden.

677. Zu den in den Preissystemen enthaltenen Leistungen stellt der Versand einer Publikation als Zeitung auf jeden Fall eine Alternative dar, wenn die Zeitungs-Kriterien erfüllt sind. Für alle anderen Sendungen hingegen nicht. Umgekehrt werden Versände, welche die Zeitungs-Kriterien erfüllen, aufgrund der Preisunterschiede kaum mit einer anderen Versandart (z.B. B-Post Massensendung) verschickt.

678. Laut Quickmail ist die Leistungserbringung von zeitunkritischen adressierten Sendungen (Massensendungen, Monatszeitschriften, Einzelbriefe) in etwa identisch und kann über eine identische Logistik vertrieben werden.[840]

679. Die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften ist nicht in den Geschäftskunden-Preissystemen für adressierte Briefsendungen enthalten.[841] Auch hinsichtlich Preisstrategie werden Zeitungen durch die Post eigenständig behandelt.[842] Angebotsseitig unterscheiden sich laut Post zudem die Prozesse und Verarbeitungskanäle.[843] Deshalb und aufgrund der beschränkten Austauschbarkeit mit den enthaltenen Leistungen, den speziellen regulatorischen Rahmenbedingungen aufgrund

[830] Art. 29 Abs. 8 PG; Art. 3 und Art. 9 Abs. 2 aPG i.V.m. Art. 10 aPVG.
[831] RPW 1999/1, 129 f. Rz 15, *Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*; Implizit zumindest für den internationalen Bereich übernommen in RPW 2012/4, 870 f. Rz 65 ff., *Schweizerische Post/La Poste*.
[832] So kostet die günstigere Zustellung für Privatkunden 16.- Franken.
[833] Fragebogenantworten Vorabklärung, Antworten 6)a)i) und 8a.
[834] Act. 103, S. 2, Ziff. 12a.
[835] Fragebogenantworten, Frage 5.
[836] Art. 29 Abs. 1 Bst. c VPG.
[837] Art. 16 Abs. 4 PG und Art. 36 VPG.
[838] Broschüre Zeitungen Schweiz, Version Januar 2014, S. 6, verfügbar auf <https://www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-printmedien/post-printmedien-distribution-national.htm> (01.05.2015).
[839] Broschüre Preise für abonnierte Zeitungen, S. 3, verfügbar auf <https://www.post.ch/post-startseite/post-geschaeftskunden/post-printmedien/post-printmedien-distribution-national.htm> (01.05.2015).
[840] Act. 103, S. 3, Ziff. 13.
[841] Siehe auch Act. 95, S. 3, Ziff. 1.d.ii.
[842] Act. 432, Beilage 13a.
[843] Act. 704, Beilage 10.1, S. 4.

der Presseförderung dürfte es eher nicht angezeigt sein, den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden um Zeitungen und Zeitschriften zu ergänzen. Die Frage kann aber letztlich offenbleiben, da sich keine Änderungen in der Analyse der Marktstellung und der untersuchten Verhaltensweise der Post aufgrund der einen oder anderen Zuordnung ergeben.

e) Adressierte und unadressierte Sendungen

680. Unadressierte Briefsendungen sind nicht im Postgesetz geregelt, d. h. bereits die Regulierung ist eine andere als für adressierte Sendungen.[844]

681. Das Sekretariat hat in der Vorabklärung *Vertrieb von Werbematerialien* aufgrund von Fragebogenantworten und einer Art SSNIP-Test einen «Markt für überregionale oder nationale Verteilung von nicht-adressierten Postwurfsendungen, von adressierten Werbesendungen und die Verteilung als Zeitungsbeilagen» abgegrenzt.[845] Zuletzt ist die WEKO jedoch in Anlehnung an die europäische Praxis von separaten Märkten ausgegangen.[846]

682. Auszugehen ist wiederum von den in den Preissystemen enthaltenen Postsendungen. Die Post bietet auch unadressierte Sendungen mit dem Angebot Promopost an.[847] Dieses ist jedoch nicht in den vorliegend untersuchten Preissystemen enthalten, sondern in einem eigenen Preissystem geregelt. […].[848]

683. Eine Substituierbarkeit adressierter Sendungen durch unadressierte Sendungen ist nachfrageseitig aus folgenden Gründen nicht gegeben: Sollen ganz bestimmte Adressaten (z. B. alle oder ein Teil der Kunden eines Unternehmens) angeschrieben werden, so kann dies mit unadressierten Sendungen nicht erreicht werden. In diesem Zusammenhang besteht bei Einsatz unadressierter Sendungen zudem ein grosser Streuverlust. Auch die Wirkung ist bei adressierten Schreiben eine andere. Gemäss Quickmail[849] liegt der Vorteil der unadressierten Werbung in den tiefen Kosten, jedoch sei der Streuverlust sehr hoch, weswegen es nur für die Neukundengewinnung (oder wenn eine breite Zielgruppe angesprochen wird) geeignet sei. Bei gezielter Segmentierung würden daher bevorzugt adressierte Sendungen benutzt. Adressierte und unadressierte Sendungen seien nur beschränkt austauschbar. Auch die Kundenbefragung in der Vorabklärung und der Untersuchung ergab, dass grundsätzlich adressierte Briefsendungen nicht durch unadressierte Briefsendungen substituierbar sind.

684. Angebotsseitig grenzte auch die Post unadressierte Sendungen klar von den adressierten Sendungen ab.[850] […].[851]

685. Zusammenfassend ist festzustellen, dass aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, dass unadressierte Sendungen und Zeitungsbeilagen nicht zum gleichen relevanten Markt gehören wie adressierte Briefsendungen, und sich daher eine Ausweitung des Marktes für inländische adressierte Briefsendungen für Vertragskunden nicht rechtfertigt.

f) Physische und elektronische Übermittlung von Sendungen

686. Im Hinblick auf die Verwendung von elektronischen Kommunikationsmitteln ist bei einigen Unternehmen zu beobachten, dass sie regelmässigen Briefversand vermehrt durch den elektronischen Versand ersetzen. Zu den elektronischen Möglichkeiten zählen insbesondere:

- Fax, E-Mail, SMS, soziale Netzwerke
- Internet-basierte Plattformen, auf denen Informationen abgerufen und Transaktionen getätigt werden können. Diese sind v.a. bei Banken (e-banking) und Versicherungen gängig. Gleichermassen werden etwa B2B-Plattformen zum Datentransfer genutzt, z. B. im Gesundheitsbereich.
- eBilling, d. h. die Zustellung und Bezahlung einer Rechnung über eine e-banking-Plattform oder über einen persönlichen Bereich, auf welchem Rechnungen und Briefe elektronisch abgerufen werden können (z.B. Online-Shops, Krankenkassen, Fernmeldedienstanbieter etc.).
- Unternehmensinterne Kommunikationslösungen (z. B. Intranet)

687. Diese Kommunikationsmöglichkeiten haben gemäss POSTCOM zu einem mässigen bzw. moderaten Rückgang der Briefsendungen geführt.[852] 2015 betrug der volumenmässige Rückgang -1.5 %, 2014 -2.5 %, 2013 -2 %, 2012 -1.9 % und 2011 -1.3 %.[853] Das heisst die Briefmengen sind in den letzten fünf Jahren durchschnittlich um rund 1.8 % zurückgegangen. Werden nur die adressierten Briefe des Geschäftsbereichs Postmail der Post berücksichtigt, welche zudem nur Zahlen von Geschäftskunden beinhalten, so liegt er über die letzten 5 Jahre bei durchschnittlich bei -1.4 %.[854]

688. Laut Angaben von Quickmail seien andere Kommunikationsformen (insbesondere elektronische) bei Transaktionssendungen bis zu einem gewissen Grad mit Briefsendungen austauschbar, v. a. bei Kontoauszügen und Rechnungen.[855] Jedoch werde bei Kundenzeitschriften, Geschäftsberichten etc. nach wie vor der Versand per Post bevorzugt. Für Werbesendungen und Kundeninformationen seien diese Kommunikationsformen

[844] Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Art. 2 Bst. a PG; POSTCOM, Jahresbericht 2013, S. 22, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.3.2016); Act. 432, S. 7 Ziff. 7.
[845] RPW 2001/2, 247 Rz 43 f., *Vertrieb von Werbematerialien*.
[846] RPW 2012/4, 870 f. Rz 66, *Schweizerische Post/La Poste*; Entscheid COMP/M.5152 der EU-Kommission vom 21.04.2009 i. S. *Posten AB/Post Danmark A/S*.
[847] Darüber hinaus ist die Post einerseits Partnerin bei der Konkurrentin auf nationaler Ebene, Swissdirectmail, sowie bei dieser mit mehreren Unternehmen vertreten (Direct Mail Company AG, Epsilon SA, Prisma Medienservice AG).
[848] Act. 432, Beilage 13a.
[849] Act. 103, S. 2, Ziff. 11a und 12c.iv.
[850] Act. 432, S. 7, Ziff. 7; Act. 704, Beilage 10.1, S. 4.
[851] Act. 432, S. 7, Ziff. 8.
[852] POSTCOM, Jahresbericht 2015, S. 36 f., Jahresbericht 2013, S. 29 f., verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).
[853] POSTCOM, Jahresbericht 2015, S. 36, Jahresbericht 2014, S. 34-36, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).
[854] Kennzahlen Post (XLS), Tabellenblatt Mengen, Postmail adressierte Briefe, verfügbar auf <http://geschaeftsbericht.post.ch/15/ar/de/downloads.htm> (17.03.2016).
[855] Act. 103, S. 2 f., Ziff. 11.b.i. und 12.c.i.

nur ergänzend einsetzbar. Der Versand von E-Mails werde zwar im Versandhandel häufig praktiziert, E-Mails seien jedoch nicht geeignet, um grosse Produktsortimente zu bewerben und würden wegen der Vielzahl von E-Mails häufig kaum noch beachtet.[856]

689. In der Untersuchung wurde den Vertragskunden die Frage gestellt, ob und wenn ja in welcher Hinsicht Alternativen zu den von diesen bei der Post gewählten Versandformen im Bereich adressierte Briefsendungen bestehen.[857] Von 255 befragten Unternehmen sah nur rund ein Viertel teilweise Alternativen zu den bezogenen Leistungen, wovon wiederum nur ungefähr ein Viertel (also insgesamt ca. 6 %) elektronische Alternativen konkret nannte.

690. Weiter gab etwas weniger als die Hälfte der in der Untersuchung befragten Vertragskunden an, in den letzten 5 Jahren einen Teil der Kommunikation, die sie über die Post geführt haben, auf einen anderen Anbieter oder ein anderes Medium gewechselt zu haben.[858] Von diesen Vertragskunden nutzten über vier Fünftel (also insgesamt 30-40 % der 255 befragten Postkunden) elektronische Möglichkeiten.[859] Hierbei verwendeten die meisten Vertragskunden E-Mail. Diese wurde verwendet für firmeninterne Kommunikation, B2B-Kommunikation, aber auch für Newsletter an die Kunden. Deutlich weniger genannt wurden Internet (z. B. Website, aber z. B. auch Abfragen der Lohnausweise für Mitarbeiter), Internet Banking und E-Rechnung. Nur ganz wenige Nennungen gab es für Fax, SMS, soziale Medien (Facebook, Twitter) und Telefonmarketing.

691. Sofern geeignete Systeme zur Verfügung stehen, kann zwischen Leistungserbringern ein grosser Teil der Kommunikation (Dokumente, Rechnungen) elektronisch erfolgen.[860] Das Ausmass der in den letzten 5 Jahren auf elektronische Kommunikationsmittel gewechselten Versände lässt sich anhand der Antworten kaum abschätzen. Viele Vertragskunden konnten dies zudem nicht quantifizieren. Aus den Kundenantworten geht nicht klar hervor, welcher Anteil der Versände auf elektronische Medien verlagert wurde. Tendenziell fiel der Anteil bei E-Mail höher aus als bei anderen Medien, wobei die Spannbreite zwischen wenigen Prozent bis 100 % lag. Beim E-Banking war der Anteil der durch diese Dienstleistung ersetzten Versände eher tief und durchwegs unter einem Drittel, mit allerdings erheblichen Unterschieden bei den einzelnen Vertragskunden, wobei der Anteil mitunter im tiefen einstelligen Prozentbereich lag. Bei E-Rechnungen an Endkunden waren die Anteile der ersetzten Versände ebenfalls sehr unterschiedlich und bewegten sich zwischen äusserst kleinen Werten bis zu etwa einem Drittel der Versände.

692. Obwohl dies aus der Befragung so nicht hervorgeht, haben ohne Zweifel sämtliche Unternehmen, Organisationen und auch öffentlichen Einrichtungen die Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation in einem gewissen Mass genutzt und auf diese Weise ihr Sendungsvolumen in den letzten Jahrzehnten etwas reduziert. Insbesondere E-Mail ist derzeit aus dem Büroalltag nicht wegzudenken. Die Vorteile elektronischer Kommunikation liegen in der Geschwindigkeit (grundsätzlich unmittelbare Übermittlung der Information) und in den sehr tiefen Kosten eines Versands verglichen mit Postsendungen. Abgesehen von Informatikkosten, die in der Regel bereits in den betrieblichen Fixkosten erfasst sind, generieren etwa E-Mail-Versände praktisch keine Kosten. D. h. aus preislichen Überlegungen wird sich eine Verlagerung von Versänden auf elektronische Kommunikationsmittel immer lohnen.

693. Bei Kundenplattformen (insbesondere E-Banking) sind Unternehmen umgekehrt bereits aus Konkurrenzgründen «gezwungen», solche Lösungen anzubieten, da dies einem zunehmenden Bedürfnis der Konsumenten entspricht. Diese bestimmen somit in einem grösseren Umfang über die Art der Kommunikation. Mit anderen Worten wird ein Unternehmen nur dann Postversände beibehalten, wenn spezifische Gründe dafür bestehen. Diese Gründe sprechen denn auch gegen eine Zuordnung elektronischer Übermittlungsmethoden in den gleichen Markt wie Briefsendungen.

694. Einige der Gründe sind bereits aus einer Studie ersichtlich, welche die Post selbst im August 2011 veröffentlicht hatte.[861] Demnach wünschte zum Beispiel eine grosse Mehrheit der Befragten, Geschäftskorrespondenz (z. B. Rechnungen, Mahnungen, Kontoauszüge und Lohabrechnungen) auch in Zukunft in Papierform zu erhalten. Am Brief werde in erster Linie die höhere Wertigkeit und Verbindlichkeit sowie die einfachere Archivierung geschätzt, wogegen bei elektronischen Nachrichten nach wie vor Bedenken bestünden. Die höhere Wertigkeit, Akzeptanz und Wirkung postalischer Sendungen war auch für die befragten Unternehmen entscheidend. 97 % der Schweizer Unternehmen setzten damals für ihre Geschäftskorrespondenz auf den postalischen Versand. Die Präferenzen Empfänger und – von diesen abgeleitet – der versendenden Unternehmen wurden auch im Evaluationsbericht des Bundesrats besonders hervorgehoben.[862]

695. Von den in der Vorabklärung befragten Vertragskunden nannte rund ein Viertel dieser Kunden elektronische Alternativen, welche sie auch nutzen.[863] Einige in geringem Umfang, andere bereits so stark wie möglich. Als Vorteile der elektronischen Kommunikation wurden Geschwindigkeit und die tiefen Kosten genannt. Generell am häufigsten benutzt wird E-Mail, teilweise spezifisch als Newsletter zur Kundeninformation und für Werbung. Ebenfalls genannt wurden E-Banking bei Finanzinstituten, Online-Portale, E-Billing sowie Website, Fax und Telefon. Viele Vertragskunden machten indes Angaben

[856] Act. 103, S. 2 f., Ziff. 11.b.i. und 12.c.i.
[857] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 6; Sieben Vertragskunden bezeichneten ihre Angaben als Geschäftsgeheimnisse.
[858] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 7; 4 Vertragskunden bezeichnen die anzukreuzende Antwort als Geschäftsgeheimnis. Insgesamt zwölf Vertragskunden bezeichneten die Angaben über den ausgelagerten Inhalt als Geschäftsgeheimnis.
[859] Es ist darauf hinzuweisen, dass elektronische Möglichkeiten auch explizit in der Frage erwähnt waren.
[860] Dies zeigen die Antworten der Spitäler.
[861] «Starke Argumente für den Brief», Mitteilung der Post vom 11. August 2011, sowie die dort publizierten Auszüge aus den neusten Studien zur Wirkung physischer Kommunikation.
[862] Evaluationsbericht 2015 (Fn 754), Ziff. 4.1, S. 8.
[863] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 6a)ii) und 6b).

dazu, weswegen aus ihrer Sicht elektronische Kommunikationsformen nur beschränkte Alternativen darstellen. Dies betrifft Kundenwunsch/Kundenakzeptanz, die Notwendigkeit eines physischen Versands, Strategie/Branche, Wirkung und Wertigkeit eines Briefes, fehlende E-Mail-Adressen und technische Voraussetzungen beim Unternehmen oder beim Kunden. Die Gründe sind nachfolgend bei der Darstellung der Ergebnisse aus der Befragung in der Untersuchung genauer beschrieben. Zum Teil wurde mit Bezug auf Rechnungen auch geltend gemacht, dort bestehe kein Kostenvorteil im elektronischen Versand.[864]

696. In der Vorabklärung wurden die 28 Vertragskunden auch gefragt, wie sie reagieren würden, wenn die Preise für Briefsendungen um 5-10 % steigen würden[865].

697. Von den befragten Vertragskunden gaben acht an, die Briefpostleistungen beizubehalten, dazu kamen je drei weitere, welche diese voraussichtlich oder teilweise beibehalten hätten. Zehn Vertragskunden gaben an, eine Reduktion vorzunehmen, wovon vier Briefsendungen grundsätzlich beibehalten und hauptsächlich die Produkt*struktur* geändert hätten (z. B. von A- zu B-Post). Weitere vier Vertragskunden hätten *eventuell* eine Reduktion der Briefsendungen vorgenommen. Weitere Nennungen waren etwa eine bessere Kundenselektion oder eine Verstärkung der ohnehin bestehenden Bemühungen, das Briefpostvolumen zu senken. Nur wenige Vertragskunden machten Angaben zum Ausmass der Reduktion resp. konnten dies tun: Ein Vertragskunde nannte 3-5 %, zwei andere ca. bzw. maximal 10 %. Schliesslich gaben acht Vertragskunden an, (auch) eine Verlagerung auf Alternativen vorzunehmen. Weitere vier Vertragskunden hätten dies *eventuell* getan, fünf weitere *falls möglich*. Am meisten genannt wurden E-Mail und andere «elektronische» Kanäle. Ebenfalls häufig genannt wurde – allenfalls verfügbare – Konkurrenz, obwohl die im Fragebogen gestellte Frage auf das Gut «adressierte Briefsendung» und nicht auf Konkurrenz bei Briefsendungen abzielte. Sofern die Vertragskunden Angaben über den Anteil der Auslagerung machten, so gaben sie an, dass diese teilweise gering, mehrheitlich relativ gering oder teilweise auch hoch waren (15, 20 und 50 %).[866]

698. In der Untersuchung wurden die Vertragskunden nach den Gründen gefragt, weswegen sie trotz allenfalls bestehender kostengünstiger Alternativen (wie etwa E-Mail-Versand) Briefsendungen verwenden würden. Von 255 befragten Postkunden beantworteten 238 die Frage mit folgenden Gründen:[867]

a. Kundenwunsch: In rund einem Fünftel der in der Untersuchung erhaltenen Antworten fand sich die Angabe, dass ein elektronischer Versand eigentlich möglich wäre, diese Option von den Kunden aber nicht ausgewählt bzw. ausdrücklich ein Postversand gewünscht wurde. Dies betraf insbesondere Banken und Versicherungen.

b. Image-Gründe (Wertigkeit): In der Befragung des Sekretariats gab unter anderem aus Image-Gründen rund ein Sechstel der Vertragskunden (insbesondere aus dem Bereich Medien) an, dass ihr Marketingkonzept vorsehe, mittels Papier zu kommunizieren, und sie daran festhalten wollen. Beispielsweise wollte ein Printunternehmen entsprechend seiner Tätigkeit auch mittels Printmedien kommunizieren.[868] Die Vertragskunden gaben als Grund an, ein Brief sei persönlicher und bringe dem Kunden Wertschätzung entgegen. Eine hochwertige Postsendung zu bekommen, kreiere eine positive und persönliche Beziehung zum Kunden und schaffe dabei Nähe.

c. Bessere Wirkung einer Briefsendung: In mehr als einem Viertel der Antworten äusserten Vertragskunden die Meinung, dass die Wirkung einer Briefsendung höher sei, als wenn Kunden eine E-Mail in ihrem elektronischen Posteingang erhielten. Insbesondere Organisationen, die auf Spenden angewiesen sind (NGOs), beurteilten die Wirkung eines Briefes als intensiver, da er zu einer erhöhten Spendenbereitschaft führe. Auch Versandhandelsunternehmen gingen davon aus, dass die Akzeptanz und die Antwortrate seitens des Kunden viel höher sei, als wenn dieser E-Mails erhalte, die zum Teil sowieso direkt im Spam Ordner landeten oder mittels eines einzelnen Klicks in den Papierkorb verschoben werden könnten[869].

d. Fehlende Daten für elektronische Übermittlung: Rund ein Siebtel der befragten Vertragskunden gab in der Umfrage an, dass sie teilweise nur über Postadressen verfügten und ihnen für eine elektronische Zustellung schlichtweg die E-Mail Adressen fehlen würden. Aufgrund der vormals einzig verbreiteten Art der Kommunikation per Briefpost seien in den Verzeichnissen und Adressbüchern teilweise nur die Postadressen enthalten.

e. Rechtliche Gründe: Insgesamt in einem Viertel der Antworten äusserten sich die Vertragskunden dahingehend, dass es (auch) rechtliche Gründe seien, die ihnen die Übermittlung auf elektronischem Wege verböten bzw. verunmöglichten. Rechtliche Zustellsicherheit (z. B. per Einschreiben oder Gerichtsurkunde) und das Versenden von Originaldokumenten (z.B. amtliche Dokumente, Verträge, Urkunden) mit rechtsgültigen Unterschriften oder Behördenkorrespondenz wurden von den Vertragskunden als häufigste rechtliche Gründe angegeben.

f. Versand eines besonderen Werbemittels oder eines Produkts: Rund ein Sechstel der Befragten gab an, ihrer Korrespondenz solche Zusatzkomponenten beizufügen und deshalb auf eine Postsendung nicht verzichten zu können. Die Vertragskunden ergänzten ihre Sendungen durch «Response Verstärker» (Beilagen, welche insbesondere die Antwort- oder Bestellungsquote steigern, z. B. Warenproben), Produkte oder umfangreiche Beilagen und Kataloge. Solche

[864] Vgl. act. 104 und 258, Antwort 6a.
[865] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 7.
[866] Ein Unternehmen bezeichnete die Höhe der Auslagerung bei Frage 7 als Geschäftsgeheimnis.
[867] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 8; Sieben Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[868] Fragebogenantworten, Act. 554, Frage 8.
[869] Vgl. z. B. Fragebogenantworten, Act. 395, Frage 8.

Zusatzprodukte könnten einer E-Mail wegen physischer Unmöglichkeit nicht beigefügt werden, oder dies sei etwa für umfangreiche Unterlagen nicht kundengerecht und aufgrund der Wirkung nicht möglich.

g. Sicherheit und Vertraulichkeit: Knapp ein Sechstel der Vertragskunden gab in der Befragung an, die (Zustell-)Sicherheit und Vertraulichkeit eines Briefes – auch aufgrund des Briefgeheimnisses – höher zu gewichten als die einer E-Mail und aus diesem Grund persönliche, sensible und vertrauliche Daten über den Postweg zu versenden. Zu diesen Vertragskunden gehören etwa Spitäler, Versicherungen oder Banken, welche Sendungen mit sensiblen oder vertraulichen Informationen versenden.

h. Altersstruktur: Rund ein Siebtel gab in der Befragung des Sekretariats die Altersstruktur ihrer Kundschaft als Grund dafür an, vermehrt auf Postsendungen anstatt E-Mailverkehr zu setzen. Ältere Menschen seien häufig noch nicht «E-Mail-affin» und verfügten über keine E-Mail-Adresse. Insbesondere sei diese Kundengruppe nicht bereit oder dazu in der Lage, Zahlungen online zu tätigen. Ohne einen Einzahlungsschein bzw. klassischen Zahlungsverkehr bei der Post (bzw. PostFinance) sei diese Kundengruppe schwer erreichbar.

i. Technische/interne Gründe: Knapp ein Zehntel der Vertragskunden gab an, aufgrund von älterer Software, Finanzierungs- oder Umstellungskosten technisch nicht zu einer gesamtheitlichen Kommunikation über E-Mail in der Lage zu sein. Oder diese Vertragskunden gaben an, erst im Begriff zu sein, die Einführung von E-Mailverkehr gegenüber ihren Kunden in Testläufen zu eruieren.

j. Verschicken eines Einzahlungsscheins: Unter 10 % der Befragten wiesen darauf hin, dass insbesondere das Verschicken von Einzahlungsscheinen ausschlaggebend sei, weshalb ein Briefversand vorgenommen werde. Einzahlungsscheine könnten nicht via E-Mail versendet werden.

699. Die Tatsache allein, dass trotz der Möglichkeit fast kostenloser elektronischer Kommunikation immer noch Briefe versendet werden, zeigt auf, dass für die Wahl des Briefversands stets spezifische Gründe bestehen. Dennoch könnte das Auslagern eines Teils der Briefsendungen auf alternative elektronische Medien einen disziplinierenden Einfluss auf die Post haben.

700. Es ist aber zu beachten, dass die Post bisher auf das Aufkommen von elektronischen Versänden kaum mit Preissenkungen reagiert hat, was als weiteres Indiz gegen die Ausweitung des Briefmarktes auf elektronische Kommunikationsformen angesehen werden kann. Im Markt ist vielmehr das Gegenteil hiervon zu beachten, nämlich, dass die Post auf mittlere Frist ihre Preise gegenüber Vertragskunden eher erhöhen möchte (vgl. Rz 114 ff.).

701. Vor diesem Hintergrund erscheint die Auslagerung eines Teils des Briefvolumens eher das Ergebnis einer strukturellen Marktänderung zu sein, welcher sich die Post nicht entziehen kann und auf welche eine preisliche Reaktion der Post auch schwierig wäre, da die Kosten für elektronische Kommunikation häufig nur einen Bruchteil der Kosten eines Briefversandes ausmachen.

702. Es kann daher festgehalten werden, dass Vertragskunden für gewisse Sendungen oder einen Teil davon nicht auf elektronische Alternativen umstellen können (z. B. aufgrund fehlender Alternativen, mangelnder Kundenakzeptanz oder Rechtsverbindlichkeit) oder wollen (z. B. Imagegründe, Wirkung) und daher in relevantem Ausmass auch nicht auf physische Sendungen verzichten können. Ausserdem ist eine Umstellung nicht einfach und zeitintensiv, so dass solche Umstellungen eher strategische Entscheidungen von struktureller Bedeutung sind. Auch die Tatsache, dass die Post hierauf nicht mit Preissenkungen reagiert, wie dies bei Aufkommen eines Substituts zu erwarten wäre, ist ein weiteres Indiz dafür, dass elektronische Kommunikation nicht dem relevanten Markt zuzuordnen ist.

703. Aus diesen Gründen rechtfertigt sich eine Ausweitung des relevanten Marktes auf E-Mail und andere elektronische Übermittlungsformen nicht.

g) Abgrenzung von weiteren Werbeformen

704. Weiter ist mit Bezug auf den Versand von Werbesendungen zu prüfen, ob weitere Werbeformen (z. B. Plakate, Werbung in Zeitungen, Zeitschriften, TV, Radio und im Internet) genügend nahe Substitute zu Briefsendungen darstellen.

705. Gemäss ständiger Praxis der WEKO und der europäischen Wettbewerbsbehörden werden die genannten Werbeformen nicht den gleichen Märkten wie adressierte Briefsendungen zugerechnet, sondern der Werbemarkt wird entsprechend den unterschiedlichen Eigenschaften und Verwendungszwecken der verschiedenen Werbeträger in Teilmärkte gegliedert. Das Bundesverwaltungsgericht[870], bestätigt durch das Bundesgericht[871], kam zum Schluss, dass sich der Medienbereich zwar sehr dynamisch entwickle und mit einem Wandel der Konsumgewohnheiten der Medienbenützer einhergehe. Daraus aber einen Gesamtwerbemarkt abzuleiten, sei mit dem Bedarfsmarktkonzept des Kartellgesetzes nicht vereinbar. Zu unterschiedlich seien die einzelnen Werbeträger hinsichtlich ihrer sozio-kulturellen Einbindung, ihrer Inhaltstiefe, der Rezeption und der Nutzungsweise, als dass sie als Substitute qualifiziert werden könnten. Die oben erwähnte Umfrage der Post (Rz 694) zeigt denn auch die höhere Akzeptanz und Wirkung physischer Werbung etwa im Vergleich zu E-Mails.

[870] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 ff., 338 ff. E. 5.1.4 ff., *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[871] BGE 139 I 72, 94 E. 9.2.3.5 (= RPW 2013/1, 128 E. 9.2.3.5), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

706. Diese Praxis und Rechtsprechung wird durch die Antworten der Unternehmen im Rahmen der Befragungen bestätigt:

a. Laut Quickmail[872] erhöhen klassische Werbeformen (Zeitungsinserate, Plakate, Radio/TV, etc.) zwar den Bekanntheitsgrad, diese seien jedoch kein Ersatz für eine Kundenzeitschrift oder einen Geschäftsbericht. Zudem generiere bei Versandhandelsunternehmen keine Werbeform ausser dem Postversand ausreichend hohe Verkaufsumsätze, um die Werbekosten zu decken. Für Hauptkataloge von Versandhandels- und Detailhandelsunternehmen sei der Versand über die Post nicht austauschbar und nicht ohne hohe Umsatzverluste hinzunehmen. Für die Gewinnung von neuen Aufträgen bisheriger Kunden seien diese anderen Werbeformen nicht geeignet.

b. In der Untersuchung wurde im Hinblick auf die direkte Frage nach Alternativen zu den bei der Post gewählten Versandformen im Bereich adressierter Briefsendungen keine der alternativen Werbeformen genannt.[873] Auch wurden in den letzten fünf Jahren vor der Befragung praktisch keine Sendungen auf alternative Werbeformen verlagert.[874] Einige Vertragskunden nannten die (eigene) Website. Dass nur wenige Vertragskunden das Internet und insbesondere die eigene Website nannten, zeigt die Komplementarität der Werbemassnahmen deutlich auf. Dies gilt auch für Social Media, Telefonmarketing und SMS-Versände, welche bei den Vertragskunden nur ganz vereinzelt Sendungen substitutiert hatten.

707. In der Vorabklärung wurden die Vertragskunden auch befragt, ob andere Werbeformen (z. B. Print, elektronische Medien, Plakate) als Alternativen zu Briefsendungen anzusehen sind und ob sie diese verwenden.[875] Etwas mehr als die Hälfte der Vertragskunden mit verwertbaren Antworten nutzt andere Werbeformen. Genannt wurden elektronische Kanäle/Medien ganz allgemein, Website, E-Mail/Newsletter, Plakate, Radio, Fernsehen, soziale Medien, Inserate, DVD und Broschüren. Viele Unternehmen äussern sich jedoch zur Qualität der Alternativen. Insbesondere geben sehr viele derjenigen Unternehmen, welche andere Werbeformen nutzen, an, dass diese Formen keine oder nur beschränkte Substitute zur brieflichen Ansprache oder einem Katalog darstellen, respektive ergänzend im Werbemix eingesetzt würden, je nach Strategie und Ausrichtung des Unternehmens.[876] Viele Unternehmen nutzen etwa E-Mail/ Newsletter und Website flankierend/ergänzend zur brieflichen Kommunikation. Jedoch werde etwa nicht die gleiche Wirkung erzielt wie mit einer brieflichen Ansprache, es können keine Werbemittel mitgesendet werden, und nicht alle Kunden wünschen eine elektronische Ansprache. Andere Medien sind demgegenüber teuer oder haben einen zu grossen Streuverlust, wenn ganz bestimmte Kunden angesprochen werden sollen.[877]

708. Daraus folgt, dass übrige Werbeformen nicht zu den gleichen Märkten wie adressierte Briefsendungen gehören. Es rechtfertigt sich daher nicht den Markt für inländische adressierte Briefsendungen von Vertragskunden um weitere Werbeformen zu erweitern.

h) Fazit

709. Aufgrund der oben vorgenommenen Abgrenzungen ist festzuhalten, dass der relevante Markt nationale adressierte Briefsendungen für Vertragskunden umfasst und nicht zu erweitern ist. Nachfolgend wird geprüft, ob dieser Markt weiter zu unterteilen ist.

B.4.2.1.3.3 Weitere Unterteilung der nationalen Märkte für adressierte Briefsendungen

710. Ausgehend vom Untersuchungsobjekt ist zu prüfen, ob der, aufgrund fehlender Substitutionsmöglichkeiten zum Versand von nationalen adressierten Briefsendungen für Vertragskunden, abgegrenzte Markt weiter zu unterteilen ist.

a) Unterscheidung zwischen reserviertem und nicht reserviertem Bereich

711. Für eine mögliche weitere Unterteilung des Marktes können insbesondere die Marktverhältnisse herangezogen werden. Die Post unterscheidet in der Ausgestaltung ihrer Preissysteme nicht zwischen Sendungen im Monopolbereich unter 50 Gramm und solchen ausserhalb. Hinsichtlich der Marktabgrenzung ist unter anderem die Frage relevant, ob die Kunden auf alternative Anbieter ausweichen können und ob diese Ausweichmöglichkeit einen ausreichend disziplinierenden Einfluss auf die Post ausübt. Eine solche Ausweichmöglichkeit besteht für die Kunden jedoch von Gesetzes wegen nur für Sendungen über 50 Gramm. Das heisst, die Wettbewerbsverhältnisse im Monopolbereich können sich grundlegend von denjenigen ausserhalb unterscheiden. Da nur vereinzelt Vertragskunden ihre Sendungen künstlich erschweren, um mit alternativen Postdienstleistern zu versenden[878], wirkt die gesetzliche Limite als klare Trennung der Marktverhältnisse.

712. Im Bereich der Einzelsendungen (zur Abgrenzung von Einzel- und Massensendungen siehe Rz 714714 f.) besteht bisher kaum nennenswerte Konkurrenz zur Post. Die Vertragskunden verfügen daher auch bei Sendungen über 50 Gramm nicht über mehr Ausweichmöglichkeiten, und der Wettbewerbsdruck auf die Post ist nicht höher. Daher würde die Beurteilung der Marktstellung der Post auch bei einer Unterteilung des Marktes auf Einzelsendungen im Monopol und solche ausserhalb des Monopols nicht anders ausfallen. Aufgrund der erwähnten Tatsache, dass die Post in ihren Preissystemen die Monopolsendungen nicht unterschiedlich behandelt, drängt sich auch ausgehend vom Untersuchungsgegenstand keine weitere Unterteilung des Marktes auf, da keine anderen Ergebnisse hinsichtlich der Beurteilung der missbräuchlichen Verhaltensweise resultieren würden.

[872] Act. 103, S. 2, Ziff. 11a und 11.b.ii.
[873] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 6.
[874] Fragebogenantworten, Frage 7.
[875] Fragebogenantworten Vorabklärung, Frage 6)a)ii) und 6)b).
[876] Vgl. act. 64, 71, 90, 97 und 104, Antworten 6)a)ii) und 6)b) sowie act. 117 und 119, Antworten 6)a)ii), 6)b) und 7.
[877] Vgl. act. 56 und 149, Antwort 6)b).
[878] Fragebogenantworten, Frage 9.

713. Im Bereich Massensendungen herrschen im reservierten Bereich signifikant andere Wettbewerbsverhältnisse als im Bereich der Massensendungen ausserhalb des reservierten Bereichs, da den Vertragskunden der Post mit Quickmail ein alternativer Anbieter zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund könnte zur Beurteilung des relevanten Sachverhalts bei Massensendungen eine separate Marktabgrenzung für den nichtreservierten Bereich notwendig sein. Ob eine solche separate Marktabgrenzung lediglich Massensendungen oder auch Einzelsendungen mit umfasst, hängt vom Verhältnis zwischen Einzelsendungen und Massensendungen ab.

b) Abgrenzung von adressierten Einzel- und Massensendungen

714. Der Begriff Massensendungen wird in der Gesetzgebung und der Praxis nicht einheitlich verwendet. In der Gesetzgebung kann die Post gemäss Art. 18 Abs. 3 PG im reservierten Dienst mit Absendern von Massensendungen Preise vereinbaren, die sich vorwiegend nach den entstehenden Kosten richten. Als Massensendung gelten dabei Postsendungen, für die die Absenderin oder der Absender mit der Post zu individuellen Vertragsbedingungen einen schriftlichen Beförderungsvertrag abschliesst.[879]

715. Die vorliegend auch in der Verfügung verwendete Definition und Unterteilung der Post weicht von der gesetzlichen Definition ab:[880] Demnach gelten als Massensendungen diejenigen Produkte, welche die Post als B2-Massensendungen anbietet. Zu diesen Massensendungen zählt die Post die nachfolgend aufgeführten Dienstleistungen.[881] Zur Illustration wird auch der Preis für einen Standardbrief (ohne Gewichtszulagen) angegeben.[882]

- B-Post-Massensendungen (wie oben beschrieben): Gemäss dem Angebot der Post[883] gelten die Preise von B-Post Massensendungen bei der gleichzeitigen Postaufgabe von mindestens 350 Sendungen.[884] Die Briefe müssen in der gleichen Preisstufe sein (Postkarten, Standard-, Midi- oder Grossbriefe) und den gleichen Absender tragen. Ein Standardbrief kostet 53 Rappen.
- Direct Response Card: Eine vorgedruckte Karte kann an den Versender zurückversandt werden; falls per Massensendung versandt wird, beträgt der Preis 51 Rappen.
- Direct SelfMailer: Gefaltete Postkarte, welche nach bestimmten Gestaltungsvorgaben zur maschinellen Verarbeitung etwa für Direct Mailing-Kampagnen verwendet wird. Der Versand kostet je nach Versandart gleichviel wie die Briefe der verschiedenen Versandarten, d. h. z.B. als Massensendung ebenfalls 53 Rappen.[885]
- OnTime Mail: B-Post Massensendung mit vorgegebenem Zustelltermin auf den Tag genau. Die Mindestmenge beträgt 10‘000 Stück. Ein Standardbrief kostet 60 Rappen.[886]

716. Wie oben erwähnt, unterscheiden sich Briefsendungen v. a. in ihrer Zustellgeschwindigkeit. Ausserdem können zur Basisleistung der Beförderung verschiedene Zusatzleistungen hinzukommen (z. B. Aushändigung nur gegen Unterschrift), welche entweder bereits in einem Produkt enthalten sind oder separat gebucht werden können. Beide Kriterien Zustellgeschwindigkeit und Zusatzleistungen haben einen Einfluss darauf, ob die verschiedenen Sendungen für die Kunden untereinander substituierbar sind.

717. Ein wichtiger Unterschied zwischen Einzel- und Massensendungen besteht darin, dass Massensendungen aus identischen Sendungen bestehen, wogegen dies bei Einzelsendungen nicht der Fall sein muss. Es besteht zudem ein grosser zeitlicher und preislicher Unterschied zwischen Massensendungen und Einzelsendungen. Bei der Post ist der Preis einer B-Post-Massensendung um fast 38 % tiefer als für eine B-Post-Einzelsendung; dafür muss bei einer Massensendung auch mit 6 Werktagen Zustellungsfrist gerechnet werden im Vergleich zu maximal drei Tagen bei B-Post. OnTime Mail ist immer noch fast 30 % günstiger, wobei mit einem Werktag längerer Zustellung gerechnet werden muss. Einzelsendungen und Massensendungen sind somit für die Kunden nicht in genügendem Masse substituierbar, da davon auszugehen ist, dass ein Kunde, wo immer dies möglich ist, das günstigste Versandprodukt wählt.

718. Auch gemäss Quickmail sind Massensendungen und Einzelsendungen nicht austauschbar. Planbare Massensendungen würden i.d.R. zum Massensendungstarif versendet, wofür höhere Laufzeit in Kauf genommen werde.[887] Zur Unterscheidung von Massen- und Einzelsendungen führt Quickmail aus, es habe sich im Markt aufgrund der Marktmacht der Post deren Definition durchgesetzt.[888] Quickmail folge der Definition der Post für deren Produkt «B-Post-Massensendung».

719. Eine Unterscheidung zwischen Einzel- und Massensendungen kann zudem gerechtfertigt sein, da im Markt für Massensendungen (über 50 Gramm) mit Quickmail ein weiterer Wettbewerber in einem grösseren Umfang tätig ist[889] und sich daher die Marktverhältnisse bei den Massensendungen wesentlich von denjenigen bei den Einzelsendungen unterscheiden und voraussichtlich auch zukünftig unterscheiden werden.

[879] Art. 29 Abs. 3 PVG.
[880] Vgl. Act. 132, S. 10, Ziff. 9c und Fn 7.
[881] Act. 432, S. 3 f., Ziff. 3ii.
[882] Angaben von <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/geschaeftlich-mailing-inland> (23.11.2016).
[883] Factsheet B-Post-Massensendungen, S. 1, verfügbar auf <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/themen-a-z/preise-versenden/preise-massenversand-inland/preise-b-post-massensendung> (23.11.2016).
[884] Vor dem 1. April 2015 galt eine Mindestmenge von 500 Sendungen. Die Definition von Massensendungen weicht somit von der gesetzlichen Definition ab.
[885] Versand ist auch per A-Post, B-Post und OnTime möglich.
[886] Zustellung an Werktagen.
[887] Act. 103, S. 2, Ziff. 12b.
[888] Act. 407, S. 5, Ziff. 6.
[889] Act. 407, S. 5, Ziff. 7.

720. Aus diesen Gründen bestehen zwischen Massen- und Einzelsendungen keine ausreichenden Substitutionsmöglichkeiten. Damit wären Märkte für nationale adressierte Massenbriefsendungen unter 50 Gramm, für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm und für nationale adressierte Einzelsendungen abzugrenzen. Jedoch unterscheiden sich die Wettbewerbsverhältnisse aufgrund des fehlenden Wettbewerbs bei den Massensendungen unter 50 Gramm nicht von denjenigen bei Einzelsendungen. Daher rechtfertigt es sich, für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nationale adressierte Einzelbriefsendungen (sowohl unter als auch über 50 Gramm) sowie Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden in einem Markt zusammenzufassen. Aus dieser Zusammenfassung resultieren für die Post keine Nachteile, da die Beurteilung der Marktstellung und die Beurteilung der Verhaltensweisen der Post auch bei Abgrenzung separater Märkte zu demselben Resultat führt. Dagegen ist für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm ein eigener Markt abzugrenzen, da mit Quickmail für einige der Kunden zumindest eine Substitutionsmöglichkeit besteht.

c) Zusammenfassung der Marktabgrenzung

721. Aufgrund der obigen Ausführungen sind für die vorliegende Untersuchung folgende Märkte abzugrenzen:

a. Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden

b. Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

B.4.2.1.4 Räumlich relevanter Markt

722. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).[890] Wie oben erwähnt (Rz 645), ist dabei gemäss Bundesverwaltungsgericht massgebend, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind.[891]

723. Die Kunden fragen die Postdienstleistungen und insbesondere die Zustellung der Briefsendungen in der gesamten Schweiz (d. h. nicht in einem spezifischen Gebiet) nach. Die Post ging in einer frühen Stellungnahme auch von nationalen Märkten aus, erwähnte jedoch, dass eine weitere Marktabgrenzung bald angezeigt sein könnte. Mit Bezug auf die sachlich relevanten Märkte – insbesondere unter Berücksichtigung der Zuordnung der ausgehenden internationalen Briefsendungen in einen eigenen Markt – erscheint jedoch eine Ausdehnung des Markts über das Gebiet der Schweiz hinaus nicht sachgerecht. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die zu untersuchenden Verhaltensweisen der Post im Rahmen ihrer Rabattpolitik gegenüber Endkunden beim nationalen Briefversand sowie gegenüber der im Bereich der B-Post-Massensendungen agierenden Quickmail. In diesem Zusammenhang ist nicht ersichtlich, inwiefern ausländische Post-Anbieter oder im Ausland nachgefragte Dienstleistungen eine disziplinierende Wirkung auf die Post ausüben würden.

724. Die in Rz 721 genannten Märkte sind somit national abzugrenzen.

B.4.2.1.5 Vorbringen der Post

725. Die Post macht geltend, dass die im Antrag vorgenommenen Abklärungen zur Marktabgrenzung die Realität verkennen würden.[892] Sowohl während des Untersuchungszeitraums wie auch danach sei die E-Substitution der entscheidende Wettbewerber der Post. Um dies zu verdeutlichen macht die Post weitreichende Ausführungen, um welches hypothetische Mass das Sendungsvolumen aufgrund der E-Substitution zurückgegangen sei.[893] Zudem führt die Post Beispiele von Kunden auf, welche einen Teil ihres Briefvolumens auf elektronische Medien übertragen haben.[894] Die Post bringt weiter vor, dass gemäss Auswertungen der Vorabklärung 17 von 25 Vertragskunden auf eine Preisänderung von 5 – 10 % reagieren würden, weshalb die Behauptung, es gebe keine E-Substitution, aktenwidrig sei.[895]

726. Die WEKO ist sich des Strukturwandels durch die elektronischen Medien, welcher auch die Postdienstleistungen betrifft, bewusst. Dennoch sind elektronische Medien aus den in Rz 686 ff. aufgeführten Gründen nicht den beiden relevanten Märkten zuzuordnen.

727. Die Post macht weiter geltend, das Sekretariat habe die unterschiedlichen Funktionen von Briefsendungen nie untersucht und basiere seine Aussagen auf blosse Vermutungen und Behauptungen.[896] Zudem seien die Ergebnisse der befragten Vertragskunden nicht verwertbar, da die Marktbefragung bewusst auf Quickmail-Kunden, also mehrheitlich auf Direktmarketingkunden, fokussiert habe.[897] Zudem sei die Einschätzung, dass E-Mails nicht geeignet sein sollten, um grosse Produktsortimente zu bewerben, gänzlich realitätsfremd. Dieses Vorgehen führe zu offensichtlich falschen Ergebnissen. So würden die Beispiele Zalando oder Amazon zeigen, dass der Einsatz von Direktmarketing für Versandhändler nicht zwingend sei.

728. Wie bereits in Kap. B.4.2.1.3.2 ausgeführt ist die WEKO auch auf die verschiedenen wichtigsten Funktionen von Briefsendungen (hauptsächlich Dokumentenversand zu Kommunikations- und Marketingzwecken) im Rahmen der Marktabgrenzung eingegangen. Zudem ist eine genaue Analyse der unterschiedlichen Funktion für die Marktabgrenzung auch nur von untergeordneter Relevanz. Die Aussage der Post, wonach das Sekretariat zu der Einschätzung gelangt sei, dass E-Mail nicht geeignet sein sollte, um grosse Produktsortimente zu

[890] BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[891] Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, Rz 303, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[892] Act. 821 Rz 344.
[893] Act. 821 Rz 345-356.
[894] Act. 821 Rz 350 ff.
[895] Act. 812 Rz 357 ff.
[896] Act. 821 Rz 360 ff.
[897] Act. 821 Rz 364 ff.

bewerben und diese Einschätzung gänzlich realitätsfremd sei, geht fehl. So nutzt ein Grossteil der Versandhandelsunternehmen nach wie vor den Postversand von Katalogen, um seine Produkte zu vertreiben. Zwar existieren einzelne reine Online-Händler wie Zalando und Amazon, die aufgrund ihrer Bekanntheit auf den Versand von Katalogen verzichten können. Dennoch lassen sich einzelne Kundengruppen besser und zielgerichteter mit einem gedruckten Katalog bewerben. So kann je nach Kundenstruktur der einzelnen Versandhändler der Versand von gedruckten Katalogen tatsächlich nicht durch E-Mails ersetzt werden, um ein grösseres Produktsortiment zu bewerben.

B.4.2.2 Beurteilung der Marktstellung

729. Ob sich die Post im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht, die einen disziplinierenden Einfluss auf zentrale Wettbewerbsparameter ausübt.

B.4.2.2.1 Aktuelle Konkurrenz

730. Zur Untersuchung der missbräuchlichen Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG sind diejenigen Märkte zu betrachten, auf welchen Geschäftskunden vom Preissystem 2009 und vom Preissystem CAPRI betroffen waren (Vertragskunden). Nachfolgend werden jedoch mit Blick auf eine separate Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Post gemäss Art. 9 Abs. 4 KG im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung bei der Marktanteilsberechnung soweit notwendig[898] auch die Daten für alle Grosskunden (Vertragskunden und grosse Geschäftskunden ohne Vertrag) respektive für sämtliche Geschäftskunden (Vertragskunden, grosse Geschäftskunden ohne Vertrag und kleinere Geschäftskunden) berücksichtigt.

a) Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden

731. Auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sind neben der Post in der Schweiz keine anderen Anbieter tätig. Die Post hat auf Nachfrage auch keine Wettbewerber in diesem Marktsegment genannt.[899] Folglich hielt bzw. hält sie einen Marktanteil von 100 %. Die Post erzielt in diesem Bereich die nachfolgend aufgeführten Mengen und Umsätze:

	Mengen (Mio. Stück)	Umsätze (Mio. Fr.)	Veränderung Menge zu Vorjahr	Veränderung Umsatz zu Vorjahr
2009	[…]	[…]		
2010	[…]	[…]	[…]	[…]
2011	[…]	[…]	[…]	[…]
2012	[…]	[…]	[…]	[…]
2013	[…]	[…]	[…]	[…]
2014	[…]	[…]	[…]	[…]
2015	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 62: Mengen und Umsätze im Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden[900]

732. Aus Tabelle 62 geht hervor, dass die Mengen und Umsätze im Markt seit 2009 gesunken sind. Dies ist besonders auf sinkende Mengen und Umsätze im Bereich B-Post-Einzelsendungen zurückzuführen. Demgegenüber waren A-Post-Einzelsendungen, B-Post-Massensendungen im Monopol und übrige Sendungen relativ stabil oder konnten sogar leicht zulegen.[901]

733. Quickmail verfügt dagegen über kein Angebot zur Verarbeitung von Einzelsendungen von Geschäftskunden in der Schweiz.

734. Aufgrund der obigen Angaben kann festgehalten werden, dass sich die Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden seit 2009 keiner aktuellen Konkurrenz gegenübersieht.

735. Aufgrund dieser Marktverhältnisse erübrigen sich alternative Berechnungen für alle Grosskunden oder sämtliche Geschäftskunden im Hinblick auf die Feststellung der Marktbeherrschung zwecks Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

b) Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

Berechnung für den relevanten Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

736. Für die Berechnung werden ausschliesslich die Volumina und Umsätze der Vertragskunden mit Massenbriefsendungen über 50 Gramm herangezogen. Hieraus ergeben sich folgende Marktanteile:

[898] Wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. Rz 735), ist dies nur im Bereich der nationalen adressierten Massensendungen über 50 Gramm notwendig.

[899] Auch gemäss Evaluationsbericht (Fn 754), Ziff. 5.1.1, S. 10, hat sich nur eine alternative Anbieterin (Quickmail) auf die Zustellung von Briefen im Inland spezialisiert.

[900] Act. 432, Ziff. 9b und c sowie Ziff. 10, S. 10–12; Berechnung: Gesamtmenge [Ziff. 9b] – Massensendungen [Ziff. 9c]*(1-Monopolanteil$_{MS}$ [Ziff. 10]). Die Berechnung der Umsatzzahlen ist entsprechend.

[901] Berechnung aggregierter Zahlen aus act. 436, neue Beilage 16, sowie act. 704, Beilagen 6c_1 und 6c_2.

	Mengen				Umsätze			
	Post		Quickmail		Post		Quickmail	
Jahr	# (in Mio)	MA in %	# (in Mio)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %
2009	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2010	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2011	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2012	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2013	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2014	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2015	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 63: Marktanteile im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden, basierend auf Angaben der Post und von Quickmail[902]

737. In den Zahlen von Quickmail sind auch Sendungen enthalten, welche mit Zeitungen und Zeitschriften erzielt werden. Dies im Gegensatz zu den Zahlen der Post, worin nur diejenigen Sendungen enthalten sind, welche mit den «normalen» im Preissystem enthaltenen Produkten versandt werden. D. h. Produkte, die zu speziellen Tarifen versendet werden, wie Zeitungen und Zeitschriften, sind ausgenommen.[903] Dadurch werden die Marktanteile von Quickmail tendenziell leicht überschätzt: […]. Ausserdem ist hinsichtlich der Umsätze der Post zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Anteils über 50 Gramm mit dem Faktor gerechnet wurde, der für die Mengen erhoben wurde. Dies unterschätzt die Umsätze der Post wahrscheinlich deutlich, da die schweren Sendungen deutlich teurer sind als die leichteren, einerseits aufgrund des stufenweisen Grundtarifs, andererseits aufgrund des Gewichtszuschlags. Dies hat zur Folge, dass die Marktanteile der Post wahrscheinlich etwas über den in Tabelle 63 angegebenen Marktanteilen liegen.

738. Betrachtet man den Konzentrationsgrad im Markt anhand des HHI[904], so kommt man auf die nachfolgenden Werte:

Jahr	HHI nach Mengen	HHI nach Umsatz
2009	[…]	[…]
2010	[…]	[…]
2011	[…]	[…]
2012	[…]	[…]
2013	[…]	[…]
2014	[…]	[…]
2015	[…]	[…]

Tabelle 64: HHI im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

739. Quickmail hat zwar ihren Marktanteil seit 2009 kontinuierlich steigern können. Die Post hielt auf diesem Markt im Jahr 2015 jedoch immer noch einen Marktanteil von rund [75-95 %]. Wie erwähnt, wurden zudem die Marktanteile in mehrerer Hinsicht mit den für die Post günstigsten Annahmen berechnet. Die HHI-Werte zeigen, dass der Markt immer noch hoch konzentriert ist. Die Marktanteilszahlen weisen damit auf eine dominante Stellung der Post, bei einer schwachen aktuellen Konkurrenz durch Quickmail, hin.

[902] Die Zahlen beruhen auf den Angaben von act. 704, Beilage 6c.1 (Mengen und Umsätze der Post für Vertragskunden), act 432 S. 12 Ziff. 10 und act. 704 S. 3 (Anteile im Monopol) und act. 700 (Mengen und Umsätze von Quickmail).

[903] Frankaturvermerke AZ, AZA und AZB; vgl. Broschüre Zeitungen Schweiz, <https://www.post.ch/ de/geschaeftlich/themen-a-z/printmedien?shortcut=printmedien> (21.08.2016).

[904] Herfindahl-Hirschman-Index.

Subsidiäre Analyse für einen Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Grosskunden

740. Vorbemerkung zu den verwendeten Zahlen: Die Post hat in schriftlicher Form einerseits Zahlen zu Mengen und Umsätzen für alle Geschäftskunden eingereicht, sowie zu den Mengen und Umsätzen für sämtliche Grosskunden (d. h. Vertragskunden und grosse Geschäftskunden ohne Vertrag [mit einem Umsatz mit der Post von über 100‘000 Franken]), zudem unterteilt nach Einzelsendungen A, Einzelsendungen B und Massensendungen.[905] Daneben hat sie in elektronischer Form Excel-Tabellen mit Daten zu Mengen und Umsätzen der Vertragskunden einerseits und den grossen Geschäftskunden ohne Vertrag andererseits eingereicht.[906] Vergleicht man die Summen der Mengen und Umsätze aller Grosskunden aus den Excel-Tabellen mit den Zahlen gemäss den Eingaben, so resultiert für alle Sendungen eine Differenz für die Jahre 2011 bis 2015 zwischen rund [4-5] Millionen Franken und [30-35] Millionen Franken bei den Mengen und zwischen rund [10-15] Millionen Franken und [30-35] Millionen Franken bei den Umsätzen, wobei jeweils die Mengen/Umsätze der Excel-Tabellen kleiner sind.[907] In zwei Fällen sind jedoch die einzelnen Werte der Excel-Tabellen höher als diejenigen gemäss Eingabe, nämlich für Massensendungen für Grosskunden im Jahr 2015. Der Grund für diese Abweichungen ist nicht bekannt.[908] Nachfolgend wird bei der Berechnung der Marktanteile jeweils auf die für die Post günstigeren (d. h. niedrigeren Mengen und Umsätze) abgestellt.

741. Betrachtet man das Sendungsvolumen im Bereich Massensendungen über 50 Gramm für sämtliche Grosskunden (mit einem Umsatz bei der Post über 100‘000 Fr., mit oder ohne Vertrag), so ergeben sich die nachstehend in Tabelle 65 enthaltenen Zahlen. Für Quickmail wurden dabei einerseits die Zahlen derjenigen Kunden berücksichtigt, welche im Preissystem der Post enthalten sind, sowie diejenigen Kunden, welche Quickmail zusätzlich als Grosskunden bezeichnet hat.

	Mengen				Umsätze			
	Post		Quickmail		Post		Quickmail	
Jahr	# (in Mio)	MA in %	# (in Mio)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %
2009	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2010	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2011	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2012	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2013	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2014	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2015	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 65: Marktanteile im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Grosskunden, basierend auf Angaben der Post und von Quickmail[909]

742. In den Zahlen von Quickmail sind auch Sendungen enthalten, welche mit Zeitungen und Zeitschriften erzielt werden. Dies im Gegensatz zu den Zahlen der Post, worin nur diejenigen Sendungen enthalten sind, welche mit den «normalen» im Preissystem enthaltenen Produkten versandt werden, d. h. Produkte, die zu speziellen Tarifen versandet werden, wie Zeitungen und Zeitschriften, sind ausgenommen.[910] Dadurch werden die Marktanteile von Quickmail tendenziell leicht überschätzt […]. Ausserdem ist hinsichtlich der Umsätze der Post zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Anteils über 50 Gramm mit dem Faktor gerechnet wurde, der für die Mengen erhoben wurde. Dies unterschätzt die Umsätze der Post wahrscheinlich deutlich, da die schweren Sendungen deutlich teurer sind als die leichteren, einerseits aufgrund des stufenweisen Grundtarifs, andererseits aufgrund des Gewichtszuschlags.

743. Quickmail hat zwar ihren Marktanteil seit 2009 kontinuierlich steigern können. Die Post hielt auf diesem Markt im Jahr 2015 jedoch immer noch einen Marktanteil von mindestens [75-95 %]. Wie erwähnt, wurde zudem der Ma rkanteil der Post in mehrerer Hinsicht mit den für die Post günstigsten Annahmen berechnet. Die HHI-Werte zeigen, dass der Markt hoch konzentriert ist. Die Marktanteilszahlen weisen damit auf eine dominante Stellung der Post, bei einer schwachen aktuellen Konkurrenz durch Quickmail, hin.

[905] Act. 432, S. 9 bis 11; act. 704, S. 2 f.
[906] Act. 432, Beilagen 17a und 17b; act. 436, neue Beilage 16; act.704, Beilagen 6c_1 und 6c_2.
[907] Siehe Tabelle «Vergleich der Mengen/Umsätze der eingereichten Excel-Tabellen (act. 436, neue Beilage 16, sowie act. 704, Beilagen 6c_1 und 6c_2) mit den Mengen/Umsätzen der schriftlichen Eingaben (Act. 432, S. 10 f., und act. 704, S. 2)», Tabellenblatt «Vgl. Mengen_Umsätze Post».
[908] Bei den Umsätzen handelt es sich in beiden Fällen um Nettoumsätze.
[909] Die Zahlen beruhen auf den Angaben von act. 704, Beilage 6c.1 (Mengen und Umsätze der Post für Vertragskunden) sowie Beilage 6c.2 (Mengen und Umsätze der Post für grosse Geschäftskunden ohne Vertrag), act 432 S. 12 Ziff. 10 und act. 704 S. 3 (Anteile im Monopol) und act. 700 (Mengen und Umsätze von Quickmail).
[910] Frankaturvermerke AZ, AZA und AZB; vgl. Broschüre Zeitungen Schweiz, <https://www.post.ch/ de/geschaeftlich/themen-a-z/printmedien?shortcut=printmedien> (21.08.2016).

Subsidiäre Berechnung: Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von allen Geschäftskunden

744. Nachfolgend werden zudem die Marktverhältnisse auch für einen Markt für Geschäftskunden analysiert, d. h. sowohl für Grosskunden (mit einem Umsatz über 100‘000 Franken) als auch für kleinere Geschäftskunden (mit einem Umsatz unter 100‘000 Franken). In einem solchen Markt würden sich folgende Marktanteile ergeben:

	Mengen				Umsätze			
	Post		Quickmail		Post		Quickmail	
Jahr	# (in Mio)	MA in %	# (in Mio)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %	# (Mio Fr.)	MA in %
2009	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2010	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2011	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2012	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2013	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2014	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2015	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 66: Marktanteile für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von allen Geschäftskunden, basierend auf Angaben der Post und von Quickmail[911]

745. In den Zahlen von Quickmail sind auch Sendungen enthalten, welche mit Zeitungen und Zeitschriften erzielt werden. Dies im Gegensatz zu den Zahlen der Post, worin nur diejenigen Sendungen enthalten sind, welche mit den «normalen» im Preissystem enthaltenen Produkten versandt werden, d. h. Produkte, die zu speziellen Tarifen versendet werden, wie Zeitungen und Zeitschriften, wurden ausgeschlossen.[912] Dadurch werden die Marktanteile von Quickmail tendenziell leicht überschätzt: […]. Ausserdem ist hinsichtlich der Umsätze der Post zu berücksichtigen, dass für die Berechnung des Anteils über 50 Gramm mit dem Faktor gerechnet wurde, der für die Mengen erhoben wurde. Dies unterschätzt die Umsätze der Post wahrscheinlich deutlich, da die schweren Sendungen deutlich teurer sind als die leichteren, einerseits aufgrund des stufenweisen Grundtarifs, andererseits aufgrund des Gewichtszuschlags.

746. Die HHI-Werte fallen sehr ähnlich aus wie in Tabelle 64 und deuten auf einen hochkonzentrierten Markt hin; auf die Darstellung einer eigenen Tabelle kann an dieser Stelle verzichtet werden.

747. Auch in diesem subsidiär abgegrenzten Markt hat Quickmail zwar ihren Marktanteil seit 2009 kontinuierlich steigern können, wenn auch offenbar etwas weniger bei kleineren Kunden als bei grossen Kunden. Die Post hielt auf diesem Markt im Jahr 2015 jedoch mengenbasiert immer noch einen Marktanteil von mindestens rund [75-95] % bei den Umsätzen. Wie erwähnt wurde zudem der Marktanteil in mehrerer Hinsicht mit den für die Post günstigsten Annahmen berechnet. Die HHI-Werte zeigen, dass der Markt hoch konzentriert ist. Die Marktanteilszahlen weisen damit auf eine dominante Stellung der Post, bei einer schwachen aktuellen Konkurrenz durch Quickmail, hin.

748. Am 25. Januar 2017 gab Quickmail bekannt, dass sie im Jahr 2016 die Anzahl Sendungen um 10.7 Millionen auf 72.2 Millionen Sendungen steigern konnte.[913] Über die Anteile der Vertragskunden oder Grosskunden an dieser Menge, die Umsätze von Quickmail sowie die aktuellen Mengen und Umsätze der Post liegen keine weiteren Angaben vor. Es kann aber festgehalten werden, dass Quickmail im Vergleich mit der Post nach wie vor über bedeutend kleinere Mengen und Umsätze verfügt, weswegen sich an der Beurteilung nichts ändert.

c) Möglicher Wettbewerbsdruck durch Quickmail im Bereich der Massenbriefsendungen über 50 Gramm

749. Mit Bezug auf die Marktanteile ist einleitend noch einmal festzuhalten, dass Quickmail in den fünf Jahren seit Markteintritt im Sommer 2009 zwar Marktanteile gewinnen konnte, jedoch 2015 immer noch auf einem relativ tiefen Niveau im Bereich von [5-25 %] liegt.

Abdeckung

750. Die Antworten der Kunden zeigen, dass die Abdeckung für die Zustellung von Sendungen von grosser Bedeutung ist (vgl. hinten, Rz 759 f., 762 und 771). Quickmail hat mittlerweile ihre Abdeckung stark erhöhen können. Im September 2014 betrug die Abdeckung 56 % der Haushalte.[914] Bis Ende 2015 war eine weitere starke Erhöhung auf […] geplant.[915] In einer Pressemitteilung

[911] Die Zahlen beruhen auf den Angaben der Post gemäss act. 432, S. 9 und act. 704, S. 2. Für den Anteil der Massensendungen an allen Sendungen wurde auf das Verhältnis bei den grossen Geschäftskunden abgestellt, gestützt auf die Angaben in act. 432, S. 10 f. und act. 704, S. 2 f. Der Anteil im Monopol beruht auf act. 432 S. 12 Ziff. 10 und act. 704 S. 3. Die Mengen und Umsätze finden ihre Basis in act. 700.

[912] Frankaturvermerke AZ, AZA und AZB; vgl. Broschüre Zeitungen Schweiz, <https://www.post.ch/ de/geschaeftlich/themen-a-z/printmedien?shortcut=printmedien> (21.08.2016).

[913] <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/News/News_20170125.aspx> (26.01.2017).

[914] Act. 622, Beilage Haushaltabdeckung.

[915] Act. 622, Beilage Haushaltabdeckung.

vom 22. Januar 2015 kündigte Quickmail insbesondere an, in der Romandie expandieren und dort bis Ende 2015 jeden 2. Haushalt erreichen zu wollen.[916] Laut Angaben von Quickmail betrug die Abdeckung der Haushalte am 1. Juli 2015 schweizweit 61.8 %, in der Deutschschweiz 79.3 %.[917] Am 1. Januar 2017 betrug sie schweizweit 78 %, in der Deutschschweiz 85.7 %.[918]

751. Die Ausdehnung der Haushaltabdeckung verlief in der Vergangenheit jedoch viel langsamer ab als geplant. So war Mitte 2011 noch vorgesehen, bis Ende 2012 eine Haushaltabdeckung von hohen […] % zu erreichen.[919] Dies konnte Quickmail lange klar nicht erreichen. So fiel etwa die Abdeckung Ende 2013 von über 60 % auf 48 %.[920] Zu diesem Zeitpunkt lief der Vertrag zwischen der Direct Mail Company und Quickmail aus, welcher abgeschlossen worden war, als die Direct Mail Company Anfang 2012 das Zustellgeschäft der AWZ AG und auch die vertraglichen Verpflichtungen der AWZ gegenüber der Quickmail übernommen hatte.[921] Die Post hatte bereits zuvor die Kontrolle über die Direct Mail Company erworben. Somit erreichte Quickmail erst 2015 wieder eine namhafte beständige Abdeckung.

752. Quickmail nennt denn auch als Markteintrittshürde die Schwierigkeit, unabhängige Unternehmen, welche etwa im Bereich unadressierter Werbung oder der Frühzustellung von Zeitungen tätig sind, als Partner für die Zustellung zu finden.[922] Die Post hat in den letzten Jahren die Kontrolle über mehrere wichtige Unternehmen im Bereich der unadressierten Zustellung übernommen (z. B. Epsilon SA, Direct Mail Company AG, AWZ AG). Auf diese Weise habe sich die Post im Bereich der Zustellung unadressierter Sendungen einen Marktanteil von [80-90] % aufgebaut. Zudem führten die von der Post implementierten Rabattsysteme zu enormen Verlusten, wenn Kunden einem Post-Konkurrenten Sendungen zur Beförderung übergeben würden.

753. Insgesamt ist damit festzuhalten, dass aufgrund der geringeren Abdeckung nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck von Quickmail auf die Post ausgeht.

Preise

754. Wie aus der nachstehenden Tabelle 67 hervorgeht, sind die Grundpreise (offizielle Listenpreise ohne Gewichtszuschlag) von Quickmail deutlich tiefer als diejenigen der Post.[923] Quickmail selbst wirbt auf der Website mit einem «-15%»-Bild, mit welchem die niedrigeren Preise angepriesen werden.[924] Die Gründe, warum Kunden mit Quickmail zusammenarbeiten, sind denn auch preislicher Natur, wie aus den Kundenantworten hervorgeht. Einige wenige Kunden unterstützen Quickmail hingegen auch aus «ideellen» Gründen, um den Wettbewerb zu fördern.[925] Tabelle 67 zeigt die offiziellen Listenpreise (Grundpreis und Gewichtszuschlag) der Post und von Quickmail auf:

Format[926]	**Gewicht In Gramm**	**Grundpreis Post in Fr. pro Sendung**	**Gewichts-zuschlag Post Fr./Kg**	**Grundpreis Quickmail in Fr. pro Sendung**	**Gewichts-zuschlag Quickmail Fr./Kg**
Bis B5	1-55[927]	0.53	0.5	0.40	0.5
	56-100	0.53	0.5	0.44	0.5
	101-250	0.78	0.5 ab 100g	0.50	0.5
Bis B4	1-100	0.95	0.5	0.70	0.5
	101-500	1.08	0.5 ab 100g	0.70	0.5
	501-1000	1.45	1 ab 500g	0.70	0.8

Tabelle 67: Übersicht über die Basisproduktpreise der Post und von Quickmail für Massensendungen[928] (vgl. auch Kap. A.4.7.3)

[916] Medienmitteilung Quickmail, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/News/News_20150122.aspx> (19.05.2015).
[917] Website Quickmail, Zahlen, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/QuickMail/Zahlen.aspx> (23.03.2015).
[918] Website Quickmail, Zahlen, <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/Zahlen.aspx> (20.01.2017).
[919] Act. 103, S. 1, Ziff. 6 sowie Anlage Haushaltabdeckung.
[920] Act. 622, Beilage Haushaltabdeckung.
[921] Act. 407, S. 3, Ziff. 3iv.
[922] Act. 407, S. 5 f., Ziff. 8b.
[923] Eine Ausnahme bilden die Preise im Rahmen des Produkts Expert Mail.
[924] <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick.aspx?1> (31.05.2015).
[925] Act. 153, Ziff. 6; Act. 200, Ziff. 26; Act. 256, Ziff. 11; Act. 332, Ziff. 11; Act. 351, Ziff. 6.
[926] Das Produkt Postkarte bei der Schweizerischen Post ist nicht enthalten, da diese immer unter 50 Gramm sein werden; ebenfalls nicht enthalten ist das Produkt «Quickflyer» von Quickmail, welches als Alternative zu unadressierten Sendungen grundsätzlich alle Adressen in einem bestimmten Gebiet abdeckt. Der Grundpreis für Quickflyer beträgt 38 Rp.
[927] Diese Kategorie wurde auf den 1. Juli 2016 durch Quickmail neu eingeführt; <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Quickmail/News/News_20160511.aspx> (22.8.2016).
[928] <https://www.post.ch/de/geschaeftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/briefe-inland/preise-b-post-massensendung>, <https://www.quickmail-ag.ch/internet/Preise/Ueberblick.aspx?1>, (31.5.2015); nicht berücksichtigt sind hier Spezialsendungszuschläge und Vergütungen für Vorleistungen (Post) sowie Rabatte aufgrund des Preissystems der Post und durch Quickmail gewährte Rabatte.

755. Allerdings ist einerseits die Möglichkeit eines Post-Kunden zur Erzielung von relativ hohen Preisreduktionen durch Vorsortierung von Sendungen und Einlieferung in ein Brief-/Logistikzentrum zu berücksichtigen, andererseits die gewährten Rabatte (zum Ganzen vorne, Rz 508–510).

756. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Post aufgrund des Markteintritts von Quickmail bisher keine Veranlassung gesehen hat, ihr Preissystem anzupassen oder ihre Preise zu senken. Dies zeigt deutlich auf, dass der Markteintritt von Quickmail bisher keinen disziplinierenden Einfluss auf die Post ausgeübt hat.

Ergebnisse der Kundenbefragungen zur Wettbewerbssituation

757. In der Untersuchung wurden die befragten Vertragskunden gebeten, die ihnen bekannten alternativen Anbieter zur Post für verschiedene Sendungsarten zu nennen.[929] 73 der befragten Kunden nannten Quickmail als Alternative für adressierte Massensendungen, wobei allenfalls der Fragebogen der WEKO zu einer etwas grösseren Bekanntheit beigetragen haben dürfte. So geht teilweise aus den Antworten hervor, dass erst auf die Frage hin, ob Quickmail eine Alternative darstelle, Recherchen zu Quickmail angestellt wurden, um die Frage zu beantworten. Mittlerweile dürfte die Bekanntheit von Quickmail im Markt gestiegen sein. Auf die allgemeine Frage nach Alternativen für ihre Postdienstleistungen gaben nur 10–15 % der Vertragskunden andere Anbieter (konkret Quickmail) für Sendungen über 50 Gramm als mögliche Alternative an.[930]

758. Die Vertragskunden wurden in der Untersuchung gefragt, ob die Leistungen von Quickmail im Bereich adressierter Massensendungen eine Alternative zum Versand mit der Post darstellten.[931] Die Vertragskunden wurden dabei gebeten, ihre Antwort zu begründen. Ausserdem wurden die Vertragskunden gefragt, ob sie bereits ein oder mehrmals über Quickmail versandt haben. Unter 20 % der Vertragskunden sahen Quickmail als Alternative zum Versand mit der Post an. Konkret mit Quickmail zusammengearbeitet hatten indes nur rund 10 %. 88 (ca. 35 %) Vertragskunden verneinten die Frage, 18 Vertragskunden beantworteten die Frage nicht, 94 (ca. 37 %) konnten dies nicht beurteilen oder deren Antwort war unklar.[932] Von den letztgenannten Vertragskunden gaben 39 explizit an, Quickmail bzw. deren Leistungen nicht zu kennen oder geprüft zu haben.[933]

759. Nicht alle befragten 88 Vertragskunden, welche in Quickmail explizit keine Alternative sahen, gaben Gründe dazu an. Andere Vertragskunden nannten dagegen teilweise mehrere Gründe.[934] Die mangelnde Abdeckung war der meistgenannte Grund (19). Auch die Art der Sendungen bzw. die Sendungsstruktur wurde häufig genannt (19), d. h. solche Vertragskunden hatten häufig eher wenige Massensendungen oder benötigten eine schnelle Zustellung, z. B. unter Verwendung von A-Post-Sendungen. Weiter häufig genannt wurde auch das Bestehen des Monopols bis 50 g (13). Noch von einigen Kunden genannt wurden der Zusatzaufwand (zehn) und die Leistung (elf). Nur vereinzelt wurden übrige Gründe aufgeführt wie grundsätzliche Treue zur Post, Wunsch des Bezugs aller Leistungen aus einer Hand, Outsourcing mehrerer/gesamter Prozesse (vor dem Versand) auf die Post, Kundenwunsch (Rz 761), rechtliche oder sicherheitstechnische Gründe, Bedarf an zusätzlichem Versand ins Ausland, kein AZB-Versand.

760. Obwohl Quickmail im Bereich Massensendungen grundsätzlich tiefere Listen-Preise als die Post anbot, konnte Quickmail nur beschränkt Marktanteile hinzugewinnen. Dies hat unterschiedliche Gründe. Ein Grund war die noch fehlende Bekanntheit von Quickmail, insbesondere bei kleineren Unternehmen (siehe oben Rz 755 f.). Demgegenüber verfügt die Post über eine äusserst starke Marke. Gewisse Kunden wollten auch aus prinzipiellen Gründen nicht zu Quickmail wechseln, da sie mit der Leistung der Post zufrieden waren oder die Post und damit auch den Service public unterstützen wollten.[935] Während die Post von einer langjährigen eingespielten Zusammenarbeit mit den Kunden profitiert und generell als Anbieterin mit qualitativ guter Leistung bekannt ist, bestanden gegenüber neuen Konkurrenten Zweifel hinsichtlich Qualität und anderer Faktoren wie z. B. Arbeitsbedingungen.[936]

761. Ein Teil der Kunden ging zudem möglicherweise davon aus, dass Quickmail als Zustellunternehmen bei den Briefempfängern wenig bekannt ist und diese ihr nicht das gleiche Vertrauen oder die gleiche Wertschätzung entgegenbringen wie der Post. Daher befürchteten gewisse Vertragskunden, dass die Kunden negativ reagieren könnten, wenn eine Sendung nicht von der Post geliefert werde. Daher zögerten diese Unternehmen, Quickmail zu beauftragen, um einen befürchteten Reputationsschaden zu vermeiden.[937]

762. Für viele Vertragskunden war die Abdeckung ein wichtiges Kriterium, wobei zum Teil eine Abdeckung von 100 % gefordert wurde. Wie in Rz 750 f. aufgezeigt wurde, hat Quickmail lange gebraucht, um eine respektable Abdeckung aufzubauen. Um ihren Kunden eine höhere Abdeckung anzubieten, entsteht Quickmail durch die notwendige Zusammenarbeit mit der Post ein höherer Aufwand. Dies schränkt die Möglichkeiten, mit der Post in Wettbewerb zu treten, zusätzlich ein.

763. Im Hinblick auf die Qualität der Dienstleistungen von Quickmail zeigte sich ein uneinheitliches Bild. So gaben beispielsweise sechs Nutzer an, die Qualität der Zustellung oder der Response auf die versandten Mailings sei etwas bis wesentlich schlechter als bei der Post.[938] Zum Teil wurde allerdings angeführt, dies werde durch die tieferen Kosten wieder zumindest kompensiert. Andere attestierten Quickmail zwar nicht eine höhere Qualität als der Post, aber eine gute Qualität.[939] Von

[929] Fragebogenantworten, Frage 5; Ein Vertragskunde bezeichnete seine Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[930] Fragebogenantworten, Frage 6; Sieben Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[931] Fragebogenantworten, Frage 11.
[932] 10 Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort zudem als Geschäftsgeheimnis.
[933] Ein Vertragskunde wies zudem auf das Monopol und die Notwendigkeit der Aufteilung der Sendungen mit entsprechenden Kostenfolgen hin.
[934] Einige Begründungen wurden als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.
[935] Vgl. z. B. Aussage in Act. 241, Ziff. 11.
[936] Vgl. dazu Act. 500, Ziff. 11; Act. 529, Ziff. 11.
[937] Vgl. dazu act. 297, Ziff. 11; act. 539, Ziff. 8 und 11.
[938] Act. 210, 279, 285, 313, 351 und 353, jeweils Ziff. 11.
[939] Act. 250, 327, 413, 457 und 470, jeweils Frage 11.

Seiten der Kunden bestand gegenüber einer neuen Anbieterin eine gewisse Skepsis in Sachen Qualität. So machten denn viele Unternehmen zuerst Tests, bevor sie allenfalls grössere Versände an Quickmail übergaben oder sogar regelmässig Versände mit dieser durchführten.

764. Quickmail bietet im Bereich Massensendungen bis anhin nur eine Verteilung der Sendungen über zwei Tage an. D. h. für Kunden, welche eine Zustellung an anderen Tagen oder einem bestimmten Tag benötigen, ist Quickmail keine Alternative. Daher verfügt Quickmail gegenüber der Post nur über ein eingeschränktes Produktsortiment. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Aufbau weiterer Produkte aufgrund grösserer logistischer Anpassungen zeitaufwändig und kostenintensiv wäre.

765. Das Monopol der Post bis 50 Gramm ist immer noch eine zentrale – laut Quickmail die grösste[940] – Markteintrittshürde, wie auch aus den Kundenantworten an zahlreicher Stelle hervorgeht. Selbst von den Unternehmen, welche Quickmail schon benutzt hatten, wiesen vier explizit darauf hin, dass aufgrund des Monopols kein richtiger Wettbewerb herrsche bzw. entstehen könne.[941] Das Monopol führt denn auch zu verschiedenen Zusatzkosten der Kunden bei Nutzung der Konkurrenz der Post (vgl. unten Rz 767 ff.).

766. Gewisse Kunden hatten auch dem Versand vorgelagerte Prozesse auf die Post ausgelagert.[942] Dies wird dadurch begünstigt, dass die Post Vorbereitung, Gestaltung, Verpackung, Adressierung und Versand aus einer Hand anbieten kann. Die Abläufe und Örtlichkeiten sind daher auf den Versand mit der Post abgestimmt. Ob für die Auslagerung von Leistungen an die Post der Versand mit der Post Voraussetzung ist, ist nicht bekannt. Auf jeden Fall ist so die Hürde für einen Wechsel resp. eine Auslagerung gewisser Sendungen sehr viel höher.

767. Unter anderem aufgrund des Monopols, der Angebotsgestaltung sowie der Abdeckung von Quickmail ist es für deren Kunden nicht möglich, vollständig auf die Zusammenarbeit mit der Post zu verzichten. Wenn ein Teil des Versandvolumens an Quickmail ausgelagert wird, fallen zusätzliche administrative Aufwendungen sowie Aufwendungen für die Aufteilung der Sendungen auf die beiden Anbieter Post und Quickmail an. Dieser Aufwand fällt üblicherweise bei der ersten Nutzung von Quickmail höher aus (etwa Vertragsabschluss, Auflagenplanung, Einführung der notwendigen internen und externen Prozesse, wie z. B. Datenbank/Informatik, Koordination mit Lettershops, Transport), d. h. die Einstiegshürde ist höher. Die bei Kunden von Quickmail anfallenden Kosten lassen sich grob in allgemeine administrative Kosten für die zusätzliche Nutzung von Quickmail als Zustelldienstleister und in sendungsspezifische Aufteilungskosten unterteilen, wobei die Übergänge teils fliessend sind, insbesondere bei den Kosten für die erstmalige Nutzung.

768. Die 255 Antworten der in der Untersuchung befragten Vertragskunden zu den allgemeinen Zusatzkosten fielen unterschiedlich aus.[943] Nicht ganz zwei Drittel (157) der Vertragskunden gaben keine oder eine unklare Antwort oder sahen sich nicht in der Lage, diese Kosten zu schätzen. 17 Vertragskunden gingen von keinen oder keinen nennenswerten/relevanten Kosten aus. 45 nannten einen Betrag unter 10‘000 Franken, wovon rund die Hälfte unter 3‘000 Franken. 19 gaben höhere Kosten an, wobei einzelne Angaben teilweise 100‘000 Franken überstiegen. Drei Vertragskunden beschrieben den zusätzlichen Aufwand, ohne weitere Angaben zu machen. Auch bei denjenigen Vertragskunden, die auch Quickmail-Kunden waren,[944] gingen die Angaben auseinander. Je zwei konnten die Kosten nicht beziffern oder beschrieben den Aufwand nur, ohne Zahlen anzugeben. Neun gaben Kosten zwischen 1‘000 und 10‘000 Franken an. Sieben gaben keine/geringfügige oder Kosten unter 1‘000 Franken an. Ein Geschäftskunde gab Kosten über 10‘000 Franken an. Dass die Kostenangaben bzw. -schätzungen der Vertragskunden stark schwanken, erstaunt nicht, hängen die Kosten doch sehr stark von der internen Organisation, den Prozessen (z. B. Verwendung von Lettershops), Personal- und anderen Kosten sowie der Komplexität der Sendungen ab.

769. Im Hinblick auf die zusätzlichen Kosten für die Aufteilung (Sortierung, Frankierung sowie verschiedene weitere Verarbeitungsprozesse) gaben 149 Vertragskunden keine oder eine unklare Antwort, sahen sich nicht in der Lage, diese Kosten zu schätzen oder wollten nicht mit einem anderen Anbieter zusammenarbeiten.[945] Vier Vertragskunden machten zwar Angaben zum zusätzlichen Aufwand, ohne jedoch einen Betrag anzugeben. 14 Vertragskunden sahen keinen (nennenswerten/relevanten) Aufwand. Im Übrigen ist zu unterscheiden nach Zeitangabe: Gewisse Vertragskunden machten Angaben zu den Kosten zur Initiierung (einmalige Kosten), gewisse Vertragskunden gaben die Kosten pro Jahr an, einige Vertragskunden die Kosten pro Versand und einige machten keine Angaben zum Zeitraum der angegebenen Kosten. Einige wenige Kunden machten Kostenangaben zu mehreren Bezugsgrössen. Die Kosten schwankten dabei zwischen unter 10‘000 Franken und mehr als 70‘000 Franken.

770. Neben den internen Kosten entstehen weitere Minderungen des Preisvorteils von Quickmail durch die Notwendigkeit der Kunden, für die Restabdeckung die Leistungen der Post in Anspruch zu nehmen.[946] So müssen aufgrund tieferer Mengen allenfalls andere Produkte in Anspruch genommen (z. B. On-Time Mail nur ab 10‘000 Stück) oder auf Sortier- und Standortvergütungen verzichtet werden.[947] Es können ausserdem Zusatzkosten für Restbunde anfallen.

[940] Act. 407, S. 5, Ziff. 7 und 8a.
[941] Act. 162, Ziff. 19a; Act. 200, Ziff. 13 und 26; Act. 299, Ziff. 21; Act. 349, Ziff. 23.
[942] Siehe dazu Act. 211, Ziff. 6; Act. 277, Ziff. 6; Act. 309, Ziff. 2; Act. 326, Ziff. 11; Act. 415, Ziff 19b.
[943] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 10a; 15 (davon 14 relevant für die Auswertung) bezeichneten ihre Antwort (teilweise) als Geschäftsgeheimnis.
[944] In der bereinigten Version berücksichtigt sind nur diejenigen Quickmailkunden, welche diese Eigenschaft nicht als Geschäftsgeheimnis bezeichneten (Frage 11). Zwei Quickmailkunden bezeichneten zudem ihre Antwort auf die Frage nach den allgemeinen Kosten als Geschäftsgeheimnis.
[945] Dazu kommen 14 Vertragskunden, deren Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet wurde.
[946] Der Effekt der teureren Restsendungen geht etwa aus Antwort act. 299, Ziff. 10b, deutlich hervor.
[947] Vgl. dazu die Antwort in act. 246, Frage 22.

771. Im Zusammenhang mit der Aufteilung von Sendungen resp. der Zusammenarbeit mit mehreren Dienstleistern wurde den Vertragskunden in der Untersuchung die Frage gestellt, ob sie ab einem gewissen Mass der Abdeckung der Konkurrenz auf einen flächendeckenden Versand resp. auf eine Aufteilung der adressierten Massensendungen verzichten und ausschliesslich mit der Konkurrenz der Post versenden könnten.[948] Gegebenenfalls wurden die Vertragskunden gebeten, das notwendige Mass der Abdeckung des Konkurrenten anzugeben. 54 Vertragskunden gaben darauf keine Antwort, 17 konnten dies nicht beurteilen und sechs gaben eine unklare Antwort.[949] 69 Vertragskunden antworteten mit Nein, wozu auch Antworten von Vertragskunden zählen, für die eine Auslagerung nicht in Frage kommt (z. B. aus prinzipiellen Gründen oder da sie mit den Leistungen der Post zufrieden waren). Zwei dieser Vertragskunden wiesen spezifisch auf die Problematik des Monopols hin. 79 Vertragskunden gaben an, eine vollständige (100 %) Abdeckung zu benötigen. Auf eine Zusammenarbeit mit der Post verzichten könnten zudem 11 Vertragskunden bei einer Abdeckung von 90-99 %, sechs bei einer Abdeckung zwischen 80 und 90 %, und 3 Vertragskunden bei einer Abdeckung unter 80 %. Damit könnten die wenigsten Vertragskunden auf die Aufteilung von Massensendungen verzichten, oder dies nur bei einer sehr hohen Abdeckung der Konkurrenz.

772. Insgesamt zeigen die Ergebnisse der Befragung der Vertragskunden, dass aus Kundensicht zahlreiche Gründe bestanden, welche eine Zusammenarbeit mit Quickmail verhinderten, erschwerten oder begrenzten, insbesondere: die Bekanntheit/starke Marke der Post bei Vertrags- und Endkunden, die für viele Vertragskunden notwendige hohe Abdeckung, das eingeschränkte Angebot von Quickmail bzw. damit zusammenhängend die Sendungsstruktur vieler Vertragskunden, das Monopol und damit zusammenhängend die teilweise hohen Zusatzkosten einer Zusammenarbeit mit Quickmail (Berücksichtigung zweier Anbieter, Aufteilung und Verarbeitung der Sendungen und Restkosten für die bei der Post verbleibenden Sendungen). Aus der Notwendigkeit, die restlichen Sendungen mit der Post zu befördern, entstanden zudem ebenfalls Zusatzkosten. Die genannten Gründe sind zu einem grossen Teil auch aktuell noch gültig. Dies zeigt deutlich auf, dass die Möglichkeiten von Quickmail, die Post zu disziplinieren, sehr begrenzt sind.

Vergleich der Wettbewerber

773. Im Gegensatz zu Quickmail verfügt die Post über eine grossflächige Infrastruktur mit einem dichten Poststellennetz. Auch kann die Post in der Regel höhere Zustellraten als Quickmail erreichen, da sie dank ihrer Adressdienste über aktuelle Adressdaten verfügt. Sowohl Kunden[950] als auch Quickmail[951] erwähnten zudem den unzureichenden Zugang zu Gebäude- und Adressdatenbanken als Markteintrittsschranke. Durch die langjährige Service public-Verpflichtung verfügt die Post auch über vertiefte Kenntnisse über die Örtlichkeiten und die Zustellung. Briefträger der Post geniessen in der Regel zudem grösseres Vertrauen der Kunden als «fremde» Personen anderer Zusteller. In diesem Zusammenhang erwähnte Quickmail, dass etwa 40'000 Gebäude in der Schweiz entgegen den gesetzlichen Vorschriften keinen frei zugänglichen Briefkasten hätten. Die Post verfüge in der Regel über Zugang zu diesen Gebäuden und verfüge damit faktisch über das Zustellmonopol. Für Wettbewerber der Post sei es fast unmöglich, diese Wettbewerbshürden zu beseitigen. Der Aufwand, die zuständige Hausverwaltung ausfindig zu machen, auf sie einzuwirken und die Verwaltung der Schlüssel sicherzustellen, sei in der Regel zu hoch.[952]

774. Die Post betreibt zudem Postfächer für die Kunden. Sowohl einzelne Kunden[953] als auch Quickmail[954] erwähnten den fehlenden Zugang zu den Postfächern als weitere Markteintrittsschranke. Der Zugang zu Postfachanlagen bzw. das Entgelt dafür ist laut POSTCOM ein Wettbewerbsvorteil für die Post; ein Verfahren ist gemäss Jahresbericht der POSTCOM diesbezüglich noch hängig.[955]

775. Im Zusammenhang mit den Wettbewerbsbedingungen nannten Quickmail[956] und auch die POSTCOM weiter den (ungenügenden) Zugang zu Teilleistungen als Wettbewerbsvorteil der Post.[957]

776. Die Post hat aufgrund der früheren Monopolstellung eine sehr lange Erfahrung und ein grosses Know-how im Logistikbereich und hat ihre Prozesse über viele Jahre optimieren können. Quickmail dagegen ist ein junges Unternehmen, welches immer noch im Aufbau begriffen ist. Zudem befördert die Post ungleich viel grössere Briefmengen als die Wettbewerber und kann entsprechende Skalenerträge realisieren.[958] Quickmail ist dagegen nur in einem ganz bestimmten Marktsegment tätig. Alle übrigen adressierten Sendungen werden durch die Post befördert. Laut POSTCOM verfügte die Post 2015 im geöffneten Teilmarkt der inländischen Briefe über einen Marktanteil von nahezu 99 %, und gemäss Evaluationsbericht beträgt der Marktanteil der alternativen Anbieter bei den im Inland zugestellten Briefen rund 1.6 %.[959] Hierdurch kann die Post die Fixkosten auf eine ungleich viel grössere Menge an Sendungen aufteilen und entsprechend höhere Skalenerträge realisieren. Die

[948] Fragebogenantworten Untersuchung, Frage 10c.
[949] Neun Vertragskunden bezeichneten ihre Antwort als Geschäftsgeheimnis.
[950] Vgl. zur Adressqualität insbesondere die Kundenantworten Act. 226, Ziff. 11; Act. 299, Ziff. 19b.
[951] Act. 407, S. 5, Ziff. 8a.
[952] Act. 407, S. 6, Ziff. 8e.
[953] Vgl. zur Zustellung an Postfächer die Kundenantworten Act. 313, Ziff. 6, 10c und 12; Act. 360, Ziff. 6, 12 und 26.
[954] Act. 407, S. 5, Ziff. 8a.
[955] Vgl. dazu den Jahresbericht 2015 der POSTCOM, S. 4 und S. 41, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).
[956] Act. 407, S. 5, Ziff. 8a, sowie ausführlich act. 622, Ziff. 4a. und 4b.
[957] Jahresbericht 2015 der POSTCOM, S. 4, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.3.2016).
[958] Siehe z. B. Angaben der Post act. 27, S. 13, Ziff. 11a und S. 20, Ziff. 21.
[959] POSTCOM, Jahresbericht 2015, S. 36 (Zahlen enthalten allerdings auch Express- und Kurierdienste), verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm>; Evaluationsbericht (Fn 754), Ziff. 5.1.2, S. 12. Die Zahlen dienen nur der Illustration für die Relationen. Die berücksichtigten Briefsendungen und die Marktanteilsberechnungen können voneinander abweichen.

Post ist zudem auch im Bereich der unadressierten Sendungen sehr stark, sei dies durch Promopost oder durch (aufgekaufte) Tochtergesellschaften.[960] Obwohl sich die Prozesse insgesamt unterscheiden, so können doch bei der Nutzung gewisser Ressourcen bei der Zustellung von unadressierten Sendungen Synergien genutzt werden, z. B. bei der Verteilung. Auch Quickmail nutzt teilweise solche Synergien zusammen mit ihren Partnern.[961]

777. Die Post ist ein grosser Konzern mit starker Finanzkraft[962]: Sie erzielte im Jahr 2015 einen Betriebsertrag von rund 8.2 Milliarden Franken und einen Konzerngewinn von 645 Millionen Franken. Postmail erzielte 2015 trotz rückgängiger Briefmengen einen Betriebsertrag von rund 2.8 Milliarden Franken und ein im Vergleich zum Vorjahr um 24 Millionen höheres Betriebsergebnis von 358 Millionen Franken.[963] Alleine dies zeigt, dass die Post eine, wenn auch nur geringe, Preiserhöhung im Markt durchsetzen kann. Ausserdem ist der Post-Konzern u. a. in zahlreichen weiteren Logistikbereichen und im Finanzbereich tätig und verfügt über entsprechende finanzielle Mittel. Diese könnten eingesetzt werden, um allfällige Preiskämpfe lange durchzuhalten. Quickmail ist Teil der MS Direct AG, welche insgesamt einen Umsatz von rund 100 Millionen Franken erzielt.[964] Quickmail selbst verfügt im Vergleich zur Post über relativ kleine Umsätze und ist nach wie vor in der Aufbauphase. Zur wirtschaftlichen Situation kann folgendes festgehalten werden: [Quickmail geriet 2012 bis 2014 in finanzielle Schwierigkeiten. Diese konnten 2015 verringert werden].[965]

778. Auch dies zeigt, dass die Post in den betrachteten Märkten im Vergleich zu Quickmail eine sehr starke Position einnimmt. Es ist daher auszuschliessen, dass die Post durch Quickmail diszipliniert wird.

Verhalten der Post

779. Ein wichtiger Indikator im Hinblick auf die Wettbewerbssituation stellt das Verhalten der Post bezüglich des Markteintritts von Quickmail dar. Quickmail wurde im August 2009 gegründet und ist seit November 2009 auf dem Markt tätig.

780. Im Jahr 2007 hatte die Post bereits begonnen, eine Preisstrategie zu entwerfen. Daraus resultierte im Januar 2009 eine Preisstrategie für die Jahre 2009 bis 2011, welche als verbindliches Ziel für die operative Preissetzung dienen sollte.[966] Dabei wurde von der Senkung der Monopolgrenze auf 50 g im Juli 2009, von der Inkraftsetzung des Postgesetzes und des Postorganisationsgesetzes im Jahr 2011 und von der vollständigen Liberalisierung im Januar 2013 ausgegangen.[967] Ausgegangen wurde auch von der Annahme, dass unmittelbar nach der Liberalisierung noch keine Markteintritte erfolgen würden, aber ab 2015 allenfalls die Möglichkeit des Direct Entry auf Stufe der Briefzentren zu regulierten Preisen bestehen wird.

781. Als Ziele der Preissetzung wurden sowohl der Erhalt von Marktanteilen als auch Ertragssicherung angegeben.[968] Jedoch würde PostMail Marktanteilsverluste bei Eintreten von Wettbewerb akzeptieren, wobei das Ausmass segmentspezifisch in einem systematischen Prozess bestimmt werde.

782. Für Geschäftskunden wurde laut Strategiepapier «ein Preis-Leistungs-Verhältnis mit hoher Leistung und entsprechender Preisposition angestrebt». Relevant für das Preisniveau war «neben den Kostensteigerungen (Mindestanforderung) der Nutzen des Kunden (Maximalgrenze für Preisanhebungen)».[969] Die Geschäftskundenpreise sollten von den Privatkundenpreisen entkoppelt und stärker differenziert werden.[970] Auch im Fall von Marktanteilsverlusten bis zu 10 % bei Eintreten von Wettbewerbern wollte PostMail lediglich mit gemässigten Preissenkungen, beschränkt auf das Segment der wechselbereiten Geschäftskunden, reagieren.[971] Theoretisch erreichbare Maximalrabatte sollten gegenüber heute nur erhöht werden, wenn gleichzeitig das Listenpreisniveau, auf dessen Grundlage Rabatte gewährt werden, steigt[972], und der Preis soll nicht das primäre Verkaufsargument sein.[973]

783. Bei Reaktionen auf Wettbewerb sollte berücksichtigt werden, «dass Marktanteile unabhängig von eigenen Preismassnahmen verloren gehen werden, da Kunden Wettbewerber fördern und die Druckposition auf PostMail erhöhen wollen. PostMail reagiert darauf angemessen, das Gewinnpotenzial des Marktes wird nicht durch Preiskämpfe gefährdet».[974] Für verschiedene Szenarien werden Preissenkungen als Reaktion auf ein niedrigeres Preisniveau der Konkurrenz und Marktanteilsverluste vorgesehen, möglichst beschränkt auf wechselbereite Kunden.[975] Ein neues Preissystem wie das 2011 eingeführte ist bereits in der Preisstrategie skizziert.[976]

784. Kurz vor dem Markteintritt von Quickmail und zusammen mit der Einführung des neuen Preissystems am 1. Juli 2009 senkte die Post die Listenpreise für diverse Produkte, sowohl für Privat- als auch für Geschäftskunden.[977] Bei den Geschäftskunden waren hauptsächlich A-Post-Grossbriefe, B-Post-Grossbriefe, Direct Response Card[978], A-Post und B-Post-Standardbriefe betroffen.

---

[960] Zuletzt die APZ Direct AG im Oktober 2015 (Ankündigung Post vgl. Act. 609).
[961] Act. 407, S. 7, Ziff. 10b.
[962] Medienmitteilung vom 10. März 2016 mit Jahresbericht 2015, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/medien/medienmitteilungen/2016/gutes-ergebnis-in-zunehmend-schwierigem-umfeld> (31.3.2016).
[963] Darin enthalten sind neben adressierten Briefsendungen aber noch zusätzliche Dienstleistungen wie v.a. Zeitungen und unadressierte Sendungen.
[964] <http://www.ms-direct.ch/de/Unternehmen/Unser-Unternehmen/Firmengeschichte> (20.11.2016).
[965] Act. 703, S. 1.
[966] Act. 432, Beilage 13a.
[967] Act. 432, Beilage 13a, S. 6, Ziff. 3.3.2 f.
[968] Act. 432, Beilage 13a, S. 3, Ziff. 2.
[969] Act. 432, Beilage 13a, S. 3, Ziff. 2.
[970] Act. 432, Beilage 13a, S. 4, Ziff. 2.
[971] Act. 432, Beilage 13a, S. 4, Ziff. 2.
[972] Act. 432, Beilage 13a, S. 4, Ziff. 2.
[973] Act. 432, Beilage 13a, S. 10, Ziff. 3.6.1.
[974] Act. 432, Beilage 13a, S. 10, Ziff. 3.6.1.; Die Post geht bei 5 % der Kunden davon aus, dass diese nicht aus Preisgründen wechseln (Act. 432, Beilage 13a, S. 14, Ziff. 3.6.4.1.).
[975] Act. 432, Beilage 14, S. 14 ff., Ziff. 3.6.4.1.
[976] Act. 432, Beilage 13a, S. 18 ff., Ziff. 3.6.5.3.
[977] Medienmitteilung des Preisüberwachers vom 24.3.2009, verfügbar auf <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/medieninformationen/medienmitteilungen/2009.html> (31.3.2016); vgl. Preise act. 95, Beilage 2.
[978] Werbemedium (Flyer) mit integrierter Rücksendekarte für den Empfänger.

Die übrigen Dienstleistungen wurden indirekt um den Mehrwertsteuerprozentsatz günstiger, da die Kunden neu die Mehrwertsteuer abziehen konnten. Da die Preissenkungen aufgrund einer Intervention des Preisüberwachers und zeitlich vor der Gründung von Quickmail erfolgten, ist es unwahrscheinlich, dass dies als Reaktion der Post auf Konkurrenz zu interpretieren ist. Die von der Preissenkung betroffenen Produkte waren zudem im Wettbewerb mit Quickmail nicht relevant, weswegen die Preissenkung auch deswegen nicht als direkte Reaktion auf den Markteintritt von Quickmail anzusehen ist. Dies bedeutet aber umgekehrt, dass die Post keinen oder nur einen marginalen Wettbewerbsdruck durch den Markteintritt von Quickmail gespürt hat.

785. Im April 2011 wurde das neue Preissystem CAPRI eingeführt. Dieses Preissystem war bereits im Januar 2009 als relativ ausgereiftes Projekt vorhanden. Es wurde gemäss Angaben der Post unter anderem – zumindest indirekt – auch im Hinblick auf die Entstehung von Wettbewerb entwickelt (oben, Rz 780). Jedoch finden sich in den Unterlagen der Post keine direkten Hinweise darauf, dass das Preissystem CAPRI als unmittelbare Reaktion auf den Markteintritt von Quickmail zu betrachten wäre.

786. Auf den 1. Januar 2014 hat die Post diverse preisliche Änderungen in den Preislisten vorgenommen.[979] […] Auf Basis der Aussagen der Post und des kleinen Ausmasses der übrigen Preissenkungen kann nicht von einer Reaktion auf verstärkten Wettbewerb ausgegangen werden.

787. Auf den 1. Januar 2015 revidierte die Post ihr Preissystem grundlegend (vgl. Rz 134 f.) […]. Das revidierte Preissystem wurde im Rahmen dieser Untersuchung nicht genau analysiert. Hierbei scheint es sich strukturell eher um eine Verfeinerung[980] des Systems zu handeln.

788. Aufgrund der Ausführungen zeigt sich, dass die Post im Bereich der Märkte für adressierte Briefsendungen von Geschäftskunden im Allgemeinen und auch von Vertragskunden im Besonderen keinem wirksamen aktuellen Wettbewerb ausgesetzt war. Es zeigt sich zudem, dass die Post die Strategie verfolgte, auf mögliche Markteintritte grundsätzlich nicht mit Preissenkungen zu reagieren (und gegebenenfalls nur dort, wo ein gewisser Kundenschwund festzustellen sein würde, punktuelle und auf diese einzelnen Kunden zugeschnittene Preissenkungen anzubieten). Alleine dies zeigt, dass sich die Post von Wettbewerbern unabhängig verhalten kann.

789. Wichtig sind schliesslich verschiedene Eigenschaften der Preissetzung der Post, welche als Markteintrittshürde wirken:

a. Es ist zu berücksichtigen, dass sich die von der Post im Preissystem gewährten Rabatte und Preislisten für einen Vertragskunden, welcher durch die Nutzung von Quickmail tiefere Umsätze bei der Post erzielt, nicht nur für Massensendungen über 50 g verschlechtern, sondern auch für sämtliche übrigen Versände des Vertragskunden. Dies erfolgt sowohl bei der Berechnung des Zusatzrabatts als auch bei der Einstufung in die Preislisten. Dies reduziert den Preisvorteil bei Quickmail. Dieser negative Effekt ist umso höher, je mehr und je teurere Sendungen bei der Post bezogen werden müssen. Auch die POSTCOM erwähnt die «Koppelungsrabatte» als Wettbewerbsvorteil für die Post.[981]

b. Weil laut Quickmail das Preis- bzw. Rabattmodell der Post zudem sehr intransparent und in seinen Auswirkungen für die Kunden kaum berechenbar ist, würden sich die Kunden scheuen, Quickmail dennoch einen Teil der Sendungen zu übergeben.[982] In diesem Zusammenhang macht Quickmail insbesondere geltend, dass die Kunden unisono mitteilen würden, dass sie die Preise und Preisänderungen nicht nachvollziehen könnten, weil die Preisgestaltung nicht transparent sei und es kein Tool gebe, mit welchem man die Effekte der Parameter simulieren könne.[983] Die Untersuchung hat gezeigt, dass das Preissystem CAPRI durch die Vertragskunden tatsächlich als sehr komplex und intransparent wahrgenommen wird, was gemäss einigen Kunden die Zusammenarbeit mit Konkurrenten erschwert (vgl. insbesondere vorne Rz 395 und Abschnitt A.4.7.5 [insbesondere A.4.7.5.2]).

c. Aufgrund des breiten Produktsortiments im Brief- und Logistikbereich hat die Post Möglichkeiten, Kunden auch mit speziellen Angeboten oder vorteilhaften Tests (etwa für neue Spezialprodukte) zumindest kurzfristig wieder zu binden.

d) Fazit zur aktuellen Konkurrenz

790. Insgesamt zeigt sich, dass die Post weder im Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 g von Vertragskunden noch im Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 g von Vertragskunden einer genügend wirksamen aktuellen Konkurrenz ausgesetzt war. Daher ist nachfolgend die potenzielle Konkurrenz auf diesen Märkten zu prüfen.

B.4.2.2.2. Potenzielle Konkurrenz

a) Monopolbereich und Einzelsendungen

791. Ob und wann der Postmarkt ganz liberalisiert wird, ist derzeit nicht absehbar. Der Bundesrat hat entgegen früherer Absichten 2015 entschieden, das Restmonopol beizubehalten.[984] Auch anlässlich der Verabschiedung des Berichts über die Evaluation des Postgesetzes hat der Bundesrat keine weiteren Marktöffnungen vorgesehen.[985] Auch das Parlament hatte sich bei der letzten

[979] Act. 704, S. 13 f sowie Beilage 8.
[980] So die Post: Act. 704, S. 9.
[981] Jahresbericht 2015 der POSTCOM, S. 4, verfügbar auf <http://www.postcom.admin.ch/de/dokumentation_taetigkeitsbericht.htm> (17.03.2016).
[982] Act. 407, S. 6, Ziff. 8c.
[983] Act. 690, E-Mail.
[984] Medieninformation vom 18. September 2016, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-58796.html> (20.11.2016).
[985] <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-65200.html> (20.01.2017); Der Bundesrat plant immerhin Änderungen des Postgesetzes und der Postverordnung, welche zu einer Verringerung von Markteintrittsbarrieren und einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führen könnten. Ob, wie und wann diese Änderungen im Gesetzgebungsverfahren umgesetzt werden, ist jedoch noch unklar.

Postgesetzrevision gegen eine vollständige Marktöffnung ausgesprochen. Selbst wenn wider Erwarten dennoch eine vollständige Marktöffnung durch das Parlament angestossen würde, ist der Zeithorizont bis zur effektiven Umsetzung noch nicht absehbar. Damit besteht zumindest im Monopolbereich derzeit keine potenzielle Konkurrenz, welche sich disziplinierend auf die Post auswirken könnte.

792. Gleichzeitig ist damit aber auch das Marktpotenzial für mögliche neu in den Markt eintrete Wettbewerber deutlich eingeschränkt, da laut Angaben der Post bei den Massensendungen rund zwei Drittel im Monopolbereich liegen, bei den Einzelsendungen deutlich mehr.[986]

793. Im nichtreservierten Bereich geht die Post zwar davon aus, dass «Markteintritte jederzeit selektiv und zielgerichtet möglich sind».[987] Dennoch muss berücksichtigt werden, dass die Anzahl Einzelsendungen seit 2009 gesunken sind. Dies trifft vor allem auf B-Post-Einzelsendungen zu. Wie erwähnt, ist die Post derzeit die einzige Anbieterin für die Beförderung von Einzelsendungen.

794. Quickmail bietet weder für Geschäftskunden noch für Privatkunden in der Schweiz den Versand von Einzelsendungen an. Laut Quickmail ist dies auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen. Im Bereich Einzelsendungen sei der Anteil des Sendungsvolumens, welches sich im reservierten Bereich befindet, deutlich höher (über 80 %[988]). Zudem sei der Aufwand für Kunden zur Aussonderung derjenigen Einzelsendungen, welche aufgrund des Gewichts bis 50 g in den reservierten Bereich der Post fallen oder ausserhalb des Zustellungsgebiets von Quickmail liegen, zu hoch. Alleine aufgrund dieses Zusatzaufwands seitens der Kunden würde sich ein Versand über Quickmail für sie nicht lohnen.[989]

795. Mit einer solchen Ausgangslage ist aber nicht nur Quickmail sondern jeder potenziell andere neu in den Markt eintretende Briefzusteller konfrontiert. Alleine schon aufgrund dieser Marktverhältnisse ist ein Markteintritt im Bereich Einzelsendungen unwahrscheinlich.

796. Aber auch auf Seiten von Anbietern von Einzelsendungen bestehen Kostenstrukturen, welche einen Markteintritt im Bereich Einzelsendungen quasi verunmöglichen. Einzelsendungen im Bereich A-Post werden in der Regel innerhalb von einem Werktag zugestellt. B-Post Einzelsendungen werden in der Regel innerhalb von maximal drei Werktagen zugestellt. Dies bedeutet für einen Anbieter von Einzelbriefsendungen, dass er, um B-Post Einzelsendungen mit gleicher Qualität wie die Post anbieten zu können, mehrere Zustellungen pro Woche durchführen muss und gleichzeitig über die Verarbeitungskapazitäten verfügen muss, die ihm die Handhabung der Briefe innerhalb von drei Werktagen bzw. innerhalb von einem Werktag ermöglicht. Demgegenüber werden B-Post Massendungen in der Regel innerhalb von maximal sechs Werktagen zugesandt, was mehr Flexibilität bei der Abwicklung ermöglicht.

797. Gemäss eigenen Angaben liefert Quickmail lediglich an zwei Tagen pro Woche aus, so dass B-Post Einzelsendungen lediglich dann innerhalb der gesetzten Frist ausgeliefert werden könnten, wenn diese an einem Montag eingeliefert und innerhalb der dreitägigen Frist bearbeitet werden könnten. Dies erscheint für Quickmail kaum praktikabel. Zudem sei der zusätzliche Prozess- und Sortieraufwand für Geschäftskunden bei Einzelsendungen zu gross.[990] Es ist daher nicht mit einer Ausweitung des Zustellgeschäfts auf Einzelsendungen seitens Quickmail zu rechnen.

798. Insgesamt kann daher ein Markteintritt eines alternativen Briefzustellers in der Schweiz im Bereich Einzelsendungen mit ausreichend disziplinierender Wirkung auf die Post ausgeschlossen werden.

b) Massensendungen

799. Der Markteintritt von Quickmail im Bereich der Massensendungen zeigt, dass der Aufbau einer einigermassen hohen Haushaltsabdeckung schwierig, zeitaufwändig und kostenintensiv ist. Dabei hat Quickmail bisher «nur» eine bedeutend weniger aufwändige zweitägige Zustelllogistik für Massensendungen aufgebaut.

800. Da auch der Bereich der Massenbriefsendungen durch den reservierten Bereich stark eingeschränkt ist, bleibt das bestreitbare Marktpotenzial gering. Zudem war der Markteintritt von Quickmail bisher ausgesprochen kapitalintensiv, und Quickmail geriet in finanzielle Schwierigkeiten, welche erst 2015 reduziert werden konnten.[991] Dies deutet auf ein schwieriges Marktumfeld für neu eintretende Unternehmen hin. Symptomatisch ist daher auch, dass seit der Senkung der Monopolgrenze auf 50 Gramm ausser Quickmail keine weiteren Konkurrenten in den Markt eingetreten sind. Dies ist insbesondere deshalb bemerkenswert, da in der Schweiz im Bereich der Schnellpostsendungen und Paketsendungen weitere grosse ausländische Postdienstleister tätig sind, welche bereits über eine gewisse Infrastruktur verfügen.

801. Da sich der Bereich adressierter Briefsendungen zudem insgesamt eher sinkenden Mengen gegenüber sieht, erscheint das Marktpotenzial in Zukunft noch weniger attraktiv für neu in den Markt eintretende Wettbewerber. Dies gilt umso mehr, da mit der Post und Quickmail bereits zwei Akteure im Bereich Massenbriefsendungen tätig sind.

802. Aufgrund der hohen Fixkosten und den damit verbundenen Skaleneffekten handelt es sich im Bereich adressierter Briefsendungen um einen Markt, der zu einem natürlichen Monopol tendiert. Ein profitabler Markeintritt für einen weiteren Marktteilnehmer ist daher vor Abschaffung des Monopols für einen weiteren Konkurrenten kaum möglich. Wie oben erwähnt, benötigt ein umfassender Markteintritt grosse Ressourcen und v. a. auch viel Zeit, um eine genügende Abdeckung zu erreichen, wie das Beispiel von Quickmail zeigt. Ein neu eintretender Konkurrent müsste aufgrund von Quickmail zudem mit geringeren Mengen und Umsätzen und damit einem höheren Finanzierungsbedarf und einem noch höheren Ausfallrisiko rechnen.

[986] Act. 704, S. 3 Ziff. 10.
[987] Act. 432, S. 7, Ziff. 5.
[988] Act. 432, S. 12, Ziff. 10 sowie act. 704, S. 3.
[989] Act. 407, S. 5, Ziff. 7; act. 703, S. 2.
[990] Act. 703, S. 2.
[991] Act. 699, Beilage 2; Act. 706, Beilage.

803. Neben den Einschränkungen, welche auf der Anbieterseite bestehen, muss zudem berücksichtigt werden, dass gemäss Aussagen der Marktbefragung viele Kunden ihre Prozesse auf die Dienstleistungen der Post angepasst haben und sie daher hohe Wechselkosten zu tragen hätten, wenn sie zu einem alternativen Anbieter wechseln wollten. Mit diesen Problemen sieht sich Quickmail bereits heute konfrontiert. Für einen potenziell neu in den Markt eintretenden Akteur würden diese Schwierigkeiten wohl noch in grösserem Masse als für Quickmail zum Tragen kommen. Daher ist auch im Bereich Massensendungen unwahrscheinlich, dass ein weiterer Markteintritt vor Abschaffung des Monopols erfolgt. Aber selbst wenn der Monopolbereich in Zukunft abgeschafft werden sollte, ist ein weiterer Markteintritt aufgrund der vorgebrachten Gründe eher unwahrscheinlich.

c) Fazit

804. In Anbetracht dieser Sachlage besteht vorliegend kein potenzieller Wettbewerb, der auf die Post genügend Wettbewerbsdruck ausüben könnte, um diese zu disziplinieren und ihre marktbeherrschende Stellung in Frage zu stellen.

B.4.2.2.3 Stellung der Marktgegenseite

805. Die Marktgegenseite der Post ist wenig konzentriert. Vom neuen Preissystem erfasst sind bereits über [800-900] Vertragskunden. Dazu kommen die grossen Geschäftskunden ohne Vertrag und unzählige kleinere Geschäftskunden. Einzelne Vertragskunden realisieren zwar hohe Umsätze bei der Post, deren Abwanderung hätte also einen gewissen Einfluss auf das Ergebnis der Post. Zudem könnte versucht werden, über Verbände einen gewissen konzentrierten Einfluss auszuüben.

806. Jedoch hat die Post einerseits eine breit abgestützte Umsatzbasis. Andererseits ist das Drohpotential bei vielen Vertragskunden beschränkt, sind sie doch selbst zu einem grossen Teil mangels Alternativen auf die Leistungen der Post angewiesen. Die Gründe dafür sind im Abschnitt «aktuelle Konkurrenz» aufgeführt (z. B. Monopolbereich, beschränktes Angebot der Konkurrenz). Somit können auch grosse Vertragskunden keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf die Post ausüben. Ohnehin jedoch könnte gemäss schweizerischer und europäischer Praxis der Druck der Nachfragemacht nicht als hinreichend betrachtet werden, wenn nur ein bestimmtes oder begrenztes Kundensegment vor der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens geschützt ist.[992]

B.4.2.3 Vorbringen der Post

807. Die Post bringt vor, dass die Marktstellung der Post selbst ohne Einbezug der elektronischen Substitution falsch gewürdigt wurde.[993] Das Sekretariat stütze sich für die Beurteilung der Marktstellung auf die Ergebnisse der Kundenbefragung.[994] Zu dieser Zeit sei Quickmail erst dabei gewesen, sich im Markt zu etablieren. Die Marktverhältnisse seien zum damaligen Zeitpunkt allerdings hinsichtlich Bekanntheitsgrad und Marktgrösse von Quickmail gänzlich anders gewesen.

808. Hinsichtlich des Einbezugs der elektronischen Substitution wurde bereits in den Rz 688 ff. eingehend Stellung genommen. Grundsätzlich ist zu beachten, dass der durch die elektronischen Kommunikationsformen entstehende Strukturwandel die Post bisher nicht dazu veranlasst hat, ihre Preispolitik anzupassen. Vielmehr erhöht die Post ihre Preise tendenziell. Daher ist keine Disziplinierung der Post im Bereich des adressierten Briefversands durch alternative elektronische Kommunikationsformen ersichtlich.

809. Im Gegensatz zu den Vorbringen der Post wurden neben der Kundenbefragung sowohl die Marktanteilsentwicklungen, die rechtlichen Rahmenbedingungen und weitere Faktoren zu einer ganzheitlichen Betrachtung der Marktverhältnisse herangezogen. Die Vorbringen der Post sind daher unerheblich. Auch im Hinblick auf den Zeitpunkt der Kundenbefragung kann die Post nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es hat sich vielmehr gezeigt, dass Quickmail zwar einen gewissen Marktanteil im Bereich der adressierten Massensendungen über 50 Gramm erkämpfen konnte. Dennoch bleibt Quickmail ein bedeutend kleinerer Marktteilnehmer und die Post hat bisher auf dessen Markteintritt nicht mit einer Anpassung ihrer Dienstleistungen oder Konditionen reagiert. Eine disziplinierende Wirkung kann daher ausgeschlossen werden.

810. Die Post bringt weiter vor, dass sie durch eine erhebliche Nachfragemacht unter den gegenwärtigen Umständen der E-Substitution stark diszipliniert werde. Auch das Bundesgericht hätte die disziplinierende Wirkung des Substitutionswettbewerbs durch potentielle Konkurrenz im Rahmen seiner Beurteilung des Werbemarktes im Übrigen anerkannt.[995]

811. Zur E-Subsitution wurde bereits ausführlich Stellung bezogen. Es wird auf die entsprechenden Abschnitte verwiesen (vgl. Rz 686 ff.). Gemäss dem zitierten Bundesgerichtsentscheid ist bei der Beurteilung der Marktstellung auch der potenziellen Konkurrenz Rechnung zu tragen.[996] Der Notwendigkeit der Berücksichtigung der potenziellen Konkurrenz im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbssituation wurde vorliegend im Kap. B.4.2.2.2 Rechnung getragen. Im Publigroupe Urteil führt das Bundesgericht in allgemeiner Form aus, dass es sicherlich nicht von der Hand zu weisen sei, dass neue Technologien auch das Wettbewerbsverhalten beeinflussen werden.[997] Ob und inwieweit von den neuen Technologien allerdings eine disziplinierende Wirkung ausgeht ist im Einzelfall zu beurteilen. Vorliegend konnte festgestellt werden, dass die Post zwar mit einem Mengenrückgang konfrontiert ist. Dies hat aber zu

[992] Vgl. RPW 2014/4, 682 Rz 91, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; 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).
[993] Act. 821 Rz 368.
[994] Act. 821 Rz 369.
[995] Act. 821 Rz 371.
[996] BGer 2A.327/2006 des Bundesgerichts vom 22. Februar 2007, E. 7.3.5.
[997] BGE 139 I 72, 96 E. 9.2.3.5.

keiner Preissenkung, sondern eher zu einer tendenziellen Preissteigerung geführt. Wahrscheinlich ist zudem, dass bei weiterhin rückläufigem Briefversandvolumen in Zukunft auch strukturelle Anpassungen des Geschäftsmodells denkbar sind. Dennoch hat dieser Strukturwandel keinen direkten Einfluss auf das Wettbewerbsverhalten der Post gegenüber Mitkonkurrenten oder Kunden. Eine kartellrechtlich relevante Disziplinierung durch die von der Post ins Feld geführte E-Substitution kann daher ausgeschlossen werden.

B.4.2.4 Zwischenergebnis

812. Die Post verfügt auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung.

B.4.2.5 Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben (Art. 9 Abs. 4 KG)

B.4.2.5.1 Selbständige Feststellung der Marktbeherrschung

813. Wie erwähnt, erfolgt die Marktabgrenzung und die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung stets im Hinblick auf eine untersuchte unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG und die entsprechende Zeitperiode hin. In casu betrifft dies die Zeitperiode vom 1. Juli 2009 bis zum 31. Dezember 2014. Dies schliesst entsprechend der WEKO-Praxis nicht aus, dass die Marktbeherrschung dennoch auch für die Zukunft Wirkung entfaltet und im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG wirksam ist. Vorliegend soll die Marktbeherrschung gestützt auf Art. 25 VwVG explizit auch für die Gegenwart (zum Zeitpunkt des Entscheids) und darüber hinaus festgestellt werden. Nachfolgend ist zu prüfen, ob dies im Lichte der bisherigen Rechtsprechung möglich ist.

814. Das Bundesverwaltungsgericht hat kürzlich die isolierte Feststellung der Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG abgelehnt.[998] Einerseits habe sich das Dispositiv auf die Rechtsfolge zu beschränken, d. h. die Anordnung einer Sanktion oder der Verzicht auf eine solche. Andererseits fehle es an einer entsprechenden rechtlichen Grundlage im Kartellverwaltungsverfahren. Denn im Rahmen von Art. 30 KG könne nur über die zu treffenden Massnahmen entschieden werden, während reine Feststellungen im Anschluss an die kartellrechtliche Untersuchung nicht auf Art. 30 KG gestützt werden können. Zwar finde Art. 25 VwVG, wonach eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen kann, grundsätzlich Anwendung, setze aber ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus, welche konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Da es im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht zu einer Verurteilung aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kam, könne mangels eines schutzwürdigen Interesses an der isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eine entsprechende Feststellung jedoch auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden. Denn laut Bundesverwaltungsgericht kann die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Es sei deshalb ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr müsse das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden. Aus denselben Gründen bedürfe «es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung».

815. Das Bundesverwaltungsgericht stützte sich bei diesem Entscheid hauptsächlich auf das Urteil des Bundesgerichts im Fall Mobilfunkterminierung ab.[999] Das Bundesgericht vertrat indes keine derart strikte Haltung, wie nachfolgend aufgezeigt wird. Insbesondere ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Zusammenhang mit dem Fall Mobilfunkterminierung zu lesen, bei welchem es um die Beurteilung eines zum Zeitpunkt des WEKO-Entscheids lange abgeschlossenen und auf damaligen anderen Marktverhältnissen beruhenden Sachverhalt ging. Auch gemäss Bundesgericht ist zur Anwendung von Art. 25 VwVG jedoch erforderlich, dass einerseits ein schutzwürdiges (öffentliches) Feststellungsinteresse vorliegt und andererseits dieses Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann.[1000] Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass dies nicht der Fall sei, da das strittige Sanktionsverfahren ausdrücklich auf einen festen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begrenzt war, sich die Marktverhältnisse verändert hatten und für die kartellrechtliche Überprüfung der späteren Sachverhalte neue Untersuchungen mit Ermittlung der Marktstellung hätten durchgeführt werden müssen.[1001] Wörtlich führt das Bundesgericht aus, dass in dem damaligen Fall eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG (vgl. dazu RPW 2005 S. 555 f.) nicht in Frage stehe[1002]; ohnehin würde sich die Marktbeherrschung für den hier fraglichen Zeitraum nicht ohne weiteres auf spätere Unternehmenszusammenschlüsse auswirken, womit dahingestellt bleiben könne, wieweit insofern überhaupt ein selbständiger Feststellungsentscheid zulässig wäre. Hieraus kann abgeleitet werden, dass das Bundesgericht davon ausgeht, dass eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG auslöst, wenn die festgestellte Marktbeherrschung sich auch auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse auswirkte bzw. auswirkenkann. Da aufgrund der Marktverhältnisse und der starken Marktstellung der Post auch in den kommenden Jahren damit zu rechnen ist, dass die festgestellte Marktbeherrschung weiterbesteht, würde sich

[998] Urteil des BVGer B-7633-2009 vom 14.9.2015, E. 8, *Swisscom AG/WEKO*.
[999] BGE 137 II 199 (= RPW 2011/3, 440 ff, *Terminerungspreise Mobilfunk)*.
[1000] BGE 137 II 199, 218 f. E. 6.5 f. (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5 f.), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.
[1001] BGE 137 II 199, 219 E. 6.5.1 (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5.1.), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.
[1002] BGE 137 II 199, 219 f. E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5.2), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

somit die festgestellten Marktbeherrschung auch auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse auswirken, weshalb sich eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG rechtfertigt.

816. Das Bundesgericht stellte jedoch mit Verweis auf einen Entscheid der damaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) noch explizit fest, dass im zu beurteilenden Fall insbesondere keine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG in Frage stand.[1003] Zudem war die REKO/WEF im vom Bundesgericht genannten Entscheid zum Schluss gekommen, «dass unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig [erscheint], wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterstellt werden soll».[1004] Die REKO/WEF kam in einem späteren Entscheid ebenfalls zum Ergebnis, dass gestützt auf Art. 25 VwVG «die verfügungsweise Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zulässig ist, wenn im Rahmen der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörde nach Kartellgesetz im Einzelfall ein spezifisches öffentliches Interesse an einer solchen Feststellung auszumachen ist (effektive Erweiterung der Meldepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen vor allem in hoch konzentrierten Märkten, Bedürfnis nach Klärung der Verhaltensspielräume insbesondere bei Märkten mit wenig Tendenz zur Erosion von Marktmacht)».[1005]

817. 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 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. 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.[1006]

818. Es entspricht damit dem Willen des Gesetzgebers, und es kann grundsätzlich in gewissen Fallkonstellationen ein öffentliches schutzwürdiges Interesse an der eigenständigen bzw. separaten Feststellung der Markbeherrschung eines Unternehmens bestehen, wenn dieses Unternehmen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll und die Markbeherrschung über den Zeitpunkt der Verfügung hinweg andauert.

819. Zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann es zudem keine Rolle spielen, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen, welches der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG unterstellt werden soll, im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhalten hat oder nicht (vgl. Rz 816). Die Unterstellung eines marktbeherrschenden Unternehmens unter die fusionsrechtliche Meldepflicht ist nicht nur angezeigt, wenn die weitere Prüfung ergibt, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen unzulässig nach Massgabe von Art. 7 KG verhalten hat, sondern auch, falls die Untersuchung im Ergebnis mangels Vorliegens sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 KG eingestellt wird.[1007] Zudem kann die separate Feststellung aber gerade auch im Hinblick auf Beschwerdeverfahren notwendig sein. Denn es ist denkbar, dass das Bundesverwaltungsgericht anders als die WEKO eine missbräuchliche Verhaltensweise zwar verneint, jedoch die Marktbeherrschung eines Unternehmens stützt, welche andauert und daher für zukünftige Zusammenschlusskontrollverfahren im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG relevant ist. Da das Bundesverwaltungsgericht in der Regel die Verfügung lediglich aufhebt, würde dies dazu führen, dass die WEKO ihre vom Gesetzgeber vorgesehenen und bei Marktbeherrschung sinnvollen Prüfungsbefugnisse in der Zusammenschlusskontrolle in diesen Fällen nicht ausüben könnte. Dies obwohl die marktbeherrschende Stellung in einem Verfahren umfassend abgeklärt und bewiesen worden ist. Wie erwähnt, kann es nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, aus wettbewerblicher Sicht relevante Zusammenschlüsse nur dann zu prüfen, wenn zusätzlich zur Marktbeherrschung auch ein missbräuchliches Verhalten vorlag und die WEKO eine Sanktion ausgesprochen oder Massnahmen verhängt hat.

820. Für die in Frage stehenden Postmärkte besteht aus den nachfolgenden Gründen ein derartiges öffentliches Interesse an der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.

821. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Post aktuell eine marktbeherrschende Stellung in mehreren Märkten für nationale adressierte Briefsendungen innehat. Wie dargestellt wurde, ist der Wettbewerb in den Märkten für nationale adressierte Briefsendungen von Geschäftskunden noch gering, und es ist bislang mit Quickmail nur ein Wettbewerber tätig. Da Quickmail bei weitem keinen Umsatz erzielt, der auch nur annähernd eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG auslösen würde, besteht

[1003] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff., 556 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*, m.w.H.
[1004] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff., 556 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*, m.w.H.
[1005] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2016/3, 708 ff. E. 4.2.3. f.; BSK KG-BILGER (Fn 718), Art. 39 KG N 56.
[1006] BBl 1995 I 468, 581.
[1007] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff. E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

sogar die Möglichkeit, dass die Post Quickmail übernehmen und somit jeglichen Wettbewerb im Markt beseitigen kann, ohne auch nur meldepflichtig zu werden. Diese Möglichkeit besteht aber nicht nur in den hier untersuchten, sondern gerade auch in vor-/nachgelagerten und v. a. benachbarten Märkten, welche durch Art. 9 Abs. 4 KG ebenfalls erfasst werden. Zu denken ist beispielsweise an die Märkte für adressierte Briefsendungen für Privatkunden oder auch an Märkte für internationale Sendungen. Als Beispiele für relevante benachbarte Märkte können auch diejenigen für unadressierte Briefsendungen angeführt werden (vgl. Rz 752). So können Überschneidungen in der Leistungserbringung bei der Zustellung adressierter und unadressierter Sendungen bestehen, hauptsächlich bei der Verteilung. Quickmail arbeitete denn auch in der Vergangenheit mit Partnern zusammen, welche unadressierte Sendungen zustellen (vgl. Rz 751). Die Post hat ihre bereits starke Stellung mit «Promopost» im Bereich der unadressierten Briefsendungen in den letzten Jahren durch Zukäufe kontinuierlich ausgebaut (vgl. auch Rz 752).[1008] Dies erfolgte zumindest in einem Fall gemäss Ausführungen von Quickmail zu Lasten ihrer Haushaltsabdeckung. Diese Akquisitionen waren nicht meldepflichtig, da die von der Post übernommenen Unternehmen die Umsatzschwelle nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG jeweils nicht erreichten.

822. Weiter ist zu beachten, dass es gerade Ziel der Deregulierung im Postmarkt ist, Wettbewerb zu schaffen. Dieses Ziel könnte allerdings durch die Post aufgrund der für die aktuellen Wettbewerbsverhältnisse zu hohen Meldeschwellen in Art. 9 Abs. 1 KG konsequent dadurch unterminiert werden, dass noch verbleibende kleinere Zustellunternehmen aufgekauft würden. In der Vergangenheit hat dies die Post auch entsprechend schon regelmässig getan (vgl. Rz 751 f.).

823. Aufgrund dieser Ausgangslage wurde die Post bereits bei der Untersuchungseröffnung darauf hingewiesen, dass eine marktbeherrschende Stellung unabhängig vom Vorliegen eines Missbrauchs festgestellt werden soll, wenn die Untersuchung eine solche ergeben sollte.[1009]

824. 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 Post auf den Märkten für nationale adressierte Briefsendungen von Vertragskunden gegeben. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 KG ist daher in der vorliegenden Verfügung die aktuell bestehende marktbeherrschende Stellung der Post für die abgegrenzten Märkte separat im Dispositiv festzustellen.

B.4.2.5.2 Berücksichtigung der Monopolmärkte

825. Entsprechend der vorgenommenen Marktabgrenzung (Rz 721) sind in einem der Märkte (Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden) auch die Briefsendungen unter 50 Gramm enthalten. Es stellt sich somit die Frage, ob die Feststellung der Marktbeherrschung im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG auch für diese Märkte zulässig ist.

826. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Dies ist für die adressierten Briefsendungen unter 50 Gramm der Fall. Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeuten vorbehaltene Vorschriften, dass die gesetzlich ausgeschlossenen materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Art. 5, 7 und 9 KG) grundsätzlich nicht anwendbar sind.

827. Dies bedeutet allerdings nicht, dass im Hinblick auf eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG für benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte, die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung automatisch ausgeschlossen ist. Für die Märkte und einzelnen Verhaltensweisen, welche von den vorbehaltenen Vorschriften erfasst sind, sollen die Regeln zur Zusammenschlusskontrolle nicht zur Anwendung kommen, sofern sie überhaupt von Relevanz sind (im Monopolbereich). Die einem Monopolmarkt vor-, nachgelagerten oder benachbarten Märkte sind aber (wie vorliegend) meist keinen vorbehaltenen Vorschriften unterstellt, das heisst, auf diesen Märkten soll Wettbewerb herrschen. So hat der Gesetzgeber der Post zwar das Monopol zur Beförderung von Briefsendungen unter 50 Gramm zur Finanzierung der Grundversorgung eingeräumt, jedoch soll auf benachbarten Märkten – zum Beispiel für adressierte Briefsendungen über 50 Gramm, für Schnellpostbriefsendungen oder für unadressierte Sendungen – Wettbewerb herrschen.

828. Daher können zwar auf Märkten mit vorbehaltenen Vorschriften die materiellen Regeln der Art. 5, 7 und 9 KG nur in dem Umfang wie der Vorbehalt gilt (vorliegend lediglich hinsichtlich der Zustelltätigkeit bis 50g und der damit verbundenen Preissetzung) nicht angewandt werden. Unter den Vorbehalt fällt hingegen die Tätigkeit, andere Unternehmen zu erwerben, gerade nicht. Daher muss es aufgrund des Zwecks des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 4 KG möglich sein, für diese Märkte eine Marktbeherrschung nach Art. 4 Abs. 2 KG eigenständig festzustellen, um eine Meldepflicht für benachbarte, vor- oder nachgelagerte Märkte zu begründen. Denn Art. 3 Abs. 1 KG soll den Wettbewerb und das Eingreifen der Wettbewerbsbehörden – insbesondere die Zusammenschlusskontrolle – nur für die von vorbehaltenen Vorschriften erfassten Verhaltensweisen ausschliessen, hingegen nicht für andere Verhaltensweisen. Da bei Vorliegen eines Monopols in einem Markt eine reelle Gefahr der Ausdehnung der Marktmacht in vor- und nachgelagerte sowie benachbarte Märkte auch durch Zusammenschlüsse besteht, muss es möglich sein, gestützt auf Art. 25 VwVG – gegebenenfalls auch in einem eigenen Verfahren – eine marktbeherrschende Stellung auch für einen Monopolmarkt festzustellen und damit die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu begründen.

829. Daher ist es zulässig und angezeigt, die Marktbeherrschung vorliegend auch für die Märkte für nationale adressierte Briefsendungen unter 50 Gramm festzustellen.

[1008] Vgl. zuletzt Act. 684; […].
[1009] Act. 160, S. 3 f.

830. Vorliegend ist es aufgrund des reservierten Bereichs unstrittig, dass die Post über ein rechtliches Monopol verfügt und in diesem Bereich als marktbeherrschend einzustufen ist. Auch im nichtreservierten Bereich ist die Post bei Einzelsendungen ohne Weiteres als marktbeherrschend einzustufen, da keine aktuellen Wettbewerber existieren. Auch im Bereich der Massensendungen über 50 Gramm wurde eine marktbeherrschende Stellung der Post festgestellt.

B.4.2.6 Vorbringen der Post

831. Die Post bestreitet, dass vorliegend ein zwingend erforderliches öffentliches Feststellungsinteresse besteht.[1010] Zudem interpretiert sie das bereits zitierte Bundesverwaltungsgerichtsurteil dahingehend, dass eine isolierte Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für spätere Zeiträume nicht möglich sei.

832. Hierzu ist anzumerken, dass es nicht darum geht, für zukünftige Sachverhaltsabklärungen eine marktbeherrschende Stellung bereits heute festzuschreiben. Es ist offensichtlich, dass für zukünftige Untersuchungen und Unternehmenszusammenschlüsse im konkreten Einzelfall die Marktstellung neu zu beurteilen sein wird. Hingegen kann eine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Hinblick auf eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG durchaus angebracht sein, wenn künftige Zukäufe «unter dem Radar der Fusionskontrolle» geprüft werden sollen. In der Vergangenheit sind solche Zukäufe durch die Post bereits getätigt worden, ohne dass die WEKO hätte einschreiten können.[1011] Zudem lässt sich aus dem Urteil des Bundesgerichts ableiten, dass es davon ausgeht, dass eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung immer dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG auslöst, wenn die festgestellte Marktbeherrschung sich auch auf zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse auswirkt.[1012] Dies ist vorliegend der Fall, da die marktbeherrschende Stellung der Post nach wie vor Bestand hat und sich auch nach wie vor auf den Markt auswirkt. Dies bedeutet allerdings auch, dass in einem allfälligen Zusammenschlussvorhaben die Marktstellung erneut zu prüfen ist und hierbei keineswegs lediglich auf die bereits festgestellte marktbeherrschende Stellung abgestellt werden könnte. Die von der Post vorgebrachte Argumentationslogik verfängt daher nicht.

833. Die Post bringt weiter vor, dass der reservierte Dienst gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vom Anwendungsbereich des KG ausgenommen sei.[1013] Der Gesetzgeber habe in diesem Bereich den Wettbewerb ausgeschlossen und eine alternative Marktordnung geschaffen, weshalb jegliche Kompetenz der Wettbewerbsbehörden entfalle, Feststellungen über die Stellung der Post auf diesem Markt zu treffen. Weiter stellt die Post eine singuläre Betrachtung an und argumentiert, dass eine Meldepflicht für Unternehmen, die in einem gesetzlich reservierten Bereich tätig sind, vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sei und schliesst fälschlicherweise darauf, dass damit durch die Hintertüre eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG für Monopolbetriebe eingeführt werden soll.

834. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, lediglich vorbehalten. Dies bedeutet, dass sich an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 KG grundsätzlich nichts ändert. Diese Vorbehalte sind insoweit zu beachten, als dass sie den vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck des Vorbehalts nicht entgegenstehen. Im vorliegenden Fall ist eine Unterstellung von Zusammenschlussvorhaben, welche den nicht reservierten Bereich betreffen, diesem aber vor-, nachgelagert oder benachbart sind, beabsichtigt. Eine solche Unterstellung tangiert die vom Gesetzgeber im Rahmen des PG gemachten Vorbehalte in keiner Weise, weshalb die Unterstellung unter eine Meldepflicht durch die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nicht vom Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG erfasst ist. Die Ausführungen der Post hierzu sind daher unbeachtlich.

B.4.3 Unzulässige Verhaltensweisen

835. 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.[1014]

836. 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 anderen z.B. vor- bzw. nachgelagerten oder benachbarten Markt materialisiert. 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.[1015]

[1010] Act. 821 Rz 472 ff.

[1011] Vgl. Übernahme AWZ-Gruppe: https://syndicom.ch/aktuell/artikel/uebernahme-zustellgeschaeft-der-awz-gruppe-durch-die-post-die-post-muss-jetzt-mit-syndicom-in-gav-ve/; Übernahme Direct Marketing Groupe https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/medien/medienmitteilungen/2012/direct-marketing-post-uebernimmt-verbleibende-anteile-der-dmc-gruppe; Übernahme Epsilon SA: https://www.tamedia.ch/de/gruppe/newsroom/medienmitteilungen/die-post-uebernimmt-verbleibende-anteile-der-epsilon-sa.

[1012] BGE 137 II 199, 219 f. E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 440 ff., 449 E. 6.5.2), *Terminierungspreise im Mobilfunk*.

[1013] Act. 821 Rz 477.

[1014] RPW 2010/1, 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*.

[1015] BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569.

837. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d.h. 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 Verbraucher unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.[1016]

838. 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[1017], die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.[1018]

839. 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.[1019] 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.[1020]

840. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe»[1021] festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. 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.[1022]

841. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat die Post ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie die Marktgegenseite diskriminiert und hierdurch benachteiligt sowie Unternehmen in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert hat.

B.4.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern

842. Es wird nachfolgend geprüft, ob die Post durch die Ausgestaltung und Anwendung ihrer Preissysteme Vertragskunden in unzulässiger Weise ungleich behandelt hat und damit den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt hat.

B.4.3.1.1 Rechtliche Grundlagen

843. Als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht. Der kartellrechtlich unzulässige 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[1023]:

(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).

844. **Ungleichbehandlung**: Die Literatur und Praxis unterscheidet zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet,[1024] und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden[1025]. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.[1026] Das

[1016] BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

[1017] Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahn AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission*.

[1018] BGE 139 I 72, 103 f. E. 10.1.2 (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

[1019] Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570.

[1020] Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, *Produktebündel «Talk & Surf»*.

[1021] BGE 139 I 72 (= RPW 2013/1, 114), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[1022] 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*.

[1023] Vgl. RPW 2014/4, 688 f. Rz 138, *Preispolitik SDA*; 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)*.

[1024] Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

[1025] Vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 244, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

[1026] MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 206.

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.[1027]

845. **Handelspartner**: Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Diskriminierung betroffen sein.[1028] Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Diskriminierung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, das heisst Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind.[1029]

846. **Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung**: Zumindest von einem Teil der Literatur wird zudem gefordert, dass sich eine Diskriminierung im Markt auswirkt und zu einem Wettbewerbsnachteil bei den betroffenen Handelspartnern führt.[1030] Die Notwendigkeit eines solchen Nachteils kann aus Art. 7 Abs. 1 KG abgeleitet werden, wonach gefordert wird, dass durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Diese Haltung entspricht auch der bisherigen Praxis der WEKO und der REKO/WEF.[1031] 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 zusätzlich 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.[1032]

847. **Rechtfertigungsgründe**: Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe (legitimate business reasons[1033]) gerechtfertigt sein. Dabei kann zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen unterschieden werden.[1034] Die Praxis der WEKO nimmt diesbezüglich auch Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.[1035]

848. Als objektive Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze»[1036]) in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist.[1037] Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde.[1038] Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob der betroffene Handelspartner im Wettbewerb mit Dritten in unbilliger, das heisst in sachlich nicht gerechtfertigter Weise, benachteiligt wird.[1039]

849. Als Rechtfertigungsgründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.[1040] Dabei können gegebenenfalls die Kriterien von Art. 5 Abs. 2 KG analog herangezogen werden.

850. Eine sachliche Rechtfertigung kommt 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»).[1041]

B.4.3.1.2 Relevante Lehre und Praxis

851. Während die Tatbestandsmerkmale der Betroffenheit von Handelspartnern weitgehend als klar erscheint, werden die Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung, der Behinderung von Wettbewerbern bzw. der Benachteiligung der Marktgegenseite sowie zulässige Rechtfertigungsgründe für eine Diskriminierung in Lehre und Praxis unterschiedlich behandelt. Hierbei besteht in der Lehre insbesondere Uneinigkeit, ob sich der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von

[1027] RPW 2014/4, 689 Rz 139, *Preispolitik SDA*; 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).*

[1028] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 215.

[1029] BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2 (= RPW 2013/1, 131 f. E. 10.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 689 Rz 141, *Preispolitik SDA*.

[1030] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 216.

[1031] Vgl. RPW 2005/3, 505 E. 5.4.1, *Swisscom AG Swisscom Fixnet AG/WEKO*; RPW 2008/3, 385 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2009/3, 166 f. Rz 322 ff., *Preispolitik ADSL*.

[1032] 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*.

[1033] Vgl. oben, Rz 840.

[1034] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 65 ff.

[1035] Vgl. RPW 2011/1, 165 Rz 408, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

[1036] Vgl. BOTSCHAFT 95, BBl 1995 I 468, 569.

[1037] Vgl. Mitteilung der Kommission – Erläuterungen 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. 7 ff., Rz 28 ff., nachfolgend «Prioritäten-Mitteilung».

[1038] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5., *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG*; vgl. auch RPW 2008/4, 579 Rz 174 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

[1039] BBl 1995 468, 572.

[1040] Vgl. RPW 2004/3, 798 ff., Rz 69 ff., *Ticketcorner; Prioritäten-Mitteilung* (Fn 1037), Rz 30. Vgl. zum Ganzen ausführlich); BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 63 ff.

[1041] RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG sowohl auf die Behinderung von Wettbewerbern (primary-line discriminiation) als auch auf die Benachteiligung der Marktgegenseite (secondary-line discriminiation) im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bezieht. Hinsichtlich der Realisierung einer Benachteiligung der Marktgegenseite stellt sich zudem die Frage des Umfangs und des Nachweises einer möglichen oder tatsächlichen Benachteiligung.

a. Lehre in der Schweiz

852. AMSTUTZ/CARRON vertreten die Auffassung, dass der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nur auf die Diskriminierung von Handelspartnern auf nachgelagerten Märkten, ohne dass letztere vom Marktbeherrscher konkurrenziert werden, anwendbar ist.[1042] Deshalb setze gemäss dieser vertretenen Auffassung ein auf Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gestütztes Verbot immer eine Schädigung der Konsumentenwohlfahrt voraus.[1043] Aus der Tatsache, dass im Zentrum der Diskriminierung von Konkurrenten im Grunde nicht die Ungleichbehandlung steht, da sie lediglich ein Vehikel darstelle, um einen Verdrängungseffekt zu erzielen, schliessen sie, dass eine so genannte «primary-line discriminiation»[1044] grundsätzlich kein Fall von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist, sondern immer nach den Regeln zu behandeln ist, die auf den mit diesem Verhalten realisierten Verdrängungstypus Anwendung findet. E contrario schliessen die Autoren, dass Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ausschliesslich auf die Ungleichbehandlung von Kunden des Marktbeherrschers anwendbar ist, wobei derjenige Kunde, der in einer vergleichbaren Situation einen höheren Preis zu entrichten hat oder schlechtere Geschäftsbedingungen erhält, einen wettbewerblichen Nachteil gegenüber dem anderen Kunden hat.[1045]

853. CLERC/KËLLEZI sehen sowohl die «primary-line discrimination» als auch die «secondary-line discrimination» als Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG an[1046], wobei eine «primary-line discriminiation» auch weitere Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG (wie z.B. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) erfüllen kann.[1047] Weiter ist gemäss den Autorinnen für das Vorliegen eines Verstosses gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG das kumulative Vorliegen einer direkten oder indirekten Diskriminierung von Handelspartnern, eine daraus folgende Einschränkung des Wettbewerbs (oder eine Benachteiligung der Marktgegenseite) im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG sowie die Abwesenheit von legitimen Rechtfertigungsgründen erforderlich.[1048]

854. Hinsichtlich des von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG geforderten Ausmasses des Wettbewerbsnachteils bei diskriminierendem Verhalten gegenüber Handelspartnern (insb. Kunden) ist sich die Lehre gemäss AMSTUTZ/CARRON uneins.[1049] Im Zentrum der Frage steht daher, ob zur Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG eine wettbewerbsschädigende Wirkung nachgewiesen werden muss, oder ob eine solche bereits per se durch ein diskriminierendes Verhalten vorliegt.[1050] In diesem Spannungsfeld sehen AMSTUTZ/CARRON betreffend das Vorliegen eines Verstosses gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG drei denkbare Positionen:[1051]

a. Es muss eine Diskriminierung eines Handelspartners vorliegen, die dazu führt, dass er einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu seinen Konkurrenten erleidet. Demnach ist Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nur dann einschlägig, wenn die betroffenen Handelspartner untereinander in Wettbewerb stehen.

2. Es muss eine Diskriminierung eines Handelspartners vorliegen, wobei auf das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils aus den konkreten Umständen, wie sie sich auf den von der Diskriminierung betroffenen Märkten vorfinden lässt, gefolgert werden kann. «*Beispielsweise hat das Vorliegen einer gravierenden (Kaufpreis-)Diskriminierung in Verbindung mit Vertragsklauseln, die Arbitrage auf dem entsprechenden Markt effektiv ausschlossen, die europäischen Wettbewerbsbehörden dazu verleitet, auf das Vorhandensein eines Wettbewerbsnachteils zu erkennen*.»

3. Das Vorliegen einer Diskriminierung führt quasi automatisch zu einem Wettbewerbsnachteil.

855. AMSTUTZ/CARRON verzichten allerdings auf den Bezug einer Stellung zugunsten der einen oder anderen Position und schlagen vor, mit einem offenen Rahmen zu arbeiten, der auf den folgenden Leitsätzen beruht:[1052] (1) Da es keine allgemeingültige ökonomische Erklärung gebe, die es erlauben würde, vom Vorliegen einer Diskriminierung automatisch auf das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils bei einem oder mehreren betroffenen Handelspartnern zu schliessen, sei das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils im konkreten Einzelfall darzutun. (2) Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gründe – der allgemeinen Regel entsprechend – auf der Existenz eines Kausalzusammenhangs zwischen der Diskriminierung und dem Wettbewerbsnachteil. Ein solcher könne nur bestehen, wenn die betroffenen Geschäftspartner untereinander in Wettbewerb stehen würden und sich der von einigen unter ihnen erlittene Nachteil spürbar auf ihre Wettbewerbsfaktoren niederschlage. Hierbei sei die Prüfung von Rechtfertigungsgründen nicht mit der Nachteilsprüfung substituierbar, da letztere nur die ökonomischen Einbussen, die ein Handelspartner erfahre, messe, aber nicht festlege, ob dieser (individuelle) Nachteil den wirksamen Wettbewerb bzw. die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtige. Nur die Analyse der objektiven Rechtfertigungsgründe könne diese Funktion erfüllen.

[1042] MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 155.
[1043] BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 156.
[1044] Primary-line discriminiation wird umschrieben als die Diskriminierung von Konkurrenten des Marktbeherrschers, BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 201 ff.
[1045] BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 204.
[1046] EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. Z II KG N 93.
[1047] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1046), Art. 7 II KG N 94.
[1048] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1046), Art. 7 II KG N 89.
[1049] BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 216 f.
[1050] BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 217.
[1051] BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 218.
[1052] BSK-KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1042), Art. 7 KG N 219.

856. CLERC/KËLLEZI kommen zum Schluss, dass derjenige Handelspartner, der von einer diskriminierenden Praxis betroffen sei, notwendigerweise einen Wettbewerbsnachteil gegenüber seinen Wettbewerbern erleide.[1053] «La condition relative au désavantage des partenaires commerciaux prévue par l'art. 7 I LCart est considérée comme satisfaite sans autre examen».[1054] Hierbei beziehe sich der Nachteil der Handelspartner auf einen Wettbewerbsnachteil, den diese erleiden; wenn ein solcher Nachteil nicht notwendigerweise gegeben ist, muss sich die Wettbewerbsanalyse auf den Mechanismus stützen, der einen solchen Wettbewerbsnachteil hervorbringen kann und das Risiko, dass hieraus eine Wettbewerbsverzerrung resultieren kann: der wirksame Wettbewerb müsse hierbei in signifikanter Weise behindert sein.[1055] Zuerst müssten sich die diskriminierten Handelspartner mit einer Gruppe von Handelspartnern, gegenüber welchen sie in ungleicher Weise behandelt würden, in einer Wettbewerbssituation befinden. Zudem müsse der hierdurch entstandene Nachteil substantiell sein: wenn beispielsweise die Preisdifferenz, die der benachteiligte Handelspartner zu tragen hat, nur einen geringen Teil seiner Kosten ausmache, erleide er nach Auffassung von CLERC/KËLLEZI keinen Wettbewerbsnachteil im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG.[1056]

857. BORER sieht für ein marktbeherrschendes Unternehmen keine formale Gleichbehandlungspflicht gegenüber Marktpartnern, sondern es könnten sich durchaus ökonomisch vernünftige Gründe ergeben, welche die unterschiedliche Behandlung der Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens rechtfertigen könnten.[1057] Darunter würden nicht nur betriebswirtschaftliche, sondern auch strategische Gründe fallen, die beispielsweise darauf abzielen würden, mittels Preisdifferenzierung einen neuen Markt zu erschliessen oder die Marktstrukturen auf einem bestehenden Markt aufzuweichen. Er geht hingegen davon aus, dass Preisdifferenzierungen durch Rabattsysteme, die nicht besondere wirtschaftliche Leistungen des Abnehmers (im Wesentlichen geht es dabei um Mengen) durch den Rabatt abgelten, unzulässig sind.[1058] So seien Rabatte, die ein Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt bevorzugen, unzulässig, wenn die Auslöseschwellen der verschiedenen Rabattstufen verbunden mit den Rabattsätzen dazu führten, dass der Vorteil des Rabatts oder des höheren Rabattsatzes gewissen Marktpartnern vorbehalten werden, so dass ihnen ein nicht durch eine entsprechende Kostensenkung gerechtfertigter Vorteil zukomme.[1059] Unter diesem Blickwinkel sind gemäss BORER insbesondere Treuerabatte, aber unter bestimmten Umständen auch Jahresumsatzrabatt und Zielrabatte als kartellrechtlich bedenklich anzusehen.[1060] Allen drei Systemen sei in der Regel gemeinsam, dass sie zum Vorteil des marktbeherrschenden Unternehmens gewisse Sogwirkungen erzeugten, welche die Abnehmer dazu bewegen würden, ihren gesamten Bedarf beim marktbeherrschenden Unternehmen einzudecken. Auch wenn aus der Sicht des Abnehmers ein derartiges Rabattsystem nicht ohne Weiteres negativ beurteilt würde, sei nicht zu übersehen, dass damit insbesondere aktuelle oder potentielle Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens behindert würden. Gemäss BORER sind qualitative Rabatte wie Treuerabatte zulässig, sofern damit echte Leistungen honoriert werden und die Möglichkeit nicht eingeschränkt wird, Konkurrenzprodukte zu führen. Quantitative, an Mengen orientierte Rabatte liessen sich wettbewerblich dann nicht beanstanden, wenn sie durch das Tätigkeitsvolumen des Unternehmens oder durch Skalenerträge gerechtfertigt werden könnten. Immer sei bei der Ausgestaltung des Rabattsystems, insbesondere bei der Festlegung der Rabattstufen auf Transparenz und die Nichtdiskriminierung der verschiedenen Abnehmer zu achten.[1061]

b. Praxis in der Schweiz

858. In der Praxis der WEKO wurde in der Untersuchung «ErfahrungsMedizinisches Register (EMR): Eskamed AG» aufgrund des Tatbestands der Diskriminierung ein Verstoss gegen Art. 7 KG festgestellt.[1062] Hierbei wurden die Eintragungsbedingungen für Erwerbstätige in Heilberufen in das für die Abrechnung gegenüber Krankenkassen von Eskamed AG betriebene Register auf ihren diskriminierenden Charakter untersucht. Da eine Nichteintragung einen Ausschluss der Abrechnungsmöglichkeiten bei den Krankenkassen nach sich zog, zogen die festgestellten Diskriminierungen automatisch einen Wettbewerbsnachteil der nicht eingetragenen Personen gegenüber den eingetragenen Personen nach sich.

859. Im Fall «Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern» zielte die von Publigroupe praktizierte Diskriminierung durch vereinzelte Einräumung von Exklusivrabatten darauf ab, bestimmte Werbevermittler von der Kommissionierung auszuschliessen, weshalb diese bereits aus sachlichen Gründen einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu anderen Werbevermittlern erlitten.[1063]

860. Die Untersuchung «Publikationen von Arzneimittelinformationen» hatte die Diskriminierung von Kunden der Documed AG (nachfolgend: Documed) bei Preisen für die Publikation von Arzneimittelinformationen zum Gegenstand.[1064] Im Rahmen einer einvernehmlichen

[1053] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1046), Art. 7 II KG N 98 mit Verweis auf den WEKO-Entscheid RPW 2007/2 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* (vgl. nachfolgend Fn 1063).
[1054] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1046), Art. 7 II KG N 98 mit Verweis auf den WEKO-Entscheid RPW 2007/2 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* (vgl. nachfolgend Fn 1063).
[1055] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1046), Art. 7 II KG N 98.
[1056] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1046), Art. 7 II KG N 98.
[1057] JÜRG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 16.
[1058] JÜRG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17.
[1059] JÜRG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17 mit Verweis auf RPW 2004/2 439 f*., Swisscom ADSL* und RPW 1998/4, 676, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge.*
[1060] JÜRG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17 mit Verweis auf RPW 1998/4, 676, Telecom PTT-Fachhändlerverträge.
[1061] JÜRG BORER, Kommentar KG, 2005, Art. 7 KG N 17.
[1062] RPW 2004/2, 449, *ErfahrungsMedizines Register (EMR): Eskamed AG*.
[1063] RPW 2007/2, 218 Rz 196, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; BGE 139 I 72 B.c sowie E. 10.
[1064] RPW 2008/3, 399 Rz 143 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen.*

Regelung kam die WEKO zum Schluss, dass die Besserstellung von Pharmaunternehmen der Produktgruppe 6 (Grosskunden), da ihnen zusätzliche Verhandlungsmöglichkeiten eingeräumt wurden, diskriminierend sei.[1065] Zudem hatte Documed Pharmaunternehmen, deren Arzneimittelinformationstext unverändert aus dem Vorjahr übernommen wurde, denselben Preis verrechnet wie denjenigen Pharmaunternehmen, deren Arzneimittelinformationstext angepasst werden musste, wodurch letztere gegenüber ersteren diskriminiert wurden.[1066] Nicht geprüft wurde hingegen, ob den Wettbewerbern untereinander ein Nachteil entstanden ist, der über denjenigen, der aus der Ungleichbehandlung resultiert, hinausgeht. Die WEKO hatte in diesem Fall zusätzlich geprüft, ob Documend unangemessene Preise erzwungen hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), unzulässige Kopplungsgeschäfte getätigt hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) oder unzulässigerweise Geschäftsbeziehungen verweigert hat (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und ist zum Schluss gekommen, dass keines der weiteren Tatbestandsmerkmale erfüllt sei.[1067] Documed AG wurde daher im Rahmen der einvernehmlichen Regelung basierend auf einen Verstoss gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG eine Verwaltungssanktion auferlegt. Hierbei wurde nicht geprüft, ob ein Nachteil vorliegt, der über denjenigen hinausgeht, der einer diskriminierenden Ungleichbehandlung von Handelspartnern inhärent ist.

861. In der Untersuchung «Preispolitik Swisscom ADSL» wurde die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere zum Nachteil von Wettbewerbern, die auch Nachfrager nach Vorleistungsprodukten waren, von der WEKO als Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG qualifiziert.[1068] Da aufgrund der zu geringen Preisdifferenz zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis für Nachfrager von Vorleistungsprodukten keine ausreichende Marge bestand, war die wettbewerbsbehindernde Wirkung der Diskriminierung, welche diese gegenüber dem integrierten Unternehmen Swisscom zu erleiden hatten, offensichtlich.[1069] Allerdings handelte es sich hierbei um eine «primary-line-discrimination». Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Sachverhalt allerdings als eigenständigen Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 1 KG qualifiziert, ohne die Tatbestandsmerkmale der Beispieltatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG zu prüfen.[1070] Das Verfahren ist derzeit noch vor Bundesgericht hängig.

862. In einem weiteren Fall untersuchte die WEKO die Gewährung von Exklusivitätsrabatten durch die Schweizerische Depeschen Agentur (nachfolgend: SDA), welche darauf ausgerichtet waren, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen bzw. den Marktzugang zu erschweren.[1071] Die WEKO erkannte in dem Rabattsystem der SDA einen Treuerabatt, den sie als wettbewerbswidrig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e KG qualifizierte.[1072] Hinsichtlich der wettbewerbsbehindernden Wirkung stellte die WEKO fest, dass die SDA Exklusivitätsrabatte als Mittel zur Behinderung ihrer Konkurrentin AP Schweiz eingesetzt hatte.[1073] Zudem hatte SDA grösseren Medienunternehmen bzw. Mediengruppen einen Gesamtumsatzrabatt in Höhe von einem Prozentpunkt je Million Franken Umsatz eingeräumt.[1074] Dies führte dahingehend zu einer Ungleichbehandlung, dass vergleichbare Medientitel für den Bezug derselben SDA- und Si-Dienste unterschiedliche Preise bezahlten, je nachdem, ob sie Teil einer Mediengruppe mit einem entsprechend hohen Einkaufsvolumen waren oder nicht.[1075] Da die Medienunternehmen untereinander in Wettbewerb standen und ihnen aufgrund der unterschiedlichen Preise, die sie für die Dienste zu entrichten hatten, weniger finanzielle Mittel zur Verfügung standen, hat die WEKO auf eine Wettbewerbsbehinderung geschlossen.[1076] Da allerdings insgesamt die Kosteneinsparungen bei unterschiedlichen Vertragstypen (Pauschal- bzw. Globalverträge sowie Rahmenverträge) unterschiedlich sein dürften, hat die WEKO dieses Verhalten als möglicherweise problematisch im Lichte von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG erachtet.[1077] Als weitere kartellrechtlich problematische Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b KG hat die WEKO die Verweigerung der Web-Nutzung des Basisdienstes (sda-Basic für Online) gegenüber reinen Online-Newsportalen im Vergleich zu Online-Newsportalen von Printmedien, Radios und TV-Sendern klassifiziert.[1078] Da die reinen Online-Newsportale vom Bezug ausgeschlossen worden waren, ist die Behinderung der Verhaltensweise bereits inhärent.

863. In der Untersuchung «Swisscom WAN-Anbindung» hat die WEKO Swisscom unter anderem wegen Verstosses gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG eine Verwaltungssanktion auferlegt.[1079] Swisscom hatte im Rahmen einer Ausschreibung Wettbewerber, welche auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen waren im Preis unterboten und hierbei eine Kosten-Preis-Schere angewendet.[1080] Gleichzeitig hat Swisscom für regulierte und kommerzielle Vorleistungsprodukte mittels welchen identische Endkundenleistungen erbracht werden konnten, massiv unterschiedliche Preise verlangt, so dass die Vorleistungskosten für Fernmeldedienstanbieter, die kommerzielle Vorleistungsprodukte beziehen mussten,

[1065] RPW 2008/3, 400 Rz 148, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[1066] RPW 2008/3, 401 Rz 165 sowie 402 Rz 170, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[1067] RPW 2008/3, 402 Rz 172 bis 406 Rz 214, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.
[1068] RPW 2010/1, 146 Rz 200 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[1069] RPW 2010/1, 149 Rz 223 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[1070] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. September 2015 in Sachen B-7633/2009 Sanktionsverfügung - Preispolitik Swisscom ADSL, Rz 441 ff.
[1071] RPW 2014/4, 684 Rz 105 ff. insb. 109, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1072] RPW 2014/4, 687 Rz 128, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1073] RPW 2014/4, 689 Rz 145, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1074] RPW 2014/4, 690 Rz 153, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1075] RPW 2014/4, 692 Rz 162, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1076] RPW 2014/4, 692 Rz 165, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1077] RPW 2014/4, 693 Rz 173, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1078] RPW 2014/4, 696 Rz 192, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.
[1079] RPW 2016/1, 217 Rz 622, *Swisscom WAN-Anbindung*.
[1080] RPW 2016/1, 200 Rz 500 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.

ein Vielfaches der Vorleistungskosten basierend auf den regulierten Vorleistungsprodukten ausmachten.[1081] Aufgrund der gleichzeitig realisierten Kosten-Preis-Schere ist der von Swisscom durch ihr Verhalten realisierten Diskriminierung eine Behinderung der Wettbewerber bereits inhärent.

864. In der Untersuchung «Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen» hat die WEKO festgestellt, dass Zulassungsinhaber bei Documed/e-mediat aufgrund von Änderungen der Arzneimittelinformationen bzw. einer Neuaufnahme einen identischen Preis zu bezahlen haben, unabhängig davon, ob hierfür ein Arbeitsaufwand entstanden ist oder nicht. Dieses Verhalten wurde als indirekte Diskriminierung qualifiziert.[1082] Hinsichtlich der Prüfung einer Wettbewerbsbehinderung hat die WEKO den Nachweis einer solchen Diskriminierung als nicht erbracht angesehen. Auch wenn mehrere Zulassungsinhaberinnen (z.B. 3M, Hoffmann La Roche, Doetsch Grether, Vifor International AG, IVF Hartmann, Beiersdorf, Armeeapotheke, Sérolab) nur Medikamente vermarkten, die seit Jahren zugelassen worden sind, hat die WEKO eine konkrete Beweisführung betreffend diesen Umstand während der Untersuchung nicht erbracht.[1083] Daher hat die WEKO von einer Verurteilung in diesem Punkt gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG abgesehen.[1084]

865. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass in Praxis der WEKO sowohl eine «primary-line-discrimination» (vgl. Rz 861, 863) als auch eine «secondary-line-discrimination» (vgl. Rz 858, 859, 860, 862, 864) Gegenstand von Untersuchungen war. Hinsichtlich der Schwere der wettbewerbsbehindernden Wirkung hat die WEKO in der Untersuchung «Publikation von Arzneimittelinformationen» alleine aufgrund der Preisunterschiede, die Wettbewerber von Documed zu entrichten hatten, auf einen Verstoss im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG geschlossen (vgl. Rz 860). Hingegen hat die WEKO in der Untersuchung «Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen» den Nachweis einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG als nicht erbracht angesehen.

c. Lehre in der EU

866. In der Literatur zum Europäischen Wettbewerbsrecht wird festgehalten, dass im Gesetzestext von Art. 102 Abs. 2 Bst. c AEUV ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass ein Missbrauch vorliegen kann, wenn unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern zur Anwendung gelangen, wodurch diese [Handelspartner] im Wettbewerb benachteiligt werden.[1085] Damit verbietet Art. 102 Abs. 2 Bst. c AEUV die Diskriminierung nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihrer tatsächlichen oder voraussichtlichen Folgen.[1086] Die Ungleichbehandlung muss Handelspartner im Wettbewerb benachteiligen, was voraussetzt, dass sie aktuelle oder potentielle Konkurrenten sind.

867. Hinsichtlich der Auswirkungen ist sich die Lehre uneinig. So hat gemäss VAN BAEL/BELLIS trotz des klaren Wortlauts bei Fällen, in welchen ein marktbeherrschendes Unternehmen eine diskriminierende Praxis angewendet hat, der Nachweis eines konkreten Wettbewerbsnachteils kaum Bedeutung erlangt.[1087] Gemäss dem Fall Irish Sugar plc v. Commission ist ihrer Meinung nach ein Kunde eines marktbeherrschenden Unternehmens bereits dann gegenüber anderen Kunden im Wettbewerb benachteiligt, wenn er in ungerechtfertigter Weise einen höheren Preis zu entrichten hat und damit diskriminiert wird.[1088]

868. SCHRÖTER/BARTEL hingegen vertreten die Meinung, dass für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes die mit der Diskriminierung einhergehende Schädigung des betroffenen Handelspartners nicht ausreicht.[1089] Diese muss sich ausserdem in einer Verschlechterung der Marktposition des benachteiligten Unternehmens niederschlagen, womit notwendigerweise eine zumindest tendenzielle Verbesserung der Marktposition der begünstigten Handelspartner verbunden ist, so dass sich aus der Diskriminierung unausweichlich auch eine Verfälschung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt ergibt. Dennoch müssen die zugefügten Wettbewerbsnachteile weder schwerwiegend noch dauerhaft sein, auch müssen sich dadurch die Marktverhältnisse nicht spürbar ändern. Gemäss SCHRÖTER/BARTEL war die Praxis der Kommission, die Benachteiligung im Wettbewerb nicht näher zu begründen, nicht zu beanstanden, da sich eine solche in aller Regel ohne weiteres aus der Diskriminierung ergeben habe. Die Rechtsprechung habe gemäss den Autoren in Sachen British Airways und Clearstream allerdings klargestellt, dass sie das Merkmal der Benachteiligung im Wettbewerb sehr wohl eigenständig prüfen werde.

869. Hinsichtlich Behinderungsmissbrauch im Rahmen von Art. 102 AEUV stellen gemäss FUCHS/MÖSCHEL der EuGH darauf ab, ob der Rabatt eine besondere Leistung des Abnehmers vergütet oder andere Hintergründe hat und damit den Wettbewerb verfälscht.[1090] Insbesondere sei zu prüfen, ob das Rabattsystem darauf abzielt, die Wahlmöglichkeiten des Abnehmers zu beseitigen oder zu verringern, Marktzutrittsschranken für die Konkurrenten aufzubauen, sich als Mittel der Diskriminierung eignet oder dazu dienen kann, die beherrschende Stellung abzusichern. Mit welcher wirtschaftlichen Gestaltung dieses Ziel im einzelfall erreicht wird, ist gemäss den Autoren ohne Belang.

[1081] RPW 2016/1, 195 Rz 459 ff., *Swisscom WAN-Anbindung*.
[1082] Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Rz 443.
[1083] Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Rz 453.
[1084] Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016 in Sachen Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Rz 455.
[1085] IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS, Competition Law of the European Community, 4. Aufl. 2005, S. 914.
[1086] HELMUTH SCHRÖTER/ULRICH BARTEL, in Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Schröter, Jakob, Klotz,Mederer (Hrsg.), 2. Auflage, 2014, Art. 102 N 248.
[1087] IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS (Fn 1085), S. 917.
[1088] IVO VAN BAEL/JEAN-FRANÇOIS BELLIS (Fn 1085), S. 917.
[1089] SCHRÖTER/BARTEL (Fn 1086) Art. 102 N 249.
[1090] ANDREAS FUCHS/WERNHARD MÖSCHEL, in Wettbewerbsrecht, Kommentar Band I, Immenga, Mestmäcker (Hrsg.) 2012, Art. 102 N 250.

d. Praxis in der EU

Aéroports de Paris vs. Kommission

870. Aéroports de Paris (nachfolgend: ADP) ist Betreiber der Flughäfen Orly und Roissy-Charles de Gaule.[1091] ADP schloss mit der Gesellschaft Alpha Flight Services (nachfolgend: AFS) einen Dienstleistungsvertrag für Bordverpflegung ab, welcher eine durchschnittliche prozentuale Abgabe auf den Umsatz von AFS, die Errichtung eines neuen Gebäudes und den Rückkauf von Gebäuden vorsah.[1092] Der Vertrag war auf 25 Jahre ab 1. Februar 1990 befristet. ADP erteilte später dem Dienstleister Orly Air Traiteur (nachfolgend: OAT) eine ebenfalls auf 25 Jahre befristete Konzession, mit der OAT gestattet wurde, auf dem Flughafen Orly Bordverpflegungsdienstleistungen zu erbringen und auf dem Gelände des Flughafens Immobilien zu nutzen. Das von OAT zu bezahlende Entgelt bestand aus einer Jahresnutzungsabgabe für die Nutzung des Grundstücks sowie einer Umsatzabgabe für die gestattete Tätigkeit. Die Umsatzangabe setzte sich wie folgt zusammen: Eine prozentuale Abgabe des Gesamtumsatzes mit dem Staatsunternehmen Air France und den zur Gruppe Air France gehörenden Tochtergesellschaften Air Charter und Air Inter sowie einem prozentualen Gesamtumsatz mit anderen Luftverkehrsunternehmen. Da sich die von OAT und AFS zu entrichteten Abgaben unterschieden, reichte AFS bei der Kommission eine Beschwerde gegen ADP wegen diskriminierenden Abgaben im Sinne von Art. 86 EG-Vertrag ein.[1093] Die Kommission kam in der Folge zum Schluss, dass ADP unter Verstoss gegen Art. 86 EG-Vertrag ihre beherrschende Stellung als Betreiberin der Pariser Flughäfen missbraucht habe, indem sie den Dienstleistern oder Flughafennutzern, die in der Bodenabfertigung für Dritte oder in der Selbstabfertigung tätig sind und Bordverpflegungsdienste, Reinigungsdienste oder Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen Orly und Rossy-Charles de Gaulle anbieten, Umsatzabgaben in unterschiedlicher Höhe abverlangt hat.[1094]

871. Der EuGH kam zum Schluss dass Art. 86 Abs. 2 Bst. c EG-Vertrag einem Unternehmen, das auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben über eine beherrschende Stellung verfügt, die «Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden», verbiete.[1095] Der EuGH hat bestätigt, dass das vorinstanzliche Gericht zutreffend entschieden habe, dass der für Selbstversorgung erhobene Abgabensatz von Null oder von sehr geringer Höhe es zu den beiden Versorgungsarten zugelassenen Dienstleistern ermögliche, ihre Investitionen zu amortisieren und damit Leistungen der Drittversorgung zu günstigeren Konditionen anzubieten.[1096] Der Abgabensatz von Null oder von sehr geringer Höhe könne bestimmte Luftverkehrsunternehmen ausserdem dazu veranlassen, anstelle der Versorgung durch Dritte die Selbstversorgung zu wählen.

872. Mit diesem Urteil hat der EuGH eine reine «secondary-line-discriminiation» entsprechend dem Wortlaut von Art. 86 Abs. 2 Bst. c EG-Vertrag für wettbewerbsrechtlich unzulässig befunden, wobei vorliegend ADP nicht sanktioniert wurde.

Tetra Pak SA vs. Kommission

873. Tetra Pak SA (nachfolgend: Tetra Pak) stellte Verpackungen für flüssige Nahrungsmittel her und verfügte in den 80er Jahren über eine marktbeherrschende Stellung.[1097] Die Kommission stellte in ihrer Untersuchung fest, dass zwischen den Mitgliedstaaten diskriminierende Unterschiede bei den Preisen für Maschinen und bei den Preisen für Kartons beobachtet worden seien, wobei die Unterschiede im Verhältnis zwischen Italien und den übrigen Mitgliedstaaten besonders auffällig gewesen seien.[1098] Das Gericht hielt fest, dass die Anwendung diskriminierender Preise gegenüber in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Abnehmern durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung gemäss Art. 86 Bst. c EWG-Vertrag verboten sei, da Art. 86 Bst. c EWG-Vertrag gerade den Missbrauch durch die «Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden», behandle.[1099] Art. 86 hindere beherrschende Unternehmen nicht daran, unterschiedliche Preise in einzelnen Mitgliedstaaten festzusetzen, wenn die Preisunterschiede durch Unterschiede in den Absatzbedingungen und durch die Intensität des Wettbewerbs gerechtfertigt seien. Damit werde aber lediglich das Recht eines beherrschenden Unternehmens anerkannt, seine Geschäftsinteressen in einem vernünftigen Mass zu wahren. Das Unternehmen dürfe insbesondere keine künstlichen Preisunterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten herbeiführen, die eine Benachteiligung ihrer Kunden und die Verfälschung des Wettbewerbs aufgrund einer künstlichen Abschottung der nationalen Märkte zur Folge hätte.

874. Im vorliegenden Fall vertrat das Gericht die Meinung, dass angesichts der unbedeutenden Transportkosten und der Stabilität der Weltmarktpreise für die Rohstoffe, im vorliegenden Fall für Karton, der mehr als 70 % des Herstellungspreises der Verpackung ausmache, die festgestellten Preisunterschiede nicht durch objektiv wirtschaftliche Faktoren zu rechtfertigen waren und dass sie daher diskriminierend waren.[1100] Im vorliegenden Fall entstanden gemäss dem Gericht «die festgestellten erheblichen Unterschiede bei den Preisen für Maschinen und für Kartons im Rahmen einer Abschottung der nationalen Märkte durch vertragliche Klauseln

[1091] Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9337 Rz 2.
[1092] Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9337 ff. Rz 6 ff.
[1093] Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9340 Rz 14.
[1094] Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9341 f. Rz 17.
[1095] Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9372 Rz 114.
[1096] Urteil des EuGH vom 24. Oktober 2002 C-82/01 P *Aéroports de Paris*, Slg 2002 I-9372 Rz 116.
[1097] Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-765 ff.
[1098] Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-830 Rz 158.
[1099] Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-831 Rz 160.
[1100] Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-832 Rz 165.

über Koppelungsverkäufe, die durch das autonome Produktions- und Vertriebssystem von Tetra Pak sowie durch das Quasimonopol des Konzerns auf den aseptischen Märkten in der Gemeinschaft verstärkt wurden».[1101] Unter diesen Umständen sei es nach Auffassung des Gerichts offensichtlich, dass diese Preisunterschiede nicht auf dem normalen Wettbewerb beruhen konnten und zum Nachteil der Verpacker angewandt wurden. Ohne das Verhältnis der einzelnen Wettbewerber untereinander zu prüfen bejahte es einen Verstoss gegen Art. 86 Bst. c EWG-Vertrag.[1102]

875. Auch im Fall Tetra Pak hat die Kommission damit eine «secondary-line-discriminiation» als wettbewerbsrechtlich unzulässig befunden. Hierbei wurde zudem darauf verzichtet, das Verhältnis der einzelnen Wettbewerber auf der nachgelagerten Stufe untereinander zu prüfen.

Irish Sugar vs. Kommission

876. Im Verfahren der Kommission gegen Irish Sugar plc (nachfolgend: Irish Sugar) stellte die Kommission fest, dass Irish Sugar unter anderem auf ad-hoc-Basis einzelnen Kunden Rabatte gewährt hatte, dass hierfür keine festen Sätze oder Schwellenbeträge bestanden hatten und dass das Rabattsystem nicht allgemein bekannt gemacht worden war, so dass nur die vom Rabatt betroffenen Kunden über den Rabatt Bescheid gewusst hatten.[1103] Die Kommission kam zum Schluss, dass ein Hauptmerkmal der Geschäftspolitik von Irish Sugar darin bestand, ihren einheimischen Markt abzuschotten und im Inlandmarkt eine diskriminierende Preispolitik vorzuschreiben.[1104] Zu den unzulässigen Verhaltensweisen zählte die Kommission die Gewährung von Sondernachlässen für ausgewählte Abnehmer insbesondere im Grenzgebiet zu Nordirland, wobei zwischen Grenzrabatt und objektiven Wirtschaftsfaktoren wie der Absatzmenge der Kunden keine Beziehung bestand.[1105] Hierdurch habe Irish Sugar auf gleichwertige Geschäfte mit anderen Handelspartnern ungleiche Bedingungen angewandt und somit diejenigen, die für den Rabatt nicht in Betracht kamen, wettbewerblich benachteiligt.[1106] Zudem sollte mit dem Rabatt die Einfuhr von Zucker durch Wettbewerber oder die Wiedereinfuhr von eigenem Zucker zuungunsten der Verbraucher begrenzt werden. Mit Bezug auf den Fall ECS/AKZO schloss die Kommission, dass ein Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 50 % missbräuchlich handelt, wenn es Kunden eines kleineren Wettbewerbers selektiv Niedrigpreise anbietet, während es für bestehende Abnehmer weiter wesentlich höhere Preise anwendet.[1107]

877. Im Hinblick auf die Gewährung von Ausfuhrrabatten für Zucker stellte die Kommission zudem fest, dass das System an sich diskriminierend sei, da alleine der Umstand, dass Gewerbezucker verarbeitet und nach anderen Mitgliedstaaten ausgeführt werde, nichts am Wesen des Geschäfts ändere und kein Unterschied hinsichtlich der Art des gelieferten Produkts oder der Lieferkosten, die Irish Sugar zu tragen habe, bestehe.[1108] Auch der EuGH bestätigte, dass ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung nach Art. 86 Abs. 2 Bst. c des Vertrages insbesondere darin bestehen kann, dass unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern angewendet werden, durch die diese im Wettbewerb benachteiligt werden.[1109] So seien die Marktmechanismen dadurch beeinträchtigt worden, dass Irish Sugar den Preis für Industriezucker nicht aufgrund des Spiels von Angebot und Nachfrage auf dem Markt für Industriezucker in Irland, sondern unter Berücksichtigung der potentiellen und aktuellen Käufer ihrer Kunden, je nach deren Sitz, festgesetzt hatte.[1110]

878. Damit wurde auch in diesem Fall eine «secondary-line-discrimination» als kartellrechtlich unzulässig befunden.

879. Im Hinblick auf Treuerabatte hielt der EuGH fest, dass diese, wenn sie durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung eingeräumt würden, einen Missbrauch im Sinne von Art. 86 des Vertrages darstellten, wenn sie bezwecken, durch die Gewährung finanzieller Vorteile zu verhindern, dass sich Kunden bei konkurrierenden Erzeugern versorgen.[1111] Hierbei seien insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung zu berücksichtigen, und es sei weiter zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abziele, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen unterschiedliche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.

880. In diesem Zusammenhang wurde zusätzlich auf eine «primary-line-discrimination» abgestellt.

881. Hinsichtlich der Transparenz des Preissystems kam die Kommission zudem zu dem Schluss, dass der blosse Mangel an Transparenz des gesamten Rabattsystems von Irish Sugar, einschliesslich der Ausfuhrrabatte, bei dem weder die Rabatte noch die Mengen, auf die sie sich beziehen, einheitlich waren oder den Kunden schriftlich mitgeteilt worden waren, als ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gilt.[1112] So sei die Anwendung eines Bonus und allgemeiner Rabatte, die auf individueller Grundlage festgesetzt und nicht allen

[1101] Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-834 Rz 170.
[1102] Urteil des EuG vom 6. Oktober 1994 T-83/91 *Tetra Pak SA*, Slg 1994 II-834 f. Rz 170-173.
[1103] Entscheidung der Kommission vom 14. Mai 1997 im Verfahren nach Artikel 86 EG-Vertrag (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc), Ziff. 72 und 76.
[1104] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 114.
[1105] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 128.
[1106] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 129.
[1107] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 134.
[1108] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 138.
[1109] Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 115 sowei Rz 140.
[1110] Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 141.
[1111] Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 197.
[1112] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 150.

Händlern im Voraus einheitlich mitgeteilt werden, geeignet, eine gegenseitige Diskriminierung untereinander zu erhalten und an sich als Missbrauch im Sinne von Art. 86 EGV anzusehen.[1113]

882. Die Kommission hielt weiter fest, dass Irish Sugar als marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür trage, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtige.[1114] So sei ein beherrschendes Unternehmen berechtigt, seine Marktstellung zu verteidigen, indem es mit anderen Unternehmen auf deren Markt in Wettbewerb trete.[1115] Jedoch dürfe das beherrschende Unternehmen nicht vorsätzlich Wettbewerber auszuschliessen versuchen bzw. tatsächlich ausschliessen. Es trage eine besondere Verantwortung dafür, das auf dem Markt verbleibende Ausmass an Wettbewerb nicht weiter zu beeinträchtigen. Der EuGH bestätigte diese spezielle Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen, indem er festhielt, dass Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens vom Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erfasst sei, wenn sie die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Präsenz des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die zur Folge haben, dass die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert wird, die sich von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Marktbürger unterscheiden.[1116]

Nederlandsche Banden-Industrie Michelin vs. Kommission

883. Die Kommission hatte im Verfahren gegen Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (nachfolgend: NBIM) die praktizierte Preis- und Rabattpolitik beanstandet, welche die nachfolgenden Merkmale aufwies:[1117]

1. Einen Grundpreis, der in Preislisten veröffentlicht wurde.
2. Einen allgemeinen Sofortrabatt auf die Rechnung.
3. Sonstige Rabatte, die zum Teil für jeden Händler individuell und selektiv festgelegt wurden.
4. Eine individuelle Abnahmerichtzahl, das sogenannte «Ziel» als Grundlage für die Höhe dieser Rabatte.
5. Das Fehlen einer schriftlichen Bestätigung der Ziele und Rabatte.

884. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass diese Rabattpolitik der NBIM die Wahlfreiheit der Händler (die Kunden von NBIM) eingeengt hatte und eine Ungleichbehandlung der Händler mit sich brachte. Zudem wurde durch diese Politik der Marktzugang für andere Reifenhersteller eingeschränkt. Die Kommission hatte ermittelt, dass neben der festen Komponente des Rabattsystems eine variable Komponente gewährt wurde. Diese hätte vor allem in einem Jahresbonus bestanden, auf den die Händler allmonatlich einen Vorschussbonus erhalten hätten und der im Allgemeinen 4 % bis 6 % unter dem Jahresbonus gelegen habe. Im Folgejahr sei ein automatischer Monatsbonus von 3 bis 10 % an die Stelle des Vorschussbonus getreten, wobei dieser im darauffolgenden Jahr wieder abgeschafft wurde und neben dem Jahresbonus ein Viermonatsbonus von 0 bis 3 % eingeführt wurde. Der Viermonatsbonus habe vom Erreichen eines zu Beginn eines Jahres ausgehandelten Ziels abgehangen. Dieses Ziel wurde anlässlich eines Besuchs des Vertreters der NBIM bei dem Händler ausgehandelt. Die Kommission stufte das Rabattsystem daher nicht als reines Mengenrabattsystem ein, da in der Anwendung ein Händler, der insgesamt erheblich weniger Reifen abgenommen habe als ein anderer Händler, dennoch einen höheren Maximalrabatt erhalten habe und dies für die Erreichung eines Maximalziels, das viel niedriger festgesetzt worden sei als das Ziel des anderen Händlers.[1118] Die Kommission stellte fest, dass auch wenn sich die Bestrafung wegen Nichterreichung des Ziels wahrscheinlich in Grenzen gehalten habe, sei der Händler, wenn er das niedrigste Ziel verfehlt habe, Michelin völlig ausgeliefert gewesen. Das Ziel und der Rabatt seien deshalb bedeutende Druckmittel.

885. In der Anwendung des Systems hätten die Händler für sehr unterschiedliche Abnahmemengen häufig die gleichen Boni erhalten und umgekehrt.[1119] Überdies habe die NBIM die Bedingungen für die Bonusgewährung selbst nicht streng angewendet. In bestimmten Fällen sei der Bonus bei Nichterreichung des Ziels einseitig herabgesetzt worden. Im konkreten Einzelfall habe die Anwendung der Bonusregel gänzlich im freien Ermessen der NBIM gelegen. Die diskriminierende Wirkung des Rabattsystems habe sich nach Ansicht der Kommission aus der individuellen und wenig transparenten Art und Weise ergeben, wie die NBIM sich auf die jährliche Rückzahlungstabelle als objektives Element der Rabattfestsetzung berufen habe und niemals einen Beweis dafür angeboten habe, dass diese Tabelle auch tatsächlich praktiziert worden sei, trotz all der Unregelmässigkeiten, auf die die Kommission hingewiesen habe.[1120]

886. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass mit diesem System von individuell und selektiv gewährten Rabatten das Ziel verfolgt werde, die Händler eng an die NBIM zu binden, und zwar durch einen steigenden Druck, damit sie jedes Jahr ihren Umsatz des Vorjahres überträfen und in einem konjunkturell weniger günstigen Jahr hielten.[1121] Die Kommission vertrat die Ansicht, dass Rabatte, die nicht auf Kostenersparnis beruhten,

[1113] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 150.
[1114] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 115.
[1115] Kommission vs. Irish Sugar plc (Fn 1103), Ziff. 134.
[1116] Urteil des EuGH vom 7. Oktober 1999 T-228/97 *Irish Sugar plc*, Slg 1999 II-3021 Rz 111.
[1117] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3471 f.
[1118] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3485.
[1119] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3473.
[1120] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3485.
[1121] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3474.

sondern mit denen der Zweck verfolgt wurde, das Interesse des Abnehmers am Erzeugnis eines anderen Lieferanten einzuengen, durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht praktiziert werden dürften.[1122] Zudem führe das Rabattsystem zu einer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 86 Bst. c EWG-Vertrag, da die Rabatte keinen objektiv erbrachten und feststellbaren Leistungen entsprächen. Es handle sich nicht um einen Mengenrabatt, denn die Abnehmer erhielten für vergleichbare Abnahmemengen nie gleiche oder vergleichbare Rabatte. Diese seien vielmehr Ausdruck der von der NBIM vorgenommenen individuellen Beurteilung der erreichten Ergebnisse sowie der Zukunftsaussichten.

887. Der EuGH hielt betreffend die Funktionsweise des variablen Jahresrabatts fest, dass zunächst monatlich und später alle vier Monate in Form eines Vorschusses auf den Jahresrabatt gezahlt wurde.[1123] «Der Vorschuss auf den Jahresrabatt lag im Allgemeinen 4 %, manchmal aber auch mehr, unter dem sich aus dieser Rabattstaffel ergebenden Prozentsatz».[1124] Zudem erhielt der Händler den variablen Jahresrabatt oder zumindest dessen Höchstsatz nur, wenn er in dem fraglichen Jahr ein zum Jahresbeginn festgesetztes oder vereinbartes Verkaufsziel erreichte, das in einer bestimmten Anzahl verkaufter Reifen für schwere Fahrzeuge bestand. Nach weiteren Abklärungen stellte das Gericht allerdings fest, dass die Schwankungen zwischen dem bei Erreichung des Höchstziels und dem bei Nichterreichung des Mindestziels gewährten Rabattsatzes gering waren und nur zwischen 0.2 % und 0.4% lagen.[1125] Da das Vorbringen der NBIM von der Kommission nicht bestritten wurde, ist das Gericht von diesen viel tieferen Schwankungsbreiten ausgegangen.[1126] Der EuGH hat in seiner Begründung festgehalten, dass der Treuerabatt im Unterschied zum Mengenrabatt, der ausschliesslich an den Umfang der bei dem betroffenen Hersteller getätigten Käufe anknüpft, dazu diene, die Kunden auf dem Weg über die Gewährung eines finanziellen Vorteils vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abzuhalten, und deshalb einen Missbrauch im Sinne von Art. 86 EWG-Vertrag darstelle.[1127] Im zu beurteilenden Sachverhalt kam der EuGH zum Schluss, dass die von der Erreichung des Verkaufsziels abhängigen Rabattschwankungen von 0.2 bis 0.4 %, wie sie in dem Verfahren vor dem Gerichtshof festgestellt wurden, tatsächlich gering seien. Da aber dem streitigen Rabattsystem ein jährlicher Referenzzeitraum zugrunde liege, habe es dazu geführt, dass am Ende des Referenzzeitraums der Druck auf den Käufer wachse, die notwendige Abnahmemenge zu erreichen, um den Vorteil zu erlangen oder den für den gesamten Zeitraum vorgesehenen Verlust zu vermeiden.[1128] Zudem sei gemäss EuGH der absolute Wert des jährlichen Zielrabatts der NBIM zu berücksichtigen. Da NBIM einen hohen Marktanteil habe und damit seine eigenen Rabatte, gemessen an dem geringeren Umfang der bei Wettbewerber von NBIM getätigten Käufe des Händlers niedriger festsetzen konnte, fiel es den Wettbewerbern schwer, die sich aus einer Erreichung oder Nichterreichung der Ziele der NBIM ergebenden Vorteile oder Verluste für die Händler auszugleichen.[1129] Im Zusammenhang mit der fehlenden Transparenz[1130] kam der EuGH zum Schluss, dass die Händler einem beträchtlichen Druck von NBIM ausgesetzt waren.[1131] Eine solche Situation sei daher geeignet zu verhindern, dass die Händler jederzeit frei und aufgrund der Marktlage unter den Angeboten verschiedener Wettbewerber das günstigste auswählen und ihren Lieferanten ohne spürbaren wirtschaftlichen Nachteil wechseln können.[1132] NBIM schränke somit die Möglichkeiten der Händler ein, zwischen mehreren Bezugsquellen zu wählen und erschwere den Wettbewerbern den Zugang zum Markt. Weder der Wunsch, mehr zu verkaufen, noch das Bestreben, die Produktion besser zu planen, kann gemäss EuGH eine solche Beschränkung der Wahlfreiheit und Unabhängigkeit des Kunden rechtfertigen. Die durch das streitige Rabattsystem bewirkte Abhängigkeit der Händler beruhe also nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung. Der EuGH kam daher zu dem Schluss, dass die NBIM ihre beherrschende Stellung im Bereich der neuen Ersatzreifen für schwere Fahrzeuge im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag missbräuchlich ausgenutzt hat, indem sie die Händler in den Niederlanden durch das Rabattsystem an sich gebunden hat.[1133]

888. Hinsichtlich der Widersprüchlichkeiten und Unregelmässigkeiten, die sich aus den Unterlagen betreffend die unterschiedlichen Rabattsätze ergeben hätten und das Vorliegen von Diskriminierungen belegen sollten, konnte die NBIM darlegen, dass sich die Höhe des variablen Jahresrabatts in erster Linie nicht von der Anzahl der vom Händler gekauften Reifen für schwere Fahrzeuge, sondern von dessen Umsatz an Michelin-Reifen, und zwar sämtliche Kategorien zusammengenommen, abhingen.[1134] Weiterhin musste die Kommission zugeben, dass sie bestimmte Angaben in den von der NBIM im Rahmen ihres Rabattsystems verwendeten Kundenkarten falsch verstanden hatte. Daher lasse sich nicht ausschliessen, dass gerade diese Umstände eine Erklärung für die Widersprüchlichkeiten und Unregelmässigkeiten liefern würden, die die Kommission in den von ihr geprüften Unterlagen zu entdecken geglaubt hatte.[1135]

[1122] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 S. 3486.
[1123] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 66 f.
[1124] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 66.
[1125] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 68.
[1126] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 68.
[1127] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 71.
[1128] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 81.
[1129] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 82.
[1130] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 83.
[1131] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 84.
[1132] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 85.
[1133] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 86.
[1134] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 88 f.
[1135] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 89.

Daher sei nicht erwiesen, dass die festgestellte Ungleichbehandlung bestimmter Händler auf die Anwendung unterschiedlicher Kriterien zurückzuführen und nicht durch legitime geschäftliche Erwägungen gerechtfertigt sei, weshalb hieraus nicht geschlossen werden könne, dass die NBIM bestimmte Händler diskriminiert habe.[1136]

British Airways plc vs. Kommission

889. British Airways plc (nachfolgend: BA) führte für den Verkauf von Flugtickets durch Reisevermittler ein Rabattsystem ein, welches eine einheitliche Provision von 7 % für alle im Vereinigten Königreich verkauften Flugscheine sowie eine Zusatzprovision von bis zu 3 % für internationale Flugscheine und bis zu 1 % für Inlandsflüge beinhaltete.[1137] Die Höhe des Ergebnisses des Reisevermittlers wurde gemessen, indem die gesamten Flugerlöse aus BA-Flugscheinen, die der Reisevermittler in einem Kalendermonat ausgestellt hatte, denen des entsprechenden Vorjahresmonats gegenübergestellt wurden. Im Rahmen der Ergebniszuschlagsregelung verdiente der Reisevermittler mit jedem über den Ergebnisrichtwert von 95 % hinausgehenden Prozentpunkt zu seiner Standardprovision von 7 % für internationale Flugscheine ein variables Element von 0.1 % hinzu.[1138] Bei Verkäufen von Inlandsflugscheinen belief sich das variable Element auf 0.1 % je Verkaufssteigerung von 3 % über den Richtwert von 95 % hinaus. Das höchste variable Element, das Reisevermittler im Rahmen der neuen Ergebniszuschlagsreglung erhalten konnten, betrug 3 % für internationale Flugscheine und 1 % für Inlandsflugscheine bei einer Ergebnishöhe von jeweils 125 %. Erreichte beispielsweise ein Reisevermittler für einen bestimmten Monat ein Ergebnis in Höhe von 112 %, dann lag für diesen Monat das variable Element für Auslandsflugscheine bei 1.7 % ([112 – 95] × 0.1 %) der internationalen Vergütungserlöse.[1139] Das variable Element für Inlandsflugscheine hingegen belief sich bei dieser Ergebnishöhe auf 0.5 % ([112 – 95] ÷ 3 × 0.1 %) der Inlandsvergütungserlöse für diesen Kalendermonat. Die Zahlung der variablen Elemente erfolgte monatlich.

890. Die Kommission kritisierte an dem Rabattsystem insbesondere, dass das Erreichen der Vorgaben für Verkaufssteigerungen zu einer Erhöhung der gezahlten Provision für alle von dem Reisevermittler verkauften Flugscheine und nicht nur für die nach Erreichen der Vorgabe verkauften führe.[1140] Stehe ein Reisevermittler kurz vor Erreichen einer der Schwellenwerte für die Erhöhung des Provisionssatzes, so könne der Verkauf relativ weniger weiterer BA-Flugscheine eine entscheidende Wirkung auf seine Provisionseinnahmen haben. Im umgekehrten Fall müsse ein Mitbewerber von BA, der dem Reisevermittler einen Anreiz gewähren möchte, um einige Buchungen von BA auf die konkurrierende Fluggesellschaft umzuleiten, für alle verkauften Flugscheine einen wesentlich höheren Provisionssatz als BA zahlen, um diese Wirkung aufzuheben. In einem Rechenbeispiel zeigte die Kommission auf, dass ein Reisevermittler, der monatlich internationale BA-Flugscheine im Wert von 100‘000 GBP verkaufe die Grundprovision von 7 % und eine „Ergebnisvergütung“ von 0.5 % ([100 – 95] × 0.1 %) erhalte, was Gesamteinnahmen aus Provisionen in Höhe von 7‘500 GBP ausmachen würde. Hat der Reisevermittler hingegen 1 % der internationalen Flugscheine für einen Mitbewerber von BA verkauft, so würde seine «Ergebnisvergütung» auf 0.4 % ([99 – 95] × 0.1 %) sinken, so dass seine Provisionseinkünfte auf 7‘326 GBP zurückgehen würden. Eine Verminderung von 1‘000 GBP bei Verkäufen von internationalen BA-Flugscheinen habe einen Rückgang von 174 GBP bei den Provisionseinnahmen zur Folge, was einem «Grenzprovisionssatz» von 17.4 % entsprechen würde.

891. Die Kommission kam daher zu dem Schluss, dass BA mit seiner «Ergebniszuschlagsregelung» eine Diskriminierung zwischen den Reisevermittlern hervorgerufen oder eine Ausschlusswirkung gegenüber den konkurrierenden Fluggesellschaften erzeugt habe.[1141]

892. Das Gericht stellte fest, dass die fraglichen Ergebniszuschlagsregelungen zur Anwendung verschiedener Provisionssätze auf einen gleich hohen Einnahmebetrag führen konnten, der für den Verkauf von BA-Flugscheinen von zwei Reisevermittlern erzielt worden war, wenn ihre jeweiligen Umsätze und folglich ihre jeweiligen Steigerungsraten im vorangehenden Referenzzeitraum unterschiedlich gewesen waren.[1142] Indem im selben Referenzzeitraum erbrachte identische Dienste trotzdem mit unterschiedlichen Sätzen vergütet wurden, verfälschten diese Ergebniszuschlagsregelungen die Höhe der Vergütung, die die Betroffenen als von BA gezahlte Provisionen erhielten.[1143] Das Gericht stellte im Ergebnis fest, dass BA seine beherrschende Stellung auf dem britischen Markt für Luftverkehrsvermittlerdienste missbräuchlich ausnutzte, da diese Regelung diskriminierende Wirkung innerhalb des Netzes der Reisevermittler erzeugten und damit einige unter ihnen im Sinne von Artikel 82 Abs. 2 Bst. c EG im Wettbewerb benachteiligten.[1144]

893. BA machte im Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH geltend, dass die blosse Feststellung, dass die Reisevermittler durch die diskriminierenden Vergütungsbestimmungen in ihrer Fähigkeit miteinander in Wettbewerb zu treten beeinträchtigt seien, nicht ausreiche, um einen Verstoss gegen Art. 82 Abs. 2 Bst. c EG zu begründen.[1145] Der EuGH hielt fest, dass die Tatbestandsmerkmale von Art. 82 Abs. 2 Bst. c EG nur dann erfüllt sind, wenn festgestellt wird, dass das Verhalten des

[1136] Urteil des EuGH vom 9. November 1983 T-322/81 *Nederlandsche Benden-Industrie Michelin*, Slg 1983 Rz 90.
[1137] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5931 Rz 15 sowie Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2379, Rz 9.
[1138] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5931 Rz 16 sowie Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2379, Rz 9.
[1139] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5931 Rz 17 sowie Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2379, Rz 9.
[1140] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5933 Rz 23.
[1141] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5981 Rz 227.
[1142] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5983 Rz 235.
[1143] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5984 Rz 236.
[1144] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5984 Rz 240.
[1145] Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2421, Rz 142.

marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur diskriminierend ist, sondern dass es auch darauf abzielt, diese Wettbewerbsbeziehung zu verfälschen, d. h., die Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen.[1146] Nichts hindere daran, die Diskriminierung von Handelspartnern, die sich in einer Wettbewerbsbeziehung befinden, als missbräuchlich anzusehen, wenn das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung angesichts des gesamten Sachverhalts darauf gerichtet sei, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen diesen Handelspartnern herbeizuführen. In einer solchen Situation könne nicht verlangt werden, dass zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner erbracht werde. Da zwischen den Reisevermittlern ein intensiver Wettbewerb bestanden habe, und die Möglichkeit, gegenseitig in Wettbewerb zu treten, erstens von ihrer Fähigkeit, den Wünschen der Reisenden entsprechende Plätze auf den Flügen zu liefern, und zwar zu einem angemessenen Preis, und zweitens von ihren jeweiligen finanziellen Mitteln abhingen, bestätigte der EuGH den Verstoss gegen Art. 82 Abs. 2 Bst. c EG aufgrund des diskriminierenden Verhaltens seitens BA.[1147]

894. Hinsichtlich der Qualifikation des Rabattsystems hielt das Gericht fest, dass der Treuerabatt, der als Entgelt für die Verpflichtung des Kunden, ausschliesslich oder quasi ausschliesslich bei dem beherrschenden Unternehmen zu beziehen, gewährt wird, gegen Art. 82 verstösst.[1148] Ein solcher Rabatt könne nämlich die Kunden durch die Gewährung finanzieller Vorteile vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abhalten. Aus diesem Grund verstosse ein Rabatt, der an die Verwirklichung eines Abnahmeziels anknüpft, ebenfalls gegen Art. 82 EG. Allgemein lasse sich nach Meinung des Gerichts aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten, dass jede «Treue fördernde» Rabattregelung, die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandt wird, darauf abziele, den Bezug der Kunden bei Konkurrenten unter Verstoss gegen Artikel 82 EG zu behindern, und zwar unabhängig davon, ob die Rabattregelung diskriminierend sei oder nicht.[1149]

895. Im Konkreten stellte das Gericht zur Treueförderung durch die fragliche Regelung fest, dass die erhöhten Provisionssätze aufgrund ihrer Progression, die eine sehr spürbare Wirkung im Randbereich entfalte, von einem Referenzzeitraum zum nächsten sprunghaft ansteigen konnten, in dem Masse, wie die Anzahl der von den Reisevermittlern in den aufeinanderfolgenden Referenzzeiträumen abgesetzten BA-Flugscheine angestiegen war.[1150] Umgekehrt war die Bestrafung in Form einer unverhältnismässigen Verringerung der Ergebniszuschlagssätze für die Betroffenen umso einschneidender, je höher die Einnahmen aus den Umsätzen von BA-Flugscheinen gewesen waren, und zwar selbst im Fall eines nur leichten Rückgangs des Absatzes von BA-Flugscheinen im Verhältnis zum vorangegangenen Referenzzeitraum.[1151] BA könne daher die Treueförderung durch die streitigen Regelungen nicht bestreiten. Hinsichtlich der Prüfung von Kriterien wirtschaftlicher Effizienz untersuchte das Gericht, ob die Treueförderung durch die Ergebniszuschlagsregelung auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruhe.[1152] Das Gericht lehnte dies ab, da die höhere Provision zur Verwirklichung der Zielvorgaben (Steigerung der Verkäufe) nicht nur in Bezug auf diejenigen BA-Flugscheine, die nach Erreichung der Absatzvorgaben verkauft wurden, sondern auf alle im zugrunde gelegten Referenzzeitraum verkauften BA-Flugscheine angewendet wurde.[1153] Daher könne die Ergebniszuschlagsregelung nicht als die Gegenleistung für Effizienzsteigerungen oder Kostenersparnisse betrachtet werden, die durch den Verkauf von nach der Erfüllung der genannten Zielvorgaben abgesetzten BA-Flugscheinen bewirkt wurden.[1154] Daher konnte BA nach Meinung des Gerichts kein anderes Interesse daran haben, diese Prämienregelungen anzuwenden, als dasjenige, die konkurrierenden Fluggesellschaften zu verdrängen und so die Aufrechterhaltung des bestehenden Grades an Wettbewerb oder die Entwicklung dieses Wettbewerbs auf dem britischen Markt der Luftverkehrsvermittlerdienste zu behindern.[1155]

896. Hinsichtlich des von BA geltend gemachten nicht erbrachten Nachweises, dass ihre Verhaltensweisen eine Ausschlusswirkung erzeugten, war das Gericht der Ansicht, dass es zur Feststellung eines Verstosses gegen Art. 82 EG nicht erforderlich sei, nachzuweisen, dass der fragliche Missbrauch eine konkrete Wirkung auf den betroffenen Märkten gehabt habe.[1156] Auch der EuGH bestätigte diese Sichtweise, indem er festhielt, dass zu prüfen sei, ob die Rabatte oder Prämien eine Verdrängungswirkung entfalten könnten, d. h., ob sie geeignet seien, den Wettbewerbern des Unternehmens in beherrschender Stellung den Zugang zum Markt und darüber hinaus seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen.[1157] Es genüge insoweit der Nachweis, dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung seiner Tendenz nach den Wettbewerb beschränkt, oder anders ausgedrückt, dass es aufgrund seiner Art oder Eignung eine solche Wirkung haben kann. Für die Verneinung des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG reiche es

[1146] Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2422, Rz 144.
[1147] Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2423, Rz 146 und 148.
[1148] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5986 Rz 244.
[1149] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5987 Rz 248.
[1150] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5993 Rz 272.
[1151] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5993 Rz 273.
[1152] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5995 Rz 281.
[1153] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5995 Rz 282.
[1154] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5995 Rz 284.
[1155] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5996 Rz 288.
[1156] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5997 f. Rz 293.
[1157] Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-59/04 *British Airways plc*, Slg I-2399, Rz 68.

nicht aus, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung ein Verhalten praktiziere, das eine Verdrängungswirkung gegenüber seinen Konkurrenten gehabt habe, aber das erhoffte Ergebnis nicht erreicht worden sei.[1158] Im Übrigen bedeute nach Auffassung des Gerichts eine auf ihren absoluten Wert zurückgeführte Zunahme der Marktanteile bestimmter mit BA konkurrierender Fluggesellschaften in Anbetracht der Bescheidenheit von deren ursprünglichen Marktanteilen nicht, dass die Verhaltensweise von BA wirkungslos gewesen wären.[1159] So dürfe man annehmen, dass ohne diese Verhaltensweisen die Marktanteile dieser Konkurrenten erheblich mehr hätten zunehmen können.

Post Danmark A/S («Post Danmark II»)

897. Im Vorabentscheidungsverfahren hat der EuGH auf Fragen des Konkurrenceråd (Wettbewerbsrat) festgehalten, dass Art. 82 EG die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Rabattsystem verbietet, soweit dadurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, und dass Art. 82 EG Verhaltensweisen erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung behindern.[1160] Hierbei sei zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abziele, dem Abnehmer durch die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartner für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.[1161] Zu prüfen sei daher, ob diese Rabatte eine Verdrängungswirkung entfalten könnten, d.h. ob sie geeignet seien, den Wettbewerbern des Unternehmens in beherrschender Stellung den Zugang zum Markt und darüber hinaus seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen.[1162]

898. Hinsichtlich eines Gesamtumsatzrabatts hat der EuGH festgehalten, dass die vertraglichen Verpflichtungen der Vertragspartner des Unternehmens in beherrschender Stellung und der auf sie ausgeübte Druck in der Regel besonders stark sei, wenn sich ein Rabatt nicht nur auf den Zuwachs der Käufe der Produkte dieses Unternehmens, die von seinen Vertragspartnern im berücksichtigten Zeitraum getätigt wurden, beziehen, sondern sich auf die Gesamtheit dieser Käufe erstrecke.[1163] Auf diese Weise könnten auch schon verhältnismässig geringe Veränderungen bei den Verkäufen der Produkte des Unternehmens in beherrschender Stellung überproportionale Auswirkungen für die Vertragspartner haben. Für Post Danmark A/S kam der EuGH zum Schluss, dass diese Sogwirkung dadurch noch verstärkt werde, dass die Rabatte unterschiedslos für den bestreitbaren Teil wie auch für den unbestreitbaren Teil der Nachfrage galten, im letzten Fall also insbesondere für die vom gesetzlichen Monopol von Post Danmark A/S umfassten Briefe mit einem Gewicht von bis zu 50g.

899. Weiter hat der EuGH festgehalten, dass ein Unternehmen, das einen besonders hohen Marktanteil hat, sich dadurch in einer Position der Stärke befinde, dieses zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner mache und ihm die Unabhängigkeit des Verhaltens sichere.[1164] Unter diesen Umständen entfalte ein Rabattsystem eine wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung, wenn es, ohne die Kunden durch eine förmliche Verpflichtung an dieses Unternehmen zu binden, gleichwohl den Bezug bei konkurrierenden Unternehmen erschweren soll.[1165]

900. Hinsichtlich der Verantwortung eines marktbeherrschenden Unternehmens hielt der EuGH fest, dass das Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, eine besondere Verantwortung dafür trage, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtige.[1166] Da zudem der Markt durch die Präsenz des beherrschenden Unternehmens bereits in seiner Wettbewerbsstruktur geschwächt sei, könne jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.[1167] Daher erscheine es nicht angezeigt, eine Spürbarkeits- oder De-minimis-Schwelle festzulegen, um die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung festzustellen.[1168] Diese wettbewerbswidrige Praxis sei nämlich bereits ihrer Natur nach geeignet, nicht unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen hervorzurufen oder den Wettbewerb auf dem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen tätig ist, sogar auszuschalten. Daher fällt ein durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung angewandtes Rabattsystem in den Anwendungsbereich von Art. 82 EG, wenn eine wettbewerbsschädigende Wirkung wahrscheinlich ist, ohne dass nachgewiesen werden müsste, dass sie schwerwiegend oder bedeutend ist.[1169]

[1158] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5998 Rz 297.
[1159] Urteil des EuG vom 17. Dezember 2003 T-219/99 *Britisch Airways plc*, Slg II-5999 Rz 278.
[1160] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 26.
[1161] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 29.
[1162] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 31.
[1163] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 33 mit Verweis auf Urteil des EuGH vom 15. März 2007 C-95/04 *British Airways plc*, Slg I-2400 Rz 73.
[1164] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 40.
[1165] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 42.
[1166] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 71.
[1167] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 72.
[1168] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 73.
[1169] Vorabentscheid des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark A/S* Rz 74.

e. Fazit

901. Sowohl in der Praxis der WEKO (vgl. Rz 858, 859, 860, 862, 864) als auch in der Praxis der EU (870 ff., 873 ff., 876 ff.) wurden Fälle von «secondary-line-discrimination» als unzulässig befunden. In den meisten der oben zitierten Fälle der EU findet eine Kombination von «priary-line-» und «secondary-line-discrimination» statt.

902. Hinsichtlich der durch eine «primary-line-discrimination» realisierte Behinderung von direkten Wettbewerbern des diskriminierenden Unternehmens hat die EU in ihrer Praxis in der Regel darauf abgestellt, dass bereits eine Verhaltensweise, die dazu geeignet ist, eine nicht unerhebliche Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen, als kartellrechtswidrig anzusehen ist (vgl. insb. Rz 896 und Rz 900).

B.4.3.1.3 KEP & MailKEP & Mail Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009

903. Vorliegend sind die Preise und Konditionen der Vertragskunden der Post zu vergleichen. Mit diesen Kunden vereinbarte die Post sowohl für den reservierten als auch für den nichtreservierten Dienst Umsatzrabatte.

a) Ausgestaltung des Preissystems

904. Damit eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegt, muss es zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder zu einer ungerechtfertigten gleichen Behandlung von nicht gleichartigen Sachverhalten kommen (vgl. Rz 844). Grundsätzlich verlangte die Post für den Versand einheitliche Listenpreise. Gegenüber Kunden mit einem Umsatz von über 100‘000.- Franken, die einen Vertrag mit der Post abgeschlossen hatten, gewährte die Post zudem Rabatte in Abhängigkeit von der mit der Post vereinbarten Jahresumsatzprognose auf den Listenpreisen. Diese waren in unterschiedliche Rabattstufen eingeteilt und die Post hatte im Wesentlichen ihr Preissystem so ausgestaltet, dass die Rabatte im Verhältnis zu dem mit der Post erzielten Umsatz gewährt werden sollten (vgl. Rz 107). Zudem wurden für die […] etwas höhere Rabatte gewährt.

905. Durch das Rabattsystem hat die Post Kunden, je nach erzieltem Umsatz, ungleich behandelt. In wieweit eine solche Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, hängt von den Skaleneffekten ab, welche sie bei den entsprechenden Massenversänden erzielen kann. Hierbei wäre zu prüfen, ob eine Rabattierung nach Umsatz anstatt nach Versandmenge eine angemessene Bezugsgrösse zur Messung der Skalenerträge ist. Zudem stellt sich die Frage, ob der Rabattsprung beim Überschreiten der Umsatzschwelle von 250‘000 Franken von 4 % auf 7.5 % durch entsprechende Skalenerträge und den damit verbundenen Effizienzgewinnen gerechtfertigt werden kann. Vorliegend wird die Frage, ob die aufgrund des Umsatzrabattsystems an den Tag gelegten Ungleichbehandlungen als ungerechtfertigt angesehen werden und somit als Diskriminierung angesehen werden müssen, offen gelassen.

906. Die systematische Ungleichbehandlung von […] begründet die Post im Wesentlichen mit dem systematischen Wachstum im Versandhandel sowohl im Bereich Marketing als auch im Warenversand (vgl. Rz 109). Zudem seien gemäss Post die Sendungen im Versandhandel eher schwerer gewesen, was aufgrund von Effizienzvorteilen zu zusätzlichen Kosteneinsparungen geführt habe. Mit dem unterschiedlichen Rabatt für […] habe die Post ein in der Zukunft erwartetes stärkeres Umsatzwachstum vorweggenommen und bereits im Preissystem berücksichtigt. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird aber nicht näher analysiert, ob es sich die Ungleichbehandlung von […] ungerechtfertigt ist und damit eine Diskriminierung darstellt.

907. Die […] erfolgte Einführung der Rabatte für […] deutet darauf hin, dass diese nicht als Reaktion auf zu erwartende Wettbewerber in diesem Bereich anzusehen ist. Zudem waren die Mengen und Umsätze im untersuchten Zeitraum gemäss den Erwartungen der Post gestiegen.[1170] Somit könnte bei der Ausgestaltung des […] Preissystems ohne weitere Prüfung grundsätzlich von einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung ausgegangen werden.

908. Für die Beurteilung des zugrundeliegenden Sachverhalts können die Fragen der Rechtfertigung der identifizierten Ungleichbehandlungen allerdings offen gelassen werden, da die Post ihr Preissystem, wie nachfolgend aufgezeigt, nicht einheitlich angewendet hat. Zusammenfassend kann daher im Hinblick auf die Ausgestaltung des Preissystems 2009 offen gelassen werden, ob dieses, insbesondere aufgrund des Rabattsprungs bei Überschreiten eines Planumsatzes von 250‘000 Franken und der systematischen Ungleichbehandlung […], schon zu einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG geführt hat.

b) Anwendung des Preissystems

<u>Ungleichbehandlung bei Preisen</u>

909. Ausgangspunkt zur Untersuchung ob in der Anwendung des Preissystems 2009 eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisiert wurde, sind die rabattrelevanten Parameter, welche die Post selbst für ihre Rabattpolitik heranzieht. Gemäss dem Preissystem 2009 waren dies der Umsatz (vgl. Rz 105 ff.) sowie die drei Parameter Maschinenfähigkeit, Adressqualität und Retouren (vgl. Tabelle 1). Im Zuge der Untersuchung wurde festgestellt, dass die von der Post gewährten Rabatte allerdings für einen grossen Teil der Kunden abwichen (vgl. Ausführungen in A.4.3.2.2 ab Rz 173 f.). So wurde festgestellt, dass ca. [20-30] % der Verträge ausserhalb der geltenden Rabattbandbreiten liegen.

<u>Handelspartner</u>

910. Das Preissystem 2009 wurde bei den Vertragskunden angewandt. Diese Vertragskunden bezogen Postdienstleistungen von der Post und sind somit als Marktgegenseite der Post auf einer nachgelagerten Ebene anzusehen. Die Vertragskunden sind damit als Handelspartner im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren.

[1170] Vgl. act. 432, S. 19.

Wettbewerbsbehinderung/Benachteiligung

911. Die beschriebene Ungleichbehandlung wirkte sich direkt auf die Preise der Postkunden aus, die diese für ihre Versände zu bezahlen hatten. Damit entfaltete sie auf dem gleichen Markt eine Wirkung, auf dem die Diskriminierung angewendet wurde. Hierdurch wurden einzelne Marktakteure, was den Bezug einer Vorleistung anbelangt, ungleich behandelt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts werden diejenigen benachteiligt, die einen zu niedrigen Rabatt erhalten haben, und diejenigen bevorzugt, die einen zu hohen Rabatt erhalten haben.[1171] Diese Voraussetzung wurde durch die Anwendung des Preissystems 2009 erfüllt.

912. Die Beispiele in Tabelle 15 zeigen exemplarisch das Ausmass der Diskriminierungen sowohl in einer Betrachtung, welche vom Prognoseumsatz ausgeht, als auch in einer Betrachtung, welche aufgrund der tatsächlich realisierten Umsätze ausgeht, auf. Die vollständige Erhebung der Diskriminierungen der einzelnen Vertragskunden, die untereinander in Wettbewerb stehen, wurde der Post zudem mit Schreiben vom 15. September 2017 zugestellt.[1172]

913. Die Post macht geltend, dass die vermeintlichen Abweichungen nicht nur klein, sondern minimst seien.[1173] Sie seien in jeder Hinsicht vernachlässigbar und betrügen in %-Punkten ausgedrückt durchschnittlich -[ca. 0] % beim Preissystem 2009.

914. Hierzu ist anzumerken, dass die Berechnungen der Post aufgrund der nicht eingereichten Berechnungsgrundlage nicht nachvollziehbar sind. Zudem ist die Berechnung einer durchschnittlichen Abweichung für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich, da sich durch eine solche durchschnittliche Betrachtungsweise auf der einen Seite positive und negative Abweichungen zum Teil aufheben. Zudem werden die rund zwei Drittel der Kunden, bei denen die Post Rabatte weitgehend entsprechend den Vorgaben des Preissystems gegeben hat, ebenfalls in die Gewichtung mit einbezogen. Zur Untersuchung, ob Handelspartner untereinander diskriminiert wurden, ist daher eine Einzelfallbetrachtung notwendig, wie sie in Tabelle 15 oder in der Beilage zum Schreiben an die Post vom 15. September 2017[1174] angestellt wurde. Die Post kann daher aus ihrer durchschnittlichen Berechnung nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

915. Der vorliegende Sachverhalt betrifft eine grosse Anzahl von Vertragskunden der Post, die einen nicht unerheblichen Umsatz mit dem Versand adressierter Briefpostsendungen realisieren. Zudem betragen die Rabattabweichungen zum Teil mehrere Prozentpunkte. Die Vorbringen der Post zur Geringfügigkeit der Abweichungen[1175] sowie zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb[1176] sind damit unbeachtlich. Entgegen den Vorbringen der Post hat das Sekretariat auch Ungleichbehandlungen nicht mit Diskriminierungen gleichgesetzt, sondern lediglich nicht sachlich bzw. wirtschaftlich begründbare Ungleichbehandlungen als Diskriminierungen qualifiziert.

916. Die Post bringt zudem vor, dass das Sekretariat mit der Ahndung einer reinen sogenannten «Secondary Line Injury», welche durch zufällige und in ihrem Ausmass vollkommen vernachlässigbare Abweichungen entstünden, Neuland beschreiten würde.[1177] Bisher hätten weder die Schweizer noch die Europäischen Wettbewerbsbehörden überhaupt je auf ein missbräuchliches Verhalten geschlossen, wenn dieses nicht (auch) zu einer Behinderung von Wettbewerbern des vermeintlich marktbeherrschenden Unternehmens, also zu einer «First Line Injury geführt hätte».[1178]

917. Die von der Post vorgebrachten Argumente zur Secondary Line Injury sind aus den nachfolgenden Gründen falsch. Zum einen sieht der explizite Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG eine reine «secondary-line-discriminiation» vor, indem er die Diskriminierung von Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen als eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in Betracht zieht. Zum anderen hat der EuGH im Fall Aéroports de Paris eben eine solche reine «secondary-line-discrimination» als unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag (neu Art. 102 AEUV) qualifiziert (vgl. Rz 870 ff).

918. Die Post macht zudem geltend, dass für die Bejahung einer Secondary Line Injury etwa zu prüfen gewesen wäre, ob aufgrund der vermeintlichen Ungleichbehandlung zwischen Versicherungen bei den Briefpreisen eine Wettbewerbsbehinderung auf den Versicherungsmärkten die Folge war.[1179]

919. Zudem wurden die Diskriminierungen zwischen den einzelnen Handelspartnern, die direkte Wettbewerber sind untersucht.[1180] Hierbei wurde festgestellt, dass es zu nicht unerheblichen Diskriminierungen von Handelspartnern kommt. Eine weitergehende Analyse möglicher Wettbewerbseffekte für die Handelspartner auf den Märkten auf denen sie tätig sind wäre auch praktisch kaum durchführbar. Vielmehr wären die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge kaum je zu erbringen und wären mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, als übertrieben anzusehen.[1181]

920. Die Post bringt weiter vor, dass Preisdifferenzierungen in der Wirtschaft weit verbreitet seien und in zahlreichen Variationen vorkommen würden.[1182] Zudem seien sie an und für sich kein Ausdruck von Marktmacht eines Unternehmens. Auch Postunternehmen anderer Länder würden Preisdifferenzierungen in Form unterschiedlicher Rabatte anwenden. Aus ökonomischer Sicht seien Preisdifferenzierungen auch nicht per se

[1171] BGE 139 I 72 E. 10.2.2.
[1172] Act. 908 und 908a, Beilage.
[1173] Act. 821 Rz 381.
[1174] Act. 908 und 908a, Beilage.
[1175] Act 821 Rz 382.
[1176] Act. 821 Rz 383.
[1177] Act. 821 Rz 384 f.
[1178] Act. 821 Rz 386.
[1179] Act. 821 Rz 387.
[1180] Vgl. Tabelle 15 sowie act. 908 und 908a Beilage.
[1181] Vgl. BGE 139 I 91 E. 8.3.2.
[1182] Act. 821 Rz 391.

problematisch, weshalb eine grosse Skepsis gegenüber der Missbräuchlichkeit einer Preisdifferenzierung, der keine Verdrängungsabsicht zugrunde liegen und die zu keiner Ausbeutung oder Behinderung führen würde, bestehen würde.

921. Hierzu ist anzumerken, dass eine Preisdifferenzierung nicht automatisch mit einer unzulässigen Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gleichzusetzen ist, wie dies die Post mit ihren Ausführungen zu suggerieren versucht. Vorliegend wurde aber nicht die dem Preissystem 2009 inhärente Ungleichbehandlung der Kunden aufgrund der Kriterien Prognoseumsatz, VSV-Mitgliedschaft, Maschinenfähigkeit, Adressqualität/-lesbarkeit und Retouren (Nutzung des Adresstools MAT(CH) Move) als Begründung für die Diskriminierung herangezogen. Vielmehr wurden lediglich diejenigen Ungleichbehandlungen, welche weder durch das Preissystem 2009 selbst oder durch weitere von der Post vorgebrachten Begründungen erklärt werden konnten, als Grundlage für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung vorliegt herangezogen. Diese Diskriminierungen von Handelspartnern der Post haben dazu geführt, dass ein Teil der Handelspartner aufgrund der nicht sachlich gerechtfertigten tieferen Rabatte einen höheren Preis für ihre Briefversände bezahlt haben, als ihre direkten Wettbewerber, die sich in einer vergleichbaren Situation befunden haben. Mit dieser Verhaltensweise hat die Post eine kartellrechtlich unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisiert. Ob in anderen Bereichen der Wirtschaft kartellrechtlich nicht zu beanstandende Preisdifferenzierungen gelebt werden, ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich.

Rechtfertigungsgründe

922. Hinsichtlich die in Rz 909 aufgeführten Ungleichbehandlungen wurden die nachfolgenden Rechtfertigungsgründe geprüft:

923. Die Post reichte eine eigene Analyse einer kleineren Auswahl an Verträgen (ab 1. Juli 2009 abgeschlossene Verträge, d. h. ohne früher abgeschlossene Verträge, welche im Preissystem 2009 weitergalten) ein, in der sie ebenfalls Abweichungen von den Bandbreiten untersuchte (Abschnitt A.4.3.2.2, ab Rz 168). Dabei gab sie für die erkannten Abweichungen auch Begründungen für die Abweichung an. Die Auswertung[1183] der Abweichungen von den Bandbreiten ergab folgende Ergebnisse (vgl. Tabelle 8 bei Rz 169): Bei [100-200] (d. h. [20-30] %) von [500-600] Standortverträgen waren die vereinbarten Rabatte ausserhalb der für den vereinbarten Umsatz massgebenden Rabattbandbreite. [100-200] wichen dabei gegen unten ([20-30] % aller Verträge) und [0-100] ([0-10] % aller Verträge) gegen oben ab. Die von der Post eingereichte Auswahl ergab somit ähnliche Resultate wie die Auswertungen des Sekretariats für alle geltenden Verträge (vgl. Rz 173 f), mit allerdings leicht tieferen Abweichungen. Dies lässt sich dadurch erklären, dass einige vor dem 1. Juli 2009 geschlossene Verträge nicht an die neue Rabattstaffelung des Preissystems 2009 angepasst wurden.

924. Insgesamt lassen sich die beobachteten Abweichungen bei ca. [20-30] % der Vertragskunden nicht durch die Vorgaben des Preissystems 2009 (Umsatz sowie die drei Qualitätskriterien Maschinenlesbarkeit, Adressqualität und Retouren) erklären (Rz 173 f). Damit handelt es sich um Abweichungen vom Preissystem 2009, welche durch dieses nicht gerechtfertigt werden können.

925. Die Post bringt vor, dass der Würdigung des Rabattsystems durch das Sekretariat ein falsches Verständnis dahingehend zugrunde liegen würde, dass der Kundenberater «oben» den Vorjahresumsatz und die weiteren Kundeneigenschaften eingeben würde und «unten» automatisch der Rabatt herauskommen würde.[1184] Das Rabattsystem sei vielmehr prognosebasiert, was Treuerabatte verhindern und dem Kundenbedürfnis nach Berechenbarkeit der Kosten ermöglichen würde.[1185] Aus diesem Grund würden die Kundenberater mit den Kunden einen Planumsatz vereinbaren. Hierbei würden die Preissysteme nicht rein mechanisch zur Anwendung kommen, sondern es würde auf das individuelle Kundengespräch abgestellt, weshalb dem Kundenberater zwingend ein Spielraum zukommen würde.[1186] Hierbei würden individuelle Einzelfälle berücksichtigt. Zudem seien die Abweichungen rein rechnerische und zufällige, welche über die gesamte Kundenbasis erhoben nicht missbräuchlich sein könnten.

926. Hierzu ist anzumerken, dass die Kundenberater in der Regel durch die Vereinbarung des Prognoseumsatzes und der weiteren Parameter die kundenindividuellen Spezifika bereits berücksichtigten. So wurde in der Analyse die Abweichung des Rabatts von der Rabattvorgabe beruhend auf dem vereinbarten Prognoseumsatz und den weiteren Parameter untersucht. Die Post kann daher aus diesen Ausführungen keine schlüssige Begründung für die Abweichungen vorbringen. Aufgrund der grossen Anzahl der Abweichungen, die insgesamt ca. [20-30] % der Verträge betrifft, kann auch nicht von rein zufälligen Abweichungen im Sinne von Übertragungsfehlern etc. gesprochen werden. Auch dies sind keine stichhaltigen Vorbringen, welche als sachliche Begründungen für die durch die Abweichungen entstehenden Ungleichbehandlungen herangezogen werden könnten. Es sind auch keine anderen sachlich gerechtfertigten Gründe ersichtlich, mit welchen eine solche Ungleichbehandlung erklärbar wäre.

927. Im Rahmen der Untersuchung hat die Post für eine Auswahl an Vertragskunden auf Nachfrage die Gründe für die Abweichungen angegeben, wobei in den nicht sachlich begründeten Fällen oft «konkretes Verhandlungsergebnis» als Grund angegeben wurde.[1187] Eine Ungleichbehandlung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, welche rein durch die Marktstellung dieses Unternehmens begründet wird, wurde sowohl in der Schweizer Praxis (vgl. Rz. 860) als auch in der EU-Praxis (vgl. Rz 870 ff.) als unzulässiges Wettbewerbsverhalten qualifiziert. Dies kann daher nicht als sachliche Begründung für die von der Post gelebte Ungleichbehandlung herangezogen werden.

[1183] Ausgenommen von der Auswertung waren wiederum die von der Post angegebenen Durchschnittsrabatte.
[1184] Act. 821 Rz 375.
[1185] Act. 821 Rz 376.
[1186] Act. 821 Rz 377.
[1187] Act. 432 Beilage 8.

928. Massgebend für den Rabatt war laut Rabattvorgabe der Post zwar der vereinbarte Umsatz. Bei Abweichungen mussten der Vertrag und der vereinbarte Umsatz laut postinterner Vorgabe angepasst werden. Der Vollständigkeit halber wurde daher zudem überprüft, ob die vereinbarten Rabatte innerhalb der Bandbreiten lagen, welche im Vorjahr oder während der Vertragsdauer für die tatsächlich realisierten Umsätze anwendbar gewesen wären. Diese Analyse wurde vorgenommen, um zu prüfen, ob die Kundenberater in einzelnen Fällen gewisse zukünftige Änderungen im Versandverhalten bereits vorweggenommen haben, dies sich aber in der Umsatzprognose nicht widerspiegelte.

929. Die Auswertung (vgl. Rz 175 ff.) zeigt, dass auch die tatsächlich erzielten Umsätze in der Vorjahresperiode oder in derselben Periode die vereinbarten Rabatte (resp. die Abweichungen von den aufgrund der vereinbarten Rabatte anwendbaren Rabattbandbreiten) nicht erklären können: Die vereinbarten Rabatte waren nur bei zwischen [200-300] und [200-300] Verträgen (zwischen [20-30] % und [20-30] %) im Bereich der Bandbreite, welche mit Bezug auf die tatsächlichen Umsätze in der Vorperiode anwendbar gewesen wäre (Tabelle 10, Rz 176). Der Rest der Verträge lag unterhalb oder oberhalb der entsprechenden Bandbreiten, und ein grosser Teil der Kunden (zwischen [400-500] und [500-600] Verträge resp. [40-50] % und [60-70] %) erhielt einen Vertrag, obwohl sie den Umsatz von 100‘000 Franken pro Jahr nicht erreichten. Das gleiche Bild ergibt sich (Tabelle 11, Rz 178), wenn die tatsächlichen Umsätze der gleichen Periode als massgebliche Grösse für den vereinbarten Rabatt herangezogen werden. Daher muss auch das Argument, dass die in Abweichung von den Prognoseumsätzen festgelegten Rabatte, in einer rückblickenden Betrachtung aufgrund der tatsächlich erzielten Rabatte gerechtfertigt gewesen wären, als unbegründet abgelehnt werden.

930. Zusätzlich wurde auch eine Auswertung zur Rabattzuteilung innerhalb der Rabattbandbreite vorgenommen. Grundsätzlich galt laut Rabattliste der Post für die Bestimmung des Rabatts innerhalb der Bandbreite für alle Vertragskunden, welche nicht […] waren, allgemein der Minimalrabatt der entsprechenden Bandbreite (vgl. Rz 107). In begründeten Ausnahmen konnten Rabatte bis zu den Richtwerten gewährt werden. Voraussetzung war, dass die Rabattbandbreitenkriterien gemäss Checkliste Vertragskunden erfüllt waren (Maschinenfähigkeit 95%, gute Adressqualität, Retouren / MAT(CH) Move). Für VSV-Vertragskunden galt allgemein der […]. Die Rabatte innerhalb einer Rabattbandbreite konnten zwischen 0.5 % und zu 4 % auseinanderliegen.

931. Die Auswertung ergab Folgendes (vgl. Abschnitt A.4.3.2.3, Rz 184 ff.): Von den [600-700] «normalen» (keine […]) Vertragskunden erhielten [50-100] (gut [10-20] %) einen Rabatt zwischen Minimalrabatt und Richtwert – und waren somit eine «begründete Ausnahme»–, und weitere [50-100] Verträge (gut [0-10] %) sahen gar Rabatte über dem Richtwert vor, was in der Rabattvorgabe nicht vorgesehen war. Bei den […] war der Anteil von Abweichungen vom Richtwert grösser: Von [100-200] Verträgen wiesen [0-50] (gut [10-20] %) einen tieferen Rabatt oder gar nur den Minimalrabatt aus, weitere [0-50] (gut [30-40] %) […] erhielten einen Rabatt über dem Richtwert. Somit kam es auch innerhalb der durch das Preissystem der Post für die Kundenberater geltenden Vorgaben zu Abweichungen vom Preissystem, die durch dieses nicht sachlich gerechtfertigt werden konnten.

932. Hinsichtlich des Ausnutzens der Verhandlungsspielräume der Kundenberater als mögliche sachliche Begründung für eine Ungleichbehandlung kann festgehalten werden, dass ein grosser Teil der im Rahmen der Untersuchung betrachteten Ungleichbehandlungen Abweichungen umfasste, bei denen der angewandte Rabatt ausserhalb der für die einzelnen Rabattstufen geltenden Bandbreiten lag. Damit handelte es sich bereits um qualifizierte Abweichungen von der internen Rabattvorgabe. Aber auch für Abweichungen innerhalb der Bandbreite gilt, dass Verhandlungen per se grundsätzlich keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern darstellen: Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat eine erhöhte Verantwortung zur Gleichbehandlung seiner Kunden. Unterschiedliche Preise (und andere Geschäftsbedingungen) müssen auf nachvollziehbaren anerkannten Gründen beruhen und aufgrund von klar definierten Kriterien einheitlich angewandt werden. Im vorliegenden Fall bestanden interne Vorgaben auf der Preisliste, welche jedoch nicht einheitlich angewandt wurden. Kriterien, aufgrund welcher von Verhandlungen abgewichen werden konnte, sind nicht dokumentiert (Rz 171.e). Die Abweichungen können somit nicht durch das Ausnutzen allfälliger Verhandlungsspielräume gerechtfertigt werden.

933. Betreffend die *in der relevanten Periode* tatsächlich realisierten Umsätze kann festgehalten werden, dass diese erst in einer rückblickenden Betrachtung bekannt sind. Wenn die tatsächlich realisierten Umsätze hätten berücksichtigt werden sollen, so hätte die Post ein grundsätzlich anderes Preissystem aufbauen müssen. Daher ist dieses Vorbringen betreffend die festgestellte Ungleichbehandlung nicht stichhaltig. Soweit auf bereits *in der Vergangenheit realisierte Umsätze* abgestellt wurde, hätten diese Umsätze in die vereinbarten Umsatzprognosen einfliessen müssen und die Post hätte basierend hierauf den korrekten Rabatt gewähren müssen.

934. Ein weiterer Grund für Ungleichbehandlungen können Produkttests sein. Es ist auch einem marktbeherrschenden Unternehmen unbenommen, Tests für neue Produkte durchzuführen, sofern diese in einem angemessenen Zeitrahmen durchgeführt werden. Ausserdem ist darauf zu achten, dass dies nicht als Vorwand verwendet wird, um etwa besonders wechselbereiten Kunden aussergewöhnliche Konditionen anzubieten und daher diese Kunden im Vergleich zu anderen Kunden zu bevorzugen. Sofern somit im relevanten Zeitraum Tests für Quartalsrabatte durchgeführt wurden, kann es diesbezüglich zu Abweichungen vom Preisschema in den einzelnen Perioden kommen. Diese wären somit gegebenenfalls gerechtfertigt. Allerdings sind von [100-200] Abweichungen (nur Standortverträge, welche ab 1. Juli 2009 abgeschlossen wurden) gemäss Angaben der Post nur [0-10] auf diese Tests zurückzuführen. Damit scheiden auch Tests als Erklärung für die vorliegenden Ungleichbehandlungen aus.

935. Mögliche Zahlungsausfälle sind ein klassischer Grund, welche schlechtere Konditionen für gewisse Kunden zu rechtfertigen vermögen, sofern das Delkredererisiko nicht auf andere Weise (etwa Vorauszahlung) vermieden werden kann. Vorliegend betraf dies nur einen einzigen Vertragskunden, welcher sich in Liquidation befand und über den später der Konkurs eröffnet wurde. Es wurde vorliegend nicht abgeklärt, ob der Post anderweitige Möglichkeiten wie Vorauszahlung ohne übermässigen Aufwand zur Verfügung gestanden wären. Aufgrund der Konkursgefahr wird daher vorliegend davon ausgegangen, dass die Rabattabweichung zu Ungunsten des spezifischen Kunden gerechtfertigt sein könnte.

936. Weitere Unterscheidungskriterien, betreffend welche eine Unterscheidung der Rabatte für die Kunden vorgenommen werden sollte, sind in den eingereichten Unterlagen und Vorgaben für die Kundenberater nicht dokumentiert. Weitere sachliche Gründe und daraus abgeleitete Parameter, welche von der Post für die konkrete Festlegung der Rabatte herangezogen worden wären, sind auch nicht ersichtlich bzw. wurden bereits in der Berechnung des Rabatts berücksichtigt. Daher liegen abgesehen von den Quartalsrabatt-Tests und der fehlenden Bonität keine sachlichen Gründe vor, welche die von der Post an den Tag gelegte Ungleichbehandlung rechtfertigen würden.

937. Als weitere Begründung für die Ungleichbehandlungen können allfällige Abweichungen durch Rabattkorrekturen angenommen werden. Daher wurde auch untersucht, ob allfällige Abweichungen durch Rabattkorrekturen infolge der anwendbaren Qualitätskriterien Maschinenfähigkeit, Adressqualität/-lesbarkeit und Retouren (Nutzung des Adresstools MAT(CH) Move) begründet waren, welche neben dem Umsatz zu berücksichtigen waren (vgl. Analyse Rz 190 ff.). Gemäss der von der Post eingereichten Vertragsliste für den Zeitraum von Januar 2001 bis März 2011 kamen Korrekturen aufgrund von Maschinenfähigkeit und Adressqualität/-lesbarkeit gar nie vor, Korrekturen aufgrund von Retouren für das Preissystem 2009 nur bei [0-50][1188] von [2'000-3'000] Verträgen. Für die übrigen Verträge war gemäss Daten die Korrektur «nein» oder «nicht bekannt»/«unbekannt». Die Auswertung ergab zunächst, dass vom Vermerk hinsichtlich Retouren kein Muster hinsichtlich der Rabatthöhe abgeleitet werden kann. Vielmehr kamen Abweichungen von den Bandbreiten aber auch von den Richtwerten in beide Richtungen häufig vor und zwar unabhängig davon, ob laut Daten eine Änderung des Rabatts aufgrund des Qualitätskriteriums Retouren erfolgte, nicht erfolgte oder dies der Post nicht mehr bekannt war.

938. Aus der zusätzlich vorgenommenen Analyse der bestätigten Abweichungen aufgrund des Kriteriums der Retouren (Nutzung MAT(CH) Move) geht zudem klar hervor, dass die vorgenommenen Korrekturen aufgrund dieses Kriteriums weder Abweichungen von der Bandbreite noch Abweichungen innerhalb der Bandbreite zu erklären vermögen (Rz 193 ff.). Dies bedeutet, dass auch diese Korrekturfaktoren nicht als sachliche Begründung für die vorgefundene Ungleichbehandlung herangezogen werden können.

939. Somit können die beobachteten Ungleichbehandlungen weder basierend auf den tatsächlich erreichten Umsätzen in einer rückblickenden Betrachtung noch basierend auf einer vorausschauenden Betrachtung, basierend auf den Umsätzen des jeweiligen Vorjahres, erklärt werden.

940. Für die Durchschnittsverträge wurden vorliegend keine Auswertungen vorgenommen. Diese wurden entsprechend nicht in die Analyse mit einbezogen und damit der Post auch nicht vorgeworfen. Indes zeigt sich aber sogar anhand der von der Post ausgesuchten und eingereichten Beispiele, bei denen bei drei von vier Verträgen der vereinbarte Rabatt von der korrekten Berechnung (wenn auch nur in geringem Masse) abwich, dass auch hier keine einheitliche Handhabung bestand (Rz 202).

941. Damit ist erstellt, dass die Kundenberater ohne Vorliegen sachlicher Gründe mit etwas mehr als [20-30] % der Kunden Rabatte vereinbart haben, welche ausserhalb der im Preissystem geltenden Rabattbandbreiten lagen und waren nicht sachlich bzw. wirtschaftlich begründet. Weiter wurden auch innerhalb der Bandbreiten die Rabatte nicht einheitlich vergeben. Damit hat die Post (wie dies die Beispiele in Tabelle 15 exemplarisch aufzeigen) Vertragskunden hinsichtlich der Rabatte für den Briefversand untereinander im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG diskriminiert.

942. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sind für die festgestellten Diskriminierungen auch keine weiteren sachlichen Gründe, ersichtlich, welche die Diskriminierungen rechtfertigen würden. Weder gehen solche Effizienzgründe aus den eingereichten Unterlagen hervor, noch wurden von der Post solche vorgebracht.

Fazit

943. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die uneinheitliche Anwendung des Preissystems 2009 eine unzulässige Verhaltensweise durch die Realisierung einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellt.

c) Zwischenergebnis

944. In den Rz 904 bis 943 wurden die in der Sachverhaltsabklärung identifizierten Ungleichbehandlungen kartellrechtlich geprüft. Die praktischen Auswirkungen dieser Diskriminierungen wurden bereits exemplarisch in Tabelle 15 anhand von einzelnen Beispielen aufgezeigt.

945. Die obige Analyse zeigt, dass die Post im Rahmen der Anwendung des Preissystems 2009 das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung von Handelspartnern erfüllt hat. Da zudem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist ihr Verhalten als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren.

[1188] Davon gehörte ein Vertrag jedoch zu einem Geschäftskunden mit Kollektivrabatt. Ausgewertet wurden somit 41 Verträge.

B.4.3.1.4 Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems CAPRI

946. Beim Preissystem CAPRI wird hinsichtlich der Diskriminierung von Handelspartnern vorwiegend die Preislisteneinteilung (vgl. Rz 124 ff.) sowie der Zusatzrabatt (vgl. Rz 139 ff.) geprüft. Hierbei ist in einer Gesamteffektbetrachtung zu untersuchen, ob es zu Diskriminierungen von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG kommt (vgl. Rz 843).

a) Ausgestaltung der Preislisteneinteilung sowie des Zusatzrabatts

Ungleichbehandlung bei Preisen

947. Damit eine Diskriminierung von Handelspartnern vorliegt, muss es zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder zu einer gleichen Behandlung von nicht gleichartigen Sachverhalten kommen (vgl. Rz 844). Im Preissystem CAPRI wurden Kunden anhand der Parameter Segmentzuordnung, Prognoseumsatz, Jahresprofil, Monatsprofil, Verwendung des Online Aufgabeverzeichnisses (AVZ Online), Frankaturen und Adressqualität/Retouren in eine von 60 Preislisten eingeteilt (vgl. Rz 124 ff.). Zudem wurden den Kunden individuell die monatlichen Umsatzabstufungen mitgeteilt, gemäss welcher sie einen Zusatzrabatt von 0 % bis 3 % erhalten sollten. Der monatliche Gesamtrabatt errechnete sich insbesondere aus dem Grundrabatt gemäss Preislisteneinteilung sowie dem jeweils monatlich anhand des tatsächlich monatlich erzielten Umsatzes festgelegten Zusatzrabatt.

948. Diese von der Post gewählten Parameter werden als Grundlage für die Beurteilung der Ungleichbehandlung der einzelnen Kunden herangezogen. Ohne im Detail näher geprüft zu haben, ob die Parameter Segmentzuordnung, Prognoseumsatz, Jahresprofil, Monatsprofil Verwendung des Online Aufgabeverzeichnisses, Frankaturen und Adressqualität/Retouren mit entsprechenden Effizienzvorteilen bei der Post einhergehen können, wurde offen gelassen, ob gestützt auf die Anwendung dieser Kriterien bei der Preislisteneinteilung Ungleichbehandlungen unbegründet und damit als wettbewerbsrechtlich problematisch anzusehen sind.

949. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Zusatzrabatts wurden allerdings verschiedene Effekte beobachtet, welche zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Handelspartnern der Post führten.

950. Laut Angaben der Post wurde mit dem Zusatzrabatt hauptsächlich bezweckt, im Rahmen der ex-ante-Festlegung der anwendbaren Preise sicherzustellen, dass alle Vertragskunden gleich behandelt werden, indem Anpassungen zwischen vereinbartem und tatsächlichem Umsatz zeitnah ausgeglichen werden (vgl. vorne, Rz 146 f.). Der Zusatzrabatt war laut Post nur für massvolle Abweichungen gedacht, bei grösseren Abweichungen sollte die Preisliste angepasst werden.

951. Die Analyse der Konzeption des Zusatzrabatts zeigt, dass dieser nicht zur Gleichstellung der Vertragskunden führte, sondern im Gegenteil zusätzliche Ungleichbehandlungen bewirkte, weil er jeden Monat neu aufgrund der monatlich schwankenden Umsätze festgelegt wurde.

952. Hierbei sind drei Effekte, die durch den Zusatzrabatt ausgelöst wurden, zu unterscheiden.

Effekt 1: Abweichung von der Jahresumsatzprognose

953. Einerseits sind Konstellationen zu erwähnen, bei denen ein Vertragskunde in einer Jahresbetrachtung von seiner Umsatzprognose abwich. Dabei ist zu vergleichen, ob dieser Vertragskunde aufgrund der Abweichung im Endeffekt rabattmässig anders gestellt werde als ein Kunde, welcher aufgrund einer korrekten Prognose die gleiche Gesamtmenge einlieferte. In der Analyse hat sich gezeigt, dass der Zusatzrabatt in der Tendenz zu einer Schlechterstellung bei einer Reduktion des Umsatzes (z. B. bei Verlagerung auf die Konkurrenz) respektive zu einer Besserstellung bei Umsatzerhöhung (z. B. zusätzlicher Versand) führte, sofern die Schwellen des Zusatzrabatts überschritten wurden (vgl. dazu die Beispiele in Rz 335 f., Tabelle 29, und Rz 337, Tabelle 30). Dies bedeutet, dass der Zusatzrabatt bei einer jährlichen Betrachtung einen stärkeren Effekt aufweist als eine allfällige durch die Über- oder Unterschreitung der Umsatzschwellen resultierende neue Preislisteneinteilung. Somit kann alleine schon die Ausgestaltung des Zusatzrabatts zwischen 0 % und 3 % bei einer Abweichung des tatsächlichen Umsatzes vom Prognoseumsatz zwischen -25 % und +15 % zu einer Ungleichbehandlung von Handelspartnern der Post führen, wie dies in Rz 331 ff. ausgeführt ist.

954. Hierzu ist festzuhalten, dass die Post in ihren Strategiepapieren als Begründung für den Zusatzrabatt anführt, dass das Erreichen oder Übertreffen der Umsatzprognose mit einem zusätzlichen Rabatt belohnt werden sollte.[1189] Damit zeigt die Post auf, dass sie mit dem Zusatzrabatt nicht nur einen Ausgleich zwischen den durch die Preislisteneinteilung bedingten unterschiedlichen Rabattstufen anstrebte, sondern Anreize schaffen wollte, damit Kunden ihr Umsatzziel möglichst erreichten oder übertrafen. Solche Anreizwirkungen werden in der EU regelmässig als unzulässig qualifiziert. So hat die Kommission im Fall NBIM die Ansicht vertreten, dass Rabatte, die nicht auf Kostenersparnis beruhten, sondern mit denen der Zweck verfolgt wurde, das Interesse des Abnehmers am Erzeugnis eines anderen Lieferanten einzuengen, durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht praktiziert werden dürften (vgl. Rz 873 ff. insb. Rz 886).

955. Darüber hinaus ist die Berechnung des Zusatzrabatts auf monatlicher Basis, wie nachfolgend aufgezeigt (vgl. Rz 956 ff.), zudem ungeeignet, um das Ziel einer Korrektur einer falschen Preislistenzuordnung zu erreichen. Weitere sachliche Gründe für eine solche Ausgestaltung des Zusatzrabatts sind nicht ersichtlich, weshalb die Ausgestaltung des Zusatzrabatts bereits in dieser Hinsicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung und somit zu einer Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führte.

[1189] Act. 432 Beilage 13 d, S. 5 (Kapitel 3.3).

956. Die Post hält das Jahresbeispiel in Rz 337, Tabelle 30, für unrealistisch. Eine derart signifikante Umsatzabweichung werde spätestens nach drei Monaten dem zuständigen Kundenberater oder der zuständigen Kundenberaterin gemeldet und die Prognose gemeinsam mit dem Kunden revidiert.[1190] Genau um solches zu vermeiden, habe die Post das für sie relativ aufwändige Verfahren der monatlichen Rabattgewährung mit dem Prognosesystem gewählt. Der monatliche Umsatzrabatt diene lediglich dazu, kurzfristige Schwankungen abzufedern.[1191]

957. Umsatzänderungen führten jedoch laut der Vorgaben und Anwendung der Strukturkontrolle nicht notwendigerweise zu Anpassungen der Konditionen (vgl. vorne, Abschnitt A.4.3.3.2, Rz 241 ff.): So wurden die Kundenberater nur dann alarmiert, wenn ein Kundenparameter zu einer Profiländerung führte, die eine Preislistenänderung zur Folge hatte. Bewirkte eine Umsatzänderung somit keine Preislistenkorrektur, geschah nichts. Auch in der Anwendung des Preissystems (vgl. Rz 309 ff.) zeigte sich, dass der Zusatzrabatt häufig und über eine lange Dauer zur Anwendung kam, weshalb das Argument der schnellen Neuverhandlung der Verträge bei Abweichungen weder einheitlich vom System vorgesehen war, noch tatsächlich umgesetzt wurde. Wie in Rz 393 ff. exemplarisch aufgezeigt, kam es denn auch tatsächlich zu weitreichenden Ungleichbehandlungen, die über einen langen Zeitraum (von mehreren Monaten bis zu mehreren Jahren) anhielten. Die Rechtfertigung der Post, dass der Zusatzrabatt, wenn überhaupt, nur für sehr kurze Zeit zur Anwendung gelangte, ist daher tatsachenwidrig und kann daher nicht als Begründung für die durch den Zusatzrabatt bewirkte Ungleichbehandlung herangezogen werden.

958. Weiter war ein Kundenberater oder eine Kundenberaterin nur dann zum Handeln gezwungen, wenn eine Verschlechterung im Profil eintrat. Bis Ende 2014 konnte er oder sie aber auch nur im System quittieren, ohne mit dem Vertragskunden Anpassungen bei den Konditionen vorzunehmen. Ausserdem ist zu bedenken, dass die Anpassung der Konditionen stets nur mit einer gewissen Verzögerung eintrat. Bei einer Neukalkulation erfolgte die Strukturkontrolle erstmals im dritten Monat. Eine Mitteilung an den Kundenberater oder die Kundenberaterin gab es ferner erst im Folgemonat, wenn das Profil drei Monate in Folge von den vereinbarten Werten in preislistenrelevanter Weise abwich. Bis somit Konditionen neu abgeschlossen wurden, konnte mindestens ein halbes Jahr vergehen. Die Auswertung hat jedoch gezeigt, dass vielfach trotz Abweichungen des Profils von der Zielpreisliste nur sehr langsam Änderungen vorgenommen wurden oder gar keine Anpassungen stattfanden (vgl. allgemein zu Preislistenanpassungen Rz 260 ff., zu Anpassungen im Rahmen der Strukturkontrolle Rz 278 ff. und zu Anpassungen der vereinbarten Umsätze Rz 322 ff.).

959. Die Befragung (vgl. vorne, Kapitel A.4.5.3, Rz 474 f.) hat zudem gezeigt, dass sehr wenige unterjährige Vertragsanpassungen vorgenommen wurden. So gaben nur zehn Vertragskunden an, dass die Post ihnen den Vertrag seit Einführung (bis Herbst/Ende 2003) gekündigt hatte.[1192] Nur in acht Fällen waren es Profilverschlechterungen (v. a. Umsatz). D. h. nur rund 3 % der Kunden hatte in den eineinhalb Jahren eine Kündigung seitens der Post infolge Profilverschlechterung zu gewärtigen. Demgegenüber kündigte keiner der befragten Vertragskunden in derselben Zeitperiode selbst den Vertrag. Dies zeigt deutlich auf, dass die von der Post angefügten Korrekturmechanismen die durch die Ausgestaltung des Zusatzrabatts bewirkten Ungleichbehandlungen nicht zu korrigieren vermochten, weshalb diese somit auch nicht als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung herangezogen werden können.

960. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Ausgestaltung des Zusatzrabatts mit einem Rabatt von 0 % bis 3 % bei einer Abweichung des tatsächlichen Umsatzes vom Prognoseumsatz zwischen -25 % und +15 % sachlich nicht gerechtfertigt ist und zu einer Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führen kann.

Effekt 2: schwankende Umsätze

961. Andererseits zeigt das Beispiel in Rz 341 f., Tabelle 31, dass auch unterjährige Konstellationen denkbar sind, in denen es zu Ungleichbehandlungen kam, obwohl zwei Vertragskunden über 3 Monate gesehen die gleichen Mengen einlieferten und beide ihren Umsatz korrekt prognostiziert hatten.

962. Wie schon im erwähnten vorstehenden Beispiel zeigen die Beispiele in Rz 332–334 sowie Rz 343 f., dass Ungleichbehandlungen auch bei akkurater Jahresprognose vorkommen konnten. Im Beispiel in Tabelle 32 (Rz 343) erhält einer der Vertragskunden trotz gleichem Umsatz und praktisch identischem Jahresprofil[1193] einen rund 7 % höheren Rabatt als der andere.

963. Die Auswertung der Anwendung der Zusatzrabatte (Rz 309309–313) zeigt, dass sich eine Vielzahl der Kunden beim Zusatzrabatt in den extremen Randbereichen, also entweder bei einem sehr tiefen Zusatzrabatt von 0 % oder einem sehr hohen Zusatzrabatt von 3 %, befanden (vgl. Rz 309 ff., Rz 322 ff. sowie Tabelle 33). So konnten unregelmässige Versände dazu führen, dass ein Vertragskunde bei beispielsweise zweimonatigem Versand und dem Erreichen seiner Jahresumsatzprognose durchgängig einen Durchschnittsrabatt von 3 % erhielt, während ein Vertragskunde mit monatlichem Versand und dem Erreichen seiner Jahresumsatzprognose durchgängig einen Durchschnittsrabatt von 2 % erhielt.

964. Unregelmässige Versände sollten durch den Parameter Jahresprofil korrigiert werden, so dass auch das Verhältnis zwischen Jahresprofil und Zusatzrabatt geprüft wurde. Neben dem Umsatz war das Jahresprofil ein entscheidendes Kriterium zur Einstufung der einzelnen Kunden in die jeweilige Preisliste (vgl. vorne, Rz 130.a125.a). Hierbei wurde die Schwankung der Anzahl Sendungen pro Monat über das Jahr hinweg

[1190] Act 27, S. 25.
[1191] Act. 27, S. 26.
[1192] Sechs Vertragskunden beantworteten die Frage nicht.
[1193] Zum Zusammenspiel zwischen Zusatzrabatt und Jahresprofil siehe unten, Rz 964 sowie 369.

abgebildet, wobei die Post starke Schwankungen kostenerhöhend und schwache Schwankungen als kostensenkend ansah. Der Kunde konnte je nach Schwankung im Jahresverlauf um bis zu drei Preislisten schlechter oder bei geringen Schwankungen um bis zu zwei Preislisten besser eingestuft werden. Die Post begründete diese unterschiedliche Behandlung der Kunden mit sachlichen Effizienzgründen: So müsse die Post bei unregelmässigen Versänden mehr Versandkapazitäten vorhalten. Dies sei zudem schwerer planbar als bei regelmässigen Versänden, weshalb regelmässige Versände bedeutend geringere Kosten verursachen würden als unregelmässige Versände. Daher rechtfertige es sich gemäss Aussagen der Post, bei regelmässigen Versänden einen entsprechenden Preisnachlass zu gewähren.

965. Die Höhe des Zusatzrabatts hing vom Vergleich des erzielten Umsatzes zum durchschnittlichen Planumsatz (ein Zwölftel des vereinbarten Jahresumsatzes zu Preisen gemäss individueller Preisliste) ab. Hierbei resultierte bei einer Abweichung nach unten ein geringerer Zusatzrabatt und bei einer Abweichung nach oben ein höherer Zusatzrabatt. Der Zusatzrabatt sollte laut Post Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz, welcher der Preisliste zugrunde liegt, und dem tatsächlichen Umsatz zeitnah auf monatlicher Basis ausgleichen.

966. Die Analyse der Ausgestaltung der beiden preisrelevanten Parameter Jahresprofil und Zusatzrabatt hat gezeigt, dass sie gegenläufige Effekte haben konnten, wenn ein Kunde mit der Post monatlich unterschiedliche Mengen versandte (vgl. vorne, Rz 369 ff.). Während der Zusatzrabatt tendenziell Schwankungen mit einem höheren Rabatt «belohnte», wurde der Kunde aufgrund des Jahresprofils bei höheren Schwankungen teilweise durch die Einstufung in eine schlechtere Preisliste bestraft. Aus einer exemplarischen Gegenüberstellung bei einem Szenario, in welchem gleichmässige Versände angenommen werden, geht insbesondere hervor, dass Bereiche bestanden, in welchen Kunden mit geringeren Schwankungsbreiten aufgrund des Zusatzrabattes schlechter gestellt wurden als Kunden mit höheren Schwankungsbreiten (vgl. Abbildung 15). Für diese Art der systemimmanenten Ungleichbehandlung sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Daher stellt eine solche Ungleichbehandlung eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar.

Effekt 3: Anreizwirkung

967. Die Preislisteneinteilung der Kunden wurde jeweils zusammen mit dem Kundenberater, meist jährlich, vorgenommen. Damit kann die Preislisteneinteilung, sobald sie einmal vorgenommen wurde, als mehr oder minder fix bezeichnet werden. Eine Änderung der Preisliste war zudem mit Aufwand (Kündigung, Terminvereinbarung mit Kundenberater, Verhandlung und Abschluss eines neuen Vertrages) verbunden. Wie die Auswertungen zeigen, wurden denn auch einmal vereinbarte Preislisten über längere Zeit nicht geändert (vgl. Rz 263). Der Zusatzrabatt wurde hingegen jeden Monat basierend auf dem Versandverhalten der Kunden neu berechnet. Änderungen im Versandverhalten der Kunden hatten daher einen direkten Einfluss auf den Zusatzrabatt, aber keinen unmittelbaren und wenn überhaupt nur eine verzögerte Auswirkung auf die Preislisteneinteilung. Indem der Kunde aber für das monatlichen Erreichen oder Übertreffen seiner Umsatzprognose belohnt werden sollte, erfüllt der Zusatzrabatt eine Anreizwirkung, welche geeignet ist, die Postkunden an die Post zu binden und sie davon abzuhalten, zu Wettbewerbern zu wechseln. Die Post nennt in ihren Schulungsunterlagen eine stärkere Kundenbindung, mit der eine Umsatzstabilisierung in der Zukunft erreicht werden soll, explizit als Vorteil des neuen Preissystems.[1194] Auch in der Praxis der EU wurde eine solche Drittwirkung eines diskriminierenden Verhaltens («primary-line-discriminiation») als kartellrechtlich unzulässig befunden (vgl. Rz 886 sowie Rz 891 und Rz 894 ff.).

Handelspartner

968. Die CAPRI-Vertragskunden, die durch das Zusammenspiel von Zusatzrabatt und Jahresprofil diskriminiert wurden, fragen Postdienstleistungen von der Post nach und sind damit als Handelspartner der Post zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung/Benachteiligung

969. Von den oben beschriebenen ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen waren grundsätzlich sämtliche Vertragskunden betroffen. Trotz gleichem Umsatz wurden aufgrund der Ausgestaltung des Preissystems die einzelnen Handelspartner unterschiedlich behandelt.

970. Obwohl ein unregelmässiger Versand durch Vertragskunden gemäss Aussagen der Post für sie zu höheren Kosten führte, konnten Vertragskunden durch die strategische Bündelung der Versände einen höheren Zusatzrabatt erzielen. Dies bedeutet gleichzeitig, dass diese Kunden bevorzugt wurden. Diejenigen Kunden, die allerdings einen weniger stark schwankenden Versand hatten und damit zu einer konstanteren Kapazitätsauslastung der Post beitrugen, erhielten einen im Vergleich niedrigeren Zusatzrabatt, ohne notwendigerweise aufgrund des Jahresprofils eine bessere Preislisteneinteilung zu erhalten. Damit wurden diese Kunden von der Post gegenüber denjenigen, die aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit oder aufgrund von strategischem Verhalten unregelmässiger versandten, benachteiligt.

971. Dies bedeutet, dass bereits durch die Ausgestaltung des Preissystems gewisse Handelspartner bevorzugt und andere benachteiligt wurden. Dies stellt für die schlechter gestellten Vertragskunden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar, womit deren Stellung im Markt beeinträchtigt wurde.[1195] Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 947 ff. sowie Rz 914 ff. verwiesen werden.

[1194] Act. 432, Beilage 13 n, S. 29.
[1195] BGE 139 I 72, E. 10.2.2.

972. Hinsichtlich des Zusatzrabatts ist zudem darauf hinzuweisen, dass gemäss jungst bestätigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits das den Wettbewerb einschränkende Potenzial eines Rabattsystems ausreicht, um die Existenz eines Treuesystems zu demonstrieren.[1196] Vorliegend war zudem der Zusatzrabatt tatsächlich dazu geeignet die Kunden an die Post zu binden und somit eine gewisse Treuewirkung zu entfalten, weshalb auf das Tatbestandselement der Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG realisiert wurde.

Rechtfertigungsgründe

973. Weiter stellt sich die Frage, ob eine solche Diskriminierung gerechtfertigt werden kann. Die Post gab an, dass stark unterschiedliche Versände pro Monat aufgrund von Kapazitätsengpässen und die Notwendigkeit, die entsprechenden Kapazitäten vorzuhalten, höhere Kosten verursachten. Um dies im Preissystem abzubilden führte die Post das Kriterium Jahresprofil ein. Der Zusatzrabatt hatte aber genau die entgegengesetzte Wirkung, weshalb die durch den Zusatzrabatt entstehende Diskriminierung sachlich nicht begründet werden kann.

974. Hinsichtlich der Prüfung der Rechtfertigungsgründe zum Zusatzrabatt im Zusammenhang mit den generellen diskriminierenden Rabattwirkungen kann auf die Diskussion in Rz 1107 ff. verwiesen werden. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden durch die Post auch nicht vorgebracht.

Fazit

975. Somit stellt die Ausgestaltung des Preissystems der Post durch die überschiessende generell diskriminierende Wirkung des Zusatzrabatts sowie das Zusammenspiel von Jahresprofil und Zusatzrabatt eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar.

b) Systemvorgaben und Vorgaben für die Kundenberater

Ungleichbehandlung

976. Wie in Kap. A.4.3.3.1 (Rz 221 ff.) beschrieben, sollte der Gleitpfad dafür sorgen, dass Rabattänderungen durch die Umstellung auf das Preissystem CAPRI für die Kunden schrittweise erfolgen. Der Gleitpfad dauerte schliesslich drei Jahre und fünf Monate. Im Gleitpfad wurden dabei Anpassungen einer zu guten ersten Einstufung (grundsätzlich auf dem Niveau des bisherigen Rabatts nach Preissystem 2009) eines Vertragskunden durch das System berücksichtigt und automatisch Anpassungen gegen unten an die Zielpreisliste vorgeschlagen. Hingegen wurde eine zu schlechte Einstufung eines Vertragskunden im Vergleich zur Zielpreisliste durch das System nicht berücksichtigt, es erfolgte also keine automatische Besserstellung. Dies galt unabhängig von der Entwicklung des Kundenprofils. Das bedeutet, dass bei einem Kunden, der zu Beginn im Preissystem CAPRI in eine tiefere Preisliste eingestuft wurde, als dies gemäss CAPRI gerechtfertigt gewesen wäre, aufgrund des Systemvorschlags keine Anpassung stattfand und der Kunde in der zu schlechten Preisliste verblieb. Demgegenüber wurde ein Kunde, der in eine zu gute Preisliste eingestuft worden war, gemäss System schrittweise an die für ihn geltende Preisliste herangeführt. Hierbei ist zu beachten, dass bei der initialen Einstufung in eine Preisliste, weitgehend unabhängig von der Anwendung der Parameter, diejenige Preisliste gewählt wurde, welche der für das Preissystem 2009 geltenden Preisliste am nächsten war.[1197]

977. Ähnliches galt für die Strukturkontrolle (siehe Kapitel A.4.3.3.2, Rz 241 ff.). Bei einer Verschlechterung des Profils eines Vertragskunden (preislistenrelevante Versandparameter) im Vergleich zum vereinbarten Profil war eine Massnahme des Kundenberaters oder der Kundenberaterin erforderlich (roter Status im postinternen System), nicht hingegen bei einer Verbesserung des Vertragskunden (gelber Status). Dazu kommt, dass nur Abweichungen von der Zielpreisliste gegen oben (d. h. höhere Rabatte) von der Hierarchie genehmigt werden mussten, nicht hingegen Abweichungen gegen unten (d. h. tiefere Rabatte).

978. Ganz grundsätzlich hatten die Kundenberater die Möglichkeit, um je eine Preisliste gegen oben oder unten von der laut Profil anwendbaren Preisliste abzuweichen. Dies konnte zwischen zwei Vertragskunden bereits zu Rabattunterschieden von bis zu 2 % führen. Der Spielraum der Kundenberater zeigt sich denn auch in den Analysen zur Anwendung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle (Kapitel A.4.3.3.3, Rz 254).

Handelspartner

979. Das Preissystem CAPRI und damit zusammenhängend der angewandte Gleitpfad und die Strukturkontrolle wurden bei den Vertragskunden der Post mit einem Umsatz von über 100‘000 Franken angewandt, die mit der Post individuelle Preise vereinbart hatten. Diese Vertragskunden bezogen Postdienstleistungen von der Post und sind somit als Marktgegenseite der Post auf einer nachgelagerten Ebene anzusehen. Die Vertragskunden sind damit als Handelspartner zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung bzw. Benachteiligung

980. Durch diese Systemvorgaben und Vorgaben an die Kundenberater kam es zu einer Ungleichbehandlung von Handelspartnern der Post. Es handelt sich bei den Vertragskunden um Geschäftskunden mit einem grösseren Versandvolumen und der Briefversand stellt für sie eine Dienstleistung dar, welche sie für ihre Geschäftstätigkeit nachfragen. Damit stellt der Briefversand einen Inputfaktor dar. Ein Teil der betroffenen Unternehmen steht in den verschiedenen Branchen zudem in Wettbewerb zueinander (vgl. Rz 911 ff. sowie Tabelle 40). Durch die resultierende Einstufung von Kunden mit gleichartiger Ausgangslage in unterschiedliche Preislisten wurden die Vertragskunden daher untereinander im Wettbewerb behindert. In einigen Branchen sind die

[1196] Urteil des Europäischen Gerichts vom 12. Juni 2014 in Sachen T-286/09, *Intel gegen Europäische Kommission*, Rz 145, bestätigt durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 6. September 2017 in Sachen C-413/14 P, *Intel gegen Europäische Kommission*.
[1197] Act. 433, Beilage 13q, S. 18.

Versandkosten ein wichtiger Kostenfaktor, insbesondere vom Marketingbudget (zu denken ist etwa an [Versand-]Handelsunternehmen, aber auch Organisationen wie NGO, Verlage etc.).[1198] Allgemein ist der Briefversand durchaus ein gewisser Kostenfaktor für die Vertragskunden. Dabei kann für eine Behinderung auf den nachgelagerten Märkten – auch im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – nicht gefordert werden, dass die Behinderung ein bestimmtes Ausmass erreicht oder gar zur Marktverdrängung führen muss (vgl. Ausführungen zu Rz 913 ff.).[1199]

981. Zudem hat die Post durch die Ausgestaltung des Systems und die damit zusammenhängenden internen Prozesse die Handelspartner dadurch benachteiligt, als eine zu gute Einstufung oder Profilverschlechterungen direkt vorgeschlagen und von den Kundenberatern grundsätzlich berücksichtigt werden mussten, Korrekturen aufgrund einer zu schlechten Einstufung oder aufgrund von Profilverbesserungen hingegen vom System nicht berücksichtigt wurden und Anpassungen im Ermessen der Kundenberater lagen. Bei dieser Ausgestaltung des Preissystems ist die Benachteiligung von Vertragskunden bereits systemimmanent. Es bedeutet, dass diejenigen Kunden, die von Anfang an in eine zu tiefe Preisliste eingestuft wurden, einen zu geringen Rabatt erhielten und damit als Marktgegenseite von der Post im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG benachteiligt wurden.[1200] Diese Einschätzung ist konsistent mit der internen Auswertung der Post zur Einführung des Preissystems CAPRI, wonach der Rabattrückgang darauf zurückzuführen war, dass die Kundenberater dem Systemvorschlag stärker als erwartet gefolgt waren (Rz 479 und 496 f., m.w.H.), was zu einem unerwarteten Gewinn der Post in Höhe von CHF [5-10] Mio. geführt hat.

Rechtfertigungsgründe

982. Weder für den Handlungsspielraum der Kundenberater (vgl. Rz 978), unabhängig von den für die Preislisteneinteilung relevanten Parameter um eine Preisliste nach oben oder nach unten abweichen zu können, noch für das fehlende Erfordernis, Preislistenverbesserungen für die Kunden nachzuvollziehen (vgl. Rz 976 f.), sind sachliche Gründe ersichtlich. Vielmehr führt dies zu einem Handlungsspielraum für die Kundenberater, der zu unbegründeten Rabattunterschieden führt.

983. Hinsichtlich der Verbesserung der preislistenrelevanten Parameter gibt die Post an, dass eine Preislistenverbesserung ohnehin im Interesse der Kunden war und diese den Vertrag jeweils hätten kündigen und einen neuen hätten vereinbaren können.[1201] Da allerdings die Kunden nur ihre eigenen Konditionen kannten und ansonsten keinerlei weitere Informationen über das Preissystem CAPRI hatten, konnten diese nicht überprüfen, ob sie in einer zu hohen oder zu tiefen Preisliste eingestuft waren. Auch die Post selbst gibt in ihren Schulungsunterlagen denn auch als Nachteil des Preissystems CAPRI an, dass für die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht 1:1 nachvollziehbar sei.[1202] Da somit eine Korrektur durch den Kunden quasi wegfällt, kann das Vorbringen der Post nicht als sachlicher Grund anerkannt werden.

984. Durch die Ausgestaltung der internen Organisation, des Informatiksystems und durch die Vorgaben an die Kundenberater resultierte bei entsprechender Anwendung eine nicht sachlich begründete Ungleichbehandlung bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.

985. Als sachlicher Grund für die Systemvorgaben käme in Frage, dass die Post durch die Massnahmen versuchte, ihren Ertrag zu sichern und grössere negative Abweichungen vom prognostizierten Ergebnis zu vermeiden. Dies könnte rechtfertigen, dass nur ein Rabatt über demjenigen der Zielpreisliste von der Hierarchie zu genehmigen war. Indes hätte die Post dann sicherstellen müssen, dass auch tiefere Rabatte als nach Zielpreisliste nur bei begründeten Ausnahmen zur Anwendung kamen. Daher ist das Argument der Ertragssicherung auch hinsichtlich der unterschiedlichen Ausgestaltung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle nicht stichhaltig, rechtfertigt also nicht die Schlechterstellung von Vertragskunden, die zu tief eingestuft waren oder ihr Profil verbesserten.

Fazit

986. Die Diskriminierung der Vertragskunden durch die Ausgestaltung des Gleitpfads, der Strukturkontrolle und internen Anweisungen stellt eine unzulässige Verhaltensweise durch die Realisierung einer Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG dar.

c) Anwendung des Preissystems

Festlegung des Prognoseumsatzes bei Einführung von CAPRI

987. Was die Anwendung des Preissystems CAPRI anbelangt, so sollten die Kundenberater basierend auf dem Prognoseumsatz und den Korrekturen aufgrund der übrigen Parameter mit den einzelnen Kunden eine Preisliste vereinbaren. Der vertraglich vereinbarte Prognoseumsatz war laut Post hierbei auf der einen Seite für die Einstufung in die Preisliste massgeblich[1203] und auf der anderen Seite bestimmte er, wie hoch der monatliche Zusatzrabatt aufgrund des tatsächlichen Versandvolumens ausfiel[1204].

988. Laut Post sollte der Zusatzrabatt kleinere Abweichungen vom vereinbarten Umsatz korrigieren, jedoch sollte bei grösseren Abweichungen eine Preislistenanpassung erfolgen. Bei zuverlässiger Prognose sollte der Zusatzrabatt im Durchschnitt bei 2 % liegen. Der mit dem Kunden für die Einstufung in die Preisliste relevante Jahresumsatz wurde laut Post mit dem Kunden festgelegt. Sofern keine Gründe für Abweichungen bestanden, sollte er sich am Vorjahresumsatz orientieren.

[1198] Vgl. etwa act. 470, Frage 13.
[1199] BGE 139 I 72, E. 10.2.2.
[1200] Vgl. zur Qualifikation BGE 139 I 72, E. 10.2.2.
[1201] Act. 821 Rz 169 ff.
[1202] Act. 432, Beilage 13n, S. 29.
[1203] Umsatz auf Basis der offiziellen Listenpreise und der prognostizierten Mengen.
[1204] Umsatz auf Basis der Preise der kundenindividuellen Preisliste und der prognostizierten Mengen.

989. Zunächst wurde geprüft, ob die von der Post als Umsätze des Vorjahres berücksichtigten Werte «Kundenumsatz Vorjahr» innerhalb der Spannbreite der im vorangehenden Preissystem 2009 tatsächlich erzielten Jahresumsätze lagen (vgl. vorne, Rz. 317 f.). Die Auswertung ergab, dass [20-30] % der Verträge ausserhalb dieser Spannbreite lagen, wovon [0-10] % der Verträge zu tief und [10-20] % der Verträge zu hoch, eingestuft waren.

990. Weiter wurde untersucht, ob die mit den Kunden vereinbarten Umsätze («Kundenumsatz Plan[1205]») den früher tatsächlich erzielten Umsätzen entsprachen (vgl. Rz 319 f.). Die Auswertung ergab, dass [30-40] % der Verträge ausserhalb der Spannbreite der tatsächlichen Umsätze lagen, wovon [0-10] % der Verträge unterhalb und [20-30] % der Verträge oberhalb der Spannbreite lagen.

991. Insgesamt zeigt sich daher, dass Spielraum bei der Festlegung des Jahresumsatzes bestand, welcher durch die Kundenberater genutzt wurde. In vielen Fällen wichen in der Folge die berücksichtigten Vorjahresumsätze sowie die vereinbarten Umsätze von den tatsächlichen vergangenen Werten in beide Richtungen ab, wobei die Kundenberater der Post die Kundenumsätze Plan im Vergleich zu den tatsächlich in den Vorjahren realisierten Umsätzen in der Tendenz eher hoch ansetzten. Dies kann ein Indiz für eine Ungleichbehandlung der Postkunden beim Preis (Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt) aufgrund eines abweichenden vereinbarten Planumsatzes sein.

Abweichungen zwischen vereinbartem und realisiertem Umsatz nach Einführung von CAPRI

992. Der vereinbarte Umsatz war sowohl für die Preislisteneinteilung (zu Listenpreisen) als auch für die Zusatzrabattberechnung (zu individuellen Preisen; wie im Konditionenblatt aufgeführt) relevant. In der Untersuchung ist evaluiert worden, inwiefern die realisierten Umsätze von den vereinbarten Umsätzen im Zeitverlauf abwichen. Daraus lässt sich eine Tendenz erkennen, wie die vereinbarten Umsätze gesetzt wurden und wie mit Abweichungen der tatsächlichen Umsätze im Zeitverlauf umgegangen wurde. Dazu ist aufgrund der eingereichten Zahlen zur Strukturkontrolle pro Monat der vereinbarte Jahresumsatz mit dem gleitenden realisierten Jahresumsatz des letzten Jahres vor dem Berichtsmonat verglichen worden (vgl. Rz 323 f. und Tabelle 27).

993. Als Resultat hat sich ergeben, dass die vereinbarten Umsätze im Verhältnis zu den realisierten Umsätzen eher zu hoch waren. In der Konsequenz ergibt sich daraus, dass tendenziell ein Zusatzrabatt von weniger als 2 % resultierte.

994. Im Hinblick auf die Abweichungen wurde zudem für jeden Vertrag geprüft, wie lange die Abweichung Bestand hatte (vgl. Rz 325–328 und Tabelle 28). Die Auswertung ergab, dass bei einem bedeutenden Teil der Verträge über die Zeit hinweg die Planumsätze nicht an die tatsächlichen Umsätze angepasst wurden. Dies hatte zur Folge, dass ein Teil der hiervon betroffenen Vertragskunden basierend auf der Betrachtung des durchschnittlichen monatlichen Versandvolumens tendenziell eher einen Zusatzrabatt von über 2 % und ein anderer Teil der betroffenen Vertragskunden tendenziell eher einen Zusatzrabatt von unter 2 % erhielt. Diese Ungleichbehandlungen wurden in vielen Fällen erst nach längerer Zeit durch die Anpassung der Planumsätze an die tatsächlich realisierten Umsätze korrigiert, wenn überhaupt. Zumindest war im Preissystem CAPRI keine Anpassung der Planumsätze vorgesehen, wenn nicht aufgrund der Strukturkontrolle eine Vertragsanpassung angezeigt war. Ein nicht angepasster Umsatz an die tatsächlichen Verhältnisse konnte selbst dann, wenn die Änderung nicht preislistenrelevant war, über den Zusatzrabatt grosse Rabattwirkungen haben (vgl. Rz 330 und 356).

995. Dieses Resultat zeigt den durch die Kundenberater genutzten Spielraum und kann als Indiz für eine Ungleichbehandlung der Postkunden beim Preis (Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt) aufgrund eines abweichenden vereinbarten Planumsatzes angesehen werden.

Preislisteneinstufung

Ungleichbehandlung bei Preisen

996. In der Untersuchung wurde geprüft, ob die Vertragskunden korrekt und einheitlich in die Vertragsliste eingestuft wurden und inwiefern der Gleitpfad und die Strukturkontrolle angewandt wurden. Dabei wurde analysiert, wie gross die Differenzen zwischen vereinbarter Preisliste und der eigentlich anwendbaren Zielpreisliste waren und wieviele Monate ein solcher Vertrag jeweils in Kraft war.

997. Wie oben erwähnt war ein Gleitpfad vorgesehen, um die Vertragskunden an ihre Zielpreisliste heranzuführen. Zu diesem Zweck machte das System dem Kundenberater oder der Kundenberaterin einen Preislistenvorschlag, abhängig von der Ausgangspreisliste (entsprechend dem letzten Rabatt im Preissystem 2009) und der Zielpreisliste, welche den Kundenkonditionen eigentlich entsprechen würde.

998. Laut einer postinternen Auswertung (vgl. vorne, Rz 258) folgten die Kundenberater dem Vorschlag in [60-70] % der Fälle, in [30-40] % der Fälle wichen sie jedoch vom Vorschlag ab. In [20-30] % der Fälle wichen die Kundenberater um eine Preisliste gegen oben, in [10-20] % der Fälle um mindestens eine Preisliste gegen unten ab, wobei die Abweichungen gegen unten absolut gesehen um [50-100] Preislisten grösser waren als die Abweichungen gegen oben, da die Herabstufungen im Gegensatz zu den Verbesserungen bis zu [5-10] oder mehr Preislisten betrugen. Dies ist einer der Gründe, warum die Einführung von CAPRI zu einer Rabattminderung von [5-10] Millionen Franken führte. In diesem Zusammenhang steht auch die Aussage aus einem Projektausschussmeeting, wonach der Verkauf vielfach ihre Kompetenz bzw. den Vorschlag nicht nützte, wobei an jener Stelle die Aussage «Wenn der Umsatz schrumpft, gebe ich doch keine besseren Preise» zitiert wurde.[1206]

[1205] Act. 432, Beilage 14, Tabellenblatt «Verträge Einzel», Spalte I.
[1206] Act. 601, 1. PAS Sitzung 2011 vom 7.2.2011, Folie 30.

999. Diese Zahlen zeigen, dass die Kundenberater bereits bei der Einführung von CAPRI ihren Preissetzungsspielraum nutzten und dadurch in der Folge die Preislisteneinstufung uneinheitlich gehandhabt wurde, indem dem Systemvorschlag nur teilweise gefolgt wurde und die Abweichungen vom Vorschlag unterschiedlich hoch waren.

1000. Die Auswertung (vgl. vorne, Rz 260 ff.) ergab zunächst, dass viele und teils grosse Abweichungen zwischen vereinbarter Preisliste und der Zielpreisliste bestanden. Die grössten Abweichungen der vereinbarten Preisliste von der Zielpreisliste waren [5-10] Preislisten nach oben für 43 plus 2 Monate sowie [5-10] Preislisten nach unten für 42 plus 2 Monate. Es wurde festgestellt, dass die Kriterien des Preissystems und der Gleitpfad von der Post nicht wie vorgesehen und uneinheitlich angewendet wurden, und Anpassungen nur langsam oder gar nicht erfolgten. So blieben knapp [60-70] % aller Verträge mit einer Abweichung der vereinbarten Preisliste zur Zielpreisliste mindestens 13 Monate in Kraft, gut [30-40] % mindestens 25 Monate. Dies gilt auch für Verträge mit mindestens zwei Preislisten Abweichung von der Zielpreisliste. Im Verhältnis zu allen in dieser Zeitperiode geltenden Verträgen von Vertragskunden waren [30-40] % Verträge mit einer Abweichung zur Zielpreisliste, welche mindestens 13 Monate in Kraft waren. Der Anteil von mindestens 13 Monate dauernden Verträgen mit einer Abweichung von der Zielpreisliste von mindestens 2 Preislisten betrug [20-30] %.

1001. Aus der Auswertung der Strukturkontrolle (Rz 278 ff.) geht zudem hervor, dass Anpassungen aufgrund einer Profiländerung beim Kunden ebenfalls nur langsam erfolgten oder überhaupt keine Anpassungen vorgenommen wurden. Von allen mindestens dreimonatigen berechtigten (vgl. dazu Rz 281 ff.) Abweichungen dauerten aber [30-40] % länger als 6 Monate und [10-20] % länger als 12 Monate (Rz 285).

1002. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Anpassungen entgegen der Vorgabe der Post nur in den jährlichen Kontakten des Kundenberaters oder der Kundenberaterin mit dem Kunden stattfanden, dürften keine Abweichungen resultieren, die wesentlich länger als 12 Monate dauerten. Bei der Strukturkontrolle sollten die Anpassungszeiten laut Angaben der Post jedoch bedeutend kürzer sein.

1003. Durch die (teils grossen) Unterschiede zwischen vereinbarter Preisliste und Zielpreisliste im Zusammenspiel mit der inkonsequenten Anwendung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle wurden die einzelnen Kunden der Post trotz vergleichbarer Eigenschaften in unterschiedliche Preislisten eingestuft

Handelspartner

1004. Die von dem Preissystem und der Diskriminierung durch die inkonsequente Anwendung des Gleitpfads und der Strukturkontrolle betroffenen CAPRI-Vertragskunden bezogen Postdienstleistungen von der Post und sind somit als Marktgegenseite der Post auf einer nachgelagerten Ebene anzusehen. Die Vertragskunden sind damit als Handelspartner zu qualifizieren.

Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung

1005. Durch die uneinheitliche Handhabung der Kriterien von Gleitpfad und Strukturkontrolle erhielten Vertragskunden teils höhere, teils tiefere Rabatte. Diejenigen Vertragskunden, welche ungerechtfertigterweise zu tiefe Rabatte erhielten, wurden gegenüber den korrekt eingestuften oder den zu hoch eingestuften Vertragskunden preislich benachteiligt und damit im Wettbewerb behindert. Gleiches gilt für die korrekt eingestuften Vertragskunden gegenüber denjenigen Vertragskunden, welche ungerechtfertigterweise zu hoch eingestuft worden waren und dadurch zu hohe Rabatte erhielten. Die Abweichungen von der Zielpreisliste waren teilweise hoch und dauerten lange.

1006. Diese Ungleichbehandlung stellt für die schlechtergestellten Vertragskunden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar, womit deren Stellung im Markt beeinträchtigt wurde (BGE 139 I 72, E. 10.2.2). Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 980 verwiesen werden.

Rechtfertigungsgründe

1007. Sowohl für die bedeutend langsameren Anpassungsgeschwindigkeiten, als dies durch die Strukturkontrolle vorgegeben wäre als auch für die Tatsache, dass [30-40] % der Verträge mit einer Abweichung zur Zielpreisliste mindestens 13 Monate in Kraft waren, sind keine sachlichen Gründe der Post ersichtlich. Vielmehr wäre aufgrund von Verhältnismässigkeitsüberlegungen, welche ein marktbeherrschendes Unternehmen anzustellen hat, ein möglichst schneller Abbau der (eventuell initial bei der Einführung entstandenen) Ungleichbehandlungen angezeigt gewesen. Dies stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung (Diskriminierung) im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar.

1008. Die Einstufung der Vertragskunden in Preislisten der Post, die jeweils unterschiedlich von den Systemvorgaben abwichen, stellt eine Ungleichbehandlung bei den Preisen dar. Die Post nahm diese Ungleichbehandlung bei den Preisen gemäss eigenen Angaben aufgrund verschiedener Kriterien (vereinbarter Umsatz, Jahresprofil, Monatsprofil und weitere Korrekturfaktoren) vor. Diese Kriterien können allerdings nicht als sachliche Rechtfertigung für Abweichungen von der Zielpreisliste herangezogen werden, da die korrekte und einheitliche Anwendung dieser Kriterien ja gerade zur Zielpreisliste führt und eine andere Preisliste als die Zielpreisliste vereinbart wurde.

1009. Als Rechtfertigung für die unterschiedlichen Einstufungen in die einzelnen Preislisten trotz vergleichbarer Kriterien (also Abweichung von der Zielpreisliste) gab die Post an, dass sie aufgrund der Strukturkontrolle und der Umstellung der Preissysteme ein schrittweises Heranführen der einzelnen Kunden an das neue Preissystem erreichen wollte. Dies ist allerdings, wie die Auswertungen zeigen, nur sehr langsam oder nicht erfolgt (vgl. Rz 1000 ff.). Zudem ist fraglich, ob eine Übergangsphase von mehr als drei Jahren überhaupt gerechtfertigt werden kann. Vorliegend kann daher diese Begründung für die zum Teil willkürliche Preislisteneinteilung vorlie-

gend nicht als sachliche Rechtfertigung herangezogen werden.

1010. Zunächst ist festzuhalten, dass bereits die erste Einstufung der Vertragskunden in die Preislisten nicht einheitlich erfolgte. Weiter hätte die Post, um die Kunden schrittweise an die Zielpreisliste heranzuführen, zumindest die einzelnen nach oben abweichenden Verträge beim jährlichen Kundengespräch anpassen müssen. Von denjenigen Verträgen, welche im Vergleich mit der Zielpreisliste zu hoch waren, wurden indes [500-600] auch nach einem Jahr und zwei Monaten nicht angepasst. Dies zeigt, dass die von der Post angeführten Anpassungen in der Praxis nicht oder nur unzureichend angewendet wurden. Sie kann daher nicht als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung der Handelspartner herangezogen werden.

1011. Für die zu tief eingestuften Vertragskunden kann der Gleitpfad als Rechtfertigungsgrund ohnehin nicht herangezogen werden, da dieser auf diese Kunden nicht anwendbar war und diese aufgrund der fehlenden Transparenz des Preissystems (vgl. Abschnitt A.4.4) keinerlei Möglichkeit hatten, um festzustellen ob sie zu tief eingestuft waren.

1012. Hinsichtlich der nicht einheitlich beziehungsweise teilweise nur sehr langsam angewandten Strukturkontrolle sind keine spezifischen Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

1013. Weitere Rechtfertigungsgründe, aufgrund welcher eine solche Ungleichbehandlung über einen längeren Zeitraum hätten erklärt werden können, sind nicht ersichtlich. Es wurden auch keine solchen Rechtfertigungsgründe seitens der Post vorgebracht. Im Hinblick auf das geänderte Preissystem CAPRI ab 2015, welches vorliegend nicht beurteilt wird, hielt die Post dann in den Schulungsunterlagen fest, […].[1207]

Fazit

1014. Die Ungleichbehandlung der Kunden bei der Einstufung in die Preisliste ist daher als unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

d) Zwischenergebnis

1015. In Rz 947 bis 1014 wurde für das Preissystem CAPRI insgesamt betrachtet, welche Konditionen direkte Wettbewerber erhalten haben, um so den Gesamteffekt der durch die Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI realisierten Diskriminierungen abschätzen zu können. Hierzu wurden die Postkunden entsprechend kategorisiert, so dass ein Vergleich von Wettbewerbern möglich war.[1208]

1016. In Rz 400 ff. wurde exemplarisch anhand von einzelnen Beispielen aufgezeigt wie die einzelnen diskriminierenden Verhaltensweisen ineinandergespielt haben und diese so bei direkten Wettbewerbern trotz vergleichbarer Bedingungen zu den entsprechenden Diskriminierungen geführt haben. Hierbei sind insbesondere die im Vergleich zu den Vorgaben des Preissystems CAPRI falschen Preislisteneinteilungen, die stochastische Wirkung des Zusatzrabatts sowie die lange Dauer, während derer die Verträge nicht angepasst wurden, zu nennen. Für sämtliche dieser drei Ursachen der Ungleichbehandlungen sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Da sich diese Effekte nicht gegenseitig aufheben, resultieren sachlich nicht begründete Ungleichbehandlungen, welche als Diskriminierungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren sind.

1017. Die obige Analyse zeigt, dass die Post im Rahmen der Ausgestaltung und Anwendung ihrer Preissysteme das Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung von Handelspartnern erfüllt hat. Da zudem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, sind diese Verhaltensweisen als missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.4.3.2 Behinderung von Konkurrenten durch das Preissystem CAPRI

B.4.3.2.1 KEP & MailRechtliche Grundlagen

a) Allgemeines

1018. 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:

(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).

1019. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden nachfolgend die Einschränkung des Absatzes (1) und die Behinderung (2) zusammen geprüft.

1020. Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten.[1209] Erfasst werden Verhaltensweisen, die den Marktzugang von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten künstlich beschränken, ohne dass dies Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs ist.[1210]

[1207] Act. 704, Beilage 6, Seite 27.
[1208] Vgl. act. 919, Beilage.
[1209] Vgl. BORER (Fn 733), Art. 7 KG N 26; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 425; EVELINE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 KG N 235 und 246.
[1210] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1209), Art. 7 Abs. 2 KG N 235.

1021. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stellt eine Ergänzung der übrigen spezifischen Behinderungstatbestände in Art. 7 Abs. 2 KG dar.[1211] Dabei sollen nur Verhaltensweisen erfasst werden, welche die Produkte von Konkurrenten weniger attraktiv und absetzbar machen, nicht aber solche, welche zur Verbesserung der eigenen Produkte dienen.[1212] Aus ökonomischer Sicht geht es um die Gewährleistung von Expansions- und Zugangsmöglichkeiten zugunsten der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens, zur Ermöglichung/Erhaltung des Wettbewerbsdrucks.[1213] Gemäss Lehre kann auch ein Diskriminierungstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllen. Dies insbesondere dann, wenn es sich um eine «primary-line-discrimination» handelt (vgl. Rz 852 und Rz 853). Es wird vorgeschlagen, die wettbewerbsförderlichen und – schädlichen Auswirkungen abzuwägen, wobei bei Überwiegen der schädlichen Auswirkungen von einer Verdrängungsstrategie ausgegangen werden könne.[1214] Im umgekehrten Fall müsse aber noch im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung geklärt werden, ob die Verhaltensweise zur Erzielung der positiven Effekte notwendig ist. Letzteres dürfte üblicherweise bei der Prüfung der Effizienzgründe geschehen.

1022. 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.[1215] Erfasst wird dabei sowohl die Beschränkung des eigenen Absatzes als auch die Einwirkung auf den Absatz von Konkurrenten.[1216]

1023. Die Einschränkung des Absatzes kann verschiedene Formen annehmen. Das Unternehmen kann mit *bilateralen Handlungen*, meistens in Verträgen mit Handelspartnern oder Dritten, den Absatz von Konkurrenten einschränken, wie z. B. in Form von Rabatten.[1217] So kann ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Geschäftspartnern Vorzugskonditionen anbieten, wenn sie ihren Bedarf ausschliesslich oder überwiegend 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.[1218]

1024. In der Praxis der Schweiz[1219] sowie in der EU wurde ein solches Verhalten bereits öfters als Kartellrechtswidrig qualifiziert. Hierbei sind in der EU insbesondere die Fälle *Irish sugar* (vgl. Rz 879 f.), *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* (vgl. Rz 883 ff.) und *British Airways plc* (Rz 889 ff.) zu nennen.

b) Typologie von Rabatten

1025. Ein Preissystem führt zu einer unzulässigen Behinderung von Konkurrenten gemäss Art. 7 Abs. 1 KG, wenn es wettbewerbseinschränkende marktverschliessende Wirkungen haben kann und nicht durch legitimate business reasons, insbesondere Effizienzvorteile, gerechtfertigt werden kann.

1026. Gestützt auf die Praxis der WEKO, die Lehre und die (hauptsächlich europäische) Rechtsprechung wird grundsätzlich zwischen reinen Mengenrabatten, Treuerabatten und übrigen Rabatten (früher Zielrabatten) unterschieden[1220]:

a. *Reine Mengenrabatte* stellen einzig auf das Volumen der Geschäfte mit dem marktbeherrschenden Unternehmen ab.[1221] Solche Mengenrabatte sind in der Regel zulässig, wenn sie infolge von Kosteneinsparungen beim marktbeherrschenden Unternehmen (z. B. infolge tieferer Transportkosten oder Skalenerträgen) gerechtfertigt werden können.[1222] 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, kann dies eine ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte darstellen.[1223] Insofern können Mengenrabatte namentlich den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllen und so zu einer Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG führen, jedoch unter Umständen auch zu einer Beschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.

b. *Exklusivitäts- bzw. Treuerabatte* werden üblicherweise als finanzielle Vorteile verstanden, welche den Kunden dafür gewährt werden, dass sie ihren Bedarf ganz oder zu einem bestimmten Prozentsatz ausschliesslich beim marktbeherrschenden Unternehmen beziehen.[1224] Die Rabattgewährung ist dabei

[1211] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 397 f.
[1212] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 399 und 436.
[1213] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 431, m.w.H.
[1214] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 433, m.w.H.
[1215] Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 418 und 441.
[1216] ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 KG N 141; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, N 688.
[1217] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 442 f. m. w. H.
[1218] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 446.
[1219] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 434.
[1220] Insbesondere RPW 2014/4, 685 f. Rz 113 und 158, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; Urteil des EuG vom 12. Juni 2014 T-286/09 *Intel / Kommission*, (noch nicht in Slg. publiziert), Rz 74 ff.; Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, noch nicht veröffentlicht, Rz 26 ff.
[1221] REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*.
[1222] Vgl. DALLAFIOR (Fn 1216), in: Homburger et al., Art. 7 KG N 152; Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 7 KG N 20; BORER (Fn 733), Art. 7 N 17; vgl. auch MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer markt-beherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 2011, 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.
[1223] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 526 E. 5.4.2, *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*.
[1224] RPW 2014/4, 685 Rz 113, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; Urteil des EuGH vom 19. April 2012 C-549/10 *Tomra/Kommission*, Rz 70; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 228.

grundsätzlich unabhängig von der bezogenen Menge. In der Lehre und der schweizerischen sowie auch der europäischen Praxis bzw. Rechtsprechung werden Treuerabatte von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich als missbräuchlich angesehen.[1225] Treuerabatte zielen darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen zu erschweren oder gar unmöglich zu machen und ihn folglich vom Bezug bei Konkurrenten abzuhalten.[1226] Sie können den Bezug von Dienstleistungen bei konkurrierenden Unternehmen verhindern und Handelspartner untereinander diskriminieren.[1227] 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,[1228] indem Handelspartner, die keinen Treuerabatt erhalten, gegenüber den Handelspartnern, die einen Treuerabatt erhalten, behindert werden.

c. *Andere Rabatte*: Dazu gehören laut neuer Rechtsprechung der EU diejenigen Rabatte, welche weder reine Mengenrabatte sind noch an die Bedingung zum ausschliesslichen oder teilweisen Bezug vom marktbeherrschenden Unternehmen geknüpft sind, welche aber einen Treueeffekt haben können.[1229] Dazu gehören unter anderem *Zielrabatte*, welche bei Erreichen eines mit jedem Kunden individuell verhandelten Zielvolumens innert einer längeren Periode gewährt werden.[1230] Zielrabatte können auf Konkurrenten dieselben Wirkungen haben wie Treuerabatte und zu einer Diskriminierung von Kunden im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG oder einer Beschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG führen, und damit eine Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bewirken.

c) Fallpraxis in der Schweiz

1027. Es besteht folgende Praxis der WEKO zu Rabatten:

a. Treuerabatte bei PTT-Fachhändlerverträgen[1231]: Dabei ging es um ein Rabattsystem, welches neben dem Umsatz auch an die Loyalität der Händler geknüpft war. Die WEKO ging von Treuerabatten aus, welche zu einer unzulässigen Diskriminierung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung nach Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG geführt hatten. Die REKO/WEF hob diesen Entscheid hauptsächlich aus formellen Gründen auf.[1232]

b. Im Bereich Treuerabatte beim Transport von Zeitungen erging im Jahr 2000 eine Empfehlung der WEKO[1233]: Zu beurteilen war ein Rabatt, welcher zur Anwendung kam, wenn ein Verlag mindestens 50 % Auflage der betreffenden Zeitung der Post zur Zustellung übergibt. Die Post bot dabei einerseits die ordentliche Tageszustellung von Zeitungen an, war aber auch (selbst oder über Tochtergesellschaften) in der Frühzustellung tätig und dort insbesondere in Konkurrenz zu privaten Unternehmen. Die WEKO kam zum Schluss, dass den privaten Frühzustellern ein Wettbewerbsnachteil entsteht. Private Anbieter müssten nicht nur die Preise der Post unterbieten, sondern auch die den Verlagen aufgrund des Wechsels zu privaten Anbietern entgehenden Treueprämien in der Normalzustellung mitberücksichtigen. Die Treueprämien bewirkten somit, dass in der Frühzustellung (Wettbewerbsdienst der Post) für private Verteiler eine zusätzliche Markteintrittsschranke geschaffen werde. Da die WEKO zum Schluss kam, dass vorbehaltene Vorschriften bestanden, resultierte in diesem Fall lediglich eine Empfehlung.

c. Exklusivrabatte der SDA[1234]: Die SDA gewährte Exklusivitätsrabatte unter der Bedingung, dass der Basisdienst (*sda-Basic*) ausschliesslich von der SDA und nicht zusätzlich noch derjenige von der Konkurrentin AP Schweiz abonniert wurde. Mit den Exklusivitätsrabatten verbunden war somit die Verpflichtung den News-Basisdienst (sda-Basic) exklusiv bei der SDA zu beziehen. Die WEKO erachtete diese Verhaltensweise als unzulässig und stellte einerseits eine Beschränkung des Absatzes durch eine Alleinbezugsvereinbarung fest (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), andererseits lag eine Diskriminierung von Handelspartnern vor, da nur einige Kunden von diesen Rabatten profitierten, ohne dass diese Rabatte auf einer adäquaten Gegenleistung beruhten resp. gerechtfertigt werden konnten. Im Übrigen stellte die WEKO (erneut) fest, dass Mengenrabatte gerechtfertigt werden können, wenn sie aus entsprechenden Kostenersparnissen auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens resultierten.

[1225] Vgl. RPW 2014/4, 685 Rz 113; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 19; DALLAFIOR (Fn 1216), in: Homburger et. al., Art. 7 KG N 150; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1209), Art. 7 Abs. 2 KG N 120; ZÄCH (Fn 1216), N 675; vgl. auch TSCHUDIN (Fn 1222), N 585 m. w. H; RPW 1997/4, 513 f. Rz 32 ff., Tel*ecom 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.

[1226] DALLAFIOR (Fn 1225), in: Homburger et. al., Art. 7 KG N 150.

[1227] Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 237 m. w. H.

[1228] Vgl. RPW 1997/4, 514 Rz 38, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1209), 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 1026), Art. 7 KG N 227 und 237.

[1229] Urteil des EuG vom 12. Juni 2014 T-286/09 *Intel / Kommission*, (noch nicht in Slg. publiziert), Rz 78; Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, noch nicht veröffentlicht, Rz 28 in fine.

[1230] CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 1209), Art. 7 Abs. 2 KG N 122; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 1026), Art. 7 KG N 237.

[1231] RPW 1997/4, 506 ff, *PTT-Fachhändlerverträge*.

[1232] Entscheid der REKO/WEF, RPW 1998/4, 655 ff., *PTT-Fachhändlerverträge*.

[1233] RPW 2000/3, 457 ff., *Treueprämien der Post bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften*.

[1234] RPW 2014/4, 670 ff., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

d. Unzulässige Mengenrabatte im Bereich Festnetztelefonie: Es handelte sich um einen Rabatt nach Kundenzahl der Internet Service Provider. Die WEKO[1235] kam zum Schluss, dass durch das Rabattsystem Konkurrenten von Bluewin benachteiligt wurden, und das Rabattsystem nicht durch legitimate business reasons gerechtfertigt werden konnte. Die REKO/WEF hob den Entscheid aus formellen Gründen auf, nahm aber doch eine eingehende materielle Beurteilung vor. Die REKO/WEF[1236] äusserte sich dabei nicht explizit dazu, ob die Behinderungswirkung nur theoretisch oder auch durch Marktdaten (in casu: Marktanteilsentwicklung) nachgewiesen werden müsse. Da die Verfügung der WEKO beides enthielt, stützte sie sich auch auf beide Begründungen ab. Hinsichtlich Rechtfertigung äusserte sich die REKO/WEF dahingehend, dass Mengenrabatte nach Massgabe der Bezüge bei einem Hersteller in der Regel nicht diskriminierend seien, diese müssten sich aber auf Effizienzgewinne stützen können. Diesbezüglich war sie auf einer Linie mit der europäischen Rechtsprechung. Laut REKO/WEF scheint eine Abstufung der Rabatte aufgrund der Bezugsmenge unzulässig, wenn alle Abnehmer nach Massgabe ihrer jeweiligen Kundenzahl zu den Skaleneffekten im Gesamtmarkt beitragen.[1237]

d) Grundlagen der EU-Kommission und Rechtsprechung des EuGH

1028. Die europäischen Gerichte gehen von der oben beschriebenen Typologie von Rabatten (Rz 1026) aus. Hinsichtlich der Rabattgewährung für Postdienstleister hatte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die dritte Rabattkategorie zu beurteilen:[1238]

1029. Laut EuGH ist bei der Überprüfung, ob durch ein Rabattsystem ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, in jedem Fall aufgrund aller Umstände zu beurteilen, wobei insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung zu berücksichtigen seien.[1239] Ausserdem sei zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abzielt, dem Abnehmer durch Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.

1030. Wichtig sei ebenfalls die Berücksichtigung des Ausmasses der marktbeherrschenden Stellung und ob es sich beim marktbeherrschenden Unternehmen um einen unabdingbaren Handelspartner handelt, sowie der besonderen Wettbewerbsumstände auf dem fraglichen Markt wie zum Beispiel regulatorische Barrieren.[1240] Der EuGH hielt fest, dass ein standardisiertes Rabattsystem zwar üblicherweise nicht zu Diskriminierungen führt, jedoch trotzdem marktverschliessend sein kann.[1241] Die Tatsache, dass ein Rabattschema die Mehrheit der Marktteilnehmer erfasst, kann ein nützlicher Hinweis auf den Umfang dieser Praxis und ihre Auswirkungen auf den Markt darstellen, der die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungswirkung erhöhen kann.[1242]

1031. Die wettbewerbsschädigende Wirkung eines von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Rabattsystems muss zudem nicht nachgewiesen werden, sondern lediglich wahrscheinlich sein (vgl. auch die Rechtsprechung im Fall *British Airways* Rz 842). Es muss weiter nicht nachgewiesen werden, dass diese Wirkung schwerwiegend oder bedeutend ist.[1243]

1032. Der EuGH hat zudem in früheren Urteilen unter anderem auch festgehalten, dass eine Intention zur Schwächung von Konkurrenten nicht nachgewiesen werden muss, da das Konzept des Missbrauchs ein objektives ist.[1244]

1033. Zudem ändert laut Gericht erster Instanz[1245] die Möglichkeit der Kunden, ihre vertraglichen Beziehungen zum marktbeherrschenden Unternehmen jederzeit zu beenden, nichts an der möglichen Unzulässigkeit eines Rabattsystems, da das Recht zur Kündigung eines Vertrages seiner effektiven Durchführung nicht entgegensteht, solange von der Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist. Dabei weist das Gericht darauf hin, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung in der Lage ist, seinen Kunden nicht nur den Abschluss solcher Verträge, sondern auch deren Weiterführung aufzuzwingen, so dass die rechtliche Möglichkeit der Kündigung in Wirklichkeit illusorisch ist.

1034. Die Transparenz eines Preissystems ist ebenfalls ein Faktor, welcher bei der Beurteilung eines Rabattsystems eine wichtige Rolle spielt (vgl. Rechtsprechung zu *Irish Sugar* Rz 881 und zu *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin* Rz 887). Diese kann zum einen etwa Preisvergleiche zwischen Konkurrenten erschweren. Weiter erschwert sie die eigenständige Berechnung von Preisen, die Planung und die Budgetierung bei den Kunden. Daraus folgt, dass Kunden aufgrund der Unsicherheit über die preislichen Auswirkungen einer Auslagerung von Sendungen von einem Anbieterwechsel abgehalten werden können, oder aber vor einem Wechsel

[1235] RPW 2004/2, 407 ff.; RPW 2005/3, 505 ff., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.
[1236] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.
[1237] RPW 2005/3, 527, *Swisscom ADSL*.
[1238] Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 29; Ebenso CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 1209), Art. 7 Abs. 2 KG N 117; Prioritäten-Mitteilung (Fn 1037), Rz. 45;
[1239] Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 29; Ebenso CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI (Fn 1209), Art. 7 Abs. 2 KG N 117; Prioritäten-Mitteilung (Fn 1037), Rz. 45;
[1240] Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 30 und 39 f.
[1241] Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 38.
[1242] Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Rz 46.
[1243] Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 C-23/14 *Post Danmark/Konkurrenceradet (Post Danmark II)*, Dispositiv Ziff. 3.
[1244] Urteil des EuGH vom 19. April 2012 C-549/10 *Tomra/Kommission*, Rz 70 m.w.H.
[1245] Urteil des EuG vom vom 1. April 1993 T-65/89 *BPB Industries Plc und British Gypsum Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*.

den marktbeherrschenden Anbieter über ihre Absichten informieren müssen. Letzteres kann eine weitere Hürde darstellen und gibt dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit zu versuchen, den Wechsel des Kunden zu verhindern.

B.4.3.2.2 Einschränkung des Absatzes und Behinderung

1035. Die Verhaltensweise der Post kann einerseits direkt unter die allgemeine Regel von Art. 7 Abs. 1 KG fallen. Andererseits wird sie im Hinblick auf den Tatbestand der Einschränkung des Absatzes gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG geprüft. Die Behinderung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist aber ohnehin auch Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 2 Bst. e (vgl. Rz 1018). Die Prüfung der Einschränkung des Absatzes und der Behinderung (vgl. Rz 1018) erfolgt daher nachfolgend zusammen.

1036. Bei der Beurteilung der Behinderungswirkung gegenüber Wettbewerbern ist zunächst das immer noch bestehende Teilmonopol für adressierte Briefsendungen bis 50 Gramm zu betonen. Auch wenn der relevante Markt aufgrund dieses Teilmonopols zugunsten der Post den Monopolbereich gerade nicht enthält und zwischen Sendungen unter und über 50 Gramm unterschieden wird, so hatte das Monopol doch Auswirkungen auf den relevanten Markt. Insbesondere verhinderte es, dass Wettbewerber die Nachfrage nach Massensendungen unter 50 Gramm und Einzelsendungen bedienen konnten. In den Märkten für (nationale adressierte) Briefsendungen bestehen starke Skalen- und Verbundeffekte. Aufgrund ihrer historisch bedingten starken Stellung mit vollständiger Abdeckung und früherem Monopol und jetzigem Teilmonopol, ihrer unangefochtenen Stellung im Bereich der Einzelsendungen sowie der starken Stellung in anderen Logistikbereichen (insbesondere der unadressierten Sendungen) hatte die Post eine Ausgangslage, welche es ihr erlaubte, deutlich grössere Skalen- und Verbundeffekte zu realisieren als die Konkurrenz.[1246] Der Aufbau einer umfassenden Abdeckung ist zudem kostenintensiv und zeitaufwändig, wie das Beispiel von Quickmail zeigt.

1037. Zur Stellung der Wettbewerber der Post ist anzumerken, dass Quickmail im Vergleich zur Post ungleich kleiner war und nach wie vor ist. Quickmail spezialisierte sich auf Massensendungen über 50 Gramm mit langer Laufdauer und einer Zustellung an zwei fixen vorbestimmten Tagen. Dabei strebte sie eine eigene hohe schweizweite Abdeckung an. Das Angebot von Quickmail richtete sich daher primär an Nutzer von B-Post-Massensendungen, welche deutlich tiefere Preise wünschten und mit dem Angebot von Quickmail zusätzlich eine präzisere und schnellere Zustellung als mit dem Standardprodukt der Post für Massensendungen erhielten. Quickmail musste erheblich tiefere Preise anbieten, um Kunden zu einem Wechsel zu bewegen und zu halten, unter anderem da den Kunden aus einer (zusätzlichen) Zusammenarbeit mit Quickmail verschiedene zusätzliche Kosten entstanden. […] Der Markteintritt von Quickmail war langwierig und gestaltete sich zumindest bis Ende 2014 schwierig. Der Erfolg von Quickmail bleibt aber stark abhängig von Verhaltensweisen der Post, welche aufgrund ihrer oben beschriebenen Stellung viele Handlungsoptionen hat, um Kunden zu binden. Somit verfügt die Post durch ihre marktbeherrschende Stellung über weitreichende Möglichkeiten, Quickmail im Wettbewerb zu behindern.

1038. Das Preissystem CAPRI wurde im Hinblick auf eine (sogar vollständige) Marktöffnung und den Eintritt von Wettbewerbern entwickelt (Rz 780–783). So erlaubt diesbezüglich etwa die Segmentierung und die Unterteilung in Preislisten eine schnellere und gezieltere Anpassung von Preisen, und der Zusatzrabatt hat aufgrund seiner Wirkung etwa das Potenzial, dafür zu sorgen, dass die Preise wie in der Strategie vorgesehen nur punktuell oder später auf die Konkurrenz angepasst werden mussten bzw. müssen. Zudem sollte durch die Preisgestaltung des Preissystems CAPRI die Ergebnissicherung sowie der Erhalt von Marktanteilen erreicht werden.[1247] Hinsichtlich Ausweisung der Preise liegen auch Hinweise vor, wonach Preistransparenz verhindert und auch ein Preisvergleich mit der Konkurrenz erschwert werden sollte (Kapitel A.4.4.1, v.a. Rz 411). Zudem wurde in der Schulung der Kundenberater als ein Nachteil für die Kunden explizit aufgeführt, dass diese im neuen Preissystem die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht mehr 1:1 nachvollziehen könnten.[1248] Diese Ausgestaltung des Preissystems ermöglicht es der Post Preise sehr selektiv und kundenspezifisch anzupassen. Es ist zudem sehr fraglich, ob solche individualisierten Anpassungen der einzelnen Produkte in den einzelnen Preislisten im Einzelfall mit Skalenerträgen und Kostenvorteilen begründet werden können.

1039. Von den Vertragskunden der Post machten Massensendungen einen Anteil von etwas mehr als [60-70] % der gesamten über die Post versandten Menge und etwas mehr als [50-60] % des von Vertragskunden mit der Post realisierten Umsatzes aus. Bei Quickmail machten die Vertragskunden der Post bis Ende 2014 einen Mengen- und Umsatzanteil zwischen [80–100] % aus. Da somit ein grosser Anteil der Quickmail-Kunden ebenfalls vom Preissystem der Post betroffen war, wirkte sich eine Einschränkung des Zugangs zu diesem Marktsegment entsprechend stark behindernd auf Quickmail aus.

1040. Der Verband der Konkurrenten KEP & Mail sowie Quickmail wiesen bereits vor Inkrafttreten des neuen Preissystems CAPRI auf dessen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen hin (Rz 499 f.), welche für Quickmail existenzbedrohend seien.[1249] Im Fokus der Anzeige auf Wettbewerbsbehinderung stand der Zusatzrabatt, welcher zusammen mit den kundenindividuellen Preislisten

[1246] Etwas relativiert wird dies durch die Pflicht der Post, die Grundversorgung zu gewährleisten.
[1247] Act. 432 Beilage 13a, S. 3 Kap. 2.
[1248] Act. 432 Beilage 13n, S. 29.
[1249] Act. 1.

ein Gesamtumsatzrabattsystem bilde, welches zugunsten der marktbeherrschenden Unternehmung einen Sog-Effekt auslöse, also den Kunden durch entsprechende Anreize dazu veranlasse, weiterhin Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu beziehen. Quickmail machte im Verlauf der Untersuchung dazu – neben Hinweisen zur Intransparenz (Rz 1071 m.w.H.) und anderen Verhaltensweisen – zusätzlich zu den Antworten auf Fragebögen auch mehrfach spontane Eingaben in der Folge von Kundenkontakten im Markt (Rz 501 ff.). Auch der SDV (Rz 430 und 1072) und der VSV (Rz 505) kritisierten das Preissystem hinsichtlich Komplexität, Intransparenz und den negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.

1041. Ein ähnliches Bild bot sich auch bei der Befragung der Kunden. So sahen rund ein Drittel der in der Vorabklärung befragten Vertragskunden und rund 20 (ca. 9 % der auswertbaren Antworten, wovon knapp die Hälfte von aktuellen oder potenziellen Quickmailkunden) der in der Untersuchung befragten Vertragskunden im neuen Preissystem eine Erschwerung des Wechsels zur Konkurrenz durch das Preissystem CAPRI. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass für die meisten derjenigen Vertragskunden, die angaben, dass das Preissystem zu keiner Erschwerung eines Wechsels zu Wettbewerbern führte und dies begründeten, ebenfalls angaben, dass für Sie keine Alternativangebote zur Verfügung standen.

Preislisteneinteilung

1042. Für die Einstufung in die Preisliste wurde der gesamte bei der Post erzielte Umsatz eines Vertragskunden berücksichtigt (Gesamtumsatzrabatt, vgl. Rz 515 ff.). Er schloss damit insbesondere auch den nicht bestreitbaren[1250] Umsatz ein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des Prognosesystems keine direkten Auswirkungen auf die bestehende Preisliste bzw. auf die in der Vergangenheit erzielten Rabatte bestanden. Jedoch konnte eine Abweichung der Parameter zu einer Anpassung der Preisliste und damit der Rabatte für die Zukunft führen, da der Vorjahresumsatz meist als Basis für die Vereinbarung einer neuen Preisliste herangezogen wurde. Das heisst, obwohl der Rabatt aus der Preislisteneinteilung nicht rückwirkend ausgestaltet war, konnte er einen Einfluss auf das Verhalten der Vertragskunden haben, indem diese zumindest befürchten mussten, dass der Preislisten-Rabatt bei einem teilweisen Wechsel zu Quickmail ab Vertragserneuerung reduziert würde. Als Folge davon hatten die Vertragskunden einen Anreiz, gewisse Umsätze zu erreichen, um über eine bestimmte Rabattschwelle zu kommen.

1043. Die Rabattstufen lagen bis Ende 2014 absolut gesehen zwischen 50‘000 und 35‘000‘000 Umsatz-Franken. Die Umsatzdifferenz zwischen zwei Rabattstufen im Verhältnis zum Umsatz der unteren Rabattschwelle betrug zwischen 25 % und 100 %, im Verhältnis zum Umsatz der oberen Rabattschwelle zwischen 25 % und 50 %. Die Höhe der Rabattstufen war je nach Segment und je nach Stufe unterschiedlich und betrug für ein durchschnittliches Kundenprofil zwischen 0.3 % und 1.1 %, in einem Fall 0 %. Der Durchschnitt der Rabattdifferenz zwischen zwei Preislisten lag über alle Stufen und Segmente hinweg berechnet bei 0.7 %. Die Ausgestaltung des Preissystems zeigt, dass durchaus grössere Rabattsprünge bestanden (bis zu 1.1 % des Jahresumsatzes), welche eine entsprechende Anreizwirkung entfalteten.

1044. Zur Einschätzung der effektiven Rabattwirkung auf die Vertragskunden und die Konkurrenz ist zu berücksichtigen, dass nicht das ganze Briefvolumen eines Vertragskunden für Quickmail bestreitbar war.[1251] Berücksichtigt man die bestreitbare auslagerbare Menge oder nur den ausgelagerten Anteil eines Vertragskunden, so ergeben sich aufgrund der Gesamtumsatzrabattierung für die einzelnen Rabattstufen Mehrrabatte, welche deutlich höher liegen konnten (vgl. zur Herleitung und den Berechnungen Rz 524 ff.). Diese Mehrrabatte steigen sehr stark an, wenn der ausgelagerte Umsatz im Verhältnis zum gesamten Umsatz kleiner ist. In Schwellennähe konnten bereits kleinere Auslagerungen oder zusätzliche Umsätze eine sehr grosse Wirkung haben, indem der Rabatt für die gesamte Menge sank beziehungsweise stieg. Befindet sich ein Wettbewerber im Aufbau, wie dies bei Quickmail der Fall war, d. h. sind die auslagerbaren Mengen relativ klein, dürften weit auseinander liegende Umsatzschwellen insgesamt kleinere Wettbewerbswirkungen zeitigen als kleine Umsatzschwellen (sofern die Rabattsprünge nicht allzu gross sind), da ein grösserer Teil der Kunden Tests mit der Konkurrenz durchführen kann, ohne dass sie die Rabattschwellen tangieren.[1252] Dies kann sich mit zunehmender Grösse und Kapazität der Wettbewerber ändern. Die Einstufung in eine andere Preisliste wirkte über die nichtbestreitbare Menge überproportional stark. Daher konnte die Preislisteneinteilung in der Nähe der Rabattstufen zu einer Einschränkung der Absatzmöglichkeiten von Quickmail führen und eine behindernde Wirkung entfalten.

Zusatzrabatt

1045. In der Kundeninformation zum Preissystem CAPRI war zudem beim Zusatzrabatt von «Hebelwirkungen» mit entsprechender Grafik die Rede, wodurch dem Kunden der Eindruck vermittelt wurde, dass Umsatzänderungen durch den Zusatzrabatt zu starken Rabattänderungen führen (Rz 536). Die Verwendung des Begriffs «Hebelwirkungen» konnte auf die Kunden bereits abschreckend wirken. Zudem deutet die Verwendung des Worts Hebelwirkungen darauf hin, dass der Post die starke Auswirkung des Zusatzrabatts (Rz 539, Abbildung 19) auf den Rabatt bei Umsatzänderungen bewusst war. Auch der VSV vermutete eine wettbewerbsbehindernde Absicht des Zusatzrabatts und monierte, dass bei den Rabatten nicht zwischen Monopol

[1250] Als bestreitbar wird dabei derjenige Umsatz bezeichnet, den ein Vertragskunde auf einen Konkurrenten – konkret Quickmail – maximal auslagern kann. Dies hängt von der Sendungsstruktur eines Vertragskunden und dem Angebot von Quickmail ab (Produktangebot, Haushaltabdeckung), wobei nur die Sendungen ausserhalb des Monopolbereichs überhaupt in Frage kommen (Rz 524).

[1251] Vgl. oben Fn 1250.

[1252] Selbstverständlich ohne Berücksichtigung des entgehenden Zusatzrabatts.

und «Nicht-Monopol» unterschieden werde, was dazu führe, dass Unternehmer ihre Volumen eher bei der Post belassen würden (vgl. ausführlich A.4.7.2).[1253] Ebenso machte Quickmail geltend, dass mit dem Zusatzrabatt eine wettbewerbsbehindernde Strategie der Post verfolgt werde (vgl. A.4.7.1). Auch einzelne Vertragskunden vermuteten eine solche Strategie.[1254]

1046. Der Zusatzrabatt berechnete sich auf der Basis der individuell mit jedem Vertragskunden festgelegten Jahresumsatzprognose. Dies führte dazu, dass grundsätzlich für jeden Vertragskunden die Rabattstufen bei anderen individuellen Umsätzen zur Anwendung kamen. Diese Rabattstufen wurden dem Kunden in seiner Preisliste auch prominent und individualisiert aufgezeigt, so dass der Zusatzrabatt die von der Post gewünschte Anreizwirkung entfalten konnte.[1255] Aufgrund des Zusatzrabatts war es möglich, dass ein Vertragskunde bei einem Monatsumsatz von beispielsweise 100‘000 Franken einen Zusatzrabatt von 0 % erhielt, ein anderer jedoch einen Zusatzrabatt von 3 %, je nach prognostiziertem Jahresumsatz (vgl. Rz 322 ff.).

1047. Dadurch entstand ein Zielrabatt, da die Höhe des Rabatts nicht mehr von der tatsächlich eingelieferten Menge resp. vom erzielten Umsatz abhängig war, sondern von einer im Voraus festgelegten Jahresprognose, die auf eine monatliche Basis umgerechnet wurde. Dass ein solcher Zielrabatt von der Post beabsichtigt war, zeigt sich im Antrag zur Einführung eines neuen Preissystems für Vertragskunden PostMail an die Mitglieder der Konzernleitung.[1256] Demnach wurde zusätzlich zu den individuellen Preisen der Umsatzrabatt neu gestaltet. Dieser sei allerdings niedriger als bislang (da die Preise bereits einen Rabatt beinhalten würden) und er sei abhängig vom erzielten monatlichen Umsatz des Kunden. Der bei der Vertragsverhandlung vereinbarte Jahresumsatz werde auf einen durchschnittlichen Monatsumsatz aufgeteilt. Dieser Wert werde bei jeder Abrechnung mit dem tatsächlich erzielten Umsatz verglichen. Bei einer Abweichung von +/- 5 % erhalte der Kunden einen Umsatzrabatt von 2 %, um die Prognoseeinhaltung ***zu belohnen*** (Anm. Hervorhebungen hinzugefügt). Eine Abweichung nach unten reduziert den Umsatzrabatt auf bis zu 0 %, jedoch wird auch eine Abweichung nach oben mit einem zusätzlichen Rabatt ***belohnt***, so dass max. 3 % Umsatzrabatt erreicht werden können. In den Schulungsunterlagen wurde zudem eine stärkere Kundenbindung, die dazu beitrage, dass der Umsatz in Zukunft stabil bleibe, als Vorteil für die Post aufgeführt.[1257]

1048. Die eigentliche Referenzperiode für die Erfassung des rabattrelevanten Umsatzes betrug an sich nur einen Monat, da der Zusatzrabatt monatlich erhoben wurde. Die als Basis zur Berechnung des Zusatzrabatts dienende Jahresprognose wurde in der Regel jedoch nur jährlich angepasst, sofern die Strukturkontrolle bei preislistenrelevanten Abweichungen nicht anschlug und von der Post dann auch eine Vertragsänderung vorgenommen wurde, was wie beschrieben, oft nicht der Fall war (Rz 260 ff.).

1049. Der Zusatzrabatt hatte eine Spannbreite von 0–3 %, wobei der Normwert bei 2 % liegen sollte. Er reagierte aufgrund der monatlichen Abrechnung schnell und wie nachfolgend gezeigt relativ stark auf Umsatzschwankungen: Bereits eine Umsatzabweichung von 5 % hatte eine Korrektur um 0.5 % zur Folge, eine negative Umsatzabweichung von mehr als 25 % eine Korrektur von -2 % und eine positive Umsatzabweichung um mehr als 15 % eine Korrektur um +1 %.[1258] Im Verhältnis zu den Preislistenanpassungen waren die Änderungen daher ungleich grösser.[1259] Die starke Reaktion des Zusatzrabatts bei Umsatzschwankungen führte denn auch zu Diskriminierungen (siehe oben, Rz 322 ff.).

1050. Aufgrund der Ausgestaltung als Gesamtumsatzrabatt (inklusive der nichtbestreitbaren Mengen) entstanden durch den Zusatzrabatt zudem starke negative Effekte für die Kunden der Post, wenn sie einen Teil ihrer Versandmenge an einen Wettbewerber auslagerten. Rechnerisch lassen sich diese wiederum durch den Mindestrabatt darstellen, also denjenigen Rabatt, den Quickmail einem Vertragskunden mindestens bieten musste, um einen Vertragskunden für den entgangenen Zusatzrabatt zu entschädigen.[1260] Die Berechnung hat ergeben (vgl. vorne, A.4.7.4.2), dass dieser Mindestrabatt bis zu 9.83 % bei Auslagerung von Umsatz oder bis zu 12.5 % bei Entscheid über die Zuteilung zusätzlichen Umsatzes betragen konnte.[1261] Dabei gibt es Spitzen an den Umsatzschwellen, welche zu einer Änderung des Zusatzrabatts führen. Abgesehen von diesen Spitzen nimmt der Mindestrabatt mit zunehmend ausgelagerter Menge ab. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass aufgrund des Monopols bis 50 Gramm und der fehlenden alternativen Angebote bei Einzelbriefsendungen, Möglichkeiten der Auslagerung beschränkt sind. Daraus wird ersichtlich, dass der Zusatzrabatt eine besonders starke Wirkung bei Testversänden oder bei Kunden mit einem hohen Anteil von Sendungen im Monopol oder anderen Bereichen ohne Konkurrenz hatte. Diese Problematik wird durch die fehlende Transparenz des Preissystems und der damit einhergehenden Unsicherheit der Kunden der Post, was den möglichen Rabattverlust anbelangt noch akzentuiert. Kunden, die also einen Teil ihres Versandvolumens in einem Monat ausgelagert hatten, wurden über den Zusatzrabatt sofort und meist in einem stärkeren Masse abgestraft als durch eine neue Preislisteneinteilung.

[1253] Act. 2, Beilage, S. 3.
[1254] Vgl. z. B. act. 470, Frage 15 und weitere Bemerkungen.
[1255] Act. 27, Beilage 9, S. 3.
[1256] Act. 432, Beilage 13d, S. 5, Kapitel 3.3.
[1257] Act. 432, Beilage 13n, S. 29.
[1258] Das Ausmass der prozentualen Umsatzabweichung, welche zu einem anderen Zusatzrabatt führt, kann anders aussehen, falls die Prognose nicht akkurat war resp. nicht an die tatsächlichen Umsätze angepasst worden ist.
[1259] Dies gilt nicht, wenn ein Kunde einen Umsatz erzielt, der gerade in der Nähe einer Umsatzschwelle liegt, oder der Rabattsprung sehr hoch ist.
[1260] Berücksichtigt wird hier nur der Zusatzrabatt. Selbstverständlich muss ein Konkurrent dem Kunden zusätzlich auch mindestens den Rabatt aus seiner individuellen Preisliste bieten.
[1261] Zur Berechnung des Mehrrabatts, also des Rabatts, den Quickmail zusätzlich ausrichten muss, wird der Zusatzrabatt von 2 % vom Mindestrabatt subtrahiert.

1051. Eine generell starke Wirkung hat ein solches Preissystem zudem während der Aufbauphase eines Konkurrenten. Denn während dieser Zeit besteht eine viel grössere nichtbestreitbare Menge, indem zusätzlich die Massensendungen über 50 Gramm dazu kommen, welche durch den Konkurrenten gebietsmässig noch nicht abgedeckt sind. Verfügte ein Konkurrent somit zu Beginn über rund 30 % Abdeckung, und hatte ein Vertragskunde einen Anteil von 60 % seiner Sendungen im Bereich Massensendungen über 50 Gramm, so bestand trotz dem hohen Anteil im an sich bestreitbaren Markt ein Anteil der nichtbestreitbaren Menge von 82 %.[1262] In einem solchen Fall wäre bei maximaler Auslagerung von 18 % des Umsatzes auf Quickmail der Zusatzrabatt bei der Post mindestens von 2 % auf 1 % gefallen. Der durch Quickmail anzubietende Mindestrabatt[1263] auf dem ausgelagerten Teil hätte in diesem Fall 6.6 %[1264] betragen. Bei einem ungeplanten zusätzlichen Versand von 18 % hätte Quickmail gar 8.6 %[1265] bieten müssen, um diesen Umsatz zu erhalten, da bei Einlieferung bei der Post der Zusatzrabatt von 2 % auf 3 % gestiegen wäre. Die spezielle Ausgestaltung des Zusatzrabatts im Zusammenhang mit der Gesamtumsatzrabattierung führte damit für die Kunden zu einer eingeschränkten Möglichkeit eines Anbieterwechsels. Das Marketingspektrum und der Marktzugang von Quickmail wurden dadurch eingeschränkt. Dem Zusatzrabatt kam damit behindernde Wirkung zu.

1052. Der auf einer individuellen Prognose basierende Zusatzrabatt führte grundsätzlich für alle Vertragskunden zu einem starken negativen finanziellen Anreiz, mit Quickmail zusammenzuarbeiten. Die Stärke des Effekts war abhängig von der Höhe der nichtbestreitbaren Menge (Anteil der Sendungen im rechtlichen oder faktischen Monopolbereich). Die nichtbestreitbare Menge war in der Aufbauphase von Quickmail aufgrund der geringen Gebietsabdeckung für alle Kunden besonders hoch. Die Aufbauphase dauerte zudem bei Quickmail relativ lange, was auch durch die Übernahme eines Verteilpartners von Quickmail durch die Post bedingt war. Das bedeutet, dass die Wirkung des Zusatzrabatts auf die Einschränkung des Absatzes und Behinderung von Quickmail in der Startphase noch stärker war.

1053. Hinsichtlich der Auswirkung des Zusatzrabatts auf das Versandverhalten oder die Planung (Rz 471 f.) bejahten rund 10 % der Vertragskunden eine solche Auswirkung. Sieben der neun Vertragskunden, welche Angaben dazu machten, wie sich der Zusatzrabatt genau auf die Planung auswirkte, gaben an, durch verschiedene Massnahmen der Versandplanung die Rabatte zu maximieren (z. B. Kumulation/Koordination von Sendungen, Versandzeitpunkt und -ort). Ein Unternehmen gab zudem an, dass es ohne den Zusatzrabatt «Konkurrenzprodukte prüfen/vergleichen würde». Es kann daher festgehalten werden, dass der Zusatzrabatt – neben einer Erschwerung der Berücksichtigung von Konkurrenten – bei einer gewissen Zahl von Unternehmen auch zu einer Änderung im Versandverhalten führte, insbesondere zur Kumulation von Sendungen. Allerdings kann aus den Antworten zur Anpassung des Versandverhaltens grundsätzlich keine Aussage darüber abgeleitet werden, ob der Zusatzrabatt einen Einfluss auf die Auslagerung von Sendungen hatte. Ein solcher ist aber zu vermuten.

1054. Neben einer wettbewerbsbehindernden Wirkung aus Unsicherheit/Intransparenz über die Auswirkungen von Handlungen sowie den finanziellen Anreizwirkungen können Rabatte auch zusätzliche Anreizwirkungen entfalten, so dass Kunden aufgrund dieser nicht auf ein alternatives Angebot wechseln, obwohl ein solcher Wechsel finanziell gesehen für sie vorteilhaft wäre.[1266] Eine solche Anreizwirkung kann darin bestehen, dass die Kunden versuchen, die vorvereinbarten Werte (Prognoseumsatz) einzuhalten. Ein solches System kann dazu führen, dass Alternativangebote nicht genutzt werden, obwohl diese Alternativangebote auch unter Berücksichtigung der Verluste (geringere Rabatte) aufgrund des Rabattsystems für die Kunden profitabel wären.

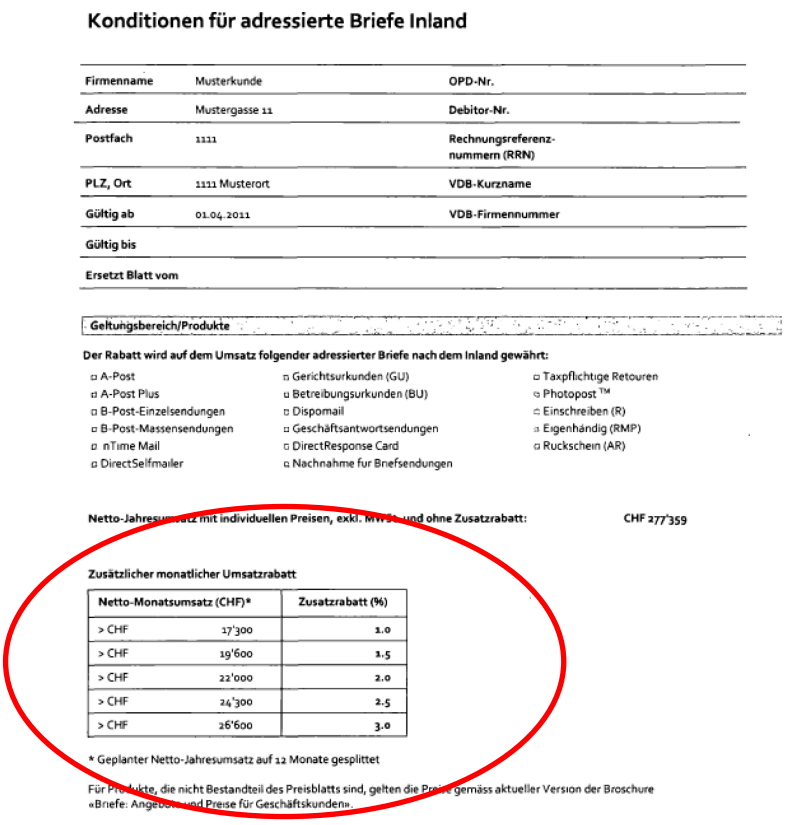
[1262] Berechnung: 40 %+(60 %*70 %)=0.82 %; Der maximale Quickmailanteil beträgt 60 %*30 %=18 %.

[1263] Berechnung:
$\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(\text{Umsatz}_{\text{Post alt}} * \text{Rabatt}_{\text{Post alt}}) - (\text{Umsatz}_{\text{Post neu}} * \text{Rabatt}_{\text{Post neu}})}{\text{bestreitbarer bzw.ausgelagerter Anteil}}$, vgl. Rz 524.

[1264] $\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(100\% * 2\%) - (82\% * 1\%)}{18\%} = 6.6\%$

[1265] $\text{Mindestrabatt}_{\text{Quickmail}} = \frac{(118\% * 3\%) - (100\% * 1\%)}{18\,\%} = 8.6\%$; Hinweis: Der Einfachheit halber (Vermeidung negativer Zahlen) wurde im Zähler anders als in der Formel in Fn 1263 der bisherige Rabatt (niedrigere) vom neuen (höheren) Rabatt substrahiert.

[1266] Vgl. ALEXANDER MORELL/ANDREAS GLÖCKNER/EMANUEL V. TOWFIGH, Sticky rebates: Loyalty rebates impede rational switching of consumers, Journal of Competition Law & Economics 11(2), S. 431 ff.; MARTIN BECKENKAMP/FRANK P. MAIER-RIGAUD, An Experimental Investigation of Article 82 Rebate Schemes, Competition Law Review Vol. 27 (2002) No. 2, S. 1 ff.



Konditionen für adressierte Briefe Inland

Firmenname	Musterkunde	**OPD-Nr.**
Adresse	Mustergasse 11	**Debitor-Nr.**
Postfach	1111	**Rechnungsreferenz-nummern (RRN)**
PLZ, Ort	1111 Musterort	**VDB-Kurzname**
Gültig ab	01.04.2011	**VDB-Firmennummer**
Gültig bis		
Ersetzt Blatt vom		

Geltungsbereich/Produkte

Der Rabatt wird auf dem Umsatz folgender adressierter Briefe nach dem Inland gewährt:

- ☐ A-Post
- ☐ A-Post Plus
- ☐ B-Post-Einzelsendungen
- ☐ B-Post-Massensendungen
- ☐ nTime Mail
- ☐ DirectSelfmailer
- ☐ Gerichtsurkunden (GU)
- ☐ Betreibungsurkunden (BU)
- ☐ Dispomail
- ☐ Geschäftsantwortsendungen
- ☐ DirectResponse Card
- ☐ Nachnahme für Briefsendungen
- ☐ Taxpflichtige Retouren
- ☐ Photopost ™
- ☐ Einschreiben (R)
- ☐ Eigenhändig (RMP)
- ☐ Rückschein (AR)

Netto-Jahresumsatz mit individuellen Preisen, exkl. MwSt. und ohne Zusatzrabatt: CHF 277'359

Zusätzlicher monatlicher Umsatzrabatt

Netto-Monatsumsatz (CHF)*	Zusatzrabatt (%)
> CHF 17'300	1.0
> CHF 19'600	1.5
> CHF 22'000	2.0
> CHF 24'300	2.5
> CHF 26'600	3.0

* Geplanter Netto-Jahresumsatz auf 12 Monate gesplittet

Für Produkte, die nicht Bestandteil des Preisblatts sind, gelten die Preise gemäss aktueller Version der Broschure «Briefe: Angebote und Preise für Geschäftskunden».

Abbildung 20: Beispiel für kundenindividuelle Konditionen.

1055. Quickmail wies in unaufgeforderten Eingaben aufgrund von Reaktionen von Kunden auch auf die generelle Wirkung der Vertragsbindung, der Angst vor Rabattverlusten und der Vertragskündigung (zur allfälligen Vermeidung des Zusatzrabattverlusts) bei der Post als hohe Hürde im Preissystem CAPRI hin, um einen Teil des Versands auf Quickmail auszulagern (Rz 502, insb. Bst. d und e). Zudem ist jeweils zu beachten, dass aufgrund des Monopolbereichs jeweils ein nicht bestreitbarer Teil der Versandmenge bei der Post verbleiben muss, für welchen dann der gesamte Zusatzrabattverlust erlitten wird.

Behinderungswirkung trotz kurzer Bemessungsperiode und Kündigungsmöglichkeit

1056. Wie oben erwähnt, betrug die Bemessungsperiode für den Zusatzrabatt einen Monat und war damit kurz. Der auf einer bestimmten Umsatzprognose basierende Zusatzrabatt wirkte sich grundsätzlich so lange aus, wie diese Prognose Bestand hatte bzw. bis diese angepasst wurde.

1057. Im Zusammenhang mit der Referenzperiode, d. h. der Basis für die Rabattgewährung, sind auch die Kündigungsmodalitäten zu analysieren. Der Vertrag war zwar innerhalb von 30 Tagen auf ein Monatsende kündbar. Jedoch musste damit gerechnet werden, dass bis zu einer Neuverhandlung noch zusätzliche Zeit verstreicht (vgl. für die Strukturkontrolle Rz 1048). Wichtig ist in diesem Zusammenhang zunächst, von welchen Vertrags- und Kündigungsmodalitäten die Vertragskunden ausgingen (Rz 548–550).

1058. Die Befragungen (vgl. Rz 550) zeigen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Vertragskunden die Dauer/Befristung sowie die Kündigungsmodalitäten des Vertrags nicht kannte oder von falschen Werten ausging. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Preisvereinbarung (Konditionen) üblicherweise für ein Jahr galt. Die wenigen (ein Viertel) in der Vorabklärung antwortenden Vertragskunden gaben immerhin an, die Kündigung sei für sie nicht umständlich (im Gegensatz dazu vgl. allerdings auch die Aussage eines Vertragskunden zur Kündigung des Vertrags). Daraus ergibt sich, dass trotz der bestehenden Kündigungsmöglichkeit aufgrund der teilweisen Unkenntnis über die Kündigungsbedingungen und der Notwendigkeit zu Neuverhandlungen das Preissystem CAPRI als rigide einzustufen ist.

1059. Weiter ist für die Wirkungen des Preissystems massgebend, inwiefern die Verträge tatsächlich gekündigt wurden (vgl. Rz 1033). Die befragten Kunden gaben zumeist an, der Vertrag werde jährlich angepasst (vgl. Rz 459). Dies stimmt mit den Angaben der Post überein (Rz 241). In der Untersuchung gaben rund 4 % der Kunden an, dass ihnen der Vertrag durch die Post vorzeitig gekündigt wurde, weil sie unterjährig stark von den einstufungsrelevanten Umsätzen abgewichen waren (Rz 474). Demgegenüber gab von den befragten Vertragskunden kein einziger an, den geschlossenen Vertrag bei der Post jemals selbst vorzeitig gekündigt zu haben, weil sie unterjährig stark von den einstufungsre-

levanten Umsätzen abgewichen waren und daher einen Grossteil des Zusatzrabatts nicht realisieren konnten (Rz. 475).[1267] Ein Vertragskunde (und Quickmail-Kunde) gab jedoch dazu an: «Das wäre vielleicht sinnvoll gewesen, wegen des hohen Aufwands haben wir darauf verzichtet».[1268] Die Auswertung zu den tatsächlich vorgenommen Kündigungen bestätigt daher die Rigidität des Preissystems in der Anwendung.

1060. Aufgrund seiner Konzeption entfaltete aber der Zusatzrabatt selbst bei einer Kündigung und Anpassung des Vertrags (durch die Post oder den Kunden) seine Wirkung auf Basis der neuen Prognose sofort wieder, sei dies im Hinblick auf zusätzliche Auslagerungen oder aber für den Entscheid über die Vergabe zusätzlicher Versände wie der Rückverlagerung von Sendungen von der Konkurrenz an die Post. Betreffend zusätzlichen Umsatz war die Auswirkung auf Quickmail sogar noch grösser als bei Auslagerungen (vgl. Rz 539 f.).

1061. Hinsichtlich des Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG bringt die Post vor, dass dieser nicht erfüllt sei, da es keine Behinderungsstrategie der Post gab und die Rabatte keine Treue- oder Exklusivitätsrabatte darstellten.[1269] Zudem habe es keine relevante Rückwirkung gegeben und das Ausmass der Gesamtrabatte bzw. der Zusatzrabatte sei stets gering und gänzlich ungeeignet gewesen, Quickmail irgendwie zu behindern. So seien auch die vom Sekretariat angeführten Kriterien nicht erfüllt. Diese Vorbringen treffen nicht zu. Mit der von der Post an den Tag gelegten Verhaltensweise hat sie eine Behinderung von Quickmail mindestens billigend in Kauf genommen (vgl. Rz 1125). Zudem hat der Zusatzrabatt aufgrund seiner belohnenden bzw. abstrafenden monatlichen Ausgestaltung sehr wohl eine Treuewirkung bei den Kunden, so dass diese tendenziell auf einen Wechsel zu Wettbewerbern verzichtet haben (vgl. Rz 1105).

1062. Es ergibt sich damit, dass die an sich kurze Bemessungsperiode und die kurzfristige Kündigungsmöglichkeit eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung nicht zu verhindern vermochten (vgl. auch Rz 1048).

Gesamtumsatzrabattierung und Hebeleffekt

1063. Für die Rabatthöhe des Preislistenrabatts und des Zusatzrabatts waren sämtliche adressierten Briefsendungen eines Kunden relevant, das heisst sowohl solche im Bereich mit Wettbewerb als auch aus den Bereichen ohne Wettbewerb. Für die Konkurrenz bestand daher eine nichtbestreitbare Menge. Diese konnte je nach Versandverhalten des Kunden oder auch zeitlich (saisonal oder gar monatlich) variieren. Aufgrund der nichtbestreitbaren Menge und der Gesamtumsatz-Rabattierung ergab sich ein preislicher Hebeleffekt bei Umsatzänderungen im Bereich mit Konkurrenz. Dies verstärkte die Wirkung der Rabattstufen der Preislisteneinteilung und des Zusatzrabatts im Hinblick auf eine Erschwerung des Absatzes von Quickmail, und damit die behindernde Wirkung auf Quickmail (vgl. dazu bereits Rz 1044 und 1050–1049 m.w.H.).

1064. Dieser Hebeleffekt im Zusammenhang mit dem Zusatzrabatt wurde denn auch in den Anzeigen von KEP & Mail (Rz 499 f.) und von Quickmail (Rz 502 f.) besonders hervorgehoben. Auch die Kundenverbände VSV und SDV kritisierten die fehlende preisliche Trennung zwischen Monopol- und Nicht-Monopol-Bereich (Rz 505 f.). Dies führe dazu, dass die Post im Gegensatz zu ihren Konkurrenten eine Mischrechnung machen könne und «dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belässt als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen». Auch Kunden machten Aussagen im Rahmen der Befragung, dass eine Aufteilung der Sendungen resp. eine Abrechnung für Briefe über/unter 50 Gramm fehle.[1270] Eine Mehrheit der in der Vorabklärung befragten Vertragskunden bekräftigte zudem den Einfluss der Gesamtumsatzrabattierung auf den Entscheid zur Berücksichtigung eines Konkurrenten (Rz 519).

Komplexität und Intransparenz des Preissystems

1065. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Post die Vertragskunden über Einzelheiten des Preissystems, wie Ausgestaltung der Parameter und deren Auswirkungen auf die Preisliste, die Segmenteinteilung, Umsatz- und Rabattstaffeln sowie verschiedene Preislisten im Unklaren gelassen hatte. Selbst die Post gab in ihren Schulungsunterlagen als Nachteil des neuen Preissystems an, dass die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht mehr 1:1 nachvollziehen könnten.[1271] Die Vertragskunden verfügten ebenfalls über kein Tool, um Preise eigenständig berechnen zu können (vgl. Rz 978 f.).

1066. Einerseits war die Preislisteneinteilung aufgrund der vielen Einflussfaktoren komplex und für den Kunden nur schwer nachzuvollziehen. Es bestanden viele Einflussfaktoren, deren Auswirkungen und Gewichtung den Kunden teilweise nicht bekannt waren. Die unterschiedlichen Rabattstufen und die uneinheitliche Rabattierung der einzelnen Produkte trugen zusätzlich zur Komplexität und Intransparenz des Preissystems bei, da je nach Preisliste bei einer Produktstrukturänderung mit Preislisteneinfluss die preislichen Änderungen sehr unterschiedlich ausfallen konnten. Zudem waren die verschiedenen Preislisten den Kunden nicht zugänglich.

1067. Den Kunden wurden denn auch nur ihre individuellen Konditionen kommuniziert, so dass sie keinerlei Möglichkeiten hatten, die Einstufung in die einzelnen Preislisten und die gewährten Rabatte auf ihre Richtigkeit zu prüfen. Zudem verunmöglichte die Komplexität der Preisliste neinteilung auch jegliche Vergleichsmöglichkeiten der Kunden untereinander, da diese die Ausprägungen der einzelnen für die Preislisteneinteilung relevanten Parameter in der Regel nicht kannten und diese von der Post in der Regel auch nicht kommuniziert wurden.

[1267] Fünf Vertragskunden haben die Frage nicht beantwortet, und zwei haben die Antwort als Geschäftsgeheimnis bezeichnet.
[1268] Act. 470, Frage 25.
[1269] Act. 821 Rz 444 ff.
[1270] Vgl. etwa act. 333, weitere Bemerkungen; act. 465, weitere Bemerkungen.
[1271] Act. 432, Beilage 13n, S. 29.

1068. Dazu kam der Zusatzrabatt, welcher von vielen Vertragskunden als Grund für die mangelhafte Planbarkeit angegeben wurde. Dieser erschwerte bis verunmöglichte gemäss Kundenaussagen eigenständige Kalkulationen. Wie oben erwähnt, reagierte der Zusatzrabatt im Verhältnis zu den Preislistenanpassungen sehr stark, und führte je nach Prognosekorrektheit, Sendungsschwankungen und Planung der Sendungen durch den Vertragskunden zu unterschiedlichen Rabatten (Rz 322 ff.).

1069. Die durch den Zusatzrabatt entstandene Zweiteilung der Rabatte (Preislisteneinteilung und Zusatzrabatt) trug entscheidend zu einer erhöhten Komplexität bei der Planung und Budgetierung der Kunden bei (vgl. Abschnitt A.4.4.3). So mussten Kunden im Hinblick auf die Auslagerung gewisser Versände auf den Wettbewerber Quickmail nicht mehr nur ihr jährliches Versandvolumen berücksichtigen, sondern auch die übrigen Kriterien zur neuen Preislisteneinteilung im Folgejahr und darüber hinaus noch die Auswirkungen auf den monatlich neu zu berechnenden Zusatzrabatt. Je nach gewählten Produkten (welche je nach individueller Preisliste unterschiedlich stark rabattiert waren), Versandmenge, -häufigkeit und -verteilung war eine Optimierung hinsichtlich Preis für Endkunden schwierig bis unmöglich durchzuführen. Dazu kamen zu berücksichtigende Inkonsistenzen im Preissystem, wie etwa die Tatsache, dass der Zusatzrabatt zum Parameter Jahresprofil einen (gegenläufigen) Effekt haben konnte (Rz 367 ff.).

1070. Aufgrund der ungenügenden Informationsbasis der Vertragskunden, der vielen Parameter und der beschriebenen Wechselwirkungen muss das Preissystem insgesamt als komplex und intransparent eingestuft werden. So sahen sich eine Mehrheit der Vertragskunden in der Vorabklärung und die ganz überwiegende Mehrheit (>95 %) der Vertragskunden in der Untersuchung nicht in der Lage, die preislichen Auswirkungen einer Auslagerung von Sendungen abzuschätzen, wobei auch die übrigen Vertragskunden zumeist keine präzisen oder vollständigen Angaben machen konnten (Rz 554 ff.). Zudem gaben von den in der Untersuchung befragten Vertragskunden knapp 8 % an, schon einmal aufgrund des Preissystems auf einen Wechsel verzichtet zu haben (Rz 559 f.). Neun dieser Antworten stammen dabei von potenziellen oder aktuellen Quickmail-Kunden.

1071. Diese Komplexität und Intransparenz wurde auch von Quickmail als wettbewerbsbehindernd kritisiert (Rz 431 und Rz 552). Quickmail führte aus, dass dadurch für die Vertragskunden die Auswirkungen eines Wechsels kaum vorhersehbar bzw. berechenbar seien, wodurch sie von einer Zusammenarbeit mit Quickmail absehen würden oder diese verzögert würde.

1072. Zwei Kundenverbände hatten vor resp. nach der Einführung des Preissystems die Behörden auf problematische Punkte des Preissystems CAPRI hingewiesen. Dabei wurde insbesondere die grosse Intransparenz bemängelt, welche es unmöglich mache, die Kosten für Sendungen selbst zu berechnen (Rz 430). Dies stuften die Verbände als wettbewerbsrechtlich bedenklich ein und sie vertraten die Meinung, dass auf diese Weise Markttransparenz zum Vornherein verunmöglicht werde. Wie oben erwähnt (Rz 1064) kritisierten sie ausserdem die auch damit zusammenhängende fehlende preisliche Trennung zwischen Monopol- und Nicht-Monopol-Bereich. Dies führe gemäss einem der Verbände dazu, «dass man als Unternehmer die Volumen besser bei der Post belässt als einen möglichen Konkurrenten zu berücksichtigen». Die Eingaben der Kundenverbände zeigen, dass diese ebenfalls von einer effektiven wettbewerbsbehindernden Wirkung des neuen Preissystems – unter anderem aufgrund der Komplexität und Intransparenz des neuen Preissystems – ausgingen.

1073. Die Komplexität und Intransparenz führte dazu, dass die Vertragskunden Angebote der Post und von Quickmail nur schwer oder gar nicht vergleichen konnten. Die Vertragskunden hatten zudem Ungewissheit über die effektive Auswirkung auf die Preise bei der Post bei einer Auslagerung von Sendungen an Quickmail. Um diese Ungewissheit zu beheben, musste sich eine Vertragskunde an die Post wenden, was eine zusätzliche Hürde darstellen konnte. Ausserdem konnte die Post allenfalls ein neues Angebot unterbreiten. Die Komplexität und Intransparenz des Preissystems CAPRI führte damit zu einer Verschlechterung der Absetzbarkeit der Produkte von Quickmail, ohne dass dadurch die Produkte der Post verbessert worden wären. Damit hatte das Preissystem eine behindernde Wirkung auf Quickmail.KEP & Mail

Mögliche Auswirkungen auf die Entwicklung von Quickmail

1074. Weitere Hinweise auf die Wirkung des Preissystems können sich aus der Entwicklung von Quickmail ergeben. Quickmail selbst schätzte im November 2013, dass ihre Umsätze ohne Zusatzrabatt in den letzten drei Jahren mindestens 25 % höher ausgefallen wären (Rz 503 f.). Die Massnahme der Post habe sie in einer Aufbauphase getroffen, in der noch keine Gewinne erzielt würden, so dass sich jeder Kundenverlust und jede erforderliche Erhöhung der Rabattierung unmittelbar in einem höheren Kapitalbedarf niederschlage. Das diskriminierende Rabattsystem habe eine erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb und sei daher geeignet gewesen, Quickmail vollständig vom Markt zu verdrängen.

1075. Die Wirkungen des Preissystems CAPRI zeigen sich zunächst in der Rabattpolitik von Quickmail, welche zur Kundenakquisition notwendig war. Quickmail gewährte offiziell «einen Rabatt, dessen Niveau sich am heutigen Umsatzrabatt für adressierte Briefe anderer Anbieter orientiert».[1272] […][1273] Teilweise machte Quickmail zudem geltend, es müsse bei spezifischen Verhaltensweisen oder Angeboten der Post von der Staffel abgewichen werden.[1274] Insbesondere der Zusatzrabatt führe dazu, dass der Preisvorteil von Quickmail geschmälert werde, wodurch der Anreiz zur Zusammenarbeit mit Quickmail ganz wegfallen könne.[1275] Dies zeigt, dass Quickmail nebst teilweise deutlich tieferen Preisen als die Post auch den Gesamtumsatzeffekt berücksichtigen musste.

[1272] <https://www.quickmail-ag.ch/Internet/Preise/Ueberblick.aspx> (4.10.2016).
[1273] Act. 407, S. 8 f. Ziff. 13a–c.
[1274] Act. 407, Frage 13b.
[1275] Act. 407, Frage 14s.

1076. Ein weiterer Hinweis auf die Wirkungen des Preissystems ergibt sich aus der finanziellen Situation von Quickmail. Quickmail geriet in finanzielle Schwierigkeiten, welche erst 2015 verringert werden konnten. [Details zur finanziellen Situation: […].

1077. Vergleicht man die geplante mit der tatsächlichen Umsatz-Entwicklung, so ergibt sich folgendes[1276]: […] Ein negativer Einfluss des Preissystems CAPRI, welcher massgeblich dazu beigetragen hat, dass Quickmail ihre Zielvorgaben verfehlt hat, ist mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen. Andere Faktoren können aber ebenfalls eine Rolle gespielt haben, insbesondere die im Vergleich zur Planung deutlich langsamere Erhöhung der Abdeckung. Wobei zu berücksichtigen ist, dass die Erhöhung der Abdeckung ein bedeutender Kostenfaktor ist und die hinter den Erwartungen zurückgebliebene Umsatzentwicklung einen massgeblichen Einfluss auf die langsamere Erhöhung der Abdeckung gehabt hat.

1078. Laut Quickmail sind die durchschnittlichen Stückkosten […][1277]

1079. Die Abdeckung der Haushaltabdeckung bei Quickmail verlief ebenfalls langsamer als geplant: […][1278] Bis Ende 2011 erfolgte noch eine bedeutsame Steigerung von fast 20 %, womit Quickmail jedoch unter den geplanten Werten blieb. In den beiden Jahren 2012 und 2013 erfolgte nur eine relativ leichte Erhöhung der Haushaltabdeckung von 16.2 %. Nach einem Rückgang infolge der Übernahme eines Verteilpartners durch die Post Anfang 2014 […].[1279]

1080. Der im Vergleich zur Planung schwierigere und langwierigere Markteintritt von Quickmail zeigt, dass die angestrebte bessere Kundenbindung (vgl. Rz 1047) und damit für Wettbewerber absatzbeschränkende bzw. wettbewerbsbehindernde Wirkung des Preissystems CAPRI auch tatsächlich eingetreten ist. Daneben können auch andere Faktoren einen Einfluss auf den Markteintritt gehabt haben.

1081. Die Post bringt weiter vor, dass Quickmail auch während und nach Einführung des Preissystems CAPRI eine wachsende Sendungsmenge aufwies und daher nicht behindert worden sei.[1280] Zudem könne sich Quickmail die «Beförderung-Rosinen» gezielt herauspicken. Da Quickmail einen grossen Dichteeffekt erziele und praktisch keine Infrastruktur benötige, hätte Quickmail gegenüber der Post entscheidende Kostenvorteile. Das Sendungsvolumen der Post gehe demgegenüber stetig zurück. Hierzu ist anzumerken, dass alleine der Hinweis auf ein mögliches Wachstum von Quickmail nicht der Schluss gezogen werden kann, dass Quickmail im Wettbewerb behindert worden ist. Vielmehr zeigt die Marktanteilsentwicklung der Jahre 2012 bis 2014, dass Quickmail erhebliche Einbussen in ihren Wachstumsraten hinzunehmen hatte. Diese stimmen zudem zeitlich mit der Einführung des Preissystems CAPRI überein, dessen erklärtes Ziel die Ertrags- und Marktanteilssicherung war (vgl. Rz 478, 781 und 1047). Quickmail wäre daher weit stärker gewachsen, wenn die Post keine wettbewerbsbehindernde Praxis etabliert hätte. So ist, wie die nachfolgende Grafik (vgl. Abbildung 21) zeigt, das Umsatzwachstum von Quickmail in den Jahren 2012 bis 2014 merklich schwächer ausgefallen als in den Jahren 2009 bis 2011 und ab 2015.

Abbildung 24: Entwicklung der Sendungsmenge von Quickmail



Quelle: Website von Quickmail

Abbildung 21: Entwicklung Sendungsmengen Quickmail

[1276] Act. 407, Anlagen 1 und 2; act. 699, Anlage 2.
[1277] Act. 407, Frage 11d.
[1278] Act. 103, Beilage.
[1279] Act. 622, Anlage Haushaltsabdeckung.
[1280] Act. 821 Rz 430 ff.

1082. Auch die finanziellen Probleme von Quickmail und das verlangsamte Wachstum von Quickmail während der ersten Jahre nach der Einführung des Preissystems CAPRI zeigen, dass die von der Post an den Tag gelegten Verhaltensweisen wie beabsichtigt eingetreten sind und eine negative Auswirkung auf Quickmail gehabt haben, auch wenn Quickmail nicht vom Markt verschwunden ist.

1083. Zusammenfassend ergibt sich daher der Schluss, dass das Preissystem CAPRI und den damit verbundenen und von der Post beabsichtigten Anreize der Kundenbindung ursächlich für die (entstandene) schwierige finanzielle Situation von Quickmail war.

Zusammenfassung hinsichtlich Einschränkung des Absatzes und Behinderung

1084. Das Preissystem CAPRI wurde im Hinblick auf eine vollständige Marktöffnung hin entwickelt. Mit dem Preissystem CAPRI sollten die beiden strategischen Ziele des Erhalts von Marktanteilen und Ergebnissicherung verfolgt werden.[1281] Konkretisierend wurde der Zweck des Zusatzrabatts dahingehend beschrieben, dass ein Kunde für die Einhaltung oder das Übertreffen der Prognose belohnt werden sollte.[1282] Dies belegt, dass die Post eine Strategie verfolgte, welche eine erhöhte Kundenbindung bewirken sollte. Dies bestätigt sich in den Schulungsunterlagen der Post, wonach eine höhere Kundenbindung das explizite Ziel des Preissystems CAPRI darstellt.[1283]

1085. Die Intransparenz und die hohe Komplexität führten für den Vertragskunden dazu, dass er die Konsequenzen auf eine zukünftige Preislisteneinteilung bei Auslagerung eines Teils des Versandvolumens an Quickmail nicht oder nur schwer und zeitaufwändig berechnen konnte (Rz 554 und Rz 1065 ff.). Die Unsicherheit über die Auswirkungen eines teilweisen Wechsels konnte – auch im Zusammenspiel mit den teils hohen zusätzlichen Kosten durch den Verlust von Zusatzrabatten sowie die Kosten für die Aussonderung und Auslagerung von Briefsendungen an Quickmail – dazu führen, dass ein solcher gar nicht erst durchgeführt wurde.

1086. Wollte ein Vertragskunde keinen übermässigen Verlust an Zusatzrabatt erleiden, musste er vorgängig die Post informieren, damit diese die neue Konstellation berechnen konnte. Dies konnte einen zusätzlichen Aufwand und eine Hürde darstellen, zumal das Ergebnis der Neueinstufung für den Kunden im vornherein nicht abschätzbar war. Zudem erfuhr die Post so frühzeitig von geplanten Änderungen im Versandverhalten und konnte Gegenmassnahmen ergreifen[1284]. Klare Hinweise von der Konkurrenz mit Rückmeldungen aus dem Markt, teilweise belegt durch E-Mails, sowie Einschätzungen von zwei Kundenverbänden und viele Aussagen aus dem Markt, bestätigen die beschriebenen Wirkungen.

1087. Das Preissystem CAPRI hatte zudem in zweifacher Hinsicht eine negative finanzielle Wirkung auf Vertragskunden bei Nutzung von Quickmail:

a. Zum einen musste ein Vertragskunde damit rechnen, dass er zukünftig aufgrund der üblichen Berücksichtigung des Umsatzes der letzten zwölf Monate in eine tiefere Preisliste eingestuft wird. Die Preisänderungen bei einer anderen Einstufung waren je nach Segment, Produktstruktur und Preislisteneinteilung uneinheitlich (Rz 1043). Durch den Gesamtumsatzrabatt und die nicht-bestreitbare Menge konnte es an der Rabattschwelle zu einer starken Reduktion eines möglichen Preisvorteils von Quickmail kommen (Rz 1044). Hierdurch konnte Quickmail bei denjenigen Kunden, die sich an einer Rabattschwelle befanden, im Wettbewerb behindert werden.

b. Der Zusatzrabatt führte zudem dazu, dass jeder Vertragskunde – ob er sich an einer Umsatzschwelle befand – bereits bei einer mässigen Umsatzsenkung oder Umsatzerhöhung verhältnismässig starke Rabattänderungen zu gewärtigen hatte (Rz 1049). Da der Zusatzrabatt von der Erreichung der kundenindividuellen Umsatzprognose abhängig war, ist er als eine Art Zielrabatt zu qualifizieren (Rz 1045 f.). Bezeichnenderweise führte er denn auch dazu, dass Kunden mit gleichen Umsätzen unterschiedlich behandelt wurden (vgl. Beispiele Rz 393 ff.), zudem konnte er dem Qualitätsparameter «Jahresprofil» entgegen laufen (Rz 369 ff.). Ein möglicher Rabattverlust durch den Zusatzrabatt wurde den Kunden durch die Kundeninformation auch unmittelbar vor Augen geführt und hatte in diesem Sinne abschreckende Wirkung (vgl. Abbildung 20: Beispiel für kundenindividuelle Konditionen.Abbildung 20). Indem der Zusatzrabatt auf den gesamten Umsatz gewährt wurde, bestand durch die nichtbestreitbare Nachfrage und die Gesamtumsatzrabattierung eine massgebliche Verstärkung des Rabattverlusts, welcher den Vorteil bei Quickmail schmälert (Rz 1050 ff.).

1088. Die Höhe des Rabatts sowohl für die Preislisteneinteilung als auch für den Zusatzrabatt hing vom gesamten Umsatz mit der Post für adressierte Briefsendungen ab, also auch von Sendungen im Monopolbereich oder Bereichen, in denen Quickmail nicht tätig war und mindestens mittelfristig auch nicht tätig werden konnte. Diese nichtbestreitbare Menge war umso grösser, je kleiner der Anteil an Massensendungen über 50 Gramm eines Kunden war, und je kleiner die Abdeckung von Quickmail war. Aufgrund der nicht-bestreitbaren Menge und der Gesamtumsatz-Rabattierung ergab sich ein preislicher Hebeleffekt bei Umsatzänderungen im Bereich mit Konkurrenz (Rz 1063 f. sowie oben Rz 1087). In der Aufbauphase eines Konkurrenten wirkte sich dies somit besonders behindernd aus. Ein Vertragskunde musste diese negativen finanziellen Anreize aufgrund des Preissystems den ohnehin bestehenden Kosten der (zusätzlichen) Nutzung eines Konkurrenten (Wechselkosten, Zusatzkosten der Nutzung sowie Zusatzkosten aufgrund wegfallender Preisreduktionen bei den Vorleistungen) zusätzlich berücksichtigen.

[1281] Act. 432, Beilage 13a, S. 3 Kapitel 2.
[1282] Act. 432, Beilage 13d, S. 5 Kapitel 3.3.
[1283] Act. 432, Beilage 13n, S. 29.
[1284] Vgl. Act. 622, S. 4, Antwort 5a.

1089. Die Vertragsdauer war nicht beschränkt. In der Regel fanden jährlich Anpassungen oder Gespräche statt. Keiner der Vertragskunden hat trotz bestehender Möglichkeit den Vertrag innerhalb des Jahres gekündigt (Rz 1059). Vertragsanpassungen im Rahmen der Strukturkontrolle wurden – wenn überhaupt – häufig nur langsam vorgenommen. Die Wirkungen der Rabatte bestanden daher grundsätzlich für ein Jahr. Zudem ist erstellt, dass die Kunden von den Kündigungsmöglichkeiten so gut wie keinen Gebrauch machten.

1090. Die Einschätzung der Konkurrenz – teilweise belegt durch E-Mails – (Rz 1071), die Einschätzung der Kundenverbände (Rz 1072) sowie zahlreiche Aussagen (insbesondere von Quickmailkunden) aus den Marktbefragungen in der Vorabklärung und der Untersuchung bestätigen die vorstehend genannten Wirkungen. Weitere Hinweise zur Auswirkung des Preissystems ergeben sich durch die (entstandene) schwierige finanzielle Situation von Quickmail (Rz 1074 und 1076), die Höhe der durch Quickmail zu gewährenden Rabatte (Rz 1075), der Stückkostenentwicklung (Rz 1078) und der langsamer zunehmenden Haushaltabdeckung (Rz 1079).

1091. Die Verhaltensweisen der Post betrafen ein Marktumfeld, in dem aufgrund der überragenden Stellung der Post, des Teilmonopols, der Skalen- und Verbundeffekte sowie der Markteintrittsschranken ein Markteintritt schwierig war (Rz 1035 ff.). Entsprechend konnten sich bereits leichte Behinderungen massgeblich auf die Wettbewerbsfähigkeit eines Konkurrenten auswirken und beispielsweise die Dauer der Markteintrittsphase verlängern. Das Preissystem betraf zudem einen wesentlichen Teil des Marktes (Rz 1039). Alle Vertragskunden waren im Rahmen des Preissystems von der Intransparenz und der Rabattanwendung betroffen.

1092. Somit kann festgehalten werden, dass die Post mit dem Preissystem CAPRI den Vertragskunden den Wechsel zu Quickmail erschwerte, und dass sie verschiedene Anreize setzte, dass Kunden auf die Nutzung von Quickmail verzichteten. Hierzu sind insbesondere die Intransparenz des Preissystems sowie die damit verbundenen Unsicherheiten (vgl. 1065 ff.) sowie die Anreizwirkungen des Zusatzrabatts (vgl. Rz 1045 ff., 1056 ff. und 1086 ff.) zu nennen. Diese Erschwerung beruhte dabei nicht auf einer Verbesserung der Post-Produkte und war auch keine Folge der normalen Marktentwicklung oder des normalen Leistungswettbewerbs. Vielmehr wurden durch die spezifische Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI die Produkte von Quickmail weniger attraktiv und absetzbar, womit der Zugang von Quickmail zum Markt erschwert wurde (vgl. Rz 1074). Damit liegt eine Verhaltensweise der Post im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vor, die zu einer Einschränkung des Absatzes der nationalen adressierten Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Quickmail und damit allenfalls auch im Markt insgesamt führte.

1093. Die Post schränkte mit dem Preissystem CAPRI die Vertragskunden in der freien Wahl des Anbieters ein und beeinträchtigte damit den Wettbewerb. Dies ist als Behinderung von Konkurrenten bei der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

1094. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob die Verhaltensweise durch sachliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden kann.

B.4.3.2.3 Sachliche Rechtfertigung

a) Umsatzrabattierung statt Mengenrabattierung

Argumente der Post

1095. Laut Post[1285] ermöglichen Grosskunden der Post Skaleneffekte in der Produktion und in den administrativen Prozessen. Regelmässige Aufgaben von Massensendungen (im Sinne von Anzahl, nicht bezogen auf das postalische Produkt «Post-Massensendung») bildeten die Planungsgrundlage für Investitionen in Infrastruktur und Personal. Nutze ein Kunde für den Massenversand teurere Einzelsendungsprodukte, entstünden auch hier Skaleneffekte. Ein reiner Mengenrabatt berücksichtige diesen Unterschied und damit die unterschiedlichen Kosten nicht. Erst ein Rabatt basierend auf dem erzielten Umsatz reduziere den höheren Listenpreis des Einzelsendungsprodukts angemessen.

1096. Die Post gibt weiter an, dass sie aufgrund der Zusammenhänge mit den Prozesskosten ein umsatzbasiertes Rabattsystem gewählt hat.[1286] Die Skaleneffekte einer durchschnittlichen Einlieferungsmenge von z.B. 10‘000 Sendungen seien je nach Produkt unterschiedlich. Zu den effektiven Skaleneffekten hat die Post keine weiteren Angaben gemacht.

1097. Ein mengenbasiertes System hätte laut Post zur Folge, dass (i) die Rabattsätze der einzelnen Produkte entweder gleich wären, unabhängig davon, ob 10‘000 A-Post-Sendungen oder 10‘000 B-Post-Massensendungen eingeliefert werden oder dass (ii) eine Differenzierung der produktspezifischen Rabatte vorgenommen werden müsste, je nachdem, welches Produkt zum Erreichen der Menge von 10‘000 beigetragen hat. Eine Prüfung der Rabattgrundlage und der Korrektheit der Rabattierung durch den Kunden würde voraussetzen, dass eine produktspezifische Mengenprüfung je Monat stattfinden müsste. Dies sei nicht im Sinne der Kunden, hätten diese doch ein Interesse an einem einfachen Preissystem.

1098. Zudem entspreche das Rabattsystem der Erwartungshaltung der Kunden, wonach grosse Bezugsmengen eines teureren Produkts zu höheren Rabatten führen sollen. Dies sei mit einer Umsatzrabattierung gewährleistet, da rabattrelevante Umsatzschwellen schneller erreicht würden als beim Bezug gleicher Mengen von Produkten, innerhalb derer Prozessvorteile des Anbieters bereits im Listenverkaufspreis enthalten seien.

[1285] Act. 27, Ziff. 11a.
[1286] Act. 95, S. 9, Ziff. 5a.

Würdigung

1099. Grundsätzlich spricht nichts gegen einen Rabatt, dessen Höhe vom Umsatz abhängig ist, solange der Bezug zu den Kosten (ausreichend) gewährleistet wird. Zwar dürften bei einzelnen Prozessschritten wie der Annahme die Kosteneinsparungen bei teureren Sendungen wohl nicht immer höher sein als bei günstigeren. Immerhin tragen aber die teureren Sendungen mehr zu den allgemeinen Gemeinkosten bei. Auch das Argument der Vereinfachung des Preissystems spricht für die Ausgestaltung als umsatzbasiertes Preissystem. Dass die Rabatte auf Umsätzen statt auf Mengen basieren, kann damit gerechtfertigt werden. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein umsatzbasierter Rabatt an sich noch keine wettbewerbsbehindernden Effekte zeitigen muss, sondern die Auswirkung auf den Wettbewerb von der Ausgestaltung des Umsatzrabatts abhängt.

b) Berücksichtigung der Monopolmengen

Argumente der Post

1100. Die Post bringt vor, dass aufgrund der gesetzlichen Vorgaben eine Quersubventionierungspflicht bestünde und daher eine Gesamtumsatzrabattierung gesetzlich vorgeschrieben sei (vgl. Rz 619). Hierzu kann auf die vorhergehenden Ausführungen hierzu verwiesen werden (vgl. Rz 620).

c) Ex ante System und Unterteilung des Preissystems in Preislisten und Zusatzrabatt

Argumente der Post

1101. Laut Post[1287] liegt ein Grund für die Ausgestaltung des Preissystems CAPRI als Prognosesystem darin, dass die Kunden die Preise für die Dienstleistungen der Post bereits im Voraus berechnen können. Die effektiven Kosten eines Versands sollten möglichst berechenbar sein. Die Ausgestaltung des Preissystems, insbesondere die Unterteilung in individuelle Preislisten und Zusatzrabatt, diene somit dazu, dem Kunden den für ihn gültigen Preis zu dem Zeitpunkt offen legen, wenn er über seinen Versand entscheide. So könne eine marktverschliessende Wirkung des Rabattsystems verhindert werden, das heisst, Kunden hätten am Ende der Bemessungsperiode keinen Anreiz, eine gewisse Schwelle erreichen zu müssen, um in den Genuss des Rabatts zu kommen. Gleichzeitig sollte laut Post der Kundenpreis möglichst demjenigen entsprechen, der durch das später folgende, tatsächliche Sendungsverhalten des Kunden gerechtfertigt ist, denn nur dies reflektiere die tatsächlichen Kosten der Post und werde damit Art. 2 i. V. m. Art. 14 PG gerecht. Die Unterteilung des Preissystems in die beiden Komponenten (Basis-Preislisten und Zusatzrabatte) stelle sicher, dass beide Zielsetzungen berücksichtigt würden, ohne dass bei Wachstum oder Schrumpfen der Sendungsmenge beim Kunden ständige Neuverhandlungen erforderlich wären. Eine solche ex ante Rabattierung basiere zwangsläufig auf Einschätzungen über den zu erwartenden Geschäftsverlauf. Der Zusatz- bzw. Umsatzrabatt des neuen Preissystems diene dazu, Abweichungen zwischen dem prognostizierten und dem tatsächlichen Umsatz auszugleichen. Beim Zusatzrabatt wird laut Post nur der Umsatz berücksichtigt, da eine Berücksichtigung aller Kriterien auf monatlicher Basis nicht oder nur mit unvertretbar hoher Komplexität und Kostenfolgen für die Post zu realisieren wäre. Es ist ausserdem nicht zu erwarten, dass die Erfüllung der übrigen Kriterien sich monatlich ändert.

Würdigung

1102. Das Ziel, dem Kunden klare Preise zu kommunizieren und insbesondere dafür zu sorgen, dass Versände berechnet werden können, kann berechtigt sein. Aufgrund der Antworten in der Vorabklärung (Rz 476 f.) ist nicht ganz klar, ob ein Prognosesystem generell positiv empfunden wurde. Als grösster Vorteil genannt wurde die grundsätzlich bessere Planbarkeit und Budgetierung. Als Nachteil wurde angegeben, dass aufgrund von Schwankungen eine Prognose häufig schwierig sei. Vor allem aber gaben einige Vertragskunden an, dass sich durch den Zusatzrabatt die Planung und Budgetierung, sofern sie denn durch das Prognosesystem erleichtert gewesen wäre, wieder erschwert habe. Ein Unternehmen, welches sowohl Vorteile aber auch Probleme aufgrund von Plan-Ist-Abweichungen sah, gab zudem an, […].[1288] Eine Mehrheit der antwortenden Vertragskunden und eine Mehrheit der antwortenden Quickmailkunden sprach sich gegen ein Prognosesystem aus, wobei nicht ganz klar ist, ob gegen ein Prognosesystem an sich oder «nur» gegen das aktuelle Preissystem.

1103. Wie von den Vertragskunden bemängelt, führt das Preissystem CAPRI gerade nicht dazu, dass die Preise klar sind und insbesondere für ein Mailing leicht berechnet werden können. Auch die Post gibt in ihren Schulungsunterlagen denn explizit als Nachteil der Preissystems CAPRI an, dass die Kunden die Zusammensetzung des kundenindividuellen Preises nicht mehr 1:1 nachvollziehen könnten.[1289] Denn der Preis hängt auch noch vom Zusatzrabatt ab, welcher je nachdem auch von Sendungsstruktur und der Anzahl der übrigen Sendungen im gleichen Monat abhängt.

1104. Schwierige Preissetzungen ergeben sich auch, wenn eine Mailingaktion auf verschiedene Monate aufgeteilt wird. Zu berücksichtigen ist dazu, dass eine Optimierung hinsichtlich Zusatzrabatt den Parameter Jahresprofil negativ beeinflussen kann, was gegebenenfalls wieder einen Einfluss auf die Preislisteneinteilung und damit die künftigen Preise haben kann. Die vielen negativen Aussagen in der Vorabklärung und der Untersuchung hinsichtlich Komplexität, Transparenz und der schlechten Möglichkeit zur Planung und Budgetierung bestätigen diese Einschätzung. Selbst die Post geht implizit davon aus, dass die Planbarkeit durch den Zusatzrabatt beeinträchtigt werden kann.[1290] Die Struktur des Preissystems CAPRI ist daher nicht geeignet, die Ziele der klaren Preise für die Kunden und der guten Planbarkeit und Budgetierung zu erreichen, sondern das Gegenteil ist der Fall.

[1287] Act. 27, Ziff. 11b und 11d.
[1288] Act. 117, Frage 22.
[1289] Act. 432, Beilage 13n, S. 29.
[1290] Act. 95, Ziff. 12, letzter Absatz letzter Satz.

1105. Das von der Post vorgebrachte Argument, dass der Zusatzrabatt dazu dienen würde, Abweichungen zwischen dem prognostizierten und dem tatsächlichen Umsatz auszugleichen ist ebenfalls nicht stichhaltig, da aufgrund der monatlichen Berechnungsweise des Zusatzrabatts ein Ausgleich auf jährlicher Basis gerade nicht bzw. nur in ganz spezifischen Ausnahmefällen erreicht wird. So kann ein Kunde, der nur jeden zweiten Monat einen Versand durchführt die Umsatzprognose um bis zu ca. 40 % verfehlen und dennoch einen Zusatzrabatt von 3 % erhalten. Umgekehrt kann ein Kunde, der die auf Jahresbasis berechnete Umsatzprognose übertrifft, aufgrund von unregelmässigen Versänden dennoch einen Zusatzrabatt von weniger als dem Standardwert von 2 % erhalten. Wie dies aus den Beispielen in Rz 394 ff. ersichtlich ist, kommen solche Beispiele denn auch tatsächlich vor und sind nicht nur theoretischer Natur. Die monatliche Ausgestaltung des Zusatzrabatts lässt daher nur den Schluss zu, dass hiermit lediglich ein Abstrafen derjenigen Kunden, die kurzfristig einen Teil des Umsatzes ausgelagert haben, und eine übermässige Belohnung derjenigen Kunden, die in einem Monat die Prognose übertroffen haben, erzielt werden sollte. Hinzu kommen weitgehende Unsicherheiten betreffend die Neueinstufung bei der Preisliste, was dazu geführt hat, dass durch das Preissystem ein Wechsel zu Wettbewerbern erschwert wurde. Zudem sind keine anderen Gründe ersichtlich, welche eine monatliche Berechnung des Zusatzrabatts begründen könnten.

1106. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Zusatzrabatt in der Regel stärkere Auswirkungen hat, als eine Neueinstufung in eine neue Preisliste. Auch aus diesem Grund ist die von der Post vorgebrachte Begründung, dass der Zusatzrabatt dazu dienen würde kurzfristig einen Ausgleich zwischen den Preislisten herzustellen, nicht stichhaltig.

d) Zusatzrabatt insbesondere

Argumente der Post

1107. Die Post ist gemäss eigenen Angaben auf Wunsch ihrer Vertragskunden bestrebt, ein Rabattsystem anzubieten, mit welchem die Kunden die Preise für die Dienstleistungen der Post bereits im Voraus berechnen können (Prognosesystem).[1291] Effektive Kosten eines Versands sollen möglichst berechenbar sein. Eine solche ex-ante Rabattierung basiere zwangsläufig auf Einschätzungen über den zu erwartenden Geschäftsverlauf.

1108. Laut Angaben der Post dient der Zusatzrabatt dazu, Abweichungen zwischen dem geplanten Umsatz[1292], welcher der Preisliste zugrunde liegt, und dem tatsächlichen Umsatz, zeitnah auszugleichen.[1293] So könnten monatliche Anpassungen der Preisliste verhindert werden.[1294] Ausserdem könne so auch eine rückwirkende marktverschliessende Wirkung des Systems verhindert werden, da Kunden am Ende einer Bemessungsperiode keinen Anreiz hätten, eine bestimmte Schwelle erreichen zu müssen, um in den Genuss des Zusatzrabatts zu kommen.[1295] Jedoch solle der vorgängig festgelegte Kundenpreis damit möglichst demjenigen entsprechen, der durch das später folgende, tatsächliche Sendungsverhalten des Kunden gerechtfertigt sei.[1296] Der Zusatzrabatt könne laut Post nur massvolle Abweichungen abbilden, bei grösseren Abweichungen werde hingegen der Vertrag – d. h. die Preisliste – angepasst.[1297]

1109. Damit werde bezweckt, dass alle Vertragskunden unabhängig von der zu Beginn des Vertragsverhältnisses ausgehandelten individuellen Preisliste, welche wie erwähnt vorwiegend auf einer Umsatzprognose beruht, hinsichtlich des Rabatts gleichgestellt seien.[1298] Der Kunde habe gemäss Post somit weder einen Vorteil, wenn er den prognostizierten Umsatz erreicht, noch einen Nachteil, wenn dies nicht der Fall sein sollte. Der Zusatzrabatt stelle auch sicher, dass zwei Kunden mit gleichem Volumen ungefähr den gleichen Rabatt erhielten. Verbleibende Unterschiede beim Rabatt zwischen zwei Kunden mit gleichen Volumina würden gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abbilden.[1299]

1110. Hierzu ist anzumerken, dass diese Ziele mit dem Zusatzrabatt theoretisch nur unter ganz restriktiven Annahmen erreicht werden könnten, in der Praxis aber unerreichbar sind. Damit die von der Post angestrebte Wirkung erzielt werden könnte, müsste ein Kunde jeden Monat exakt ein Zwölftel seines jährlichen Sendungsvolumens verschicken. Zudem müsste der Zusatzrabatt so ausgestaltet sein, dass er keine stärkere Wirkung entfaltet als eine neue Preislisteneinteilung. In der Praxis zeigt sich, dass beides nicht zutrifft. Sämtliche Kunden haben monatlich unregelmässige Versände und der Zusatzrabatt ist so ausgestaltet, dass er eine stärke Wirkung entfaltet als dies bei einer Neueinteilung in eine neue Preisliste der Fall wäre. Wie in Rz 331 ff. und Rz 1103 beschrieben, kann der Zusatzrabatt den von der Post vorgebrachten Zweck gerade nicht erfüllen, sondern beinhaltet selbst das Potenzial für Ungleichbehandlungen. Diese Ungleichbehandlungen kommen sowohl bei korrekter als auch bei nicht korrekter Prognose vor. Ausserdem läuft er mindestens teilweise dem Parameter Jahresprofil entgegen (Rz 367 ff.). Zudem wurde die Handhabung der Umsatzprognose, welche als Basis für die Berechnung des Zusatzrabatts dient, uneinheitlich gehandhabt und häufig nicht angepasst (Rz 315 ff., 322 ff. sowie 383 ff.). Es ist daher festzustellen, dass der Zusatzrabatt sowohl in seiner Ausgestaltung als auch in seiner Anwendung nicht geeignet ist, die Gleichbehandlung der Kunden sicherzustellen, da er gerade keinen Ausgleich zwischen den Preislisten herstellt. Der Zusatzrabatt ist daher in seiner jetzigen Ausgestaltung ungeeignet die von der Post vorgebrachten Ziele zu erreichen. Die Vorbringen sind daher unbeachtlich.

[1291] Act. 27, S. 13, Ziff. 11b und S. 14, Ziff. 11d; Act. 95, S. 14, Ziff. 12.
[1292] Beim Zusatzrabatt werde nur der Umsatz berücksichtigt, da eine Berücksichtigung aller Kriterien auf monatlicher Basis nicht oder nur mit unvertretbar hoher Komplexität und Kostenfolgen für die Post zu realisieren wäre und für die übrigen Parameter auch keine monatliche Änderung zu erwarten wäre (Act. 27, S. 14, Ziff. 11d).
[1293] Act. 10, S. 2 sowie Beilage 3, S. 6; Act. 27, S. 13, Ziff. 11b; Act. 432, S. 20 IV.
[1294] Act. 432, S. 20 IV.
[1295] Act. 27, S. 14, Ziff. 11d; act. 432, S. 20.
[1296] Act. 27, S. 14, Ziff. 11d.
[1297] Act. 27, S. 16, Ziff. 13 a und b; Act. 432, Beilage 13f, S. 3.
[1298] Act. 10, S. 2; Act. 95, S. 14, Ziff. 12; Act. 432, S. 20 IV.
[1299] Act. 95, S. 14, Ziff. 12.

1111. Der Zusatzrabatt diene gemäss Aussagen der Post ausserdem dazu, den Kunden über Preismassnahmen in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit einzubinden. Das heisst die Komponente Zusatzrabatt soll im Rahmen des gesamten Rabattsystems sicherstellen, dass die Preise auf Abweichungen von den prognostizierten Volumina reagieren.[1300] Dies v. a. im Hinblick auf unvorhersehbare Mengenrückgänge. Diesbezüglich führt die Post aus, dass das adressierte Briefvolumen in der Schweiz in den letzten 10 Jahren im Durchschnitt um jährlich ca. 1.5 % gesunken ist. Im Oktober 2011 rechnete sie für die nächsten Jahre mit einem Mengen- und Umsatzrückgang von 2-3 % pro Jahr.[1301] Die Post könne aber nur einen Teil der aufgrund des Mengenrückgangs höheren Stückkosten auffangen. Diesbezüglich gehen die Angaben der Post in den verschiedenen Eingaben auseinander: Gemäss Eingabe vom 5. Mai 2011 könnten aufgrund der Kostenstruktur der Post die Kosten nur um ca. […] % pro Jahr gesenkt werden. Die Höhe des Zusatzrabatts sei nun so bemessen, dass eine Deckung der verbleibenden Strukturkosten (anteilig der Vertragskunden) durch die Kunden erreicht werde, die überdurchschnittlich – also ausserhalb der Planungsgrundlage der Post – zum Mengenrückgang beitrügen.[1302] In der Eingabe vom 10. Oktober 2011[1303] geht die Post hingegen von einer realisierbaren Stückkostenreduktion von jährlich […] % aus. Bei einem überdurchschnittlichen Mengenrückgang von über […] % bei einem Kunden führe dies zu ca. […] % verbleibenden ungedeckten Fixkosten (bei einem Fixkostenanteil von [60-70] %). Abzüglich der möglichen […] % Reduktion der Fixkosten blieben somit ca. […] % ungedeckte Fixkosten. Diese Differenz werde durch die Abstufungen von 0.5 % auf der Zusatzrabattskala abgebildet. Die preisliche Kompensation erfolge analog auch bei Beiträgen einzelner Kunden zum Umsatzzuwachs. Die Preisanpassung des Einzelkunden orientiere sich an der Gesamtentwicklung von Mengen, Umsätzen und Kosten aller Kunden zusammen. Die durchschnittliche Höhe von 2% des Zusatzrabatts sei daher aus Sicht der Post ausreichend, um die Spanne zwischen der Mengenplanung von PostMail und dem bisher stärksten Mengenrückgang von 4.7% im Jahr 2009 abzudecken. Eine höhere Rabattspanne führe unnötigerweise zu einer geringeren Planbarkeit der Kosten beim Kunden. Das Ziel eines durchschnittlichen Zusatzrabatts von 2 % sei laut Post auch der Grund dafür, dass bei mehr als 25 % negativer Abweichung ein Rabattsprung von 1 % bestehe.

1112. Auch dieses Argument verfängt aufgrund der monatlichen Berechnung des Zusatzrabatts nicht. Alleine durch unregelmässige Versände kann trotz deutlichem Verfehlen des Prognoseumsatzes ein Zusatzrabatt von bis zu 3 % erzielt werden. Dies ist auch bei Kunden der Post oft der Fall, wie die Zahlen der letzten Jahre zeigen (vgl. insb. Rz 394 ff.).

1113. Zudem ist dieses Argument auch aus logischen Überlegungen falsch, da ein Umsatzrückgang mit einem Rabattverlust von bis zu 2 % des Umsatzes «bestraft» wird, während ein Umsatzwachstum mit lediglich maximal 1 % Rabattgewinn «honoriert» wird. Würde daher ein Teil der Kunden z.B. 26 % weniger Umsatz generieren und ein anderer (gleich grosser Teil der Kunden) 26% mehr Umsatz generieren, so wäre die Post mit keinem Mengenrückgang konfrontiert. Dennoch würde unter dem Strich für die Post ein höherer Deckungsbeitrag resultieren, da die Abweichungen im Zusatzrabatt nicht symmetrisch abgebildet werden. Ausserdem finden sich solche Überlegungen in den Strategiepapieren der Post zur Einführung des Preissystems CAPRI nicht. Daher ist auch dieses Argument der Post nicht stichhaltig.

1114. Es kann zudem die Frage gestellt werden, ob die «*Einbindung in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit*» durch verbindliche individuelle Prognosen (resp. die Festlegung von Auswirkungen bei Nichteinhaltung) bei genügendem Wettbewerb überhaupt möglich wäre. Laut Aussagen von Quickmail würden sich ihre Kunden kurzfristig von Auftrag zu Auftrag entscheiden, ob sie Quickmail und die Post oder ausschliesslich die Post nutzen, und ihr lediglich unverbindliche Absichtserklärungen und Mengenprognosen abgeben.[1304]

1115. Jedoch gilt die kostenbasierte Preissetzung als ein zulässiger Rechtfertigungs- und Effizienzgrund, ja grundsätzlich sogar als notwendige Bedingung für die Zulässigkeit eines Preissystems. Laut Post bilden zunächst die zur Preislisteneinteilung relevanten Umsatzschwellen die Kostenreduktion aufgrund der Menge ab. Dazu komme der Zusatzrabatt. Der Zusatzrabatt beträgt bei einigermassen akkurater Prognose der Umsatzmenge grundsätzlich für jeden Vertragskunden 2 %. Dies ist der Fall, ob der Kunde nun 40 Millionen Franken Umsatz erzielt, 1 Million oder «nur» 120‘000 Franken. Der Gesamtrabatt eines Vertragskunden besteht somit aus dem Rabatt gemäss Preislisteneinteilung und dem Zusatzrabatt. Wie erwähnt führt der Zusatzrabatt dazu, dass Kunden mit gleichen Umsätzen unterschiedliche Rabatte erhalten können oder umgekehrt Kunden mit unterschiedlichen Umsätzen gleiche Rabatte (jeweils ceteris paribus für die übrigen Preislisten-Parameter). Ausserdem führt der Zusatzrabatt auch bei akkurater Jahresprognose je nach Sendungsverhalten zu unterschiedlichen Rabatten bei den Vertragskunden. Dabei ist es entgegen der Aussage der Post nicht so, dass verbleibende Unterschiede beim Rabatt zwischen zwei Kunden mit gleichen Volumina gerade die unterschiedliche Prognosegenauigkeit abbilden. Es ist daher zweifelhaft, ob der Zusatzrabatt durch die Kosten der Post begründet werden kann.

1116. Die monatliche Ausrichtung des Zusatzrabatts verhindert zudem nicht, dass bezüglich der Preislisteneinteilung eine Wirkung des Preissystems mit einer längeren Referenzperiode bestand, indem üblicherweise die Umsätze des letzten Jahres bei der nächsten Vertragsanpassung (im üblicherweise jährlichen Prozess oder unterjährig aufgrund der Strukturkontrolle) berücksichtigt wurden. So konnte am Ende der Periode durchaus auch ein gewisser Druck bestehen, gewisse Umsatzschwellen noch zu erreichen.

[1300] Act. 95, Ziff. 12.
[1301] Act. 95, S. 14, Ziff. 12.
[1302] Act. 27, S. 23 f., Ziff. 22.
[1303] Act. 95, S. 14 f., Ziff. 12.
[1304] Act. 407, Anlage 9.

1117. Hingegen hatte eine Änderung des Verhaltens keinen Einfluss mehr auf die in der Vergangenheit ausgerichteten Zusatzrabatte, welche monatlich abgerechnet wurden. Der auf einer bestimmten Umsatzprognose basierende Zusatzrabatt wirkte sich grundsätzlich so lange aus, wie diese Prognose Bestand hatte bzw. bis diese anpasst wurde.

1118. Der Zusatzrabatt verhinderte die Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht, vielmehr ist er geradezu (mit-)ursächlich für die negativen Wirkungen des Preissystems CAPRI auf den Wettbewerb, sei dies durch die damit einhergehende ungenügende Transparenz oder die direkten Wirkungen aufgrund der grossen und individuellen Rabattwirkung. Der Zusatzrabatt war damit auch zur Erreichung einer kartellrechtskonformen Ausgestaltung des Preissystems nicht geeignet, sondern bewirkt gerade, dass das Rabattsystem einen Wechsel zu Wettbewerbern erheblich erschwerte.

1119. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Zusatzrabatt zur Erreichung legitimer Ziele geeignet wäre, müsste geprüft werden, ob eine solche Ausgestaltung zur Zielerreichung erforderlich ist und ob die positiven Effekte die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen.

1120. Da etwa ein System denkbar wäre, welches sich an tatsächlichen Werten orientiert, ist die Erforderlichkeit des Zusatzrabatts in der ermittelten Ausgestaltung zu verneinen.

1121. Wie erwähnt, trägt der Zusatzrabatt massgeblich zur behindernden Wirkung des Preissystems CAPRI bei, indem er die Komplexität des Preissystems erhöht, die Planbarkeit und Berechenbarkeit erschwert und als monatlicher Gesamtumsatzrabatt die Konkurrenten im Wettbewerb zusätzlich behindert. Eine Einbindung der Vertragskunden in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit durch den Zusatzrabatt – sofern letzterer dazu geeignet und notwendig wäre – vermag die negativen Auswirkungen des Zusatzrabatts nicht aufzuwiegen. Zudem ist generell fraglich, ob eine Einbindung des Kunden in die Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens überhaupt als kartellrechtlich zulässig angesehen werden kann.

B.4.3.2.4 Weitere allgemeine Vorbringen der Post

1122. Nachfolgend werden weitere Vorbringen der Post, die grundsätzlich für mehrere Tatbestände zur Anwendung gelangen können, gewürdigt.

1123. Die Post macht geltend, dass Intransparenz und Komplexität nicht zu Diskriminierungen führe.[1305] Dies gelte sowohl für das Preissystem 2009 als auch für das Preissystem Capri. Zudem gelinge dem Sekretariat der Nachweis der Intransparenz und Komplexität nicht. Auch sei der Fall des EuGH in Sachen Michelin I (vgl. Rz 883 ff.) nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar, da den Vertragskunden der individuelle Rabatt und der Zusatzrabatt bekannt seien.[1306] Hierzu ist anzumerken, dass die Kunden im Preissystem 2009 ihren Rabattsatz und im Preissystem CAPRI ihre Preisliste und die für den Zusatzrabatt relevanten monatlichen Umsatzschwellen kannten. Dennoch hatten sie aufgrund der fehlenden Informationen zum Preissystem keinerlei Möglichkeiten, ihre Einstufung zu verifizieren. Selbst die Post gibt in ihren Schulungsunterlagen als Nachteil des Preissystems CAPRI an, dass die Kunden ihre Preise nicht 1:1 nachvollziehen können.[1307] Damit hat die Intransparenz der Post betreffend des Preissystems insgesamt und insbesondere im Preissystem CAPRI aufgrund der vielen zu berücksichtigenden Parameter einen Preisvergleich weitgehend verunmöglicht. Mit dieser Intransparenz hat die Post aber erst die Grundlage geschaffen, um von der einheitlichen Anwendung der Preissystem 2009 und CAPRI oft zum Nachteil der Marktgegenseite abzuweichen, ohne dass sich die Kunden der Post dagegen zur Wehr gesetzt haben. Weiter bestand aufgrund der fehlenden Transparenz über das Preissystem Unsicherheit darüber, was passieren würde, wenn sich preislistenrelevante Parameter – beispielsweise durch die Auslagerung eines Teils seines Versandvolumens an Wettbewerber – änderten. Diese Art von Intransparenz hat dazu geführt, dass bei den Kunden eine Unsicherheit entstanden ist, welche sie tendenziell davon abgehalten hat, zu Wettbewerbern zu wechseln.

1124. Die Post macht weiter geltend, dass das Sekretariat Rechtfertigungsgründe nie untersucht habe.[1308] Hierbei macht sie allgemeine und weitgehend unsubstantiierte Ausführungen, wonach beispielsweise hätte geprüft werden sollen, ob die Kundenberater ihre Spielräume sowohl im Preissystem 2009 als auch im Preissystem Capri korrekt ausgenutzt hätten. Allerdings bringt die Post selbst zu den einzelnen Verhaltensweisen keine Rechtfertigungsgründe vor sondern verlangt implizit vom Sekretariat pauschal, dass es aktiv nach solchen Rechtfertigungsgründen suchen solle. Hinsichtlich des Spielraums der Kundenberater wurden im Rahmen des Preissystems 2009 ohnehin nur diejenigen Abweichungen berücksichtigt, die sich ausserhalb der Vorgaben des Rabattsystems befanden (vgl. Kapitel A.4.3.2.2 sowie Rz 909 ff.), weshalb die Ausführungen der Post hierzu unerheblich sind. Weiter wurden die für die WEKO massgeblichen Rechtfertigungsgründe jeweils geprüft. Diese haben sich allerdings nicht als stichhaltig erwiesen, weshalb für die unzulässigen Verhaltensweisen keine rechtlich relevanten Rechtfertigungsgründe vorliegen. Weitere Rechtfertigungsgründe wurden weder von der Post vorgebracht noch waren solche für die WEKO ersichtlich.

1125. Gemäss Vorbringen der Post sei unklar, worin das Sekretariat eine Behinderungsverhaltensweise erblicken würde und bringt vor, das Sekretariat hätte keine Behinderungsstrategie der Post nachgewiesen.[1309] Aus den Strategieunterlagen der Post wird ersichtlich, dass sie mit der Ausgestaltung des Preissystems das Ziel der Ergebnis- und Marktanteilssicherung[1310] verfolgt hat. Hierfür hat die Post eine Behinderung von Wettbewerbern zumindest billigend in Kauf genommen. Dazu passt

[1305] Act. 821 Rz 409.
[1306] Act. 821 Rz 410 ff.
[1307] Act. 432, Beilage 13n, S. 29.
[1308] Act. 821 Rz 413 ff.
[1309] Act. 821 Rz 417 ff.
[1310] Act. 432 Beilage 13a, S. 3 Kap. 2.

auch die Ausgestaltung des Zusatzrabatts, der Kunden auf monatlicher Basis abstrafen oder belohnen sollte, wenn diese ihr monatliches Umsatzziel nicht erreichten (vgl. Rz 1105). Für die monatliche Ausgestaltung des Zusatzrabatts gibt es keinerlei Rechtfertigungsgründe, somit bleibt die wettbewerbsbehindernde Wirkung das einzig plausible Ziel für eine solche Ausgestaltung des Zusatzrabatts. Zudem wirkt sich der Zusatzrabatt bei Umsatzschwankungen stärker aus als eine Neueinteilung der Preislisten. Dies zeigt, dass mit dem Zusatzrabatt eine gewollte Belohnung oder Bestrafung hinsichtlich des Umsatzziels erreicht werden sollte. Auch die Vorbringen der Post, wonach das Preissystem CAPRI eine Antwort auf den Mengenrückgang durch E-Substitution und den damit einhergehenden Kostendruck sei, überzeugen im Hinblick auf die diskriminierende und behindernde Ausgestaltung des Zusatzrabatts nicht, da sämtliche von der Post vorgebrachten Ziele nicht mit einem Zusatzrabatt, der auf monatlicher Basis berechnet wird und der damit aufgrund des unregelmässigen Versandverhaltens der Postkunden weitgehend stochastisch ist, erreicht werden können. Daher ist die Bekundung der Post, wonach in keinem einzigen Augenblick die Absicht bestand, Quickmail im Wettbewerb zu behindern, nicht glaubhaft.

1126. Die Post bemängelt, dass das Sekretariat einen formellen bzw. theoretischen Ansatz gewählt habe. Das Sekretariat habe die Preise und Kosten der Post nicht analysiert und folglich auch keinen «as efficient competitor Test» (nachfolgend: AEC-Test) durchgeführt.[1311] Die Post sieht einen AEC-Test als zwingend erforderlich an. Bei einem eIW-Test ist es notwendig, dass die Kosten der einzelnen Wettbewerber vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist vorliegend alleine schon aufgrund der extrem unterschiedlichen Grössen, des vollkommen unterschiedlichen Produktportfolios und der Möglichkeiten der Post, ausgehend vom reservierten Bereich Quersubventionierungen vorzunehmen, nicht gegeben. Ein eIW-Test macht daher in dem vorliegenden Verfahren keinen Sinn und der Informationsgehalt wäre aufgrund der stark unterschiedlichen Skaleneffekte der beiden Unternehmen gleich null. Vor diesem Hintergrund hat die WEKO auf einen solchen Test vorliegend verzichtet.

B.4.3.2.5 Zwischenergebnis

1127. Die obige Analyse zeigt, dass die Post durch die Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI eine Einschränkung des Absatzes von Quickmail bewirkt und diese im Wettbewerb behindert hat. Da zudem keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, ist dies als missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. e KG zu qualifizieren.

B.4.4 Ergebnis

1128. Aufgrund der vorgehenden Ausführungen ist erstellt, dass sich die Post bei der Anwendung des Preissystems 2009 im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG unzulässig verhalten hat, indem sie durch die diskriminierende Gewährung von Rabatten an Handelspartner, die untereinander in direktem Wettbewerb standen, diese auf der einen Seite ausbeutete bzw. benachteiligte und auf der anderen Seite gegenüber ihren direkten Wettbewerbern behinderte. Zudem hat sich die Post in der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems CAPRI im Sinne von Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e KG unzulässig verhalten. Sie hat insbesondere Handelspartner diskriminiert, indem sie von ihnen ohne sachliche Gründe bei vergleichbaren Voraussetzungen im Ergebnis unterschiedliche Preise verlangt hat. Zudem hat sie mit dem Zusatzrabatt eine Treuewirkung des Rabattsystems bewirkt und in Verbindung mit der generellen Intransparenz des Preissystems die Marktgegenseite in unzulässiger Weise am Wechsel zu Wettbewerbern gehindert.

C Massnahmen

1129. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

1130. Sowohl bezüglich der Diskriminierungen von Handelspartnern (Abschnitt B.4.3.1) als auch der Einschränkung des Absatzes und der Behinderung (Abschnitt B.4.3.2) kommen nur ein Verbot der Verhaltensweisen in Frage. Es sind keine milderen Massnahmen ersichtlich, welche die festgestellten Wettbewerbsbehinderungen beseitigen könnten. Ein Verbot der Diskriminierungen sowie der Einschränkung des Absatzes und der Behinderung erweist sich deshalb grundsätzlich als verhältnismässig und geeignet, die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Die festgestellten Verhaltensweisen betreffen grundsätzlich sämtliche Kunden der Post.

1131. Da sich alleine schon aufgrund der obigen Ausführungen und der Rechtswidrigkeit des von der Post an den Tag gelegten Verhaltens die Verpflichtung ergibt, diesen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, kann auf die Anordnung von weitergehenden Verhaltensmassnahmen verzichtet werden.

1132. Als Massnahme kommen daher vorliegend monetäre Sanktionen in Frage.

C.1 Sanktionierung

1133. Gemäss Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das 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, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

[1311] Act. 821 Rz 436 ff.

1134. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.[1312] Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.[1313]

1135. Die Post bringt vor, dass hinsichtlich der kartellrechtichen Sanktionierungen Verjährungsvorschriften zu beachten seien.[1314] Diese seien nach Meinung der Post von Amtes wegen zu prüfen.[1315] So seien im Strafrecht nur abschliessend definierte Straftatbestände unverjährbar, wobei sich Kartellrechtsverstösse nicht darin finden würden.[1316] Gemäss den Materialien zum Kartellgesetz würde sich die Verjährung nach den üblichen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen richten, wozu auch die Verfolgungsverjährung gehören würde, weshalb auf eine spezielle Regelung im Kartellgesetz verzichtet werden könne.[1317] Die Post schliesst daraus, dass Verfahren der Wettbewerbsbehörden nicht bloss innert einer bestimmen Zeit zu eröffnen, sondern nach Untersuchungseröffnung auch innerhalb klarer zeitlicher Vorgaben abzuschliessen seien.[1318] In diesem Zusammenhang macht sie geltend, dass Untersuchungshandlungen nach Eintritt der Verfolgungsverjährung unverzüglich zu stoppen seien und das Verfahren ohne weitere Konsequenzen formell einzustellen sei. In Anlehnung an Art. 333 Abs. 1 StGB leitet die Post für kartellrechtliche Verfahren eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab.[1319] Daher seien vor Juni 2014 abgeschlossene Handlungen bereits verjährt.[1320]

1136. Für die Sanktionsbestimmungen von Art. 49a KG sind gemäss Art. 39 KG weder das StGB noch das VStrR anwendbar, da das Verfahren vom Gesetzgeber als reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet wurde. Das Anwenden der Bestimmungen des StGB bzw. des VStrR auf die Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG würde der Anwendung von Art. 39 KG widersprechen und wäre daher gesetzeswidrig. Vielmehr ist gemäss Bundesgericht zu beachten, dass die entsprechende landesrechtliche Rechtslage gilt, soweit sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht steht.[1321] Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass zwar die Verfahrensgarantien gemäss BV bzw. der EMRK bei Verwaltungssanktionen bei der Auslegung des KG zur Anwendung gelangen, die weiteren strafrechtlichen Normen für die Anwendung von Art. 49a KG aber nicht direkt zur Anwendung gelangen dürfen, da es sich um ein Verwaltungsverfahren und nicht um ein Strafverfahren handelt.

1137. Das Kartellrecht kennt mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG lediglich eine Verfolgungsverjährung von fünf Jahren nach Aufgabe der rechtswidrigen Tätigkeit. Die Untersuchung gegen die Post wurde am 17. Juli 2013 eröffnet (vgl. Rz 34), weshalb für Verhaltensweisen ab dem 17. Juli 2008 grundsätzlich der Sanktionierung unterliegen. Vorliegend wurde die Verhaltensweise der Post vom 1. Juli 2009 bis zum 31. Dezember 2014 sanktioniert. Die Verfolgungsverjährungsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG wurde somit gewahrt.

1138. Bisher wurde in der Praxis der WEKO deshalb generell von keiner Verjährungsfrist für das Kartellgesetz ausgegangen. Das Bundesgericht geht allerdings davon aus, dass die Verjährung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts sei, weshalb öffentlichrechtliche Ansprüche selbst bei einem Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder Verwirkung unterliegen würden.[1322] Dies müsse umso mehr für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter gelten. Zwar stellt das Bundesgericht einige Gedanken zu Grundsätzen der Verjährung an, wobei der Richter bei fehlenden gesetzlichen Grundlagen auf verwandte Tatbestände abstellen kann.[1323] Letztendlich hat das Bundesgericht allerdings offen gelassen ob und in welchem Umfang Verjährungsfristen für Verwaltungssanktionen anwendbar sind.[1324]

1139. Selbst wenn entgegen der bisherigen kartellrechtlichen Rechtsprechung und Behördenpraxis die Verjährung als strafrechtliches Grundprinzip angewendet werden müsste, besagt dies nichts über die allfällige Dauer einer solchen Verjährungsfrist. Es ist anzufügen, dass der Gesetzgeber für Wirtschaftsdelikte die Verjährungsfrist gemäss Art. 97 Abs. 1 Bst. c des StGB auf zehn Jahre erhöht hat. Dies nicht zuletzt, weil «Wirtschaftsdelikte [.] meist nicht unmittelbar nach den deliktischen Handlungen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. unter Umständen Jahre später, aufgedeckt [werden]. Wirtschaftsstrafverfahren sind in der Regel zeitintensiv und somit verjährungsanfällig.» Die Komplexität der Wirtschaftsstrafverfahren war denn auch eines der Hauptargumente in der parlamentarischen Diskussion zur Verlängerung der Verjährungsfrist. Kartellrechtliche Untersuchungen stehen den angesprochenen Wirtschaftsstrafverfahren hinsichtlich Komplexität regelmässig in nichts nach. Soweit mithin lückenfüllend auch im Bereich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen eine Verjährungsfrist anzunehmen wäre, so wäre diese mindestens auf zehn Jahre anzusetzen.

1140. Zur Klärung der Frage, ob die Verjährung eingetreten ist, stellt sich die Frage ob es sich vorliegend um ein Erfolgs- oder Dauerdelikt handelt. Für den Tatbestand der Diskriminierung von Kunden im Preissystem 2009 wäre von einem Dauerdelikt auszugehen, welches bis zur Ablösung des Preissystems zum 1. April 2011 andauerte. Für die Tatbestände, die im Rahmen des Preissystems CAPRI erfüllt wurden, kann ebenfalls von einem Dauerdelikt ausgegangen werden, dessen Wirkung bis mindestens 31. Dezember 2014 angehalten

[1312] Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 92.
[1313] BBl 2002 2022, 2034.
[1314] Act. 821 Rz 488.
[1315] Act. 821 Rz 489.
[1316] Act. 821 Rz 490.
[1317] Act. 821 Rz 492.
[1318] Act. 821 Rz 493.
[1319] Act. 821 Rz 495 f.
[1320] Act. 821 Rz 497 ff.
[1321] BGE 140 II 384, S. 390, E. 3.3.1.
[1322] BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2.
[1323] BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2.
[1324] BGE 140 II 384, S. 397 E. 4.3.2.

hat. In casu kann die Frage der Qualifikation des Delikts aber selbst bei der Annahme einer zehnjährigen Verjährungsfrist offenbleiben. Bei Annahme eines Erfolgsdelikts begann sie am 1. Juli 2009 mit Einführung des Preissystems 2009 und endet erst am 30. Juni 2019. Bei Annahme eines Dauerdelikts hat sie erst mit Ende der Laufzeit des Preissystems 2009 resp. des Preissystems CAPRI begonnen. Die Verjährung ist demnach noch in keinem Fall eingetreten.

C.1.1 Tatbestand von Art. 49 Abs. 1 KG

1141. Die Belastung der Post mit einer Sanktion setzt die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale (Unternehmen, unzulässige Verhaltensweise und Vorwerfbarkeit) von Art. 49a Abs. 1 KG voraus.

C.1.1.1 Unternehmen

1142. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.[1325] Zur Qualifizierung der Post als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 577 ff. verwiesen.

C.1.1.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

1143. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG unzulässig verhält. Im Abschnitt B.4.3 wurde eingehend dargelegt, dass die Ausgestaltung und Anwendung der Preissysteme der Post als unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 sowie Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. b und e KG zu qualifizieren ist.

C.1.1.3 Vorwerfbarkeit

1144. Nach der Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem Unternehmen nebst der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens zumindest ein «fahrlässiges» Handeln, mithin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt, obwohl es sich bewusst ist, dass es möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.[1326] Massgebend ist ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens.[1327]

C.1.1.3.1 Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen des Preissystems 2009

1145. Wie in Kap. B.4.3.1.3 beschrieben wurde das Preissystem 2009 nicht korrekt angewendet und es wurden mit einzelnen Kunden Rabatte vereinbart, die einerseits ausserhalb der internen Vorgaben der Post waren, und andererseits wurden zum Teil Anpassungen vom Preissystem 2006 auf das Preissystem 2009 nicht vorgenommen. Die Post gab insbesondere an, dass diese Ungleichbehandlungen zum Teil auf individuelle Verhandlungen zwischen den Kundenberatern und den Kunden zurückzuführen waren. In einigen Fällen war es der Post zudem nicht möglich nachzuvollziehen, weshalb ein von den Vorgaben abweichender Rabatt gewährt wurde.

1146. Als marktbeherrschendes Unternehmen hat die Post eine gesteigerte Verantwortlichkeit, welche der Gesetzgeber in Art. 7 KG verankert hat. Sie hat daher interne organisatorische Massnahmen zu ergreifen, damit ihre Mitarbeitenden bzw. das Unternehmen keine Verhaltensweise an den Tag legen, die gemäss Art. 7 KG unzulässig ist. Insbesondere hat die Post intern die notwendigen Massnahmen zu treffen und Vorgaben zu machen, dass das Preissystem einheitlich angewandt wird. Zwar hat die Post eine Rabattvorgabe für die Kundenberater geschaffen (vgl. Rz 107, Tabelle 2), diese wurde jedoch in der Folge nicht befolgt und einheitlich angewandt.

1147. Aufgrund der internen Zahlen zu Umsätzen, Verträgen und Rabatten, welche die Post auch der WEKO geliefert hat, wäre es ihr ohne unverhältnismässigem Aufwand möglich gewesen, die Abweichungen von den internen Vorgaben zu identifizieren und zu beheben, um so eine Ungleichbehandlung der einzelnen Kunden der Post zu verhindern. Indem die Post dies unterlassen hat, ist sie ihrer Sorgfaltspflicht im Hinblick auf die Verhinderung von unzulässigem Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht nachgekommen. Daher ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss der Post vorwerfbar.

C.1.1.3.2 Ausgestaltung von Gleitpfad und Strukturkontrolle im Preissystem CAPRI

1148. Die Post sah im Gleitpfad und der Strukturkontrolle Mechanismen vor, welche Korrekturen zu Ungunsten des Vertragskunden automatisch berücksichtigten oder vom Kundenberater oder der Kundenberaterin eine Massnahme verlangten, bei Korrekturen zu Gunsten der Vertragskunden jedoch nicht (vgl. unter B.4.3.1.4).

1149. Im Rahmen ihrer Verantwortung hätte die Post bereits bei der Ausgestaltung des Preissystems dafür sorgen müssen, dass Regeln und Kriterien, welche zu Diskriminierungen führen, vermieden werden und eine andere Ausgestaltung gewählt wird. Die Post hat daher Diskriminierungen vorliegend zumindest billigend in Kauf genommen, weshalb die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

[1325] Statt vieler: BORER (Fn 733), Art. 49a KG N 6.
[1326] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.
[1327] Vgl. BGE 139 I 72, nicht publ. E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.Hinw.

C.1.1.3.3 Möglichkeit der Kundenberater im Preissystem CAPRI, von der Zielpreisliste abzuweichen (Anwendung des Preissystems CAPRI)

1150. Die Post gab den Kundenberatern und Kundenberaterinnen die Möglichkeit, flexibel je um eine Preisliste gegen unten oder gegen oben abzuweichen. Indem den Kundenberatern keine Vorgaben/Einschränkungen im Hinblick auf die Gründe für solche Abweichungen gemacht wurden, resultieren unmittelbar Diskriminierungen.

1151. Im Rahmen ihrer Verantwortung hätte die Post bereits bei der Ausgestaltung des Preissystems dafür sorgen müssen, dass Regeln und Kriterien, welche zu Diskriminierungen führen (können) vermieden und eine andere Ausgestaltung gewählt wird. Die Post hat daher Diskriminierungen vorliegend von vornherein zumindest in Kauf genommen, weshalb die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.4 Ausgestaltung von Zusatzrabatt und Jahresprofil

1152. Der Zusatzrabatt führte durch die hohen Rabattdifferenzen bei Umsatzschwankungen einerseits zu je nach Versandverhalten gleichförmigen oder relativ ungleichförmigen Diskriminierungen zwischen Kunden. Zudem konnte der Zusatzrabatt andererseits im Zusammenspiel mit dem Jahresprofil bei unregelmässigen Versandvolumen dahingehend zu einer Diskriminierung der Vertragskunden der Post führen, dass diese einen höheren Zusatzrabatt erhielten, wenn sie unregelmässig versandten und damit der Post – gemäss ihren eigenen Angaben – grundsätzlich höhere Kosten verursachten (Rz 961 ff.).

1153. Da das Preissystem CAPRI der Post sehr umfangreich getestet wurde und bewusst so ausgestaltet wurde, hätte der Post diese Wechselwirkung, welche systematisch zu einer Diskriminierung von Handelspartnern führt, auffallen müssen. Selbst Kunden der Post ist dies aufgefallen. Sie haben nämlich zum Teil ihre Versände dahingehend strategisch mit dem Ziel angepasst, den Zusatzrabatt zu maximieren.

1154. Der Post war auch bewusst oder es musste ihr zumindest bewusst sein, dass durch das Auseinanderfallen von Jahresprognose und monatlichem Rabatt sowie der grossen Rabattauswirkung Diskriminierungen entstehen konnten.[1328] Bei einer sorgfältigen Ausgestaltung des Preissystems hätten der Post diese Wechselwirkungen auffallen müssen und die Post hätte in der Ausgestaltung des Preissystems CAPRI Massnahmen ergreifen müssen, um diese gegenläufigen Wirkungsweisen von Zusatzrabatt und Jahresprofil zu beseitigen. Indem die Post dies unterlassen hat, hat sie in der Ausgestaltung des Preissystems CAPRI ihre Sorgfaltspflicht verletzt, weshalb die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.5 Festlegung des Prognoseumsatzes

1155. Der prognostizierte preislisten- und zusatzrabattrelevante Ziel-/Planumsatz wurde grundsätzlich mit dem Kunden vereinbart. Sofern jedoch keine plausiblen Gründe zur Abweichung bestanden, wurde der Vorjahresumsatz eines Kunden als Referenz für den Prognoseumsatz herangezogen. Die Kundenberater hatten jedoch einen gewissen Handlungsspielraum betreffend die Festlegung des Prognoseumsatzes. Da im Rahmen der Strukturkontrolle grundsätzlich eine laufende Überprüfung und Anpassung der Verträge durch den Kundenberater oder die Kundenberaterin mit dem Vertragskunden stattfinden sollte, jedoch zumindest auf jährlicher Basis, müssten stark abweichende Prognoseumsätze allerspätestens nach einem Jahr angepasst werden. Gemäss den Untersuchungen des Sekretariats erfolgte dies in vielen Fällen nicht (Rz 987 ff. und 992 ff.).

1156. Die Post war sich der Problematik der uneinheitlichen Anwendung der Kriterien und insbesondere der Festsetzung des Umsatzes im Hinblick auf den «Zusatzrabatteffekt» bewusst.[1329] Für die Post wäre es aufgrund der von ihr erhobenen Daten ein Einfaches gewesen, die Anpassung der Verträge durch die Kundenberater zu überprüfen und entsprechend einzugreifen, falls solche Anpassungen nicht durchgeführt wurden. Indem die Post es unterliess, die Überprüfung des Prognoseumsatzes vorzunehmen oder starke Abweichungen vom tatsächlichen Umsatz durch die Kundenberater anpassen zu lassen, ist sie ihrer Sorgfaltspflicht nicht in ausreichendem Masse nachgekommen, weshalb für dieses kartellrechtlich unzulässige Verhalten die Vorwerfbarkeit gegeben ist.

C.1.1.3.6 Festlegung der Preisliste

1157. Auch im Hinblick auf die Festlegung der kundenindividuellen Preisliste berechnete das Informatiksystem CAPRI diejenige Preisliste, welche dem Versandverhalten des Kunden entsprach. Gemäss Aussagen der Post hatten die Kundenberater aber die Möglichkeit, eigenständig um eine Preisliste abzuweichen bzw. um mehr als eine Preisliste abzuweichen, wenn dies von den internen zuständigen Stellen bewilligt wird (nur notwendig bei Abweichungen gegen oben, d. h. der Gewährung höherer Rabatte). Die Post hatte mit der Einführung von CAPRI einen Gleitpfad festgelegt, mittels welchem der Kunde schrittweise an die dem Kundenprofil tatsächlich entsprechende Preisliste herangeführt werden sollte. Zudem hatte die Post mit der Strukturkontrolle ein internes System aufgebaut, welches die Kundenberater darauf aufmerksam machte, wenn aufgrund des tatsächlichen Versandverhaltens eine Änderung der vereinbarten Preisliste angezeigt war.

1158. Bereits die erste Einteilung in die Preisliste bei Einführung des Preissystems CAPRI erfolgte jedoch uneinheitlich. Zudem wurde betreffend die mit den Kunden vereinbarten Preislisten festgestellt, dass die Vorgaben des Preissystems CAPRI oft nicht eingehalten wurden und Preislisten vereinbart wurden, die stark von

[1328] Act. 601, Beilage 13/2, 2. PAS Sitzung vom 7.6.2010, Folie 6. Die Konzernleitung ging allerdings davon aus, dass Geschäftskunden mit grossen Schwankungen bestraft würden.

[1329] Vgl. in diesem Sinn die Fallbeispiele in act. 432, Beilage 13k, S. 32 ff.

den Preislisten abwichen, die dem jeweiligen Kundenprofil entsprachen (Rz 996 ff.). Die Post hatte aufgrund ihres Informatiksystems genaue Kenntnis über die Preislisteneinteilung und Abweichungen von den Zielwerten. Die Post war sich zudem der Ungleichbehandlung bei von der Zielpreisliste abweichenden Preislisten bewusst.[1330] Indem die Post diese abweichenden Vereinbarungen nicht im Rahmen der periodischen Überprüfung der Verträge identifiziert und angepasst hat, ist sie ihrer Sorgfaltspflicht nicht in ausreichendem Masse nachgekommen, weshalb die Vorwerfbarkeit für das daraus resultierende kartellrechtlich unzulässige Verhalten gegeben ist.

C.1.1.3.7 Einschränkung des Absatzes und Behinderung von Quickmail

1159. Die Post musste sich ihrer starken Marktstellung bewusst sein und daher auch wissen, dass durch die Ausgestaltung des Preissystems inklusive Zusatzrabatt als Gesamtumsatzrabattsystem im Zusammenhang mit entsprechend ausgestalteten Rabattschwellen bereits kleinere Änderungen an den Rabatten auf mögliche Wettbewerber einen grossen Einfluss haben würden (vgl. Randziffern zum Abschnitt B.4.3.2.2). Gleichzeitig gestaltete die Post den Zusatzrabatt so aus, dass dieser im Vergleich zu den jeweiligen Preislisten einen viel stärkeren und häufigeren Ausschlag hatte und für die Verlagerung von Teilen der Sendungen zum Teil massive Auswirkungen haben konnte (vgl. Abbildung 19). Diese Ausgestaltung basierte auf einem bewussten Entscheid der Post. Aufgrund der Anzeigen von KEP & Mail und der Kundenverbände VSV und SDV (Rz 499ff. und 505 f.) – teilweise noch vor Einführung des Preissystems CAPRI – war der Post die Problematik dieser Rabatte bewusst. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass die Post durch die in Rz 1027 Bst. b erwähnte Empfehlung der WEKO im Bereich Treuerabatte beim Transport von Zeitungen für die Problematik der Rabattgestaltung sensibilisiert sein musste.

1160. Durch die intransparente Ausgestaltung des Preissystems war es Kunden der Post zudem kaum möglich die Auswirkungen einer Verlagerung eines Teils ihrer Sendungen vorauszusehen (vgl. Randziffern zum Abschnitt B.4.3.2.2, Untertitel h)). Die Post sah denn auch keine Möglichkeiten vor, dass sich Kunden selbst ein Bild über die Auswirkungen einer Auslagerung eines Teils des Versandvolumens machen konnten. Ein grosser Anteil der Kunden konnte beispielsweise kaum vorhersagen, was eine Auslagerung für sie bedeuten würde. Der Hinweis der Post, dass der Kundenberater oder die Kundenberaterin jederzeit hätte angerufen werden können, ändert an der Grundproblematik nichts, da dies zu einer zusätzlichen Reaktionsmöglichkeit des Kundenberaters oder der Kundenberaterin führt und für den Kunden eine zusätzliche Hemmschwelle darstellen kann, die dazu führt, auf die Auslagerung eines Teils seines Sendungsvolumens zu verzichten. Hierdurch werden die Transaktionskosten erhöht. Der Post war aufgrund der Testkunden-Feedbacks (Rz 427), Rückmeldungen aus der Verkaufsorganisation (Rz 428) und den Eingaben der Kundenorganisationen (Rz 430) – teilweise bereits vor Einführung des Preissystems CAPRI – bekannt, dass die Kunden dieses als komplex und intransparent einschätzten. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass der Post die daraus resultierende Behinderung von Kunden bei einem möglichen Wechsel auf Wettbewerber bewusst sein musste und sie dies zumindest billigend in Kauf genommen hat.[1331]

1161. Insgesamt muss daher gefolgert werden, dass die Post die Behinderungswirkung der Ausgestaltung und Anwendung des Preissystems auf einen möglichen Wechsel ihrer Kunden zu Wettbewerbern hätte erkennen und dagegen vorgehen müssen. Damit ist betreffend die Behinderungswirkung des Preissystems Vorwerfbarkeit gegeben.

C.1.1.3.8 Vorbringen der Post

1162. Die Post stellt sich auf den Standpunkt, dass sie sich nicht missbräuchlich verhalten habe und daher auch nicht sanktioniert werden dürfe.[1332] Eventualiter macht sie geltend, dass der Vorwurf der Diskriminierung auf rein zufälligen und überdies minimsten Abweichungen basiere, weshalb ihr diese angeblichen Ungleichbehandlungen nicht bewusst sein konnten. Zudem seien die Abweichungen keiner Systematik oder Strategie gefolgt. Ausserdem sei es unrealistisch, dass das Preissystem CAPRI aufgrund seiner Komplexität vom ersten Tag an fehlerfrei funktioniert habe.

1163. Hierzu ist anzumerken, dass die Post sowohl ihre Sorgfaltspflichten bei der Überprüfung der Einhaltung der Preissysteme verletzt hat als auch die Diskriminierung und Behinderungswirkungen im Preissystem CAPRI zumindest billigend in Kauf genommen hat. Ansonsten ist auf die vorhergehenden Ausführungen in Kap C.1.1.3 zu verweisen.

C.1.1.3.9 Fazit

1164. Die Vorwerfbarkeit der Realisierung des festgestellten kartellrechtwidrigen Verhaltens liegt vor. Es ist zwar nicht erwiesen, dass die Post vorsätzlich gegen Kartellrecht verstossen hat, dennoch hat sie zumindest fahrlässig gehandelt, indem sie ihr Preissystem einerseits so gestaltet hat, dass daraus Diskriminierungen entstehen (können), und dass sie nicht strikt auf die Einhaltung der Kriterien und die einheitliche Anwendung der von ihr festgelegten Preissysteme geachtet hat. Gleichermassen hat sie zumindest fahrlässig gehandelt, indem sie die Preissysteme so ausgestaltet und angewandt hat, dass daraus unzulässige Behinderungswirkungen auf den Wettbewerb mit Quickmail ausgegangen sind.

C.1.1.4 Zwischenergebnis

1165. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass vorliegend alle Tatbestandselemente von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt sind. Daher ist die Post mit einer Sanktion zu belegen.

[1330] Vgl. in diesem Sinn die Fallbeispiele in act. 432, Beilage 13k, S. 32 ff., insb. S. 37.
[1331] Vgl. als Indiz auch act. 601, 2. Sitzung PAS 2010, Präsentation S. 5.
[1332] Act. 821 Rz 501 ff.

C.1.2 Bemessung

1166. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion 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.

1167. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit[1333] und der Gleichbehandlung begrenzt wird.[1334] Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.[1335]

C.1.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung

1168. 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.

C.1.2.1.1 Basisbetrag

1169. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG 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.[1336] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

e) Obergrenze des Basisbetrags

1170. 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. Das Preissystem CAPRI wurde 2015 geändert. Die Anwendung ab 2015 wird gegebenenfalls separat untersucht. Vorliegend wird daher zu Gunsten der Post die unzulässige Verhaltensweise nur bis Ende 2014 berücksichtigt. Zu berücksichtigen sind somit die Jahre 2012 bis 2014.

1171. Für die untersuchten Sachverhalte sind folgende Märkte relevant:

a. Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden

b. Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden

1172. Die Post hat in diesen Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren die nachfolgenden Umsätze erzielt:

Jahr	2012	2013	2014	Summe
Umsatz	[800-900 Mio.]	[800-900 Mio.]	[800-900 Mio.]	[2.4-2.7 Mrd.]

Tabelle 68: Umsätze der Post in den relevanten Märkten in den Jahren 2012 bis 2014, unter Einbezug der Umsätze mit Sendungen im Monopolbereich

1173. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Art. 49a KG i.V.m. Art. 7 KG im Hinblick auf das Preissetzungsverhalten der Post auf diejenigen Sendungen, welche im Monopol der Post liegen, aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KG nicht zur Anwendung kommt. Daher sind die Umsätze mit diesen Sendungen auszusondern. Zur Berechnung wurde dabei auf die von der Post angegebenen Anteile im Monopol abgestützt.[1337] Da für die «übrigen» Sendungen, das heisst für alle Sendungen, die nicht in die Kategorien A-Post, B-Post und B-Massensendungen fallen, keine Angaben der Post vorliegen, wurde zu deren Gunsten auf den jeweils höchsten Monopolanteil dieser drei Kategorien abgestellt.[1338] Unter Berücksichtigung des Monopolanteils hat die Post die folgenden Umsätze in den letzten drei Jahren vor 2014 mit Sendungen über 50 Gramm erzielt:

[1333] Art. 2 Abs. 2 SVKG.
[1334] Vgl. SHK-REINERT (Fn 1222), Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.
[1335] RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[1336] Vgl. z. B. Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016, S. 171 Rz 864 m.w.H., *Sport im Pay TV*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide (18.7.2016).
[1337] Act. 432, S. 12, und act. 704, S. 3.
[1338] Dies war für alle Jahre der Anteil im Monopol für B-Einzelsendungen.

Jahr	2012	2013	2014	Summe
Umsatz	[100-200 Mio.]	[100-200 Mio.]	[100-200 Mio.]	[400-600 Mio.]

Tabelle 69: Umsätze der Post in den relevanten Märkten in den Jahren 2012 bis 2014, unter Ausklammerung der Umsätze mit Sendungen im Monopolbereich

1174. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit [400-600 Mio.] Franken.

f) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

1175. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

1176. Liegen schwere Verstösse gegen das KG vor, insbesondere marktumfassende Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie schwerwiegende Missbräuche von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG, bewegt sich der Basisbetrag gemäss den Erläuterungen zur SVKG im oberen Drittel des Rahmens, hingegen kann bei Bagatellfällen aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ein tiefer Rahmen für den Basisbetrag ins Auge gefasst werden.[1339] Das Bundesverwaltungsgericht merkt aber im Zusammenhang mit Art. 7 KG an, dass bezüglich der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände die gesamte Bandbreite von bis zu 10 % des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.[1340] Entscheidend für die Frage, ob ein schwerer oder ein weniger schwerer Verstoss vorliegt, ist die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.[1341]

1177. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat die Post aufgrund von zwei Arten von Verhaltensweisen eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisiert und damit so die Marktgegenseite im Wettbewerb behindert und benachteiligt, aber auch den Wettbewerber Quickmail im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG behindert.

1178. Auf der einen Seite sah die Post durch die Ausgestaltung und Anwendung des Gleitpfades und der Strukturkontrolle bei Änderungen des Kundenprofils lediglich Anpassungsprozesse der Preislisten nach unten, aber nicht nach oben vor. Die hierdurch zustande gekommenen Diskriminierungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG wurden zumindest in Kauf genommen und sollten den Ertrag der Post steigern bzw. Marktanteile sichern. Ein solches Vorgehen ist daher mindestens als leichter oder mittelschwerer Verstoss gegen das KG zu werten. Weitere Milderungsgründe, insbesondere die Beendigung des Verhaltens spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG gmäss Art. 6 Abs. 1 SVKG liegen nicht vor.

1179. Auf der anderen Seite sind unzulässige Diskriminierungen der Handelspartner gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG dadurch entstanden, dass die Kundenberater der Post die Vorgaben der Post nicht einheitlich anwandten und die einheitliche Anwendung durch die Hierarchie nicht ausreichend sichergestellt wurde. Dies hatte zur Folge, dass einige Kunden der Post bessere Konditionen und andere Kunden der Post schlechtere Konditionen erhielten, als sie haben sollten.

1180. Hinsichtlich der Behinderung von Quickmail durch das Preissystem CAPRI gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. b (im Zusammenhang mit der Bevorzugung von Quickmailkunden) i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG liegen keine Beweise für eine eigentliche Behinderungsstrategie vor. Die Komplexität und Intransparenz des Preissystems, die Rabattwirkung der Umsatzschwellen und insbesondere des Zusatzrabatts hatte jedoch wettbewerbsbehindernde Wirkung. Das Preissystem war allgemein ausgestaltet, allerdings entstand durch den auch eine gewisse Individualisierung der Rabatte. In einem Markt mit lediglich einem neu in den Markt eingetretenen Wettbewerber zur Post konnte sich eine wettbewerbsbehindernde Wirkung im beschriebenen Sinne potenziell besonders schwerwiegend auf die Marktverhältnisse auswirken. Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass sich Quickmail trotz dieser Verhaltensweise am Markt knapp behaupten konnte. Nicht nachgewiesen werden kann, ob und inwieweit die von der Post an den Tag gelegte Behinderung für die Schwierigkeiten, die Quickmail insbesondere in den Jahren 2012 bis 2015 hatte, alleine ursächlich ist. Die Verhaltensweise der Post ist hinsichtlich Behinderung von Quickmail daher mindestens als leichter, wenn nicht als mittelschwerer Kartellrechtsverstoss zu qualifizieren.

1181. Im Antrag hatte das Sekretariat eine Sanktionsreduktion vorgesehen. Sie begründete dies mit der Änderung des Preissystems CAPRI in den Schulungsunterlagen für das Informatiksystem. Die Hauptzielsetzungen der Massnahmen seien unter anderem die «Sicherstellung der Gleichbehandlung, die Reduktion der Komplexität sowie die Stärkung der Akzeptanz, Nachvollziehbarkeit und Glaubwürdigkeit», wozu auch die Vereinheitlichung der Rabattstufen und eine Abschwächung des Zusatzrabatteffekts gehörte.[1342] Ebenfalls wird etwa darauf hingewiesen, dass Abweichungen von der Preisliste$_{Ziel}$ eine sachliche Rechtfertigung brauchen, und dass

[1339] Erläuterungen SVKG, S. 3.
[1340] Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2010, E. 8.3.4, *Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; siehe auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 718), Art. 49a KG N 56.
[1341] RPW 2010/1, 179 Rz 404, *Preispolitik Swisscom ADSL*.
[1342] Act. 704, Beilage 6, S. 13.

tiefere Preise für wettbewerbsgefährdete Kunden, für Rückgewinnung von Wettbewerb oder um Kunden unbedingt halten zu können, keine sachlichen Gründe darstellen.[1343] Als Übergangszeit zum angepassten Preissystem wird bei grösseren Preislistenabweichungen zudem grundsätzlich maximal ein Jahr vorgesehen. Unbeschadet der kartellrechtlichen Beurteilung des angepassten Preissystems ist das Bemühen der Post zu würdigen, das Preissystem CAPRI kartellrechtskonform auszugestalten und anzuwenden. Diese Argumente sind allerdings nicht im Rahmen der Sanktionsreduktion sondern im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen.

1182. Insgesamt ist von einem leichten Kartellrechtsverstoss der Post auszugehen, welcher ein Festlegen des Basisbetrags im Bereich von 1 % bis 3 % rechtfertigt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Post unsystematisches Abweichen der Kundenberater von den vorgegebenen Preisvorgaben der Post nicht konsequent unterbunden hat und die Post zwecks Ertrags- und Marktanteilsicherung zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass Wettbewerber behindert wurden, rechtfertigt sich im Rahmen des festgelegten Bereichs ein Basisbetrag von 3 % des Umsatzes in den relevanten Märkten. Somit resultiert ein Basisbetrag in Höhe von [12-18 Mio.] Franken.

g) Dauer des Verstosses

1183. 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 (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). Die Erhöhung liegt in diesem Rahmen im Ermessen der WEKO und richtet sich nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkung im Zeitverlauf. Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner jüngeren Rechtsprechung bei Wettbewerbsverstössen, die länger als fünf Jahre andauern, grundsätzlich von einer gleichmässigen bzw. wiederkehrenden über die Zeitachse auftretenden Auswirkung aus.[1344] Daher sei in solchen Fällen eine lineare Erhöhung der Sanktion angebracht. Dies entspreche einer stufenweisen Erhöhung von 0.8333 %[1345] pro angefangenem Monat, seit dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wird.

1184. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt hat die kartellrechtswidrige Verhaltensweise mindestens am 1. Juli 2009 begonnen und hat mindestens bis zum 31. Dezember 2014 angedauert, also mindestens 66 Monate. Im vorliegenden Fall gibt es keinen Grund, der vom Bundesverwaltungsgericht angewandten Regel der linearen Erhöhung nicht zu folgen. Dementsprechend rechtfertigt sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrages um 55 %. Somit resultiert ein erhöhter Basisbetrag von [18-28 Mio.] Franken.

C.1.2.1.2 Erschwerende und mildernde Umstände

1185. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

h) Erschwerende Umstände

1186. Es bestehen keine Hinweise auf erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG (wiederholter Kartellverstoss, besonders hoher Gewinn, Verweigerung der Zusammenarbeit oder Behinderung der Untersuchungen).

i) Mildernde Umstände

1187. Das Mass der Kooperation der Post ging nicht über dasjenige hinaus, was von einem Untersuchungsadressaten zu erwarten ist. Es sind daher keine Umstände ersichtlich, welche mildernd zu berücksichtigen wären.

C.1.2.1.3 Zwischenergebnis

1189. Unter Berücksichtigung der obgenannten Kriterien und unter Vorbehalt der Maximalsanktion und der Verhältnismässigkeitsprüfung ergibt sich damit folgende Sanktionsberechnung:

[1343] Act. 704, Beilage 6, S. 27.
[1344] Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. VIII.5.d.3, *Swisscom/WEKO*.
[1345] Präzise: Ein Zwölftel von 10 %.

Bestandteil	Berechnung	Umsatz bzw. Sanktion in CHF
Umsatz auf den relevanten Märkten		[400-600 Mio.]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten	[40-60 Mio.]
Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses: Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	3 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten	[12-18 Mio.]
Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) gegenüber der Post	+55 % des Basisbetrags	+[6-10 Mio.]
Zwischenergebnis		22‘622‘641.25
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	-	-
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	-	
Zwischenergebnis Sanktion		22'622'641.25

Tabelle 70: Sanktionsberechnung

C.1.2.2 Maximalsanktion

1190. 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 zum KG 2003 ergibt,[1346] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[1347] Am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung ist somit zu prüfen, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

1191. Die Post hat in den Jahren 2013 bis 2015 folgende Gesamtumsätze erzielt:

Jahr	2013	2014	2015	Summe
Umsatz	8‘575 Mio.	8‘371 Mio.	8‘224 Mio.	25‘170 Mio.

Tabelle 71: Gesamtumsatz der Post in den Jahren 2013 bis 2015

1192. Die Maximalsanktion beträgt 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren, also 2‘517 Millionen Franken. Mit der berechneten Sanktion von 22‘622‘641.25 Franken wird damit die Maximalsanktion offensichtlich nicht überschritten.

C.1.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

1193. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.[1348] Die Post erzielt einen jährlichen Gewinn von jeweils über 600 Millionen Franken. Zudem ist die Post ein finanzstarkes Unternehmen und verfügt über ausreichend Eigenkapital, so dass die finanzielle Tragbarkeit einer wie oben berechneten Sanktion gegeben ist.

[1346] Vgl. BBl 2002 2022, 2037.
[1347] Verfügung der WEKO vom 9. Mai 2016, S. 163 Rz 860, *Sport im Pay TV*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide (18.7.2016); Verfügung der WEKO vom 21. September 2015, S. 130 Rz 578, *Swisscom WAN-Anbindung*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > Letzte Entscheide (18.7.2016).
[1348] Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

C.1.2.4 Ergebnis

1194. In Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG, aufgrund der genannten Erwägungen sowie unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von 22‘622‘641.25 Franken als angemessen. Den Verfügungsadressatinnen der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG ist der Betrag unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

D Kosten

1195. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG[1349] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

1196. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.[1350] Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen.

1197. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt 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).

1198. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 2‘315 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 277.25 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 36‘042.50
- 1‘891.11 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 379‘522.–
- 146.25 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 42‘412.50

1199. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 457‘977.–.

1200. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten Schweizerische Post AG und Post CH AG unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

E Ergebnis

1201. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

1202. Die Post verfügt auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 812). Die marktbeherrschende Stellung ist – unter Einbezug der Monopolmärkte (Rz 828) – im Hinblick auf die umsatzunabhängige Meldepflicht von Art. 9 Abs. 4 KG gestützt auf Art. 25 VwVG festzustellen (Rz 824).

1203. Die Post missbrauchte ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden, indem sie gewisse Vertragskunden gegenüber anderen bei Preisen diskriminierte, diese dadurch benachteiligte und im Wettbewerb behinderte. Es liegt daher eine unzulässige Verhaltensweise der Post nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG vor (vgl. Rz 1015). Im Einzelnen bestanden die folgenden Diskriminierungen:

a. Diskriminierung bei den Rabatten im Preissystem 2009 (Abschnitt B.4.3.1.3).
b. Diskriminierende *Ausgestaltung* des Preissystems CAPRI hinsichtlich Systemvorgaben zum Gleitpfad und zur Strukturkontrolle, den Vorgaben für Kundenberater sowie der Ausgestaltung des Zusatzrabatts – auch im Zusammenhang mit dem Jahresprofil (Abschnitt B.4.3.1.4 a) und b).
c. Diskriminierende *Anwendung* des Preissystems CAPRI hinsichtlich Preislisteneinteilung und Umsatzbasis für den Zusatzrabatt (Abschnitt B.4.3.1.4 c).

1204. Die Untersuchung hat zudem ergeben, dass die Post durch die spezifische Ausgestaltung und die Anwendung des Preissystems CAPRI – v.a. durch die Komplexität und Intransparenz des Preissystems sowie die Rabattgestaltung als Gesamtumsatzrabatt in Zusammenhang mit den Umsatzschwellen der Preislisteneinteilung zum einen und dem Zusatzrabatt zum anderen, sowie der Bevorzugung von Quickmailkunden gegenüber anderen Kunden – den Absatz von Quickmail einschränkte und diese damit im Wettbewerb behinderte (Rz 1127). Diesbezüglich liegt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vor (Abschnitt B.4.3.2.2).

1205. Da die festgestellten unzulässigen Verhaltensweisen der Post vorwerfbar sind (Rz 1164), sind sie gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (Rz 1165). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden Faktoren ist eine Belastung der Post mit einem Betrag von 22‘622‘641.25 Franken angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 1194).

1206. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten von insgesamt 457‘977.– Franken der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (vgl. Rz 1199 f.).

[1349] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[1350] BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f. E. 6.1 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird gestützt auf Art. 25 VwVG festgestellt, dass die Post auf dem Markt für nationale adressierte Einzelbriefsendungen und Massenbriefsendungen unter 50 Gramm von Vertragskunden sowie auf dem Markt für nationale adressierte Massenbriefsendungen über 50 Gramm von Vertragskunden über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Die Post wird in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e KG mit einem Betrag von 22'622'641.25 Franken belastet. Dieser Betrag wird der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. Die Auswirkungen des Preissystems CAPRI ab Januar 2015 sowie die Auswirkungen des Produkts Distance Selling Mail/Expert Mail werden unter Beizug von Akten dieser Untersuchung allenfalls in einem separaten Verfahren nach Art. 26 ff. KG geprüft. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

4. Die Verfahrenskosten von 457'977.- Franken werden der Schweizerischen Post AG und der Post CH AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

5. Die Verfügung ist zu eröffnen an die Schweizerische Post AG und die Post CH AG, beide vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	**2. AdBlue**

Verfügung vom 2. Dezember 2019 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend AdBlue wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG gegen 1. Brenntag Schweizerhall AG, in Basel, vertreten durch […], 2. Bucher AG Langenthal, in Langenthal, vertreten durch […]

A. Verfahren

A.1. Gegenstand der Untersuchung

Fokus der Untersuchung

1. Durch eine Selbstanzeige[1] der Bucher AG Langenthal (nachfolgend: Bucher) erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Anhaltspunkte, dass Bucher und die Brenntag Schweizerhall AG (nachfolgend: Brenntag) beim Vertrieb des Flüssigharnstoffs AdBlue in der Schweiz Kundinnen und Kunden untereinander aufgeteilt haben. Das Sekretariat eröffnete daher am 21. November 2017 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG[2] gegen Bucher und Brenntag sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften (nachfolgend zusammen: Untersuchungsadressatinnen oder auch Parteien). Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob die Untersuchungsadressatinnen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG getroffen haben.[3] In einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium brachte Brenntag vor, dass sie von der Yara International ASA (nachfolgend: eine Lieferantin von AdBlue) zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt und als alleinige Vertreiberin von AdBlue in der Schweiz eingesetzt worden sei und gewissermassen «als verlängerter Arm der Produzentin» von AdBlue agiere (siehe unten, Rz 17).[4] In der Folge wurde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue und dessen rechtlichen Konsequenzen geprüft. Eine abschliessende Beurteilung dieses Verhältnisses hätte zusätzliche Ermittlungsmassnahmen bedingt. Letztlich wurde auf weitere diesbezügliche Ermittlungen verzichtet (siehe unten, Rz 71 f.). Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass die absatzseitige Kundenaufteilung unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG ist (siehe unten, Rz 76 ff.).

Untersuchungsadressatinnen

2. Brenntag handelt mit chemischen und pharmazeutischen Produkten.[5] Sie ist die Schweizer Landesgesellschaft der Brenntag AG mit Sitz in Deutschland. Im Jahr 2006 hat Brenntag (oder damals «Chemische Fabrik Schweizerhall») als erste Anbieterin in der Schweiz mit dem Vertrieb von AdBlue begonnen.[6] Seit […] ist Brenntag durch ihre Schwestergesellschaft Brenntag […] Vertreterin einer Lieferantin von AdBlue mit Sitz in Norwegen und zuständig für den Vertrieb von AdBlue unter der Marke Air1 in der Schweiz.[7]

3. Bucher ist im Handel mit und in der Herstellung von Schmiermitteln und chemisch-technischen Produkten tätig[8] und gehört zur Motorex-Bucher Group AG.[9] Seit 2014 bezieht Bucher AdBlue von Brenntag und vertreibt das Produkt unter der Marke MOTOREX in der Schweiz.[10]

AdBlue

4. AdBlue ist eine wässrige Harnstofflösung, die den Ausstoss von Stickoxiden (NOx) bei Dieselmotoren reduziert. Mit AdBlue können die Abgase um bis zu 90 % reduziert werden. Die Flüssigkeit ist technisch normiert (ISO 22241-1). Erfüllt ein Anbieter diese Norm, kann er mit dem in Berlin ansässigen Verband der Automobilindustrie e.V[11], dem Inhaber der Individualmarke «AdBlue®», eine Lizenzvereinbarung treffen, um diesen Markennamen verwenden zu dürfen.

A.2. Prozessgeschichte

5. Am 10. Juli 2017 reichte Bucher beim Sekretariat eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ein[12] und ergänzte diese auf Nachfragen des Sekretariats[13] mit Eingaben vom 14. September 2017[14] und 5. Oktober 2017[15].

6. Gestützt darauf eröffnete das Sekretariat am 21. November 2017 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Bucher und Brenntag sowie deren jeweils konzernmässig verbundenen Gesellschaften.[16]

7. Am 21. November 2017 teilte das Sekretariat Bucher im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO mit, dass es die Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 SVKG[17] für den Erlass der Sanktion hinsichtlich der im Rahmen der Selbstanzeige und deren Ergänzungen gemeldeten Sachverhalte als gegeben erachte (Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG).[18]

[1] Act. 1; Act. 6; Act. 8.
[2] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[3] Act. 14 und 15.
[4] Act. 78a.
[5] Act. 13, 123 Rz 8, 1. Lemma.
[6] Act. 43, Rz 36.
[7] Act. 87, Beilage 1.
[8] Act. 12.
[9] Act. 59.
[10] Act. 1, 4; <https://www.motorex.com/de-ch/car-line/additive/motorex-adblue/> (10.10.2019).
[11] <https://www.vda.de/de/verband/ueber-den-verband.html> (10.10.2019).
[12] Act. 1.
[13] Act. 3 und 7.
[14] Act. 6.
[15] Act. 8.
[16] Act. 14 und 15.
[17] Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[18] Act. 16.

8. Auf die SHAB-Publikation der Untersuchungseröffnung vom 5. Dezember 2017[19] meldeten sich keine Dritten, die sich im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG mit Parteistellung am Verfahren beteiligen wollten.

9. Am 18. Dezember 2017 nahmen Unternehmensvertreter von Brenntag in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeige von Bucher.[20]

10. Am 15. Januar 2018 präsentierte das Sekretariat Vertretern von Brenntag sein vorläufiges Beweisergebnis. Das vorläufige Beweisergebnis wurde Brenntag mit Schreiben vom 22. Januar 2018 in schriftlicher Form mit Gelegenheit zur Stellungnahme zugestellt. Gleichzeitig stellte das Sekretariat Fragen zum Sachverhalt.[21]

11. Am 17. Januar 2018 präsentierte das Sekretariat das vorläufige Beweisergebnis Vertretern von Bucher. Bucher signalisierte bei dieser Gelegenheit ihr Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Kurzverfügung. Mit Schreiben vom 22. Januar 2018 übermittelte das Sekretariat Bucher die Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (Rahmenbedingungen EVR), stellte ihr das vorläufige Beweisergebnis in schriftlicher Form mit Gelegenheit zur Stellungnahme zu und stellte Fragen zum Sachverhalt.[22] Am 8. Februar 2018 bzw. 15. Februar 2018 unterzeichneten Bucher bzw. das Sekretariat die einvernehmliche Regelung.[23] Die vom Sekretariat gestellten Fragen beantwortete Bucher mit Eingabe vom 13. Februar 2018.[24]

12. Am 3. April 2018 nahm Brenntag zum vorläufigen Beweisergebnis des Sekretariats Stellung und beantwortete die vom Sekretariat im Schreiben vom 22. Januar 2018 gestellten Fragen.[25]

13. Gestützt auf die Stellungnahme von Brenntag unterbreitete das Sekretariat Bucher am 17. April 2018 Nachfragen zur Selbstanzeige,[26] welche Bucher mit Schreiben vom 14. Mai 2018 beantwortete.[27]

14. Nachdem das Sekretariat am 24. Mai 2018 beiden Untersuchungsadressatinnen Akteneinsicht gewährt hatte[28] und der Rechtsvertreter von Brenntag am 1. Juni 2018 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeige von Bucher genommen hatte,[29] fand am 5. Juli 2018 ein weiteres Gespräch zwischen dem Sekretariat und Brenntag statt. Im Rahmen dieses Gesprächs präsentierte das Sekretariat Brenntag das vorläufige Beweisergebnis unter Berücksichtigung der Stellungnahme von Brenntag vom 3. April 2018 (siehe oben, Rz 12) und der Stellungnahme von Bucher vom 14. Mai 2018 (siehe oben, Rz 13). Dieses Beweisergebnis entsprach im Wesentlichen demjenigen, welches das Sekretariat Brenntag am 15. Januar 2018 präsentiert hatte. Mit Schreiben vom 9. Juli 2018 fasste das Sekretariat den wesentlichen Inhalt des Gesprächs zusammen und setzte Brenntag eine Frist bis zum 31. August 2018, um dem Sekretariat mitzuteilen, ob ein Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit einer kurzen Verfügung besteht.[30]

15. Am 13. Juli 2018 stellte Brenntag ein Ausstandsgesuch, in welchem u.a. beantragt wurde, die mit dem Verfahren 22-0485 (AdBlue) befassten Mitarbeitenden des Sekretariats seien in den Ausstand zu versetzen.[31] Das Ausstandsgesuch wurde nach der Stellungnahme des Direktors des Sekretariats vom 26. Juli 2018, dass keine Gründe für einen Ausstand der betreffenden Mitarbeiter vorliegen würden,[32] am 30. August 2018 zurückgezogen.[33]

16. Am 24. September 2018 fand auf Ersuchen von Brenntag[34] eine weitere Besprechung zwischen dem Sekretariat und Vertretern von Brenntag statt. Gegenstand der Besprechung waren die Grundlagen der Qualifikation der Vertragsbeziehung zwischen Brenntag und Bucher als horizontales Verhältnis.[35]

17. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2018 nahm Brenntag Stellung zum Gespräch vom 24. September 2018. Dabei legte Brenntag die neue Information vor, dass sie von einer Lieferantin von AdBlue zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt und als alleinige Vertreiberin von AdBlue in der Schweiz eingesetzt worden sei und gewissermassen «als verlängerter Arm der Produzentin» von AdBlue agiere.[36]

18. Am 17. Oktober 2018 stellte das Sekretariat Brenntag Ergänzungsfragen zum Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue und verlangte zusätzliche Dokumente ein.[37] Die verlangten Informationen und Dokumente reichte Brenntag mit Eingaben vom 30. November 2018 und – auf Nachfrage des Sekretariats – vom 21. Dezember 2018 ein.[38]

19. Mit Schreiben vom 23. Mai 2019 stellte das Sekretariat Brenntag ein aufgrund der von ihr neu eingereichten Informationen und Dokumente aktualisiertes Beweisergebnis zu und forderte sie auf, bei Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung die unterzeichneten Rahmenbedingungen EVR einzureichen.[39]

20. Am 28. Juni 2019 retournierte Brenntag die Rahmenbedingungen EVR[40] und am 18. August 2019 resp. 20. August 2019 unterzeichneten Brenntag resp. das Sekretariat die einvernehmliche Regelung (vgl. unten, Rz 105).[41]

[19] Act. 23.
[20] Act. 28; Act. 29; Act. 30.
[21] Act. 31.
[22] Act. 32.
[23] Act. 38.
[24] Act. 36.
[25] Act. 43.
[26] Act. 46.
[27] Act. 51.
[28] Act. 54 ff.
[29] Act. 57 f.
[30] Act. 61.
[31] Act. 62.
[32] Act. 66.
[33] Act. 70.
[34] Act. 70.
[35] Act. 73.
[36] Act. 78a, Rz 11 ff.
[37] Act. 79.
[38] Act. 85 ff.
[39] Act. 88.
[40] Act. 90.
[41] Act. 92.

21. Mit Schreiben vom 11. September 2019 informierte das Sekretariat Bucher über den Stand des Verfahrens und unterbreitete ihr eine aktualisierte, an den Stand des Verfahrens und die einvernehmliche Regelung mit Brenntag angepasste Version einer einvernehmlichen Regelung.[42] Am 13. September 2019 resp. 24. September 2019 unterzeichneten Bucher resp. das Sekretariat die aktualisierte Version der einvernehmlichen Regelung (vgl. unten, Rz 104).[43]

22. Am 11. Oktober 2019 sandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.[44] Am 14. Oktober 2019 gewährte das Sekretariat den Parteien nochmals Akteneinsicht.[45]

23. Bucher nahm mit Eingabe vom 11. November 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats. Darin erklärte sich Bucher mit der Sachverhaltsdarstellung des Sekretariats, dessen rechtlicher Würdigung und dem Vorschlag der zu treffenden Massnahmen grundsätzlich einverstanden und ersuchte die WEKO um Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und Bucher.[46]

24. Brenntag nahm mit Eingabe vom 14. November 2019 Stellung zum Antrag des Sekretariats. Sie machte darin insbesondere geltend, dass die Unterstellung eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen Brenntag und Bucher nicht nachvollziehbar sei und zudem keine sachlogische Grundlage habe.[47] Des Weiteren wünschte Brenntag punktuelle redaktionelle Anpassungen.[48]

25. In ihrer Sitzung vom 2. Dezember 2019 genehmigte die WEKO die einvernehmlichen Regelungen zwischen Bucher resp. Brenntag und dem Sekretariat und fällte unter Berücksichtigung der Stellungnahmen von Bucher und Brenntag ihren Entscheid im vorliegenden Verfahren.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

26. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Brenntag ist die Schweizer Landesgesellschaft der Brenntag AG mit Sitz in Deutschland (vgl. oben, Rz 2), welche einen Konzern darstellt und als Ganze den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG erfüllt. Bucher ist Teil der Motorex-Bucher Group AG (vgl. oben, Rz 3), welche einen Konzern darstellt und als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG erfüllt.

27. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob Brenntag und Bucher Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben und ob diese im Sinne von Art. 5 KG unzulässig sind, ist Gegenstand der nachfolgenden Prüfung (siehe unten, Rz 30 ff.).

B.2. Parteien/Verfügungsadressatinnen

28. Gemäss Art. 6 VwVG[49] (i.V.m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll. Vorliegend sind Brenntag und Bucher Verfügungsadressatinnen.

B.3. Vorbehaltene Vorschriften

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

B.4. Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

B.4.1 Wettbewerbsabrede

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

32. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.[50]

B.4.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

33. Die in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführten Formen von Wettbewerbsabreden zeichnen sich alle dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.[51] Am einfachsten gelingt der Nachweis eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, wenn die Wettbewerbsabrede in der Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.[52]

---

[42] Act. 95.
[43] Act. 98.
[44] Act. 107 und 108.
[45] Act. 109.
[46] Act. 118.
[47] Ausführungen zum Verhältnis zwischen Brenntag und Bucher finden sich in Rz 40 ff.
[48] Act. 120.
[49] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[50] So etwa auch das Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 627 E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.
[51] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 81.
[52] RPW 2016/2, 452 Rz 94, *Nikon*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 51), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

34. Am 5. Mai 2014 schlossen Bucher und Brenntag eine Vereinbarung, die sie «Kooperationsvertrag» nannten und die den Vertrieb von AdBlue auf dem Schweizer Markt zum Gegenstand hatte. Im Kooperationsvertrag vereinbarten Bucher und Brenntag eine exklusive Zusammenarbeit für den Vertrieb von AdBlue in der Schweiz. Ziel und Zweck der Vereinbarung war, den Markt für AdBlue in der Schweiz auszubauen und den Marktanteil substanziell zu steigern. Brenntag verpflichtete sich, Bucher zwecks Weiterverkaufs von AdBlue an bestimmte Kundengruppen exklusiv mit AdBlue zu beliefern, während Bucher sich verpflichtete, AdBlue oder Produkte mit ähnlicher chemischer Zusammensetzung ausschliesslich von Brenntag zu beziehen, falls das Angebot von Brenntag hinsichtlich Preis, Qualität und Service wettbewerbsfähig war.[53] Der Kooperationsvertrag enthielt in Art. 7 eine Aufteilung von Kundengruppen zwischen Bucher und Brenntag. In Anlage 3 des Vertrags wurde explizit festgehalten, welche Kundengruppen exklusiv nur durch Bucher bzw. Brenntag beliefert werden. Anlage 3 enthielt sodann eine Liste von Spezialfällen, die ausnahmsweise Lieferungen oder vorgängige Abstimmungen der Vertragsparteien vor einer Kontaktaufnahme bzw. einer Lieferung an die jeweiligen Kundinnen und Kunden vorsahen. Bei den aufgeteilten Kundengruppen handelte es sich einerseits um gewerbliche Endverbraucher (z.B. Transportunternehmen, Bauunternehmen, öffentliche Verkehrsbetriebe, Recyclingbetriebe) und andererseits um Wiederverkäufer (z.B. Tankstellen, Bau- und Hobby-Märkte, Kleingerätehändler).[54] Diese Kundenaufteilung wurde anlässlich eines Treffens zwischen den Untersuchungsadressatinnen vom 20. August 2015 bezüglich einzelner Kundinnen und Kunden abgeändert bzw. präzisiert, was in einer Aktennotiz festgehalten wurde.[55]

35. Die Kundenaufteilung ergab sich gemäss den Untersuchungsadressatinnen aus ihren spezifischen Stärken: Brenntag habe AdBlue importiert und verfüge über die für Grosshändlerinnen typischen Ressourcen, um AdBlue zu transportieren, zu lagern und in kleinere Behälter abzufüllen. Brenntag sei daher ausgerüstet, um Kundinnen und Kunden in der Schweiz zu beliefern, die grössere Mengen AdBlue nachfragen würden (i.d.R. lose im Tankfahrzeug oder in grösseren Behältern). Bucher hingegen verfüge über eine starke Präsenz als Händlerin für kleinere Endkundinnen und Endkunden. Buchers Stärke sei folglich die Belieferung von Kundinnen und Kunden mit kleineren Behältern von AdBlue.[56]

36. In casu haben Brenntag und Bucher mit dem Kooperationsvertrag und der darin enthaltenen Kundenaufteilung eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen und die Kundenaufteilung mit der Aktennotiz zum Treffen der Untersuchungsadressatinnen vom 20. August 2015 aktualisiert. Damit liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bezüglich der absatzseitigen Kundenaufteilung vor.

B.4.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

37. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken» (vgl. oben, Rz 32). Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten «*die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben*».[57] Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.[58]

38. Die vertragliche Kundenaufteilung regelte das absatzseitige Verhältnis zwischen den Parteien. Auch wenn die Parteien geltend machen, dass das angestrebte Ziel der Kundenaufteilung eine möglichst vollständige Marktdurchdringung von AdBlue in der Schweiz bestanden habe und aus diesem Grund die Kundinnen und Kunden in der Anlage 3 so auf die beiden Vertragsparteien aufgeteilt worden seien, dass die Kundensegmente am besten zur bisherigen Kundenstruktur von Bucher und Brenntag gepasst hätten (siehe oben, Rz 34 f.),[59] konnte mit der vertraglichen Regelung letztlich der Zweck verfolgt werden, sich bezüglich Kundinnen und Kunden nicht zu konkurrieren. Dass sich die vertragliche Kundenaufteilung nicht ohnehin so ergeben hätte, zeigt sich namentlich daran, dass sie ein gutes Jahr nach Beginn der Kooperation abgeändert wurde (vgl. oben, Rz 34). Ausserdem belieferten sowohl Brenntag als auch Bucher während des Untersuchungszeitraums, d.h. vom 5. Mai 2014 (Abschluss Kooperationsvertrag) bis zum 9. Juni 2017 (Aufhebung der Kundenaufteilung), Kundinnen und Kunden, die vertragsgemäss der jeweiligen anderen Vertragspartnerin zugeordnet waren. So erzielte Bucher in den Jahren 2014, 2015, 2016 und 2017 rund [0–20] %, [0–20] %, [0–20] % und [0–20] % des Umsatzes mit AdBlue mit «Brenntag-Kunden».[60] Bei Brenntag lagen die Mengenanteile, die in den Jahren 2014, 2015, 2016 und 2017 an «Bucher-Kunden» geliefert wurden, bei [0–20] %, [0–20] %, [0–20] % und [0–20] %.[61] Mengenmässig sind die Lieferungen an die Kundinnen und Kunden, die vertragsgemäss der jeweiligen Vertragspartnerin zugeordnet waren, im Untersuchungszeitraum sowohl bei Bucher als auch bei Brenntag gestiegen,[62] wobei zu beachten ist, dass der Absatzmarkt für AdBlue in der Schweiz in den letzten Jahren wachsend war.[63]

[53] Act. 43, Rz 6.
[54] Act. 1, 4, Beilage 2.
[55] Act. 1, Beilage 3.
[56] Act. 1, 5; Act. 43, Rz 20 ff.; Act. 51, 2.
[57] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 51), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.
[58] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 51), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.
[59] Act. 1, 5; Act. 43, Rz 22.
[60] Act. 1, 6; Act. 36, 41, Beilage 1.
[61] Act. 43, Beilage 3a.
[62] Act. 1, 6; Act. 36, 41, Beilage 1; Act. 43, Beilage 3a.
[63] Act. 6, 5; Act. 43, Rz 45, Beilage 5, Folie 8.

39. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vereinbart wurde, den Wettbewerbsparameter Kunden zumindest zu beeinträchtigen, was objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen.

B.4.1.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

B.4.1.3.1. Verhältnis Brenntag – Bucher

40. Vorliegend sind die beiden Tatbestandselemente einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 32) erfüllt. Strittig ist, ob es sich bei der absatzseitigen Kundenaufteilung um eine horizontale oder eine vertikale Wettbewerbsabrede handelt. Zu prüfen ist also, ob Bucher und Brenntag beim Vertrieb von AdBlue auf demselben Markt tätig sind, womit ein horizontales Wettbewerbsverhältnis vorliegen würde, oder ob es sich um Unternehmen handelt, die auf verschiedenen Marktstufen tätig sind, womit ein vertikales Vertriebsverhältnis vorliegen würde. Diese Frage wird nachfolgend zuerst im Verhältnis zwischen Brenntag und Bucher, unabhängig vom Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue, behandelt (siehe dazu unten, Rz 57 ff.)

Rechtliche Grundlagen

41. Vertikale Wettbewerbsabreden sind erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek[64]).

42. In Erw.-Gr. VI. und VII. nimmt die Vertikalbekanntmachung Bezug auf die Vertikal-GVO[65] und die entsprechenden EU-Vertikalleitlinien[66] und stellt klar, dass die europäischen Regeln in der Schweiz analog anwendbar sind.

43. Art. 1 Bst. a Vertikal-GVO enthält die folgende Präzisierung, die in Ziff. 1 VertBek nicht enthalten ist. Demnach wird eine vertikale Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Unternehmen abgeschlossen, von denen jedes für die *Zwecke der Vereinbarung*[67] auf einer anderen Ebene der Produktions- und Vertriebskette tätig ist, und die Bedingungen betrifft, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen.

44. Ziff. 8 Abs. 1 VertBek hält fest, dass die Bekanntmachung für vertikale Wettbewerbsabreden gilt. Weiter findet sie auch Anwendung, wenn Wettbewerber eine nicht gegenseitige vertikale Vereinbarung treffen und a) der Anbieter zugleich Hersteller und Händler von Waren ist, der Abnehmer dagegen Händler, jedoch kein Wettbewerber auf der Herstellungsebene; oder b) der Anbieter ein auf mehreren Handelsstufen tätiger Dienstleister ist, der Abnehmer dagegen Waren oder Dienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe anbietet und auf der Handelsstufe, auf der er die Vertragsdienstleistungen bezieht, kein Wettbewerber ist (Ziff. 8 Abs. 2 VertBek; sog. zweigleisiger oder dualer Vertrieb). Zudem schliesst die Anwendung der Bekanntmachung nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert oder von Art. 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek).

45. Die Vertikal-GVO enthält in Art. 2 Abs. 4 eine Bestimmung mit demselben Wortlaut wie Ziff. 8 Abs. 2 VertBek.

46. Ein Wettbewerber ist laut Definition der Vertikal-GVO (Art. 1 Abs. 1 Bst. c) ein tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber; ein «tatsächlicher Wettbewerber» ist ein Unternehmen, das auf demselben relevanten Markt tätig ist; ein «potenzieller Wettbewerber» ist ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die vertikale Vereinbarung als Reaktion auf einen geringen, aber anhaltenden Anstieg der relativen Preise wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten. Dies zeigt, dass nicht allein auf die unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen abzustellen ist, sondern auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.[68]

47. Zur kartellrechtlichen Beurteilung von vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die nicht von der Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 4 Vertikal GVO (dualer Vertrieb) erfasst werden, sind in der Europäischen Union (EU) die EU-Horizontalleitlinien[69] einschlägig.[70] Diese halten in Rz 12 fest, dass vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, zum Beispiel Vertriebsvereinbarungen, in den Anwendungsbereich der EU-Horizontalleitlinien fallen, da sie ähnliche Auswirkungen auf den Markt haben und ähnliche Wettbewerbsprobleme aufwerfen können wie horizontale Vereinbarungen.

48. Die dargelegten europäischen Bestimmungen sind ausführlicher als jene in der Vertikalbekanntmachung. Sie gelten gestützt auf Erw.-Gr. VI. und VII. sowie Ziff. 8 VertBek auch in der Schweiz.

---

[64] Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Stand am 22.5.2017; Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBl 2017 4543, abrufbar unter: www.weko.ch>Dokumentation>Bekanntmachungen/Erläuter ungen.

[65] Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (nachfolgend: Vertikal-GVO), ABl. L 102 vom 23.4.2010, 1.

[66] Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Mitteilung der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Vertikalleitlinien), ABl. C 130 vom 19.5.2010, 1.

[67] Hervorhebung durch die WEKO.

[68] DANIELA HENGST, Kartellverbot, in: Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 13. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV N 166.

[69] Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Mitteilung der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), Abl. C 11 vom 14.1.2011, 1.

[70] Vgl. JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE S. WAGENER, Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen – Praxiskommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 2 Abs. 4 N 485.

Standpunkt Brenntag

49. Brenntag ist der Überzeugung, der Vertrag zwischen Brenntag und Bucher stelle eine vertikale Abrede dar, da Brenntag und Bucher nicht als Konkurrentinnen zu qualifizieren seien.[71]

50. Brenntag bringt vor, Art. 1 Kooperationsvertrag sehe vor, dass Brenntag Bucher zwecks Weiterverkaufs mit AdBlue beliefere (siehe oben, Rz 34). Brenntag werde damit klarerweise als Lieferantin des Vertragsprodukts identifiziert, wohingegen Bucher Käuferin des betreffenden Produkts sei. Brenntag sei die Lieferantin von Bucher und Bucher kaufe AdBlue von Brenntag zum Zweck des Wiederverkaufs. Brenntag importiere AdBlue in die Schweiz und verfüge über die notwendigen – für Grosshändlerinnen typischen – Ressourcen, um AdBlue zu transportieren, zu lagern und in kleinere Behälter abzufüllen. Brenntag sei daher gut ausgerüstet, um Kundinnen und Kunden in der Schweiz zu beliefern, die grössere Mengen von AdBlue nachfragen würden (i.d.R. lose im Tankfahrzeug oder in grösseren Behältern). Bucher verfüge hingegen über eine starke Präsenz als Händlerin für kleinere Endkundinnen und -kunden. Im Gegensatz zu Brenntag verfüge Bucher über einen sehr grossen Aussendienst in der Schweiz. Die Stärke von Bucher sei folglich die Belieferung von Kundinnen und Kunden mit kleineren Behältern von AdBlue (siehe oben, Rz 35).[72]

51. Der Umstand, dass Brenntag stets auch passive Verkäufe an Kundinnen und Kunden vornahm, die gemäss Kooperationsvertrag Bucher zugewiesen waren, und umgekehrt (siehe oben, Rz 38), würde zeigen, dass Brenntag und Bucher nur in sehr geringem Ausmass miteinander im Wettbewerb stehen würden. Diese Situation ergebe sich zudem überhaupt nur deshalb, weil Brenntag es Bucher ermöglicht habe, im Schweizer Markt für AdBlue als Wettbewerberin aufzutreten. Brenntag schliesse dabei zwar nicht aus, dass Bucher ohne den Vertrag nicht in der Lage wäre, AdBlue in der Schweiz zu vertreiben und – wie im Rahmen des Vertrags – mit Brenntag bei gewissen Kundinnen und Kunden im Wettbewerb zu stehen, die kleine Mengen von AdBlue nachfragen. Brenntag gehe aber davon aus, dass es ziemlich unwahrscheinlich sei, dass Bucher in der Lage wäre, Brenntag über die ganze Vertriebskette hinweg zu konkurrieren. Brenntag hätten zu keiner Zeit Hinweise vorgelegen, wonach Bucher eine solche Konkurrenzierung in Erwägung gezogen hätte. Es gäbe ökonomische und technische Hürden, die Bucher überwinden müsste, um auf allen Vertriebsebenen mit Brenntag im Wettbewerb stehen zu können.[73]

Rechtliche Würdigung

52. Aus dem Kooperationsvertrag (siehe oben, Rz 34) wird ersichtlich, dass darin die Liefer- und Bezugsbeziehung zwischen Brenntag und Bucher zwecks Weiterverkaufs von AdBlue geregelt wurde. Bezüglich dieser Liefer- und Bezugsbeziehung stehen Brenntag und Bucher auf verschiedenen Marktstufen. Während Brenntag Generalimporteurin und Anbieterin des AdBlue ihrer Lieferantin ist, ist Bucher Abnehmerin. Somit handelt es sich bei dieser Liefer- und Bezugsbeziehung um ein vertikales Verhältnis. Zur Beantwortung der Frage, ob die im Kooperationsvertrag gleichzeitig vereinbarte absatzseitige Kundenaufteilung eine eigenständige horizontale Verhaltenskoordinierung darstellt, ist zu eruieren, ob sich die Vertragsparteien (entlang der ganzen Vertriebskette von AdBlue oder in Teilbereichen) als Wettbewerberinnen (siehe oben, Rz 46) gegenüberstehen.

53. Bei den aufgeteilten Kundengruppen handelt es sich einerseits um gewerbliche Endverbraucher (z.B. Transportunternehmen, Bauunternehmen, öffentliche Verkehrsbetriebe, Recyclingbetriebe) und andererseits um Wiederverkäufer (z.B. Tankstellen, Bau- und Hobby-Märkte, Kleingerätehändler) (siehe oben, Rz 34). Die zugeteilten Kundengruppen in Anlage 3 des Kooperationsvertrags lassen sich nicht eindeutig in Grosskundinnen und -kunden, die ohnehin nur durch Brenntag hätten beliefert werden können, und Kleinkundinnen und -kunden, die ohnehin nur durch Bucher hätten beliefert können, einteilen. So wurden gewisse Branchen exklusiv einer Untersuchungsadressatin zugeteilt und diese durfte folglich sowohl Gross- als auch Kleinkundinnen und -kunden dieser Branche mit AdBlue beliefern.[74] Beide Untersuchungsadressatinnen haben denn auch dieselben Gebindegrössen (Intermediate Bulk Containers (IBC)[75], Fässer und Kleingebinde) im Angebot.[76] Folglich dürfte es eine Schnittmenge von Kundinnen und Kunden gegeben haben, welche beide Vertragspartnerinnen ohne bedeutende Investitionen hätten bedienen können. Anlage 3 des Kooperationsvertrags definierte denn auch Spezialfälle, die ausnahmsweise Lieferungen oder vorgängige Abstimmungen der Vertragsparteien vor einer Kontaktaufnahme bzw. einer Lieferung an die jeweiligen Kundinnen und Kunden vorsahen (vgl. oben, Rz 34). Weiter zeigen die mit Kundinnen und Kunden der jeweiligen Vertragspartnerin erzielten Umsatz- und Mengenanteile (siehe oben, Rz 38), dass die vertraglich vorgenommene Kundenzuteilung sich nicht ohnehin aus der unterschiedlichen Kundenausrichtung ergeben hätte.

54. Diese Elemente zeigen auf, dass Bucher und Brenntag absatzseitig entlang der gesamten Vertriebskette von AdBlue Wettbewerberinnen sind, wenn auch mit unterschiedlichen Schwerpunkten: Während Brenntag vor allem Grosskundinnen und -kunden beliefert, die grössere Mengen von AdBlue nachfragen (i.d.R. lose im Tankfahrzeug oder in grösseren Behältern), verkauft Bucher überwiegend abgepackte Ware (Kanister) an kleinere Abnehmerinnen und Abnehmer über den Aussendienst.[77] Im Übrigen haben die Abklärungen des Sekretariats ergeben, dass Bucher auch ohne Zusammenarbeit mit Brenntag ins Geschäft mit AdBlue eingestiegen wäre.[78] Somit war Bucher zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kooperationsvertrags eine potenzielle Wettbewerberin von Brenntag.

[71] Act. 43, Rz 16 ff.; Act. 123, Rz 2 ff.
[72] Act. 43, Rz 16 ff.
[73] Act. 43, Rz 10 und 28 ff; Act. 123, Rz 3.
[74] Act. 1, Beilage 2, Anlage 3.
[75] Intermediate Bulk Container (IBC) werden für Transport und Lagerung flüssiger und rieselfähiger Stoffe verwendet. Je nach Bauweise und Ausführung haben die IBC ein Volumen von 500 bis zu 3000 Litern. Quelle: <https://de.wikipedia.org/wiki/Intermediate_Bulk_Container> (10.10.2019).
[76] Act. 6, Beilage 6; <https://www.motorex.com/de-ch/carline/additive/motorex-adblue/> (10.10.2019).
[77] Act. 43, Rz 21 f., 58; Act. 51, 2.
[78] Act. 51, 2 f.

55. Es stellt sich somit die Frage, ob das absatzseitige Wettbewerbsverhältnis zwischen Bucher und Brenntag gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek) oder als dualer Vertrieb gemäss den Regeln der Vertikalbekanntmachung zu würdigen ist. Da es sich bei AdBlue um eine Ware handelt, ist Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek einschlägig. Die Ausnahmeregel des dualen Vertriebs gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek greift vorliegend unter Ausklammerung des Verhältnisses zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue (siehe dazu unten, Rz 57 ff.) allerdings nicht: Zwar liegt zwischen Bucher und Brenntag keine gegenseitige vertikale Vereinbarung vor, d.h. Bucher und Brenntag treten nicht zugleich als Käuferin und Verkäuferin auf.[79] Allerdings ist Brenntag nicht Herstellerin von AdBlue, sondern Importeurin und selbst Distributorin. In einer solchen Konstellation liegt kein dualer Vertrieb im Sinne der Vertikalbekanntmachung vor.[80] Das absatzseitige Horizontalverhältnis zwischen Bucher und Brenntag ist somit gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek).

Fazit

56. Somit kann festgehalten werden, dass der Kooperationsvertrag zwischen Wettbewerberinnen abgeschlossen worden ist und nebst der Regelung der vertikalen Lieferbeziehung von AdBlue eine absatzseitige Verhaltenskoordination bezüglich der Kundenaufteilung enthält. Die Vertikalbekanntmachung kommt auf die Kundenaufteilung nicht zur Anwendung, da im Vertriebsverhältnis zwischen Brenntag und Bucher kein dualer Vertrieb im Sinne von Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek vorliegt. Die absatzseitige Kundenaufteilung ist somit als horizontale Wettbewerbsabrede zwischen Bucher und Brenntag zu werten, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu würdigen ist (Ziff. 8 Abs. 3 VertBek).

B.4.1.3.2. Verhältnis Brenntag – Lieferantin von AdBlue

57. Brenntag bringt vor, dass sie von einer Lieferantin von AdBlue zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt und als alleinige Vertreiberin von AdBlue in der Schweiz eingesetzt worden sei und gewissermassen «als verlängerter Arm der Produzentin» von AdBlue agiere (siehe oben, Rz 17). Infolgedessen solle sie von der Privilegierung von Herstellerinnen gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek profitieren. Nachfolgend soll deshalb geprüft werden, ob das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue Einfluss auf die Beurteilung hat, dass es sich bei der absatzseitigen Kundenaufteilung zwischen Bucher und Brenntag um eine horizontale Wettbewerbsabrede handelt, die nach den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen ist.

58. Das EU-Kartellrecht behandelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeiten eines Vertreters dem Auftraggeber zuzurechnen sind, anhand sog. «Handelsvertreterverträge». In Anlehnung an das EU-Recht (vgl. Erw.-Gr. VII VertBek) wird nachfolgend geprüft, ob das Vertragsverhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertreterverhältnis» zu qualifizieren ist (siehe unten, Rz 64 ff.). Selbst wenn das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertreterverhältnis» zu qualifizieren wäre, ist unklar, ob die von Brenntag mit Bucher getroffene Kundenaufteilungsabrede der Lieferantin von AdBlue zuzurechnen wäre (siehe unten, Rz 72). Würde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertretervertrag» qualifiziert und das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet, ist darüber hinaus offen, ob ein Handelsvertreter sich auf den dualen Vertrieb gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek berufen könnte und die VertBek Anwendung finden würde (siehe unten, Rz 73).

Vertragliche Bestimmungen

59. […][81]

60. […][82]

61. Aufgrund des Agreements ist Brenntag von einer Lieferantin von AdBlue zum Vertrieb von AdBlue in der Schweiz ermächtigt.[83] Brenntag vertritt ihre Lieferantin von AdBlue gemäss deren Instruktion und darf sie in diesen Schranken vertraglich binden. Verkäufe erfolgen im Namen von Brenntag, aber auf Rechnung der Lieferantin von AdBlue.[84]

62. Das Agreement sieht vor, dass Brenntag ein Konsignationslager führt. Das Eigentum an der Vertragsware geht direkt von der Lieferantin von AdBlue auf den Käufer über. Im Verhältnis zu Brenntag übernimmt die Lieferantin von AdBlue diverse Kosten wie solche, die aufgrund vertragsgemässer Durchführung des Vertrags entstehen, sowie Liefer- und Versicherungskosten. Die Lieferantin von AdBlue übernimmt auch das Risiko der Nichterfüllung.[85]

63. Gemäss Agreement […][86]

«Handelsvertreterverhältnis»?

64. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien sind bei Handelsvertreterverträgen die Ankaufs- und die Verkaufsfunktionen des Vertreters Teil der Tätigkeiten des Auftraggebers. Da der Auftraggeber die geschäftlichen und finanziellen Risiken trägt, die mit dem Verkauf und Ankauf der Vertragswaren und -dienstleistungen verbunden sind, fallen bei Handelsvertreterverträgen sämtliche dem Vertreter auferlegten Verpflichtungen bezüglich der im Namen des Auftraggebers geschlossenen und/oder ausgehandelten Verträge nicht unter Art. 101 Abs. 1 AUEV.[87]

[79] Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 70), Art. 2 Abs. 4 N 473.
[80] Vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (Fn 70), Art. 2 Abs. 4 N 480, FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER, Vertical Agreements in EU Competition Law, 3. Aufl. 2018, N 4.44.
[81] Act. 87, Beilage 1, Ziff. 2.2.
[82] Act. 87, Beilage 1, Ziff. 24.3.
[83] Act. 78a, Rz 11.
[84] Act. 90.
[85] Act. 90.
[86] Act. 87, Beilage 1.
[87] Rz 12 ff. EU-Vertikalleitlinien (Fn 66). Zum Handelsvertreterverhältnis vgl. auch WIJCKMANS/TUYTSCHAEVER (Fn 80), N 9.136 ff.

65. Im Schweizer Kartellrecht gibt es keine Bestimmungen, welche vorsehen, wie Personen, die im Auftrag einer anderen Person (Auftraggeber) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers handeln, kartellrechtlich zu behandeln sind.[88] Anders ist dies in der EU. Die EU-Vertikalleitlinien behandeln diese Konstellation mit dem Rechtsinstitut des Handelsvertreters (siehe oben, Rz 64). Gestützt auf die Erw.-Gr. VI. und VII. VertBek können die in der EU entwickelten Grundlagen bezüglich der Risikoverteilung zur Klärung der Frage herangezogen werden, ob die Tätigkeit des Auftragnehmers aufgrund des fehlenden unternehmerischen Risikos vollumfänglich dem Auftraggeber zuzurechnen ist.[89]

66. Gemäss den EU-Vertikalleitlinien ist ein Handelsvertreter eine juristische oder natürliche Person, die mit der Vollmacht ausgestattet ist, im Auftrag einer anderen Person (des Auftraggebers) entweder im eigenen Namen oder im Namen des Auftraggebers Verträge auszuhandeln und/oder zu schliessen, die Folgendes zum Gegenstand haben:

- den Ankauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Auftraggeber, oder
- den Verkauf von Waren oder Dienstleistungen des Auftraggebers.[90]

67. Eine Vereinbarung gilt als Handelsvertretervertrag, wenn der Handelsvertreter bezüglich der Verträge, die er im Namen des Auftraggebers schliesst und/oder aushandelt, bezüglich marktspezifischer Investitionen für diesen Tätigkeitsbereich und bezüglich anderer Tätigkeiten, die der Auftraggeber für denselben sachlich relevanten Markt als erforderlich erachtet, keine oder nur unbedeutende Risiken[91] trägt.[92]

68. Sofern der (Handels-)Vertreter eines oder mehrere der vorgenannten Risiken oder Kosten zu tragen hat, kann die Vereinbarung zwischen Vertreter und Auftraggeber nicht als Handelsvertretervertrag gewertet werden. Die Frage des Risikos muss allerdings im Einzelfall beantwortet werden, wobei vorzugsweise auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und weniger auf die Rechtsform abzustellen ist.[93]

69. Brenntag macht geltend, dass sie von der Privilegierung der Herstellerin gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek profitieren sollte und zwar aus folgenden Gründen: Aufgrund des Agreements sei Brenntag alleinige Vertreiberin von AdBlue einer Lieferantin von AdBlue in der Schweiz. Brenntag vertrete ihre Lieferantin von AdBlue gemäss deren Instruktion und dürfe sie in diesen Schranken vertraglich binden. Verkäufe erfolgten im Namen von Brenntag, aber auf Rechnung ihrer Lieferantin (siehe oben, Rz 61). Daraus werde ersichtlich, dass Brenntag im Anwendungsbereich des Agreements gewissermassen als verlängerter Arm der Produzentin von AdBlue agiere.[94]

70. Nach Ansicht der WEKO lässt das Agreement den Schluss zu, dass Brenntag beim Vertrieb von AdBlue möglicherweise Risiken trägt (siehe oben, Rz 63), welche – wenn Brenntag denn solche tragen sollte – unter Umständen einen Umfang haben könnten, der über die Bedeutungslosigkeit hinausgeht.

71. Für die Klärung der Frage, ob Brenntag tatsächlich wirtschaftliche Risiken trägt und falls ja, in welchem Umfang, wären weitere, möglicherweise umfangreiche Abklärungen nötig gewesen. Eine abschliessende Erhebung des Sachverhalts scheint aufgrund des Vorliegens eines Einzelfalles, des voraussichtlichen Verfahrensaufwands, der Praktikabilität und Komplexität des Verfahrens, der Verfügbarkeit von Beweismitteln, der Kooperation der beteiligten Unternehmen, der Einstellung der Verhaltensweise und des Abschlusses von einvernehmlichen Regelungen unverhältnismässig. Aufgrund dieser Gesamtwürdigung der Interessenlage im vorliegenden Fall wurde auf solche Abklärungen verzichtet.

Zurechnung Verhalten Brenntag an Lieferantin von AdBlue?

72. Würde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertretervertrag» qualifiziert, stellt sich die Frage, ob das hier in Frage stehende Verhalten von Brenntag, das heisst die Kundenaufteilung mit Bucher, mithin ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten, ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet werden kann, oder ob lediglich geschäftliche Tätigkeiten i.e.S. zugerechnet werden. Für eine Zurechnung des Verhaltens von Brenntag an ihre Lieferantin von AdBlue spricht beispielsweise die Rechtsprechung des Europäischen Gerichts. Dieses hielt fest, dass «wettbewerbswidriges Verhalten des Handelsvertreters im Rahmen dieser Tätigkeit dem Geschäftsherrn ebenso zugerechnet werden [kann], wie es bei einem Arbeitgeber in Bezug auf die von einem seiner Beschäftigten begangenen rechtswidrigen Handlungen der Fall ist, auch ohne Nachweis der Kenntnis des Geschäftsherrn vom wettbewerbswidrigen Verhalten des Handelsvertreters.»[95]

---

[88] Das Schweizer Zivilrecht kennt jedoch im Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220) mit dem Auftrag (Art. 394 ff. OR), insb. dem Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR), und der Kommission (Art. 425 ff. OR) Vertragsverhältnisse, die das Handeln im Auftrag einer anderen Person entweder im eigenen oder im Namen des Auftraggebers regeln.

[89] Vgl. Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30.10.2019, E. 6.3, *Les Editions Flammarion SA/COMCO*; RPW 2013/4, 481 f. Rz 32 ff., *Costa Kreuzfahrten*; RPW 2016/1, 79 Rz 97 f., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2017/4, 701 ff. Rz 45 ff., *Gutachten: Vertrieb ausländischer Zeitschriften in der Schweiz*; RPW 2018/2, 256 Rz 86 ff., *marché du livre écrit en français*. Siehe auch HADI MIRZAI/MARQUARD CHRISTEN, Handelsvertreterverhältnisse im Kartellrecht, in: Jusletter vom 15.10.2018, welche u.a. einen Überblick über die Beratungspraxis des Sekretariats i.S. Handelsvertreterverhältnisse geben.

[90] EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 12.

[91] Für eine genauere Umschreibung dieser drei Arten finanzieller oder geschäftlicher Risiken, die für die Einstufung als Handelsvertretervertrag von Bedeutung sind, siehe EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 14. In Rz 16 der EU-Vertikalleitlinien findet sich ausserdem eine nicht abschliessende Aufstellung solcher Risiken.

[92] EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 15.

[93] EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 17.

[94] Act. 78a, Rz 11 ff.

[95] Urteil des EuG vom 15.7.2015 T-418/10 *voestalpine/Kommission*, EU:T:2015:516, Rz 175.

Berufung Handelsvertreter auf dualen Vertrieb?

73. Würde das Verhältnis zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue als «Handelsvertretervertrag» qualifiziert und das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet, ist darüber hinaus offen, ob ein Handelsvertreter sich auf den dualen Vertrieb gemäss Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek berufen könnte. Im Falle eines dualen Vertriebs wird die Auffassung vertreten, dass etwaige Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen Hersteller und Einzelhändler auf Einzelhandelsebene im Allgemeinen weniger bedeutsam sind als die potenziellen Auswirkungen der vertikalen Liefervereinbarung auf den Wettbewerb auf Hersteller- oder Einzelhandelsebene.[96] Folglich soll es dem Hersteller, der im Wettbewerb mit anderen Herstellern steht, überlassen sein, wie er seinen Vertrieb gestaltet. Der duale Vertrieb ist somit grundsätzlich dem Hersteller vorbehalten. Offen bleibt, ob sich ein Handelsvertreter darauf berufen kann.

Fazit

74. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wird nicht weiter abgeklärt, ob Brenntag im Verhältnis mit ihrer Lieferantin von AdBlue wirtschaftliche Risiken trägt und falls ja, in welchem Umfang. Infolgedessen bleibt offen, ob Brenntag als Handelsvertreterin ihrer Lieferantin zu qualifizieren ist und die Verhaltensweisen von Brenntag somit grundsätzlich ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen sind. Weiter wird offengelassen, ob ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten eines Handelsvertreters dem Auftraggeber zugerechnet werden kann, und ob sich ein Handelsvertreter auf den dualen Vertrieb berufen kann. Demgemäss ist nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung um eine horizontale Abrede handelt, die nach den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu beurteilen ist.

B.4.1.4. Abrededauer

75. Der Kooperationsvertrag mit der darin vereinbarten Kundenaufteilung ist datiert vom 5. Mai 2014 (siehe oben, Rz 34). Mit Schreiben vom 9. Juni 2017 erklärte Bucher gegenüber Brenntag die in der Beilage zum Kooperationsvertrag festgehaltene Kundenaufteilung und die diesbezügliche Änderung vom 20. August 2015 wegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken mit sofortiger Wirkung als ungültig.[97] Brenntag erklärte sich mit Schreiben vom 29. Juni 2017 einverstanden, dies «*insbesondere im Licht der neusten Rechtsprechung des Bundes*»[98] und im Hinblick darauf, dass diese Regelungen in der gemeinsamen Geschäftstätigkeit in der Vergangenheit kaum Beachtung gefunden hätte.[99] Die vertragliche Kundenaufteilung wurde von den Parteien also im Juni 2017 infolge wettbewerbsrechtlicher Bedenken aufgehoben. Somit dauerte die Abrede rund drei Jahre.

B.4.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

76. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs u.a. bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

77. Vorliegend wird nicht abschliessend geklärt, ob Brenntag im Verhältnis mit ihrer Lieferantin von AdBlue wirtschaftliche Risiken trägt, und falls ja, in welchem Umfang, und ob Brenntags Verhalten demnach Brenntag oder ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen ist. Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung, die Brenntag und Bucher vereinbart haben, um eine Abrede zwischen Konkurrenten handelt, die gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes zu beurteilen ist. Eine Abrede über eine Kundenaufteilung im horizontalen Verhältnis beseitigt vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb. Dagegen erfüllt eine absatzseitige Abrede über eine Kundenaufteilung zwischen Wettbewerbern, die gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist, keinen der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 KG.

78. Zusammenfassend wird festgehalten, dass vorliegend nicht nachgewiesen ist, dass die Kundenaufteilung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu subsumieren ist. Zu prüfen bleibt, ob die Kundenaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.

B.4.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

79. Für die nachfolgende Prüfung wird zu Gunsten der Parteien davon ausgegangen, dass das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet wird, Brenntag als Handelsvertreterin sich auf den dualen Vertrieb berufen kann und die absatzseitige Kundenaufteilung demnach – gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 Bst. a VertBek – nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist (siehe oben, Rz 74).

80. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

81. Liegen keine Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor oder ist dies – wie im vorliegenden Fall – nicht nachgewiesen, so ist die Wettbewerbsabrede nur dann als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen, wenn die Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien ergibt, dass kein Bagatellfall vorliegt.[100]

---

[96] EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 28.
[97] Act. 1, Beilage 4.
[98] Die WEKO geht davon aus, dass damit BGE 143 II 297 ff., *Gaba*, gemeint ist.
[99] Act. 1, Beilage 5.
[100] RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 201.

82. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b VertBek).

83. Nachfolgend wird geprüft, ob die vorliegende Wettbewerbsabrede als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen ist (siehe unten, Rz 89 ff.). Dies erfordert vorab die Definition des relevanten Marktes (siehe dazu Rz 84 ff.).

B.4.3.1. Relevante Märkte

Sachlich relevanter Markt

84. 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[101] analog).[102] Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[103] Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.[104]

85. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die im Kooperationsvertrag zwischen Brenntag und Bucher vereinbarte absatzseitige Kundenaufteilung. Marktgegenseite von Bucher und Brenntag sind gewerbliche Endverbraucher[105] (z.B. Werkhöfe, Bauunternehmen, Verkehrsbetriebe, Kieswerke) und Wiederverkäufer (z.B. Tankstellenketten), die AdBlue nachfragen. Da die Nachfrage von Wiederverkäufern wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der sachlichen Marktdefinition.

86. AdBlue ist eine wässrige Harnstofflösung, die den Ausstoss von Stickoxiden (NOx) bei Dieselmotoren reduziert (vgl. oben, Rz 4). Gemäss den verfügbaren Informationen ist AdBlue aus Sicht der Endverbraucher nicht mit anderen Produkten substituierbar und stellt daher einen eigenständigen sachlich relevanten Markt dar.[106] Diese Ansicht deckt sich mit der Praxis der EU-Kommission.[107] Eine weitere Marktsegmentierung nach Liefermodalität (Offenlieferung/Gebinde) scheint aufgrund der Angebotssubstituierbarkeit nicht angezeigt zu sein (vgl. oben, Rz 53).

Räumlich relevanter Markt

87. 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 analog).

88. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass gewerbliche Endverbraucher und Wiederverkäufer in der Schweiz AdBlue in erster Linie in der Schweiz und nicht lokal nachfragen. Gegen eine grössere räumliche Marktabgrenzung als die Schweiz sprechen sodann die Umstände, dass laut Angaben von Brenntag jeglicher Import von loser Ware nur möglich sei, wenn das importierende Unternehmen über die entsprechenden technischen Einrichtungen (Tankwagen, Tank- und Abfüllvorrichtungen) verfüge. Deshalb würden Direkt- und Parallelimporte[108] nicht unerhebliche Investitionen in entsprechende Einrichtungen bedingen.[109] Bucher schätzt die Rolle von Parallelimporten denn auch als beschränkt ein.[110] Der räumlich relevante Markt für AdBlue wird deshalb national abgegrenzt.

B.4.3.2. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

89. Vorliegend ist erwiesen, dass Brenntag und Bucher zwischen 2014 und 2017 eine absatzseitige Kundenaufteilung vereinbart haben. Zu prüfen ist, ob durch die Kundenaufteilung auch Passivverkäufe, d.h. die Erledigung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kundinnen und Kunden,[111] eingeschränkt worden sind.

90. In der Anlage 3 zum Kooperationsvertrag ist festgehalten, dass gewisse Kundinnen und Kunden exklusiv nur durch Bucher resp. Brenntag beliefert werden. Im Kooperationsvertrag wird nicht zwischen passiven und aktiven, d.h. die aktive Ansprache einzelner Kundinnen und Kunden,[112] Verkäufen unterschieden, doch legt eine Auslegung dieser Klausel nach dem Wortlaut nahe, dass Bucher resp. Brenntag die Kundinnen und Kunden exklusiv beliefern soll, ungeachtet dessen, ob die Lieferung aufgrund einer unaufgeforderten Bestellung einzelner Kundinnen und Kunden oder aktiven Ansprache einzelner Kundinnen und Kunden ausgelöst wurde.

91. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek wird eine Beschränkung der Kundengruppen, an die ein an der Vereinbarung beteiligter Abnehmer verkaufen darf, als qualitativ schwerwiegend betrachtet. Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes liegt jedoch nicht vor bei Beschränkungen des aktiven Verkaufs an Kundengruppen, die

[101] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[102] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[103] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C_75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.
[104] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[105] Als Endverbraucher gelten nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten, sondern auch gewerbliche Endverbraucher. Vgl. dazu EU-Vertikalleitlinien (Fn 66), Rz 55; STEFFEN NOLTE, in: Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 13. Aufl. 2018, nach Art. 101 AEUV N 517; ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHEMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 6 N 193 ii.
[106] Act. 6, 7.
[107] KOMM, COMP/M.4730 vom 21.9.2007, Rz 189 ff., *Yara/Kemira Growhow*.
[108] Von Direktimport wird gesprochen, wenn Endkundinnen und Endkunden Produkte im Ausland einkaufen und in die Schweiz einführen. Von Parallelimporten wird gesprochen, wenn Händler Produkte im Ausland erwerben und ausserhalb der vom Hersteller vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz einführen.
[109] Act. 43, Rz 53 f.
[110] Act. 6, 7.
[111] Näheres zur Definition von Passivverkäufen siehe Ziff. 3 VertBek.
[112] Näheres zur Definition von Aktivverkäufen siehe Ziff. 2 VertBek.

der Abnehmer sich selbst vorbehalten hat, vorausgesetzt, dass Passivverkäufe uneingeschränkt möglich sind (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b i) VertBek). Diese Ausnahme greift vorliegend nicht, weil Passivverkäufe aufgrund des Wortlauts der Kundenaufteilungsklausel im Kooperationsvertrag ausgeschlossen sind. Folglich liegt eine qualitativ schwerwiegende Abrede im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek vor.

B.4.3.3. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

92. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;[113] d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt.

93. Da die absatzseitige Kundenaufteilung eine qualitativ schwerwiegende Abrede gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek darstellt (siehe oben, Rz 91), braucht es in quantitativer Hinsicht nur wenig, um die Abrede gestützt auf eine Gesamtbeurteilung der betrachteten qualitativen und quantitativen Kriterien als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (siehe oben, Rz 82).

94. Der mengenbasierte Marktanteil von Brenntag auf dem Schweizer Markt für AdBlue lag im Untersuchungszeitraum gestützt auf Schätzungen von Brenntag zwischen [20–30] % im Jahr 2014 und [10–20] % im Jahr 2017. Gestützt auf die Schätzungen des Gesamtmarktvolumens von Brenntag und die Liefermengen von Brenntag an Bucher ergeben sich geschätzte Marktanteile von Bucher in Höhe von [0–10] % im Jahr 2014 und [0–10] % im Jahr 2017.[114] Bucher schätzt die eigenen mengenbasierten Marktanteile auf [0–10] % im Jahr 2016 und [0–10] % im Jahr 2017.[115]

95. Nebst Bucher und Brenntag gibt es eine Reihe anderer Anbieter mit Vertrieb von AdBlue in der Schweiz. Dazu gehört insbesondere die BASF SE, Deutschland, mit der Schweizer Vertriebspartnerin Thommen-Furler AG, die österreichische Borealis AG mit Vertrieb über ein eigenes Netz und externe Partner sowie die deutsche Hoyer mit der Schweizer Vertriebspartnerin Oel Pool AG. Weitere Wettbewerber sind Tankstellenketten (z.B. Shell, Avia, Total) und internationale Transportunternehmen.[116]

96. Aufgrund der Marktanteile von Brenntag und Bucher und der Konkurrenzsituation auf dem schweizerischen Markt für AdBlue zeitigte die absatzseitige Kundenaufteilung quantitative Auswirkungen auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue.

B.4.3.4. Fazit

97. Gestützt auf eine Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien kommt die WEKO zum Schluss, dass die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede zwischen Bucher und Brenntag den Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigte.

B.4.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

98. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

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

99. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, welche die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen könnten. Die Parteien haben auch keine möglichen Effizienzgründe geltend gemacht.

B.4.5. Ergebnis

100. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Die im Kooperationsvertrag zwischen Brenntag und Bucher vereinbarte Kundenaufteilung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 31 ff.).
- Vorliegend wird nicht abschliessend geklärt, wie die Risikoverteilung zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue aussieht, und ob Brenntags Verhalten, d.h. die absatzseitige Kundenaufteilung mit Bucher, folglich Brenntag selber oder ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen ist (vgl. oben, Rz 71 f.). Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung um eine Abrede zwischen Konkurrenten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG handelt (vgl. oben, Rz 77 f.).
- Unter der Voraussetzung, dass das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet wird, Brenntag als Handelsvertreterin sich auf den dualen Vertrieb berufen kann und die absatzseitige Kundenaufteilung demnach – gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 VertBek – nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist, beeinträchtigte die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede den Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich (vgl. oben, Rz 79 ff.).
- Es sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich (vgl. oben, Rz 99).

[113] Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.
[114] Act. 1, 6; Act. 36, 43, Rz 45 f.
[115] Act. 1, 6; Act. 6, 5; Act. 36, 41, 65.
[116] Act. 43, Rz 48 f.; Act. 1, 6; Act. 6, 2 f.

101. Die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede zwischen Bucher und Brenntag ist somit eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

B.5. Massnahmen – einvernehmliche Regelung

102. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

103. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat im Februar 2018 mit Bucher eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (siehe oben, Rz 11), welche im September 2019 an den aktuellen Stand des Verfahrens angepasst wurde (siehe oben, Rz 21). Die einvernehmliche Regelung mit Brenntag hat das Sekretariat im August 2019 abgeschlossen (siehe oben, Rz 20).

104. Die einvernehmliche Regelung mit Bucher lautet wie folgt:[117]

«A. Vorbemerkungen

a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0485 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 Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. 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 werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0485 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Bucher einvernehmlich und abschliessend geregelt.

d) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.

e) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Bucher keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Bucher fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Bucher und der Brenntag Schweizerhall AG.

B. Vereinbarung

Bucher verpflichtet sich, sich mit der Brenntag Schweizerhall AG nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.»

105. Die einvernehmliche Regelung mit Brenntag lautet wie folgt:[118]

«A. Vorbemerkungen

a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0485 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 Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. 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 werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen hinsichtlich aller Gegenstand der Untersuchung 22-0485 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Brenntag einvernehmlich und abschliessend geregelt.

d) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.

e) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens Brenntag keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Brenntag fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten von Brenntag und der Bucher AG Langenthal.

B. Vereinbarung

Brenntag verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.»

106. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar.

107. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegenden einvernehmlichen Regelungen 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.[119]

[117] Act. 98.
[118] Act. 91.
[119] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

C. Kosten

108. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG[120] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

109. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend haben die Verfügungsadressatinnen das beanstandete Verhalten aufgegeben und sich zu einer einvernehmlichen Regelung verpflichtet. Eine Gebührenpflicht ist daher zu bejahen.

110. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt 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).

111. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 369 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 32 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 4’160
- 323 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 64’600
- 14 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 4’060

112. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 72’820.

113. Gemäss der Praxis der WEKO wird eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen, wobei eine Ausnahme gemacht werden kann, wenn diese Regelung zu einem stossenden Ergebnis führt.[121] Eine Pro-Kopf-Verteilung der Kosten entspricht dem Verursacherprinzip am besten, weil der grösste Teil des Aufwands nicht einer bestimmten Verfahrenspartei zuordenbar ist, sondern auf die Fallbearbeitung an sich entfällt. Hat allerdings eine bestimmte Partei ausnahmsweise nur sie und nicht den Fall als solchen, wozu u.a. Sachverhaltsabklärungen gehören, betreffenden Aufwand verursacht, etwa weil einzelne Verfahrensschritte nur bezüglich einer Partei erforderlich wurden (z.B. der Erlass einer Auskunftsverfügung), so rechtfertigt das hinsichtlich dieses spezifischen Aufwands eine Abweichung von einer «Pro-Kopf-Verteilung» und eine Auferlegung der dadurch verursachten Kosten an die entsprechende Partei.[122]

114. Am 13. Juli 2018 stellte Brenntag ein Ausstandsbegehren, welches sie zurückzog, nachdem der Direktor des Sekretariats in seiner Stellungnahme dargelegt hatte, dass keine Ausstandsgründe vorliegen würden (siehe oben, Rz 15). Die Kosten von CHF 3'700 (18,5 Stunden zu CHF 200) für die Bearbeitung des Ausstandsbegehrens sind einzig Brenntag aufzuerlegen, da ausschliesslich sie den betreffenden Aufwand verursacht hat.

115. Der übrige Aufwand des vorliegenden Verfahrens ist durch die Bearbeitung des Falles und insbesondere durch Sachverhaltsabklärungen entstanden. Die restlichen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 69’120 werden deshalb Bucher und Brenntag zu gleichen Teilen auferlegt.

D. Ergebnis

116. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Die im Kooperationsvertrag zwischen Brenntag und Bucher vereinbarte Kundenaufteilung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar (vgl. oben, Rz 31 ff.).
- Vorliegend wird nicht abschliessend geklärt, wie die Risikoverteilung zwischen Brenntag und ihrer Lieferantin von AdBlue aussieht, und ob Brenntags Verhalten, d.h. die absatzseitige Kundenaufteilung mit Bucher, folglich Brenntag selber oder ihrer Lieferantin von AdBlue zuzurechnen ist (vgl. oben, Rz 71 f.). Es ist deshalb nicht nachgewiesen, dass es sich bei der Kundenaufteilung um eine Abrede zwischen Konkurrenten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG handelt (vgl. oben, Rz 77 f.).
- Unter der Voraussetzung, dass das Verhalten von Brenntag ihrer Lieferantin von AdBlue zugerechnet wird, Brenntag als Handelsvertreterin sich auf den dualen Vertrieb berufen kann und die absatzseitige Kundenaufteilung demnach – gestützt auf Ziff. 8 Abs. 2 VertBek – nach der Vertikalbekanntmachung zu beurteilen ist, beeinträchtigte die absatzseitige Kundenaufteilungsabrede den Wettbewerb auf dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von AdBlue im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich (vgl. oben, Rz 79 ff.).
- Es sind keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG ersichtlich (vgl. oben, Rz 99).
- Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 72’820. Davon werden CHF 3'700 für die Bearbeitung des Ausstandsbegehrens Brenntag auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 69’120 werden Bucher und Brenntag zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. oben, Rz 108 ff.).

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der Bucher Langenthal AG mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 13. September 2019 resp. 24. September 2019 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 104):

   Bucher verpflichtet sich, sich mit der Brenntag Schweizerhall AG nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.

[120] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[121] RPW 2016/3, 717 Rz 449, *Flügel und Klaviere* m.w.H. auf RPW 2013/4, 646 Rz 1043, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[122] Zum Ganzen RPW 2013/4, 646 Rz 1047, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von der Brenntag Schweizerhall AG mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. August 2019 resp. 20. August 2019 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 105):

   Brenntag verpflichtet sich, sich mit der Bucher AG Langenthal nicht über eine Aufteilung von Kunden von AdBlue auszutauschen.

3. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

4. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf CHF 72’820 und werden wie folgt auferlegt:

   - Bucher AG Langenthal CHF 34’560
   - Brenntag Schweizerhall AG CHF 38’260

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Brenntag Schweizerhall AG, in Basel, vertreten durch […]
- Bucher AG Langenthal, in Langenthal, vertreten durch […]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. Apollo/Tech Data**

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 30. März 2020*

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. März 2020

1. Am 4. März 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der Tech Data Corporation (nachfolgend: Tech Data) durch Investmentfonds, die von mit der Apollo Management, L.P., verbundenen Gesellschaften verwaltet werden (nachfolgend zusammen: Apollo), wodurch Apollo die alleinige Kontrolle über Tech Data erlangt.

2. **Apollo** ist eine US-amerikanische Investmentgesellschaft mit Sitz in New York, New York, USA, die verschiedene Investmentfonds verwaltet, mit welchen sie an diversen Gesellschaften beteiligt ist.[3] Apollo hat mehrere Portfoliogesellschaften, die mit ihren Geschäftstätigkeiten Umsätze in der Schweiz generieren. Eines dieser Unternehmen ist **Rackspace, Inc.**, welches ein Portfolio von integrierten IT Hosting-Lösungen anbietet, zu welchen unterschiedliche Cloud-Lösungen gehören. Rackspace generiert in diesem Segment Einnahmen sowohl als Wiederverkäufer der zugrundeliegenden Cloud-Infrastruktur als auch durch die Bereitstellung von Support und Management-/Professional-Dienstleistungen.

3. **Tech Data** ist eine US-amerikanische Gesellschaft mit Sitz in Clearwater, Florida, USA. Es handelt sich dabei um die Konzernmuttergesellschaft der Tech Data-Gruppe. Von der Tech Data-Gruppe sind die Tech Data Schweiz GmbH und die Tech Data International Sàrl in der Schweiz domiziliert. Tech Data ist weltweit im Grosshandel von Technologie-Produkten und Lösungen tätig. Tech Data erzielt den grössten Teil ihrer Einnahmen mit dem reinen Vertrieb, d.h. der Lieferung von Hardware- und Softwareprodukten ohne zusätzliche Dienstleistungen. Daneben erbringt Tech Data gegenüber ihren Kunden (Value-Added-Resellers, Direktvermarkter, Einzelhändler, Unternehmenswiederverkäufer und Anbieter von Managed Services) in geringerem Umfang auch Dienstleistungen betreffend Logistik, Integration, Supply-Chain-Management, technische Unterstützung und Schulung nach dem Verkauf, Marketingunterstützung, mobile Lösungen, Finanzdienstleistungen sowie strategische Managementberatung und Verkaufsschulung. Tech Data bietet zudem eine Cloud-Vertriebsdienstleistung an, bei welcher Cloud-Angebote mehrerer Anbieter zusammengeführt werden.

4. Laut Aussagen der Parteien stellt das Zusammenschlussvorhaben für Apollo eine Gelegenheit dar, ein vielversprechendes Unternehmen im IT-Vertriebssektor zu erwerben und das Management-Know-how von Apollo zu nutzen, damit Tech Data ihr volles Potenzial ausschöpfen könne.

5. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 19. Februar 2020 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) angemeldet.[4]

6. Der Kontrollerwerb durch Apollo soll indirekt über die Tiger Midco, LLC (nachfolgend: Tiger Midco) erfolgen, welche direkt von Apollo kontrolliert wird. Die hundertprozentige Tochtergesellschaft von Tiger Midco, die Tiger Sub Co., wird mit Tech Data fusionieren. Apollo wird nach Abschluss des Zusammenschlusses sämtliche Stammaktien von Tech Data besitzen und dadurch die alleinige Kontrolle ausüben. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor.

7. Apollo und Tech Data erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem geplanten Zusammenschluss insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF […] Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Verordnung vom 17.06.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[3] Apollo ist der WEKO aus früheren Zusammenschlüssen bekannt (vgl. RPW 2011/1, 200, *CVC Capital Partners/Apollo Management/Brit Insurance*; RPW 2010/3, 784 Rz 2, *Apollo/Omega*).
[4] Vgl. KOMM, COMP/M.9689 vom 19.2.2020, *Apollo Management/Tech Data Corporation*.

8. Bezüglich allfällige horizontale Überschneidungen halten die Parteien fest, dass eine minimale, theoretische, horizontale Überschneidung hinsichtlich ergänzenden Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Cloud-Computing[5] bestehen könnte: bei Tech Data als Ergänzung zu ihrem Vertriebsgeschäft und bei Rackspace als Ergänzung zu ihrem Geschäft mit Cloud-Lösungen. Laut Parteien konkurrieren sie jedoch nicht miteinander, da sie unterschiedliche Beratungsdienste für unterschiedliche Kunden erbringen würden. Tech Data erbringe die Beratungsdienstleistungen gegenüber seinen Vertriebspartnern (d.h. Wiederverkäufern) und Rackspace auf Anwendungsebene gegenüber den Endnutzern. Ob diese ergänzenden Beratungsdienste zum Vertriebsgeschäft zu einem allfälligen Markt des Vertriebs von IT Produkten oder zum allfällig vom Markt für IT-Dienstleistungen sachlich separat abzugrenzenden Markt für Cloud-Dienste gehören, kann im Ergebnis offengelassen werden, wie die nachfolgende Analyse zeigt.

9. Zudem könnte im Umfang, in dem Tech Data auch Cloud-Lösungen und -Produkte vertreibt, eine potenzielle, vertikale Verbindung zwischen Tech Data als Kunde und Rackspace als Anbieter bestehen.[6] Diese Aktivitäten dürften in den Bereich der allenfalls von den IT Dienstleistungen zu separierenden Cloud-Dienste fallen.

10. Die WEKO unterschied in der Vergangenheit zwischen dem Markt für den Vertrieb von IT-Produkten[7] und dem Markt für IT-Dienstleistungen[8]. Beim Vertrieb von IT-Produkten wird grundsätzlich zwischen direktem Vertrieb[9] und indirektem Vertrieb[10] unterschieden.[11] Gemäss Praxis der WEKO umfasst der sachlich relevante Markt bezüglich des Vertriebs von IT-Produkten zumindest alle Formen des indirekten Vertriebs von IT-Produkten. Eine engere sachliche Abgrenzung, welche ausschliesslich den zweistufigen indirekten Vertrieb via Grosshändler umfasst, erachtete die WEKO als zu eng. Sie zog als Alternative auch einen Markt für den Gesamtvertrieb (direkter und indirekter Vertrieb) in Erwägung, liess diese Frage letztlich jedoch offen.[12] Als nicht sachgerecht erschien der WEKO, den Markt nach verschiedenen IT-Produkten aufzuteilen.[13] Die EU-Kommission grenzt praxisgemäss einen Markt für den Grosshandel mit IT-Produkten ab, wobei damit verbundene Dienstleistungen wie Kundendienst, Schulungen und Finanzdienstleistungen für Kunden als Teil dieses Marktes angesehen werden. Offen liess die EU-Kommission, ob der Markt für den Grosshandel mit IT-Produkten weiter nach Produktkategorien zu unterteilen ist und ob der Direktvertrieb zu diesem sachlichen Markt gehört oder nicht.[14] Die exakte sachliche Marktabgrenzung bezüglich den Vertrieb von IT-Produkten kann vorliegend offenbleiben, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

11. In geographischer Hinsicht hat die WEKO bisher keine definitive räumliche Marktabgrenzung vorgenommen, hielt jedoch fest, dass die sachlich relevanten Märkte im Bereich des Vertriebs von IT-Produkten räumlich zumindest national abzugrenzen seien.[15] Die EU-Kommission fand im Entscheid *Tech Data/Corporation Azlan Group* Anhaltspunkte für eine EU-weite oder EWR-weite Abgrenzung des Marktes bezüglich des Grosshandels mit IT-Produkten, wies aber auch auf die Wichtigkeit lokaler Präsenz hin, um Kunden zu erreichen und zu unterstützen. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung liess die EU-Kommission in jenem Entscheid jedoch offen.[16] Auch hier kann die genaue räumliche Marktabgrenzung offenbleiben, wie die nachfolgende Analyse zeigt.

12. Hinsichtlich der Tätigkeiten der Parteien betreffend den Vertrieb von Cloud-Lösungen und -Produkten zählte die WEKO Cloud-Dienste in der Vergangenheit implizit zum Markt für IT-Dienstleistungen und grenzte die Cloud-Dienste nicht als separaten sachlich relevanten Markt ab.[17] In Übereinstimmung mit der EU-Praxis erwog die WEKO jedoch eine Segmentierung von IT-Dienstleistungen in Abhängigkeit (i) der Funktionalität der Dienstleistungen[18] und (ii) der verschiedenen Bran-

[5] Cloud-Computing bedeutet, dass Software, Speicherkapazitäten oder Rechnerleistung über ein Netzwerk, z.B. das Internet, oder innerhalb eines Virtual-Private-Network (VPN) bedarfsorientiert bezogen, d.h. gemietet werden. Die IT-Landschaft (z.B. Rechenzentrum, Datenspeicher, Mail- oder Kollaborationssoftware, Entwicklungsumgebungen oder Spezialsoftware) steht nicht mehr im Eigentum des Unternehmens und wird nicht mehr von diesen selbst betrieben, sondern von einem oder mehreren Cloud-Service-Anbietern als Dienstleistung (Service) gemietet (vgl. <www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/Internet_und_Computer/cloud-computing/erlaeuterungen-zu-cloud-computing.html>, 9.3.2020).

[6] Aus der Vergangenheit sind den Parteien lediglich zwei Verträge zwischen den Parteien bekannt: ein auf zwölf Monate beschränkter Hosting-Dienstleistungsvertrag von April 2012 betreffend die Vereinigten Staaten und ein Vertriebsvertrag aus dem Jahr 2013 betreffend das Vereinigte Königreich. Letztgenannter Vertrag scheint in den letzten Jahren inaktiv gewesen zu sein.

[7] Vgl. RPW 2017/1, 112 Rz 28 ff., *Tech Data/Avnet TS*; RPW 2007/3, 456 f. Rz 21 ff., *Tech Data/Actebis*.

[8] Vgl. statt vieler: RPW 2018/3, 685 Rz 10 f., *Partners Group AG/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited*.

[9] Der Hersteller verkauft die Produkte direkt an Endkunden.

[10] Der Hersteller verkauft die Produkte über Grosshändler und/oder Einzelhändler an Endkunden.

[11] Vgl. RPW 2017/1, 112 Rz 28 ff., *Tech Data/Avnet TS*; RPW 2007/3, 456 f. Rz 21 ff., *Tech Data/Actebis.*

[12] Vgl. RPW 2017/1, 112 Rz 34, *Tech Data/Avnet TS*; RPW 2007/3, 456 f. Rz 23 ff., *Tech Data/Actebis*.

[13] Vgl. RPW 2017/1, 112 Rz 34, *Tech Data/Avnet TS*; RPW 2014/3, 547 Rz 17, *Droege International Group AG/Verlagsgruppe Weltbild GmbH i.I.*; RPW 2007/3, 456 Rz 21, *Tech Data/Actebis*.

[14] Vgl. KOMM, COMP/M.7708 vom 21.10.2015, Rz 10 ff., *ALSO/PCF*; KOMM, COMP/M.7189 vom 21.5.2014, Rz 12 ff., *ALSO/ALPHA INTERNATIONAL*.

[15] Vgl. RPW 2017/1, 112 Rz 39 ff., *Tech Data/Avnet TS*; RPW 2007/3, 457 Rz 27, *Tech Data/Actebis*.

[16] Vgl. KOMM, COMP/M.3107 vom 24.3.2003, Rz 14, *Tech Data/Corporation Azlan Group*.

[17] Vgl. RPW 2017/1, 119 ff. Rz 7 i.V.m. Rz 31 ff., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

[18] Betreffend die Unterteilung von IT-Dienstleistungen nach Funktionalität grenzte die WEKO folgende Segmente ab: (i) Beratung; (ii) Umsetzung inkl. Softwareentwicklung; (iii) IT-Outsourcing; (iv) Business-Process-Outsourcing; (v) Software-Support; (vi) Hardware-Support und (vii) Ausbildung und Schulung (vgl. RPW 2018/3, 685 Rz 10, *Partners Group AG/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited*, mit Verweis auf RPW 2013/4, 667 f. Rz 54 ff., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 16, *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*).

chen[19], in denen die Kunden tätig sind. Die konkrete Marktabgrenzung liess die WEKO allerdings jeweils offen. Allenfalls könnten die Cloud-Dienste entsprechend der Praxis der EU-Kommission als Teil des Segments für IT-Outsourcing innerhalb des Gesamtmarktes für IT-Dienstleistungen eingeordnet werden. Die EU-Kommission stellte bisher nicht endgültig fest, ob IT-Outsourcing und Cloud-Dienste voneinander getrennte Märkte darstellen. Die Frage, ob Cloud-Dienste als Teil des Segments für IT-Outsourcing innerhalb des Gesamtmarktes für IT-Dienstleistungen einzuordnen wären, als auch die Frage, ob allenfalls ein separater sachlicher Markt für Cloud-Dienste abzugrenzen wäre, kann vorliegend jedoch offenbleiben, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse sich dadurch nicht verändert.[20]

13. In räumlicher Hinsicht ging die WEKO in früheren Entscheiden von nationalen Märkten im Bereich IT-Dienstleistungen aus.[21] In späteren Entscheiden hielt sie fest, dass der räumlich relevante Markt im Bereich IT-Dienstleistungen aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens unter Umständen räumlich auch weiter abgegrenzt werden könnte. Allerdings grenzte die WEKO den räumlichen Markt in jenen Entscheiden jeweils nicht definitiv ab.[22] Die EU-Kommission liess die Frage der räumlichen Marktabgrenzung bezüglich IT-Dienstleistungen bisher ebenfalls offen. Im Entscheid *IBM Italia/Business Solutions/JV* hielt die EU-Kommission fest, dass IT-Dienstleistungen auf nationaler Ebene erbracht würden, hauptsächlich aufgrund kundenspezifischer Lösungen betreffend Sprache und lokalen, betrieblichen Eigenheiten.[23] Im Entscheid *Computer Sciences Corporation/iSoft Group* erwog die EU-Kommission, die sachlich relevanten Märkte im Bereich IT-Dienstleistungen allenfalls EWR-weit oder weltweit abzugrenzen.[24] Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch vorliegend offen gelassen werden, wie die nachfolgende Analyse zeigt.

14. Laut Parteien haben sich die Anteile von Tech Data seit dem Zusammenschluss *Tech Data/Avnet TS* im Gesamtmarkt für den Vertrieb von IT-Produkten (sämtliche Verkäufe) und im Markt für den indirekten Vertrieb von IT-Produkten nicht wesentlich verändert. Gemäss dem Entscheid *Tech Data/Avnet TS* der WEKO von Januar 2017 lagen die kumulierten Marktanteile von Tech Data und Avnet TS sowohl beim Vertrieb von IT-Produkten als auch beim indirekten Vertrieb von IT-Produkten sowohl in der Schweiz als auch in Europa jeweils bei 5–10 %.[25] Apollo ist nicht im Vertrieb von IT-Produkten tätig. Allerdings könnte es, wie oben in Rz 8 bereits erwähnt, hinsichtlich der von Tech Data und Rackspace erbrachten, ergänzenden Beratungsdienstleistungen im Zusammenhang mit Cloud-Computing auf dem Markt des Vertriebs von IT-Produkten zu Überschneidungen kommen. Diesbezüglich schätzen die Parteien die Marktanteile für Beratungsdienstleistungen von Tech Data sowohl im EWR als auch in der Schweiz auf weniger als [0–10] %; jene von Rackspace im EWR auf etwa [0–10] % und in der Schweiz auf [0–10] %. Folglich gelten diese sachlich relevanten Märkte bezüglich des Vertriebs von IT-Produkten nicht als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

15. Hinsichtlich der Tätigkeiten von Tech Data und Rackspace im Bereich des Vertriebs von Cloud-Lösungen schätzen die Parteien, dass der Marktanteil von Tech Data in diesem Bereich sowohl in der EU als auch in der Schweiz weniger als [0–10] % beträgt, und dass der Marktanteil von Rackspace an Cloud-Lösungen sowohl im EWR als auch in der Schweiz in keinem möglichen Marktsegment [0–10]–[10–20] % übersteigt. Folglich handelt es sich bei diesen sachlich relevanten Märkten bezüglich des Vertriebs von Cloud-Lösungen nicht um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

16. Folglich gibt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken. 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.

[19] Betreffend die Segmentierung von IT-Dienstleistungen nach Branchen unterschied die WEKO zwischen folgenden Segmenten: (i) Bankwesen und Wertpapiere; (ii) Kommunikation; (ii) Medien und Dienstleistungen; (iv) Ausbildung; (v) Behörden; (vi) Gesundheitsdienstleister; (vii) Versicherung; (viii) Herstellung und Bodenschätze; (ix) Einzelhandel; (x) Transport; (xi) Energie und (xii) Grosshandel (vgl. RPW 2017/1, 121 Rz 33, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 16, *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*).

[20] Vgl. KOMM, COMP/M.8994 vom 19.10.2018, Rz 59 ff., *Microsoft/Github*; KOMM, COMP/M.8180 vom 21.12.2016, Rz 72 f., *Verizon/Yahoo*; KOMM, COMP/M.7458 vom 15.12.2014, Rz 15 ff., *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*.

[21] Vgl. RPW 2002/4, 633 Rz 21 f., *IBM Deutschland GmbH, Berlin, et PwC Consulting AG, Zürich*; RPW 2001/4, 757 Rz 25, *Swisscom/AGI IT Services*.

[22] Vgl. statt viele: RPW 2017/1, 122 Rz 39 f., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

[23] Vgl. KOMM, COMP/M.2478 vom 29.6.2001, Rz 25, *IBM Italia/Business Solutions/JV*.

[24] Vgl. KOMM, COMP/M.6237 vom 20.6.2011, Rz 17 ff., *Computer Sciences Corporation/iSoft Group*.

[25] RPW 2017/1, 113 f. Rz 43, *Tech Data/Avnet TS*.

B 2.3	**2. Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft**

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 19. März 2020

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. März 2020

1. Am 21. Februar 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Zürich) die alleinige Kontrolle über das CSS Unternehmensgeschäft[1] zu erwerben.

2. Die **Zürich** erwirbt das CSS Unternehmensgeschäft und ist deshalb kontrollierendes und damit auch beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU[2]. Als kontrollierendes Unternehmen ist die Zürich verpflichtet, die Meldung vorzunehmen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b. VKU). Bei der Zürich handelt es sich um eine nach schweizerischem Recht organisierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Die Zürich ist eine 100%-Tochtergesellschaft der Zurich Insurance Group AG, welche die Holdinggesellschaft der **Zurich-Gruppe** ist und ihren Sitz ebenfalls in Zürich hat. Die Aktien der Zurich Insurance Group AG sind an der SIX Swiss Exchange kotiert. Die Zurich-Gruppe ist ein global tätiger Konzern, der über seine Gruppengesellschaften Versicherungs-, Vorsorge- und Anlageprodukte für Privatpersonen und Unternehmen anbietet.[3]

3. Das **CSS Unternehmensgeschäft** wird durch das Zusammenschlussvorhaben auf die Zürich übertragen und stellt daher ein kontrolliertes und damit beteiligtes Unternehmen dar (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Umgesetzt wird das Zusammenschlussvorhaben durch den Verkauf und die Übertragung der relevanten Bestandteile des CSS Unternehmensgeschäfts («carve-out»). Anteile an Gesellschaften werden keine übertragen, die Transaktion stellt also einen «asset deal» und keinen «share deal» dar. Die zu übertragenden «Assets» liegen bei der CSS Versicherung AG einerseits und der CSS Kranken-Versicherung AG andererseits.[4] Die CSS Versicherung AG ist eine nach schweizerischem Recht organisierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Luzern. Die **CSS Kranken-Versicherung AG** ist ebenfalls eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Luzern. Beide Aktiengesellschaften sind direkte Tochtergesellschaften der CSS Holding AG, welche sämtliche Aktien beider Gesellschaften hält. Die **CSS Holding AG**, eine weitere Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Luzern, ist die Holdinggesellschaft der **CSS-Gruppe** (nachfolgend: CSS). Ihr einziger Aktionär ist der CSS Verein. Die **CSS** bietet über ihre einzelnen Gruppengesellschaften Kranken-, Unfall- und Sachversicherungen in der Schweiz an.

4. Gemäss Kauf- und Übertragungsvertrag […] (nachfolgend: Kauf- und Übertragungsvertrag)[5] wird das Portfolio der kollektiven Krankentaggeldversicherung nach VVG[6], der Unfallversicherung nach UVG[7] und der kollektiven Unfallversicherung nach VVG der CSS Versicherung AG inklusive Mitversicherungen (nachfolgend: **Unternehmensgeschäft Portfolio**) übertragen. Die Übertragung erfolgt gemäss Vertrag wie folgt: Die CSS Versicherung AG und die CSS Kranken-Versicherung AG[8] verkaufen und übertragen an die Zürich (i) den zum Unternehmensgeschäft Portfolio gehörenden Versicherungsbestand (laufende sowie beendete Versicherungen) mitsamt aller Aktiven und Passiven, (ii) die Arbeitsverträge der im übernommenen Geschäftsbereich tätigen Mitarbeitenden, (iii) die Rechte an Leistungen und die Leistungen aus relevanten Rückversicherungen sowie (iv) die zum CSS Unternehmensgeschäft gehörenden Unterlagen. Die Übertragung der laufenden und beendeten Versicherungsverträge des Unternehmensgeschäft Portfolios erfolgt mittels einer Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA gemäss Art. 62 VAG[9]. Die Übertragung der Arbeitsverhältnisse erfolgt gemäss Art. 333 OR[10].

5. Das **Zusammenschlussvorhaben** besteht im Erwerb der alleinigen Kontrolle der Zürich über das CSS Unternehmensgeschäft. Aus Sicht der Zürich erfolgt der Zusammenschluss in Umsetzung ihrer Strategie, ihre Stellung im Geschäftskundenbereich auszubauen und das Geschäftsportfolio zu diversifizieren. Aus Sicht der CSS schafft das Zusammenschlussvorhaben die Voraussetzungen, dass die CSS sich auf ihr Kerngeschäft, die Krankenversicherungen, konzentrieren und die damit einhergehende Positionierung als Gesundheitspartner vorantreiben kann. Überdies kann durch den Verkauf des CSS Unternehmensgeschäfts das Portfolio verschlankt werden, wodurch letztendlich Skaleneffekte und Wachstum realisiert werden können.

[1] Vgl. dazu unten Rz 4.
[2] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[3] Die Zurich-Gruppe bietet auch Rückversicherungen an, die durch die Zürich Rückversicherungsgesellschaft AG abgewickelt werden. In der Schweiz werden indes keine Rückversicherungen für andere Kranken- oder Unfallversicherer angeboten.
[4] Vgl. dazu unten Rz 4.
[5] Beilage 8 zur Meldung.
[6] Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).
[7] Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).
[8] Die CSS Kranken-Versicherung AG überträgt einzig die Arbeitsverträge der im übertragenen Geschäftsbereich tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.
[9] Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01).
[10] Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

6. Vorliegend wird ein Vertrag abgeschlossen, der der Zürich unmittelbar die Kontrolle über einen bisher von ihr unabhängigen Betriebsteil bzw. von ihr unabhängige Betriebsteile, das CSS Unternehmensgeschäft, vermittelt. Bei dem zugrundeliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich somit um einen **Unternehmenszusammenschluss** im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[11].

7. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt, dass die **Schwellenwerte** gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG in casu erfüllt sind. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Beteiligtes Unternehmen	**Bruttoprämieneinnahmen in Mio. CHF weltweit**	**Bruttoprämieneinnahmen in Mio. CHF schweizweit**
Zürich	[…]	[> 100 Mio.]
CSS Unternehmensgeschäft	[…]	[> 100 Mio.]
Total	**[> 2 Mrd.]**	**[> 2 Mrd.]**

Tabelle 1: Bruttoprämieneinnahmen für das Geschäftsjahr 2018[12] (Quelle: Angaben der Parteien, vgl. Rz 36 ff. der Meldung)

8. 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.

9. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den **Versicherungsmarkt** und dabei insbesondere die Bereiche Unfall- und Krankenversicherung. Im Versicherungsbereich grenzt die WEKO sachlich und räumlich relevante Märkte grundsätzlich gemäss der folgenden Tabelle 2 ab.[13] Da das Zusammenschlussvorhaben auch bei der engstmöglichen Marktabgrenzung – d.h. je einzelne sachlich relevante Märkte im kleinstmöglichen räumlich relevanten Markt – zu keinen betroffenen Märkten mit Anteilsaddition («horizontal betroffene Märkte») und keinen zu meldenden betroffenen Märkten ohne Anteilsaddition («vertikal betroffene Märkte») führt, kann die genaue Marktabgrenzung vorliegend offen bleiben.

	Sachlich relevante Märkte		**Räumlich relevanter Markt**
1	Obligatorische Krankenpflegeversicherung KVG		Kanton
2a	Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung VVG	- ambulant	CH
2b		- stationär	Kanton
3a	Kollektiv-Krankenpflegezusatzversicherung VVG	- ambulant	CH
3b		- stationär	Kanton
4a	Krankentaggeldversicherung KVG	- einzel	CH / regional
4b		- kollektiv	CH / regional
5a	Krankentaggeldversicherung VVG	- einzel	CH
5b		- kollektiv	CH
6	Unfallversicherung nach UVG		CH
7a	Unfallversicherung nach VVG	- einzel	CH
7b		- kollektiv	CH

Tabelle 2: Marktabgrenzung im Bereich von Kranken- und Unfallversicherungen.

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

[12] Die Zahlen für das Jahr 2019 lagen zum Zeitpunkt der Einreichung der Meldung noch nicht konsolidiert vor, weshalb die Unternehmen vorliegend auf diejenigen des Jahres 2018 abgestellt haben. Im Jahr 2019 kam es zu keinen fundamentalen Veränderungen.

[13] Vgl. RPW 2008/2, 252 vor Rz 19, *CSS/Intras*; RPW 2014/3, 543 Rz 19, *Helvetia Holding AG/Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft AG*.

10. Das CSS Unternehmensgeschäft bietet von den oben aufgeführten Versicherungen ausschliesslich kollektive Krankentaggeldversicherungen nach VVG, Unfallversicherungen nach UVG und kollektive Unfallversicherungen nach VVG an. Dies sind die für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sachlich relevanten Märkte. Der räumlich relevante Markt ist für alle drei angebotenen Versicherungen die gesamte Schweiz. Diese drei Versicherungen bietet – neben anderen Angeboten – auch die Zürich in der Schweiz an. Entsprechend sind für diese relevanten Märkte Marktanteilsadditionen vorzunehmen.

11. Die aggregierten Marktanteile der Zürich und des CSS Unternehmensgeschäfts auf den relevanten Märkten können der untenstehenden Tabelle 3 entnommen werden.

Relevante Märkte	**Marktanteil Zürich**	**Marktanteil CSS Unternehmensgeschäft**	**Gemeinsamer Marktanteil**
Kollektive Krankentaggeldversicherung nach VVG	[5–15%]	[1–10%]	[< 20%]
Unfallversicherung nach UVG	[5–15%]	[1–10%]	[< 20%]
Kollektive Unfallversicherung nach VVG	[5–15%]	[1–10%]	[< 20%]

Tabelle 3: Basierend auf den Bruttoprämieneinnahmen geschätzte Marktanteile für die sachlich relevanten Märkte mit Marktanteilsaddition in der Schweiz im Jahr 2018 in % (Quelle: Berechnungen der Parteien basierend auf dem «Versicherer Report» der FINMA für das Jahr 2018[14]).

12. Die gemeinsamen Marktanteile der Parteien liegen unter 20%. Damit liegen keine betroffenen Märkte mit Marktanteilsaddition vor.

13. Das CSS Unternehmensgeschäft umfasst keine weiteren Tätigkeiten als die drei vorgenannten Versicherungen.[15] In Bezug auf das CSS Unternehmensgeschäft liegen deshalb keine zusätzlichen Märkte ohne Anteilsaddition vor.

14. Das Angebot von Zürich ist umfassender. Die weiteren Tätigkeiten der Zürich weisen aber zum CSS Unternehmensgeschäft keine relevanten Berührungspunkte auf, die zu meldepflichtigen betroffenen Märkten ohne Anteilsaddition führen würden (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU i.V.m. Rz 9 der Mitteilung des Sekretariats der WEKO, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen).

15. Damit liegen weder betroffene Märkte mit Anteilsaddition noch zu meldende betroffenen Märkte ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

16. Die Parteien haben im Kauf- und Übertragungsvertrag als **Nebenabreden** u.a. ein Konkurrenzverbot sowie ein Abwerbe- und Anstellungsverbot vereinbart. Gemäss dem vertraglich vorgesehenen Konkurrenzverbot ist die CSS […]. Nach dem Abwerbe- und Anstellungsverbot verpflichtet sich die CSS Versicherung AG, dass weder sie selbst noch die CSS Kranken-Versicherung AG oder eine andere vollkonsolidierte Gesellschaft der CSS […] direkt oder indirekt eine oder einen der übertragenen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer für ein Arbeitsverhältnis oder eine Tätigkeit anwirbt oder anstellt. Die Zürich als Käuferin verpflichtet sich umgekehrt, «[…] keine Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer der [CSS Versicherung AG] […] abzuwerben oder anzustellen, welche die Käuferin im Rahmen der Vertragsverhandlungen oder von Integrationsschritten unter diesem Vertrag kennengelernt hat oder noch kennenlernen wird.»[16] Sowohl vom Konkurrenz- als auch von den Abwerbe- und Anstellungsverboten sieht der Vertrag Ausnahmen vor[17].

17. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission[18] zu Wettbewerbsverboten[19] orientiert.[20] Das zulässige zeitliche Mass für Wettbewerbsverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.[21] In räumlicher Hinsicht müssen sich Wettbewerbsverbote auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat.[22] In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote in sachlicher Hinsicht auf die Waren und Dienstleistungen be-

[14] Online einsehbar unter: ‹http://www.versichererreport.finma.ch/reportportal/› (12. März 2020).
[15] Vgl. oben Rz 10.
[16] Rz 134 des Kauf- und Übertragungsvertrags.
[17] Vgl. Rz 135, 136 sowie 141 des Kauf- und Übertragungsvertrags.
[18] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5. März 2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[19] Der *Terminus technicus* in der EU ist «Wettbewerbsverbot» bzw. «non-competition clause», wobei darunter nichts Anderes verstanden wird, als ein Konkurrenzverbot nach schweizerischem Verständnis. Die Termini können also synonym verwendet werden.
[20] Vgl. RPW 2018/4, 859 ff. Rz 57, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2010/3, 504 Rz 63 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2006/4, 689 Rz 35 ff., *ISS/Edelweissfm*; RPW 2012/1, 150 Rz 63, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
[21] EU-Bekanntmachung, Rz 20.
[22] EU-Bekanntmachung, Rz 22.

schränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden.[23] Dieselben Grundlagen wie für Wettbewerbsverbote gelten auch für Abwerbeverbote, da diese eine vergleichbare Wirkung haben.[24]

18. Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, gelten grundsätzlich nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden oder müssen in Geltungsbereich und/oder -dauer stärker eingegrenzt werden, als den Erwerber begünstigende Klauseln.[25] Ausnahmsweise können Einschränkungen zugunsten des Veräusserers unter das Konzentrationsprivileg fallen, beispielsweise, wenn der ansonsten zulässige Zusammenschluss ohne die Nebenabrede gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen durchgeführt werden könnte.[26]

19. Die in der Meldung genannten Wettbewerbs-, Abwerbe- und Anstellungsverbote zugunsten der Zürich entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

20. Das zugunsten der CSS Versicherung AG, d.h. der Veräusserin, vereinbarte Abwerbeverbot kann i.c. ausnahmsweise als zulässig erachtet werden: Vorliegend werden Betriebsteile und nicht komplette Gesellschaften bzw. Unternehmen übertragen. Die Unternehmen, die die Betriebsteile übertragen, bestehen also auch nach Vollzug der Transaktion fort. CSS und Zürich bleiben Konkurrenten im Versicherungsbereich. Aus diesem Grund ist die Interessenlage der Veräusserin eine andere, als wenn ein komplettes Unternehmen übertragen würde. Zudem ist das konkret vereinbarte Abwerbeverbot sehr spezifisch formuliert: Vom Verbot werden gemäss Kauf- und Übertragungsvertrag allein Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der CSS Versicherung AG erfasst. Das Abwerbeverbot gilt überdies nur für solche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die die Zürich im Zusammenhang mit der Transaktion kennen gelernt hat oder noch kennen lernen wird.[27] Da die Zürich und CSS im Versicherungsbereich verbleiben, haben beide gleichsam ein Interesse an geeigneten und qualifizierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Der Kontakt zwischen den an der Transaktion beteiligten Unternehmen und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der jeweils anderen Gesellschaften, deren Arbeitsverhältnisse nicht übertragen werden, führt vorliegend zu einem erheblich gesteigerten Abwerberisiko. Es ist daher durchaus denkbar, dass die CSS dem Zusammenschluss ohne die Zusicherung der Zürich nicht zugestimmt hätte. Ohne das vereinbarte Abwerbeverbot hätte der ansonsten zulässige Zusammenschluss so nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen durchgeführt werden können. Durch diese beiden soeben erwähnten Einschränkungen ist die Nebenabrede i.c. in ausreichendem Masse eingegrenzt. Dies zeigt sich insbesondere im Vergleich mit dem Abwerbe- und Anstellungsverbot, das zugunsten der Zürich vereinbart wurde. Dieses gilt grundsätzlich ohne Einschränkung für sämtliche übertragenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und für alle vollkonsolidierten Gesellschaften der CSS-Gruppe.[28] Die konkreten Umstände des Einzelfalles führen dazu, dass das Konzentrationsprivileg vorliegend ausnahmsweise auch auf die Beschränkung zugunsten der Veräusserin Anwendung findet und die Nebenabrede deshalb ausnahmsweise als zulässig erachtet wird.

21. 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.

[23] EU-Bekanntmachung, Rz 23.
[24] EU-Bekanntmachung, Rz 26.
[25] EU-Bekanntmachung, Rz 17.
[26] EU-Bekanntmachung, Rz 13.
[27] Diese Mitarbeitenden müssen sachlogischerweise zusätzlich in anderen als den übertragenen Betriebsteilen tätig sein, ansonsten ihre Arbeitsverhältnisse ohnehin übertragen würden. Allerdings werden die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorliegend gemäss Vertrag von der CSS Kranken-Versicherung AG an die Zürich übertragen.
[28] Rz 134 des Kauf- und Übertragungsvertrags.

B 2.3	**3. PSA/Opel/Saft/ACC**

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 25. Februar 2020

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Februar 2020

1. Am 3. Februar 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Automotive Cell Company (nachfolgend: GU oder Gemeinschaftsunternehmen) durch – indirekt mittels PSA Automobiles SA und Opel Automobile GmbH – die PSA Groupe einerseits und – indirekt mittels der Saft Groupe S.A. – der Total S.A. andererseits.

2. Peugeot S.A. ist eine an der Pariser Börse kotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Rueil-Malmaison (Frankreich). Sie ist die Holdinggesellschaft der PSA Groupe.

3. Die PSA Groupe ist hauptsächlich eine Fahrzeugherstellerin (Original Equipment Manufacturer, «OEM») und Händlerin der Marken Peugeot, Citroën, Opel, Vauxhall und DS sowie eine Lieferantin von Ersatzteilen. Die PSA Groupe bietet darüber hinaus auch zusätzliche Dienstleistungen bspw. zur Finanzierung von Fahrzeugen und für Mobilitätslösungen an. Zu den durch die PSA Groupe kontrollierten Tochtergesellschaften gehören u.a. die PSA Automobiles SA (nachfolgend: PSA), die Opel Automobile GmbH (nachfolgend: Opel) sowie die Faurecia Group, wovon letztere auch sehr begrenzt in der Herstellung und Lieferung von Batteriegehäusen[1] für die Automobilbranche tätig ist.[1]

4. Total S.A. (zusammen mit ihren Tochtergesellschaften, nachfolgend: Total) ist an den Börsen in Paris, New York, London und Brüssel kotiert mit Hauptsitz in Courbevoie (Frankreich). Total ist eine Energieproduzentin und in allen Sektoren der Öl- und Gasindustrie tätig, dies sowohl in den vorgelagerten Bereichen für Exploration, Entwicklung und Produktion von Kohlenwasserstoffen, als auch in den nachgelagerten Bereichen Raffination, Petrochemie, Spezialchemikalien, Handel und Schifffahrt von Rohöl und Erdölprodukten sowie Marketing. Total ist auch in den Bereichen erneuerbare Energien und Stromerzeugung tätig.

5. Saft Groupe S.A. (nachfolgend: Saft) mit Sitz in Levallois-Perret (Frankreich) ist eine Tochtergesellschaft von Total und in der Entwicklung, Herstellung und Lieferung von Industriebatterien für zivile und militärische Verwendung tätig.

6. Die Parteien beabsichtigen mit der Automotive Cell Company (nachfolgend: ACC), ein Gemeinschaftsunternehmen für die Entwicklung, Herstellung und Lieferung von Zellen und Modulen zu gründen.[2] Die vom GU hergestellten Zellen und Module werden für verschiedene Anwendungen in der Automobilbranche und in geringerem Masse auch für andere industrielle Anwendungen eingesetzt. Das GU wird jedoch keine Batteriesysteme[3] herstellen.

7. PSA und Saft verfolgen das Ziel, mit dem GU innovative Zellen und Module mit Li-Ionen-Technologien zu entwickeln, herzustellen und zu verkaufen. Dadurch solle auch die Entwicklung eines entsprechenden Ökosystems in der Europäischen Union ermöglicht werden und eine neue kompetitive Kraft im weltweiten Markt gebildet werden. Zudem werde das GU dazu beitragen, die Sicherheit der Lieferkette zu erhöhen, Zeitverzögerungen zu reduzieren sowie die Qualitätskontrolle zu stärken. Die Parteien erwarten, dass sich das GU zu einem europäischen Wettbewerber entwickelt, der den Wettbewerb im Kontext der wachsenden Nachfrage nach Zellen und Modulen verstärken werde.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 14. Januar 2020 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.[4]

9. Die Parteien beabsichtigen, dass die PSA Groupe einen Anteil von […] % und Total einen Anteil von […] % am Aktienkapital und den Stimmrechten über die ACC erwerben. Der Verwaltungsrat wird […] besetzt sein. Die PSA Gruppe und die Total Gruppe werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.[5]

10. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängiger Nachfrager und Anbieter auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängiger Marktteilnehmer tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.[6]

[1] Vgl. RPW 2017/4, 567 Rz 2 f., *Peugeot SA/Opel*; RPW 2017/4, 574 Rz 2 und Rz 5, *Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos*; RPW 2019/4, 1189 Rz 3, Emil Frey Holding AG/Peugeot (Suisse) SA/Citroën (Suisse) SA/Opel Suisse SA für weitere Informationen zu den Aktivitäten der PSA Groupe.

[2] Technisch handelt es sich bei «Zellen» um Vorrichtungen, die elektrische Energie durch eine elektrochemische Wechselwirkung erzeugen. «Module» bestehen aus solchen Zellen und sind mit einem Wärmemanagement, Sensoren und Überwachungselektronik ausgestattet. «Batteriesysteme» (bzw. «Batterien») bestehen dann aus solchen «Modulen», welche von einer elektronischen Steuereinheit (Software), dem sogenannten Batterie-Management-System (BMS), verwaltet werden.

[3] Vgl. Fn 2.

[4] Case COMP M.9479 PSA/SAFT/ACC.

[5] Die Parteien haben zudem vertraglich vereinbart, dass […].

[6] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

11. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

12. PSA Groupe und Total erzielten im Geschäftsjahr 2018 insgesamt einen Umsatz von ca. CHF […] und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

13. Gemäss Angaben der Parteien unterscheiden sich Zellen und Module für die Automobilindustrie von Zellen und Modulen für andere industrielle Anwendungsbereiche, da erstere spezifische Anforderungen bzw. Produkteigenschaften erfüllen müssten. Dazu zählten für Nachfrager aus dem Automobilbereich (kumulativ) ein sehr hohes Sicherheitsniveau, ein hohes Leistungsvermögen (Energiedichte, Ladegeschwindigkeit), Zuverlässigkeit, Dauerhaftigkeit, eine hohe Produktionsgeschwindigkeit und ein hohes Produktionsvolumen. Zudem würde sich die Erwartungen an das Leistungsvermögen zu nicht identischen Designs führen.

14. Im Hinblick auf eine Unterscheidung zwischen Zellen und Modulen einerseits und Batterien andererseits sind die Parteien der Ansicht, dass ein Markt für die Herstellung und Lieferung von Batterien, Zellen und Modulen plausibel erscheint. Die Fahrzeughersteller in der Automobilbranche fragten Batterien, Zellen und Modulen nach, um sie in den von ihnen hergestellten Fahrzeuge einzubauen. Je nach Beschaffungsstrategie würden einige den direkten Kauf von Batterie(systemen) bevorzugen, andere hingegen den Kauf von Zellen oder Modulen (um selbst ein eigenes Batteriesystem zusammenzubauen). Auch könne sich die Beschaffungsstrategie eines Fahrzeugherstellers je nach Art des Fahrzeuges hinsichtlich seiner Präferenz für Zellen, Module oder Batteriesysteme unterscheiden.

15. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem separaten sachlichen Markt für Markt für die Herstellung und die Lieferung von Zellen, Modulen und Batterien für die Automobilbranche und einem separaten sachlichen Markt für die die Lieferung von Zellen, Modulen und Batterien für den (nicht-automobilen) industriellen Bereich ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Gemäss Angaben der Parteien würden die Fahrzeughersteller Zellen, Module und Batterie(systeme) aufgrund einer globalen Einkaufsstrategie nachfragen. Angebotsseitig seien die Hersteller dieser Produkte weltweit tätig und deren Produktionsstandorte würden sich hauptsächlich in Asien befinden. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Transportkosten gering seien und den Parteien auch kein konkreter Plan oder keine konkrete Initiative der europäischen Institutionen zur Errichtung von Handelshemmnissen in Bezug auf Zellen, Module und Batterien bekannt sei. Im vorliegenden Fall ist vor diesem Hintergrund für beide sachlich relevanten Märkte (vgl. Rz 15, oben) in räumlicher Hinsicht von einem weltweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

17. Die Marktanteile des GU auf einem weltweiten Markt für die Herstellung und die Lieferung von Zellen, Modulen und Batterien für die Automobilbranche und einem weltweiten Markt für die die Lieferung von Zellen, Modulen und Batterien für den (nicht-automobilen) industriellen Bereich geben die Parteien mit jeweils 0 % an, da das GU derzeit noch keine Zellen oder Module verkauft. Die PSA Groupe ist […]. Der Markanteil von Saft auf einem weltweiten oder engeren europaweiten (EWR+CH-weit) Markt für die die Lieferung von Zellen, Modulen und Batterien für den (nicht-automobilen) industriellen Bereich beträgt weniger als [0-10] %. Auf einem weltweiten oder engeren europaweiten (EWR+CH-weit) Markt für die Herstellung und die Lieferung von Zellen, Modulen und Batterien für die Automobilbranche beträgt der Marktanteil von Saft derzeit [0-10] %, wobei in diesem Markt zukünftig von Saft ein GU in China geplant sei. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

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

B 2.3	**4. AXA/Predica/ELL**

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 5. März 2029

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. März 2020

1. Am 12. Februar 2020 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die AXA Infrastructure Equity 1 SAS und die Predica Prévoyance Dialogue du Crédit Agricole S.A. indirekt die gemeinsame Kontrolle über ELL Luxemburg 2 S.à r.l. zu erwerben.

2. Die **AXA S.A.** (nachfolgend: **AXA**) ist eine globale Versicherungsgesellschaft mit Hauptsitz in Paris. Die Gruppengesellschaften der AXA sind im Bereich der Schadens-, Lebens-, Kranken- und anderen Arten von Versicherungen sowie im Investment – Management tätig. Die AXA ist primär in Westeuropa, Nordamerika, im asiatisch-pazifischen Raum und im Mittleren Osten aktiv.

3. In der Schweiz ist die AXA eine führende Versicherungsgesellschaft, mit Sitz in Winterthur. Sowohl Privat- als auch Geschäftskunden bietet sie die gesamte Palette von Individual-, Sach- und Schadensversicherungen bis hin zu individualisierten Lebensversicherungen und Pensionskassenlösungen sowie (gemeinsam mit von ihr unabhängigen Banken) Finanzprodukten an.

4. Die **AXA Infrastructure Equity 1 SAS** (nachfolgend: **AXA Infrastructure**) ist eine Holdinggesellschaft, die zum Zweck von Investitionen gegründet wurde. Sie wird letzten Endes von der AXA kontrolliert.

5. **Groupe Crédit Agricole** (nachfolgend: **GCA**) ist eine französische Gruppe von Versicherungsgesellschaften, die aus der (i) Crédit Agricole S.A., der Hauptgesellschaft der Gruppe, und (ii) regionalen und lokalen Banken und deren Tochtergesellschaften besteht. Die GCA bietet eine breite Palette von Finanz- und Assekuranzdienstleistungen an. Ihre Aktivitäten gruppieren sich um die folgenden Geschäftsfelder: (i) Retail-Bankgeschäft in Frankreich und internationales Retail-Bankgeschäft, (ii) spezialisierte Finanzdienstleistungen, (iii) Firmenkunden- und Investment – Banking, und (iv) Asset – Management, (v) Versicherung und Privatkundengeschäft.

6. In der Schweiz ist die GCA in den Bereichen des Asset – Managements (mit ihren Tochtergesellschaften CACEIS (Switzerland) SA (spezialisiert im Asset – Servicing) und Amundi Suisse SA), dem internationalen Retail – Banking (Crédit Agricole next bank (Suisse) SA) und Private Banking (CA Indosuez (Switzerland) SA) aktiv.

7. Die **Crédit Agricole Assurances S.A.** (nachfolgend: **CAA**) leitet über ihre Tochtergesellschaften die gesamten, auf den Versicherungsbereich bezogenen Aktivitäten der GCA (d.h. Predica, Pacifica, Crédit Agricole Creditor Insurance und Internationale Tochtergesellschaften im Versicherungsbereich). Sie koordiniert überdies die Aktivitäten der Regionalbanken und übt entsprechend dem französischen Code Monétaire et Financier administrative, technische und finanzielle Kontrolle und Aufsicht über sie aus. Als zentrale Gesellschaft gemäss der Gesetzgebung über die Finanzregulierung muss sie den Zusammenhalt des Netzwerks und dessen ordnungsgemässes Funktionieren sicherstellen (insbesondere die Compliance mit Solvenz- und Liquiditätsvorschriften) sowie die Compliance jeder Regionalbank mit den gruppenweiten Management – Standards. Die von den Regionalbanken und der Crédit Agricole S.A. gebildete Gruppe ist daher als eine einzige Wirtschaftseinheit zu qualifizieren.

8. Die **Predica Prévoyance Dialogue du Crédit Agricole S.A.** (nachfolgend: **Predica**) ist eine nach französischem Recht kotierte Aktiengesellschaft. Sie ist eine vollständig von CAA gehaltene Gesellschaft, die ihrerseits vollständig von der GCA gehalten wird. Predica ist im Bereich der Lebens- und Krankenversicherung aktiv, und zwar insbesondere im Bereich von Lebensversicherungen, Lösungen für Vermögensbildung und Pensionierung, sowohl für Privatpersonen als auch Gesellschaften. Sie bietet auch Kranken- und andere Individualschutzversicherungen sowie Sachschadensversicherungen an. In diesen Geschäftsfeldern ist Predica hauptsächlich in Frankreich aktiv. Predica tätigt auch Finanzinvestitionen, und zwar in Übereinstimmung mit ihrem Gesellschaftszweck überwiegend in Gesellschaften in Frankreich.

9. Die **ELL Luxemburg 2 S.à r.l.** (nachfolgend: **ELL**) ist eine Anbieterin von Leasing-Lösungen für elektrische Lokomotiven. Ihr Geschäftsmodell besteht in der Finanzierung von modernen und vielseitig einsetzbaren elektrischen Lokomotiven für Fracht- und Passagierzüge. ELL ist die Zielgesellschaft des Zusammenschlussvorhabens.

10. Die ELL verfügt über 46 Mitarbeiter einschliesslich 11 Lokomotivführer sowie über drei Niederlassungen in Wien, München und Düsseldorf. Ihre Kunden sind überwiegend im EWR und zwar namentlich in Österreich, der Tschechischen Republik und Deutschland aktiv.

11. Im Eigentum der ELL stehen derzeit 150 elektrische Lokomotiven des Typs Siemens Vectron. Alle diese Lokomotiven sind für den internationalen bzw. grenzüberschreitenden Verkehr konzipiert. Sie werden in ganz Europa betrieben, insbesondere in Österreich, der Tschechischen Republik, Kroatien, Deutschland, Ungarn, den Niederlanden, der Schweiz und Schweden. In der Schweiz verleast die ELL der SBB Cargo International AG elektrische Lokomotiven.

12. Verkäuferin der ELL ist die ELL Luxembourg 1 S.à r.l. Diese ist von Fondsgesellschaften kontrolliert, welche von Gesellschaften der Kohlberg Kravis Roberts & Co beraten oder verwaltet werden.

13. AXA Infrastructure und Predica beabsichtigen indirekt die gemeinsame Kontrolle über ELL zu erwerben. Der Erwerb aller Aktien der ELL erfolgt durch die Zweckgesellschaft ELL BidCo S.à r.l. Die BidCo wird ihrerseits allein kontrolliert durch eine andere Zweckgesellschaft, die ELL HoldCo S.à r.l. Diese wird 100 % der Aktien der BidCo halten. Die HoldCo wiederum wird gemeinsam durch AXA Infrastructure und Predica kontrolliert werden, wobei beiden Unternehmen je ca. 49 % der Aktien der HoldCo halten werden. Die restlichen 2 % wird der CEO der ELL halten.

14. Gemäss dem Memorandum of Understanding (MoU) vom 18. November 2019 ist beabsichtigt, dass AXA Infrastructure und CAA je einen Aktienanteil von ca. 49% an ELL halten und in der Lage sein werden, indirekt – auf der Basis der mit den von ihnen gehaltenen Aktien verbundenen spezifischen Rechten – gemeinsame Kontrolle über ELL auszuüben. […].

15. Gemäss Meldung eröffnet der Zusammenschluss den Parteien die Möglichkeit zur Investition in einen etablierten Marktteilnehmer im Bereich des Leasings von elektrischen Lokomotiven. Die meldenden Unternehmen gehen davon aus, dass sich ihnen als indirekte Aktionäre aus dieser Investition attraktive Renditen ergeben werden. Zudem entspreche dies ihrer jeweiligen gruppenweiten Strategie der Investition in Infrastruktur.

16. Das Zusammenschlussvorhaben ist sowohl der Europäischen Kommission als auch der serbischen Wettbewerbsbehörde gemeldet worden. Die serbische Wettbewerbsbehörde hat das Zusammenschlussvorhaben am 31. Januar 2020 genehmigt. Der Entscheid der EU steht noch aus.

17. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG in casu überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
AXA	[…]	[…]
GCA	[…]	[…]
ELL	[…]	[…]
Total	**[…]**	**[…]**

Quelle: Angaben der Parteien.

18. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf den Bereich, in welchem ELL in der Schweiz tätig ist und sich daher die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern könnte. Konkret handelt es sich hier um den Bereich Leasing von elektrischen Lokomotiven.

19. Im Rahmen früherer Beurteilungen von Zusammenschlussvorhaben hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) innerhalb eines Gesamtmarktes Finanzdienstleistungen verschiedene Teilmärkte identifiziert, die allenfalls noch weiter zu segmentieren sind. Innerhalb des Teilmarktes für Leasing hat sie mehrheitlich dazu tendiert, einen separaten nationalen Markt für Automobil-Leasing abzugrenzen.[1] Eine weitere Segmentierung je nach Art der Sachanlage, insbesondere das Leasing von Rollmaterial[2] oder das Leasing von Lokomotiven, hat die WEKO bisher nicht beurteilt.

20. Die Europäische Kommission hat eine Differenzierung zwischen Eigentum von Rollmaterial, Operational Leasing und Financial Leasing von Rollmaterial vorgenommen. Räumlich wurde von einem nationalen Markt ausgegangen.[3] Im Bereich des Leasings von elektrischen Lokomotiven hat sich die Europäische Kommission bisher nicht geäussert.

21. Gemäss Meldung ist ELL im Bereich Operational Leasing von elektrischen Lokomotiven tätig, da Financial Leasing beim Leasing von elektrischen Lokomotiven unüblich sei. Gemäss Angaben der Parteien verleast ELL in der Schweiz die Lokomotiven an SBB Cargo.

22. Vorliegend kann sowohl die sachliche als auch die räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung, *einem nationalen Markt für Operational Leasing von elektrischen Lokomotiven*, kein betroffener Markt vorliegt (vgl. Rz 25 ff.).

[1] RPW 2015/1, 88 f., Rz 12, *Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.*; RPW 2012/1, 121 Rz 17 ff, *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA* i.V.m. RPW 2009/1, 68 Rz 58 ff, *BNP Paribas/Entités Fortis SA* und RPW 2007/1, 83 Rz 19 ff , *Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A.*

[2] Lokomotiven, Wagons, Eisenbahnbetriebswagen, Eisenbahnwagen.

[3] Case No COMP/M.5263.

23. Konkret liegt kein betroffener Markt vor, da keine der Parteien einen gemeinsamen Marktanteil von 20 % oder mehr im Bereich des O*perational Leasings von elektrischen Lokomotiven* in der Schweiz aufweist oder der Marktanteil in der Schweiz von keinem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

24. Tabelle 2 zeigt die Marktanteile im Bereich des Operational Leasings von elektrischen Lokomotiven im Jahr 2018 von ELL und der wichtigsten Konkurrenten in der Schweiz und dem EWR.

Tabelle 2:

Unternehmen	**Marktanteile in der Schweiz**	**Marktanteile im EWR**
Mitsui Rail Capital Europe	[…] %	[…] %
Railpool	[…] %	[…] %
Alpha Trains	[…] %	[…] %
ELL	[…] %	[…] %
Macquarie	[…] %	[…] %
Andere	[…] %	[…] %
Akiem	[…] %	[…] %
Industrial Division	[…] %	[…] %

Quelle: Schätzungen der Parteien

25. Weder die AXA noch GCA sind in der Schweiz im Bereich des Leasings von elektrischen Lokomotiven tätig. AXA's Leasingaktivitäten in der Schweiz und im EWR beschränken sich auf das Leasing von Immobilien. GCA hingegen ist nur im Leasing von Mobiliar in den Ländern Frankreich, Polen, Spanien und Italien aktiv. In der Schweiz bietet GCA keine Leasingaktivität an. Lediglich ELL ist in der Schweiz im Bereich des Leasings von Lokomotiven aktiv. Aus dem Zusammenschluss ergeben sich somit keine Marktanteilsadditionen.

26. Überdies weist die ELL in der Schweiz lediglich einen Marktanteil von […] % auf. Zudem sind Konkurrenten im Markt tätig, die weitaus höhere Marktanteile aufweisen als ELL, so z.B. die Mitsui Rail Capital Europe mit einem Marktanteil von […] % und die Railpool mit einem Marktanteil von […] %. Weiter ist die Alpha Trains im Markt tätig, mit demselben Marktanteil wie ELL. Schliesslich sind noch die Macquarie mit einem Marktanteil von […] % und noch weitere Unternehmen mit einem gemeinsamen Marktanteil von […] % in diesem Markt tätig. Somit besteht genügend Konkurrenz auf dem Markt, die sich disziplinierend auf ELL auswirkt.

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

B 2.3	**5. Swisscom Directories/OLMeRO**

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 30. März 2020

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. März 2020

A Sachverhalt

1. Am 6. März 2020 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom Directories AG (nachfolgend: Swisscom Directories) von der OLMeRO AG (nachfolgend: OLMeRO) den Unternehmensbereich Renovero (www.renovero.ch) zu übernehmen.

2. Swisscom Directories ist ein Tochterunternehmen der Swisscom AG. Swisscom AG übt über Swisscom Directories die alleinige Kontrolle aus. Swisscom Directories betreibt im Search & Find-Bereich die Webseiten www.local.ch und www.search.ch. Diese Seiten ermöglichen die Suche nach Kontaktinformationen über Privatpersonen und Unternehmen und nach weiteren Informationen über Unternehmen (Geschäftstätigkeit, Angebote, Öffnungszeiten, Ortsmarkierungen auf einer Karte mit Routenplanung, Bilder, Videos). Daneben bietet Swisscom Directories verschiedene Zusatzdienstleistungen im Bereich Restaurants und Managed Webseite Services an. Swisscom Directories ist zudem Herausgeberin von gedruckten Adressverzeichnissen. Weiter ist Swisscom Directories in der Aufbereitung und im Handel mit Verzeichnisdaten tätig. Im Rahmen dieser verschiedenen Tätigkeiten vermarktet Swisscom Directories zudem Werberaum an Werbetreibende.

3. OLMeRO ist eine Anbieterin für internetbasierte Lösungen der Baubranche und in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig. Der Geschäftsbereich Renovero, welcher Gegenstand des Verkaufs bildet, ist einer der Geschäftsbereiche der OLMeRO. Renovero umfasst den Betrieb eines Schweizer Internet-Marktplatzes (www.renovero.ch) mit einer Ausschreibungsplattform, welche auf das B2C-Geschäft ausgerichtet ist. Auf Renovero können Hauseigentümer und -Verwalter Beschreibungen ihrer Aufträge publizieren und Offerten interessierter Dienstleister erhalten. Die Dienstleister erhalten mit dem Bezahlen von Abo-Gebühren das Recht, die Aufträge einzusehen, Kontakt mit den Ausschreibern aufzunehmen und Offerten zu platzieren. Auf der Plattform wird ausserdem ein Branchenbuch geführt, in welchem die Kunden gelistet sind und diese mit zusätzlichen wiederkehrenden Gebühren ihr Profil mit Bildern und Informationen anreichern und Topplatzierungen im Listing erwerben können.

4. Swisscom Directories plant die Übernahme von Vermögensgegenständen, die dem Renovero-Bereich zuzuordnen sind. Zu den Renovero-Vermögensgegenständen gehören bewegliche Sachen (wie PCs und Laptops), Vertragsverhältnisse, Immaterialgüterrechte und Geschäftsunterlagen. Zusätzlich sollen rund sieben Mitarbeiter übernommen werden, welche ausschliesslich für den Renovero-Bereich arbeiten.

5. Die Übernahme von Renovero ist Bestandteil der Vertikalisierungsstrategie von Swisscom Directories. Mit der Übernahme der Ausschreibungsplattform will Swisscom Directories die Relevanz für die Nutzer im eigenen Plattform-Ökosystem verbessern und neue Umsatzquellen erschliessen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder 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 Kontrollerlangung wird gemäss Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; 251.4) der Erwerb von Beteiligungsrechten qualifiziert.

9. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU kann nicht nur ein ganzes Unternehmen, sondern auch ein Unternehmensteil Gegenstand einer Kontrollübernahme sein. Ein solcher Unternehmensteil liegt im Allgemeinen vor, wenn der Gegenstand des Zusammenschlusses eine gewisse Marktpräsenz (allenfalls auch marktstrategische Bedeutung) hat und ihm ein eigener Umsatz zugerechnet werden kann. Ebenfalls liegt dies vor, wenn eine gesamte Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen wird. Dazu gehören nebst technischer Infrastruktur weitere Aktiven wie Büromöbel u. Ä., der Übergang verschiedener Verträge (Mietverträge u.

Ä.) und Übergang der Arbeitsverhältnisse.[1]

10. Renovero ist als Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 3 Abs. 2 VKU zu qualifizieren und gilt für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nebst der Swisscom-Gruppe als beteiligtes Unternehmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

11. 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

12. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen 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 und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

13. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielen den nachfolgenden Umsatz:

	Weltweit	Schweizweit
Swisscom	[…]	[…]
Renovero	[…]	[…]
Gesamt	[…]	[…]

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

14. Aufgrund der in der Schweiz erzielten Umsätze sind die Meldeschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht. Ungeachtet des Erreichens der Meldeschwellen besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG die Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem 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.

15. Die WEKO hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Markt für Festnetztelefonie als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.[2] Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich gemäss den damaligen Erwägungen auf das Netz und die Dienste.[3] Im selben Entscheid wurde ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auf dem dem Telefoniemarkt nachgelagerten Internet-Provider-Markt festgestellt.[4]

16. Gemäss Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts liegen nachgelagerte Märkte vor, wenn Produkte oder Leistungen, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, in die auf dem Markt vertriebenen Produkte einfliesst.[5]

17. Verzeichnisdaten fallen beim Abschluss eines Vertrages über Festnetztelefonie an und werden in der Regel mit Vertragsabschluss erhoben.[6] Diese Daten sind der Input für die Verzeichnisdaten und sind damit der direkte Rohstoff für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste. Damit ist der Markt für Festnetztelefonie den Märkten für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge sowie den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Nutzermarkt Search & Find) direkt vorgelagert.

18. Der Geschäftsbetrieb des Unternehmensbereichs Renovero umfasst den Betrieb eines Schweizer Internet-Marktplatzes (www.renovero.ch) mit einer Ausschreibungsplattform, welche auf das B2C-Geschäft ausgerichtet ist. Auf der Plattform wird ausserdem ein Branchenbuch geführt, in welchem die Kunden gelistet sind und diese mit zusätzlichen wiederkehrenden Gebühren ihr Profil mit Bildern und Informationen anreichern und Topplatzierungen im Listing erwerben können. Renovero stellt mit ihren Dienstleistungen ebenfalls Verzeichnisdaten zur Verfügung und ist damit gemäss Meldung auch auf Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten für Unternehmen tätig.[7] Damit ist Renovero auf einem zum schweizerischen Markt für Festnetztelefonie, der das Netz und die Dienste umfasst, benachbarten Markt tätig. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher nach Praxis der WEKO aufgrund der Benachbartheit der Geschäftstätigkeit von Renovero zum schweizerischen Markt für Festnetztelefonie gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.[8]

[1] Vgl. RPW 2009/4, 452 f. Rz 16, *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.
[2] RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 1, *Telecom PTT/Blue Window*.
[3] RPW 1997/2, 167 Rz 38, *Telecom PTT/Blue Window*.
[4] RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 2 und 3, *Telecom PTT/Blue Window*.
[5] Urteil BVGer B-6180/2013 vom 29.04.2014, E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*.
[6] RPW 2015/3, 386 Rz 171, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.
[7] Vgl. Meldung, Ziff. 4.1.13.
[8] Vgl. auch RPW 2015/3, 386 Rz 172, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG* und RPW 2010/4, 785 Rz 5, *Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG*.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

19. 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).

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

B.4.1 Relevante Märkte

21. Aufgrund des engen Tätigkeitsbereichs von Renovero sind keine indirekten Wettbewerbseffekte auf die anderen Tätigkeitsbereiche von Swisscom zu erwarten. Daher werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens lediglich diejenigen Märkte betrachtet, auf welchen sich die Geschäftstätigkeiten von Swisscom und Renovero überschneiden.

22. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der 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.4.1.1 Märkte für Online-Werbung

23. Auf den Märkten für Online-Werbung stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Webseiten, welche Werberaum für Online-Werbung zur Verfügung stellen und auf der Nachfrageseite Werbetreibende, welche ihre Online-Werbung auf entsprechenden Webseiten platzieren möchten, gegenüber. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wird zwischen statischen und dynamischen Werbeformen unterschieden.

24. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile an:

Markt	Swisscom	Renovero	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Online-Werbung	[…]	[…]	Nein	Ja
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen	[…]	[…]	Nein	Nein
Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen	[…]	[…]	Nein	Nein

Tabelle 2: Marktanteile im Markt für Online-Werbung.

25. Auf den Märkten für Online-Werbung werden die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht. Es liegt kein betroffener Markt vor.

B.4.1.2 Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find)

26. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten stehen sich auf der Anbieterseite Herausgeber von Adressverzeichnissen und Betreiber von Adressverzeichnisdiensten, welche den Inhabern von Einträgen im Adressverzeichnis bzw. Adressverzeichnisdienst die Möglichkeit geben Zusatzinformationen, Werbung und Dienstleistungen zu ihren Einträgen hinzuzufügen, und auf der Nachfrageseite, Inhaber von Einträgen in Adressverzeichnissen, welche diese Zusatzleistungen nachfragen, gegenüber.

27. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile an:

Markt	Swisscom	Renovero	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find)	[…]	[…]	Ja	Ja

Tabelle 3: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find).

28. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) werden die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht. Es liegt ein betroffener Markt vor.

B.4.1.3 Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdienste für Unternehmen

29. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten stehen sich auf der Anbieterseite Herausgeber von Adressverzeichnissen und Betreiber von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen und auf der Nachfrageseite Nutzer, welche nach Unternehmen suchen, gegenüber.

30. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile an:

Markt	Swisscom	Renovero	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten für Unternehmen	[…]	[…]	Nein	Ja

Tabelle 4: Marktanteile im Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten für Unternehmen.

31. Gemäss den Marktanteilsangaben der meldenden Unternehmen werden die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht. Demnach liegt kein betroffener Markt vor.

B.4.1.4 Weitere Märkte, auf welche der Zusammenschluss keine Auswirkungen hat

32. Die nachfolgenden Märkte, auf welchen Swisscom Directories tätig ist und welche lediglich das Verzeichnisdatengeschäft betreffen, werden nicht näher betrachtet:

Markt	Swisscom	Renovero	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Verzeichniseinträge von Privatpersonen	[…]	[…]	Ja	Nein
Markt für Verzeichniseinträge von Unternehmen	[…]	[…]	Ja	Nein
Markt für regulierte Verzeichnisdaten	[…]	[…]	Ja	Nein
Markt für veredelte Verzeichnisdaten	[…]	[…]	Ja	Nein
Outsourcing-Markt «Data-Agent»	[…]	[…]	Ja	Nein
Nutzermarkt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdiensten von Privatpersonen	[…]	[…]	Ja	Nein
Markt für Managed Websites	[…]	[…]	Nein	Nein
Markt für Werbebeilgen Dritter[9]	[…]	[…]	Nein	Nein
Markt für Contact Management Services	[…]	[…]	Nein	Nein

Tabelle 5: Märkte von Swisscom Directories, welche nicht näher betrachtet werden.

[9] Swisscom Directories bietet nur Werbebeilagen in den gedruckten Adressverzeichnissen (Local Guide) an. Diese werden in der Regel einmal jährlich verschickt, während Werbebeilagen in Zeitungen und Zeitschriften täglich oder wöchentlich ausgeliefert werden können.

B.4.2 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.

34. Aufgrund der von den meldenden Unternehmen angegebenen Marktanteilen ergibt sich der Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) als betroffener Markt.

B.4.2.1 Aktueller Wettbewerb

35. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) sind neben den Zusammenschlussparteien die nachfolgenden Unternehmen tätig:

		Gesamtmarkt	Zip.ch	Cleoodirectory.ch (vorm. Gate24.ch)	Swissguide.ch
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	[…]	[…]	[…]	[…]
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	[…]	[…]	[…]	[…]
2019	#	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	[…]	[…]	[…]	[…]

Tabelle 6: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find).

36. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) hat Swisscom Directories eine überragende Marktstellung (Marktanteil 2019: […]; vgl. Rz 27) und kann grundsätzlich als marktbeherrschend qualifiziert werden.[10] Durch die Übernahme von Renovero kommt es zu geringfügigen Marktanteilsadditionen […].

37. Neben Swisscom Directories sind mit Zip.ch, Cleoodirectory.ch (vormals Gate24.ch) und Swissguide.ch noch weitere Marktteilnehmer tätig. […].

B.4.2.2 Potentieller Wettbewerb

38. Um in den Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten einzutreten, können von den FDA die regulierten Verzeichnisdaten zu kostenorientierten Preisen eingekauft und auf einer Webplattform oder einem anderen Medium (z.B. DVD wie Twixtel) Nutzern zur Verfügung gestellt werden. Damit ist die Erstellung eines Adressverzeichnisses bzw. Adressverzeichnisdienstes mit überschaubarem finanziellen Aufwand zu bewerkstelligen.

39. Das Erreichen von Nutzerzahlen, welche das Adressverzeichnis bzw. den Adressverzeichnisdienst nutzen, dürfte hingegen mit einem hohen Marketingaufwand verbunden sein, um eine entsprechende Reichweite, die dann für Werbetreibende interessant ist, zu erreichen. Daneben ist es aber auch möglich mit verschiedenen Zusatzdienstleistungen für Nutzer einen Zusatznutzen zu generieren. Hierdurch kann die Attraktivität des Adressverzeichnisses oder des Adressverzeichnisdienstes weiter erhöht werden.

40. Das Beispiel von Zip.ch zeigt zudem, dass ein Markteintritt grundsätzlich möglich ist, so dass auch von einem gewissen Mass an potenziellem Wettbewerb auszugehen ist.

B.4.2.3 Zwischenergebnis

41. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Swisscom Directories auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, welche sich durch das Zusammenschlussvorhaben geringfügig verstärken wird. Dennoch ist aufgrund des Zusammenschlussvorhabens offensichtlich nicht zu erwarten, dass hierdurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Dies insbesondere deshalb nicht, weil auf der einen Seite heute Wettbewerber im Markt bestehen, die in der Vergangenheit an Marktanteilen hinzugewinnen konnten und auf der anderen Seite Markteintritte Dritter auch in Zukunft nach wie vor möglich sind.[11]

[10] Vgl. RPW 2019/2, 539 Rz 34, *Swisscom Directories/Websheep*.
[11] Vgl. RPW 2019/2, 539 Rz 39, *Swisscom Directories/Websheep*.

B.4.3 Nebenabreden

42. Swisscom Directories und die Verkäuferin haben im Kaufvertrag (Ziffer 11.3) ein Verbot der […] Konkurrenzierung […] seit dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens vereinbart. […]

43. Konkurrenzverbote gelten als Nebenabreden, wenn sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und dafür in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig sind.[12] In zeitlicher Hinsicht geht die EU-Kommission von einer zulässigen Zeitdauer von maximal zwei Jahren (Übertragung Geschäftswert) resp. maximal drei Jahren (Übertragung Geschäftswert inkl. Know-How) aus.[13] Die WEKO lehnt sich diesbezüglich an die EU-Bekanntmachung an.[14]

44. Das vorliegend gemeldete Konkurrenzverbot ist mit der Durchführung des Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und können in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht als notwendig angesehen werden, um den Unternehmenswert zu sichern. Die Vereinbarung ist daher vom Zusammenschlussvorhaben umfasst.

B.4.4 Ergebnis

45. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Swisscom Directories auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, welche sich durch das Zusammenschlussvorhaben geringfügig verstärken wird. Dennoch ist aufgrund des Zusammenschlussvorhabens offensichtlich nicht zu erwarten, dass hierdurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

46. Obwohl damit die Voraussetzungen für eine Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG gegeben wären, ist in Analogie zum Verfahren *Swisscom Directories/Websheep*[15] aufgrund der klaren Sachlage aus verfahrensökonomischen Gründen auf die Einleitung einer Prüfung zu verzichten.

[12] RPW 2006/4, 690 Rz 41, *ISS/Edelweissfm*.
[13] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5.3.2005, S. 27.
[14] Vgl. RPW 2019/2, 540 Rz 43, *Swisscom Directories/Websheep*.
[15] Vgl. RPW 2019/2, 540 Rz 45, *Swisscom Directories/Websheep*.

B 2.3	**6. SBB/Hupac/Rethmann/GBN**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Juni 2019

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Mai 2019

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt 659
A.1 Beteiligte Unternehmen 659
A.1.1 SBB 659
A.1.2 Hupac 660
A.1.3 Rethmann 661
A.1.4 GBN 662
A.2 Das Zusammenschlussvorhaben 662
A.3 Gründe für das Zusammenschluss vorhaben 664
A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens 664
A.5 Verfahren 664
A.5.1 Verfahrensgeschichte 664
A.5.2 Abgelehnte Beweisanträge der Parteien 667
A.5.3 Formelle Rügen der Parteien 668
A.5.3.1 Behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs 668
A.5.3.2 Behauptete Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes 670
A.5.3.3 Behauptete Voreingenommenheit 671
B Erwägungen 672
B.1 Geltungsbereich 672
B.1.1 Unternehmen 672
B.1.2 Unternehmenszusammenschluss 672
B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle 672
B.1.2.2 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen 673
B.1.2.3 Einfliessen von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen 674
B.1.2.4 Fazit 674
B.2 Vorbehaltene Vorschriften 674
B.3 Meldepflicht 674
B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 674
B.4.1 Rolle von Umschlagsanlagen im kombinierten Verkehr 675
B.4.2 Relevante Märkte 677
B.4.2.1 Für die Marktabgrenzung relevante Bereiche 677
B.4.2.2 Marktgegenseite 677
B.4.2.3 Sachlich relevante Märkte 678
B.4.2.3.1. Bereich Umschlagsleistungen 678
B.4.2.3.2. Bereich Operateurleistungen 686
B.4.2.3.3. Bereich Gütertransport 687
B.4.2.3.4. Bereich Speditionsleistungen 688
B.4.2.4 Räumlich relevante Märkte 689
B.4.2.4.1. Bereich Umschlagsleistungen 689
B.4.2.4.2. Bereich Operateurleistungen 704
B.4.2.4.3. Bereich Gütertransport 704
B.4.2.4.4. Bereich Speditionsleistungen 704
B.4.2.5 Zusammenfassung der relevanten Märkte 704
B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten 705
B.4.3.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen 705
B.4.3.1.1. Marktanteilsberechnung der Märkte für Umschlagsleistungen 705
B.4.3.1.2. Bereich Umschlagsleistungen 707
B.4.3.1.3. Bereich Operateurleistungen 708
B.4.3.1.4. Bereich Gütertransport 709
B.4.3.1.5. Bereich Speditionsleistungen 710
B.4.3.2 Zusammenfassung der betroffenen Märkte 710
B.4.4 Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten 711
B.4.4.1 Vertikale Effekte 711
B.4.4.2 Bereich Umschlagsleistungen 715
B.4.4.2.1. Vorbemerkung zur Umschlagsanlage GBN 715
B.4.4.2.2. Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet 718
B.4.4.2.3. Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr 736

B.4.4.3 Bereich Operateurleistungen 742
B.4.4.3.1. Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) 742
B.4.4.3.2. Operateurleistungen für begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr 744
B.4.4.4 Bereich Gütertransport 745
B.4.4.4.1. Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene 745
B.4.4.4.2. Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene 745
B.4.4.4.3. Kombinierter Verkehr auf der Schiene 747
B.4.4.5 Fazit 748
B.4.5 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt 748
B.4.5.1 Effizienzvorteile durch die Umschlagsanlage GBN 749
B.4.5.2 Überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten 751
B.4.5.3 Fazit 755
B.4.6 Nebenabreden 756
B.4.6.1 Allgemeines 756
B.4.6.2 Konkurrenz- und Abwerbeverbot 756
B.4.7 Schlussfolgerungen 758
C Kosten 758

A Sachverhalt

1. Am 14. Januar 2019 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) eingegangen. Danach beabsichtigen die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: SBB), Hupac SA (nachfolgend: Hupac) sowie Rethmann SE & Co. KG (nachfolgend: Rethmann), direkt oder indirekt die gemeinsame Kontrolle über die Gateway Basel Nord AG (nachfolgend: GBN) zu erlangen.

2. Die drei Parteien beabsichtigen, gemeinsam eine Umschlagsanlage (Terminal) für den kombinierten Verkehr (nachfolgend: KV) im Raum Basel Nord zu realisieren und zu betreiben.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 SBB

3. Gemäss Meldung ist die **SBB** eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG; SR 742.31) mit Sitz in Bern. Die SBB erbringe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr – namentlich in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr und im Güterverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen (Art. 3 Abs. 1 SBBG). Sie befinde sich vollständig im Besitz der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

4. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sei auf Seiten der SBB die **Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG** (nachfolgend: SBB Cargo) mit Sitz in Olten Vertragspartei. SBB Cargo sei eine 100%-Tochtergesellschaft der SBB. Sie sei primär im Bereich des Bahntransports von Gütern und der damit verbundenen Logistik tätig. SBB Cargo erbringe Gütertransportdienstleistungen für Unternehmen und integrierte logistische Dienste im Schienengüterverkehr, insbesondere in der Schweiz. SBB Cargo biete Leistungen in den folgenden Bereichen an: Wagenladungsverkehr, Ganzzüge, kombinierter Verkehr (KV), bahnnahe Logistikdienstleistungen, Services für Bahnunternehmen sowie Flottenmanagement und Instandhaltung. SBB Cargo sei unter anderem an einer Umschlagsanlage in Chavornay beteiligt und betreibe eine betrieblich eigenständige Umschlagsanlage in Basel Wolf. Zudem betreibe SBB Cargo ein regionales Netz an kleineren Umschlagsanlagen, so in Dietikon, Gossau, Oensingen, Renens, Sion, Lugano, Cadenazzo und St. Triphon.

5. Tochtergesellschaften von SBB Cargo seien die ChemOil Logistics AG sowie die Planungsgesellschaft GBN (vgl. Rz 22 f.). Zudem kontrolliere SBB Cargo (gemeinsam mit Hupac) die SBB Cargo International AG, (gemeinsam mit Hupac und der BLS AG) die RAlpin AG sowie […]. Ferner halte SBB Cargo Beteiligungen an Terminal Combiné Chavornay SA, Hupac, Intercontainer-Interfrigo (ICF) SA (in Liquidation), Cargo sous terrain AG und Sibelit AG, […].

6. In der Meldung werden die Geschäftstätigkeiten von SBB Cargo bzw. deren Tochtergesellschaften, Gemeinschaftsunternehmen und Beteiligungen wie folgt beschrieben:

7. **ChemOil Logistics AG** (nachfolgend: ChemOil) und ihre Tochtergesellschaft ChemOil Logistics GmbH sind spezialisiert auf die Logistik von Mineralöl und chemischen Produkten. Die Kernkompetenz von ChemOil liege in der Planung und Organisation von Gütertransporten, in erster Linie auf der Schiene mittels Traktionsleistungen der SBB.

8. **SBB Cargo International AG** (nachfolgend: SBB Cargo International) und ihre Tochtergesellschaften in Deutschland (SBB Cargo Deutschland GmbH) und Italien (SBB Cargo Italia S.r.l.) böten Traktionsleistungen für den KV und für Ganzzüge auf der Nord-Süd-Achse zwischen Deutschland und Norditalien an. Eine weitere Tochtergesellschaft von SBB Cargo International sei die RT&S Lokführer-Akademie GmbH. Diese habe zum Ziel, Lokführer zu rekrutieren, auszubilden und für Eisenbahnverkehrsunternehmen bereitzustellen.

9. **RAlpin AG** (nachfolgend: RAlpin) betreibe die rollende Autobahn/Landstrasse (RoLa) im alpenquerenden Güterverkehr gestützt auf eine Leistungsvereinbarung mit dem Bundesamt für Verkehr (BAV). Das Angebot von RAlpin sei dem begleiteten KV zuzuordnen, bei dem der gesamte Lastwagen (inkl. Zugmaschine) auf den Zug verladen und zum Bestimmungsterminal transportiert werde.

10. **Xrail SA** sei eine Allianz von sechs europäischen Güterbahnen (CFL Cargo [Luxemburg], DB Cargo [Deutschland], Green Cargo [Schweden], Rail Cargo Austria [Österreich], SBB Cargo und Lineas [Belgien]). Ziel sei es, die Pünktlichkeit und die Information der Kunden im europäischen Wagenladungsverkehr zu stärken.

11. **Terminal Combiné Chavornay SA** (nachfolgend: TERCO) betreibe die KV-Umschlagsanlage in Chavornay. An TERCO seien neben SBB Cargo die Planzer-Gruppe ([…] %), Contargo ([…] %) sowie […] Kleinaktionäre (Beteiligungshöhe von […] %) beteiligt. Bei diesen Kleinaktionären handle es sich einerseits um in der Region ansässige Privatpersonen und branchenfremde Unternehmen, andererseits aber auch um Unternehmen, die ebenfalls im Bereich des KV tätig seien.

12. **Intercontainer-Interfrigo (ICF) SA** sei ein Logistikdienstleister gewesen, der auf den unbegleiteten KV in Europa spezialisiert gewesen sei. Die Gesellschaft sei nicht mehr operativ tätig und befinde sich in Liquidation.

13. **Cargo sous terrain AG** bezwecke die Planung, den Bau und den Betrieb eines unterirdischen Tunnelsystems für den Güterverkehr. Ziel des Projektes sei es, möglichst viel Güterverkehr unter die Erde zu bringen.

14. **Sibelit SA** verfolge das Ziel, auf der linksrheinischen Achse Muizen (Belgien) – Basel (Schweiz) eine qualitativ hochstehende Produktion der Güterzüge herzustellen und die Produktionskosten zu senken. Sibelit SA sei kein eigenständiges Bahngüterunternehmen, sondern solle dazu dienen, die Ressourcen der vier Güterbahngesellschaften Lineas (Belgien), SNCF Fret (Frankreich), CFL (Luxemburg) und SBB Cargo optimal einzusetzen.

A.1.2 Hupac

15. Gemäss Meldung ist **Hupac** die Muttergesellschaft eines Unternehmens, das primär im Bereich des alpenquerenden Güterverkehrs durch die Schweiz auf der Schiene tätig ist. Die Hupac-Gruppe bestehe aus 17 Unternehmen mit Standorten in der Schweiz, Italien, Deutschland, den Niederlanden, Belgien, Polen, Russland und China. Das Aktienkapital werde zu 72 % von Logistikunternehmen und zu 28 % von Bahnen gehalten. SBB halte eine Beteiligung von 23,85 % an Hupac, […] (vgl. auch Rz 5 vorstehend).

16. Hupac sei insbesondere im Bereich des KV tätig. Die Hupac-Gruppe transportiere sowohl ganze Sattelzüge (begleiteter KV) als auch Sattelauflieger und Container ohne Zugfahrzeug (unbegleiteter KV). Hupac betreibe eine betrieblich eigenständige Umschlagsanlage in Basel Wolf. Daneben betreibe Hupac in der Schweiz bzw. dem angrenzenden Ausland die folgenden Umschlagsanlagen oder sei an diesen beteiligt: Aarau, Chiasso, Singen (Deutschland), Busto Arsizio und Piacenza (beide Italien).

17. In der Meldung werden die Tochterunternehmen, Gemeinschaftsunternehmen und Beteiligungen (ohne Kontrollrechte) von Hupac mit Geschäftstätigkeiten in der Schweiz bzw. mit Bezug zur Schweiz wie folgt angegeben:

Gesellschaft	Geschäftstätigkeit	Kontrollverhältnisse
Hupac Intermodal SA (HISA)	Intermodale Operateurin und Betreiberin der Terminals Aarau, Chiasso und Basel Wolf	Tochter von Hupac (100 %)
Termi SA	Immobiliengesellschaft	Tochter von Hupac (100 %)
Hupac Spa	Terminalbetreiberin in Busto Arsizio (Italien)	Tochter von Hupac (100 %)
Termi Spa	Eigentümerin der Terminanlage in Busto Arsizio (Italien)	Tochter von Hupac (100 %)
Centro Intermodale Spa	Eigentümerin der Terminalanlage in Piacenza (Italien)	Tochter von Hupac (100 %)
Terminal Piacenza Intermodale Spa	Betreiberin einer Terminalanlage in Piacenza (Italien)	Tochter von Hupac (100 %)
Hupac Intermodal NV	Terminalbetreiberin in Rotterdam (Holland)	Tochter von Hupac (100 %)
Hupac Intermodal BVBA	Terminalbetreiberin und Eigentümerin der Terminalanlage in Antwerpen (Belgien)	Tochter von Hupac (100 %)
ERS Railways B.V.	Holländische Gesellschaft, welche als Operateurin im maritimen Verkehr tätig ist.	Tochter von Hupac (100 %)
Terminal Singen TSG GmbH	Terminalbetreiberin in Singen (Deutschland)	[…] von Hupac und der Deutschen Bahn

Gesellschaft	Geschäftstätigkeit	Kontrollverhältnisse
Terminal Alptransit Srl	Investitions- und Projektgesellschaft für das neue Terminal Milano Smistamento und Brescia (Italien)	Beteiligung von Hupac (42 %)
Rail Terminal Chemelot BVBA	Terminalbetreiberin in Geleen (Holland)	Beteiligung von Hupac (40 %)
Combinant NV	Terminalbetreiberin in Antwerpen (Belgien)	Beteiligung von Hupac (35 %)
Mercitalia Intermodal Spa	Intermodale Operateurin	Beteiligung von Hupac (34,5 %)
Kombi-Terminal Düsseldorf GmbH	Terminalbetreiberin in Düsseldorf (Deutschland)	Beteiligung von Hupac (33.3 %)
RAlpin	Betreiberin der Rollenden Landstrasse (vgl. Rz 9 vorstehend)	Gemeinschaftsunternehmen von SBB Cargo, Hupac und BLS AG
SBB Cargo International	Eisenbahnunternehmen (vgl. Rz 8 vorstehend)	Gemeinschaftsunternehmen von SBB Cargo und Hupac
GBN	Künftige Terminalbetreiberin in Basel	Beteiligung von Hupac (24.5 %)
KTL Kombi Terminal Ludwigshafen GmbH	Terminalbetreiberin in Ludwigshafen (Deutschland)	Beteiligung von Hupac (15 %)
DIT Duisburg Intermodal Terminal GmbH	Terminalbetreiberin in Duisburg (Deutschland)	Beteiligung von Hupac (10 %)

18. […].

A.1.3 Rethmann

19. Gemäss Meldung ist **Rethmann** (Deutschland) die Muttergesellschaft der Rethmann-Gruppe, welche die Teilkonzerne Rhenus (Logistik), Remondis (Wasser- und Kreislaufwirtschaft) und Saria (Verarbeitung von tierischen Nebenprodukten und organischen Reststoffen) umfasst.

20. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sei auf Seiten von Rethmann die **Contargo AG** mit Sitz in Basel Vertragspartei. Contargo sei eine […] %-Tochtergesellschaft der Rhenus Alpina AG, die Teil der Rhenus-Gruppe sei. Die Rhenus-Gruppe sei ein weltweit operierender Logistikdienstleister, der unter anderem auf Container-Hinterlandtransporte spezialisiert sei und ein Netz von Hinterlandterminals zwischen den Westhäfen am Rhein (und seinen Nebenflüssen bis in die Schweiz), den deutschen Nordseehäfen und dem europäischen Hinterland sowie Schiffs- und Bahnlinien betreibe. In der Schweiz betreibe Contargo eine Umschlagsanlage in Basel und sei – neben SBB Cargo und der Planzer-Gruppe – an einer Umschlagsanlage in Chavornay beteiligt (vgl. Rz 11). Im näheren Ausland sei Contargo an KV-Umschlagsanlagen in Wörth, Karlsruhe, Ludwigshafen und Mannheim (alle Deutschland) beteiligt.

21. In der Meldung werden die Tochterunternehmen, Gemeinschaftsunternehmen und Beteiligungen (ohne Kontrollrechte) der Rhenus-Gruppe mit Geschäftstätigkeiten in der Schweiz bzw. mit Bezug zur Schweiz wie folgt angegeben:

Gesellschaft	Geschäftstätigkeit	Kontrollverhältnisse
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
Cargologic AG	Dienstleistungen im Bereich Luftfracht	Tochter von Rhenus ([…] %)
Contargo AG	Nationale und internationale Transportgeschäfte im Bereich Intermodal	Tochter von Rhenus ([…] %)

Gesellschaft	Geschäftstätigkeit	Kontrollverhältnisse
Rhenus Project Logistics AG	Besorgung nationaler und internationaler Transporte Land, See, Luft	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
Rhenus Logistics AG	Dienst- und Beratungsleistungen im Bereich Speditions- und Transportlogistik	Tochter von Rhenus ([…] %)
Bonafide Logistics AG	Logistikdienstleistungen im Bereich Transport und Lagerung	Tochter von Rhenus ([…] %)
Rhenus Gottardo Ruffoni S.A.	Dienstleistungen im Bereich Speditions- und Transportlogistik	Tochter von Rhenus ([…] %)
Rhenus Port Logistics AG	Dienstleistungen im Bereich Logistik und Recycling	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Tochter von Rhenus ([…] %)
Crossrail AG[1]	Organisation, Vermarktung und Bewirtschaftung von Güterzugsverbindungen	Tochter von Rhenus ([…] %)
[…]	[…]	Beteiligung von Rhenus ([…] %)
Terminal Chavornay SA (TERCO)	Terminalbetrieb für KV	Beteiligung von Rhenus ([…] %)
GBN	Künftige Terminalbetreiberin in Basel	Beteiligung von Rhenus (24.5 %)

A.1.4 GBN

22. Gemäss Meldung ist GBN im Juli 2015 von SBB Cargo, Hupac und Contargo als reine Planungsgesellschaft für die Umschlagsanlage für den kombinierten Verkehr (KV) im Raum Basel Nord gegründet worden.

23. Aktuell halte SBB Cargo 51 % des Aktienkapitals von GBN, Hupac und Contargo würden je 24.5 % des Aktienkapitals halten. GBN stehe heute unter der alleinigen Kontrolle der SBB (vgl. Rz 5).

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

24. Gemäss Meldung beabsichtigen SBB Cargo, Hupac und Contargo, gemeinsam eine Umschlagsanlage (Terminal) für den kombinierten Verkehr (KV) im Raum Basel Nord zu realisieren.

25. Dazu hätten die drei Parteien 2015 GBN als Planungsgesellschaft gegründet, deren Zweck es sei, das Fördergesuch für Investitionsbeiträge für KV-Umschlagsanlagen gemäss Gütertransportgesetz beim Bundesamt für Verkehr (BAV) einzureichen und die Baugenehmigung für die Umschlagsanlage in einem Plangenehmigungsverfahren (PGV) des Bundes zu erlangen. GBN stehe heute unter der alleinigen Kontrolle der SBB. Als reine Planungsgesellschaft ohne Marktaktivitäten habe GBN bisher keinen Umsatz erzielt. Die Gesellschaft verfüge bis heute weder über eigene Ressourcen noch über eigenes Personal, die ihm eine Geschäftstätigkeit ermöglichen würden.

26. Die heutige Planungsgesellschaft soll nun zu einer Betreibergesellschaft umgestaltet werden, welche die Umschlagsanlage realisieren und später operativ betreiben werde. GBN werde die betrieblichen und personellen Mittel erhalten, die für eine selbständige, auf Dauer angelegte Geschäftstätigkeit, nämlich den Betrieb der Umschlagsanlage, erforderlich seien (vgl. Rz 153). In der Betreibergesellschaft sollen SBB Cargo, Hupac und Contargo nach erfolgter Kapitalerhöhung künftig je einen Drittel der Aktien von GBN halten und das Unternehmen gemeinsam kontrollieren (vgl. Rz 146).

27. Die beteiligten Unternehmen beabsichtigen, GBN in mehreren Ausbaustufen zu realisieren, um damit in der Schweiz eine Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion zu schaffen. In einer ersten Stufe soll eine bimodale Umschlagsanlage Strasse-Schiene und in einer zweiten Stufe der Ausbau zu einer trimodalen Umschlagsanlage Strasse-Schiene-Wasser erreicht werden. Das Hafenbecken 3 für den direkten Anschluss von GBN an den

[1] Die Crossrail AG wurde laut den Angaben der Parteien 2018 aufgelöst und aus dem Handelsregister gelöscht.

Rhein werde nicht durch GBN selber realisiert. Die Realisierung des neuen Hafenbeckens für die zweite Ausbaustufe werde durch die Schweizerischen Rheinhäfen (SRH) erfolgen. GBN werde dieses nutzen und die Anbindung des Schiffs an die Verkehrsträger Schiene und Strasse sicherstellen (siehe Abbildung 1).

Abbildung 1: Die zwei Ausbaustufen von GBN



28. Mit GBN soll ein Grossterminal geschaffen werden, das als Drehscheibe für den Import-/Export- und den Transitverkehr dienen soll (Gateway-Funktion). Es soll über genügend lange Umschlagsgleise unter Kran verfügen, um einen modernen, 740 m langen Güterzug ohne zeit- und kostenaufwändige Trennung des Zuges in einzelne Wagengruppen verarbeiten zu können. Eine solche Umschlagsanlage (Terminal) mit Gateway-Funktion existiere in der Schweiz bislang nicht. Zur zukünftigen Geschäftstätigkeit von GBN wird im Weiteren auf die Ausführungen im Rahmen der Marktabgrenzung verwiesen (vgl. Rz 182 ff.).

29. Gemäss Meldung ist das Zusammenschlussvorhaben auch in der EU meldepflichtig und wird deshalb auch der EU-Kommission gemeldet.

Investitionsbeiträge durch den Bund

30. Gemäss Meldung hätten die beteiligten Unternehmen Investitionsbeiträge an den Bau der Umschlagsanlage gemäss Art. 8 Abs. 1 GüTG[2] beantragt und ein entsprechendes Fördergesuch beim BAV eingereicht. Das BAV habe mit Verfügung vom 4. Juli 2018 dem Fördergesuch entsprochen und als Höchstbetrag eine Finanzhilfe von rund CHF 83 Mio. in Form von A-Fonds-perdu-Beiträgen zugesichert. Das BAV stufe die geplante Umschlagsanlage damit als Anlage von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung ein. Die Gewährung der Finanzhilfe werde vom BAV an eine Reihe von Auflagen geknüpft (vgl. dazu Rz 443 ff.). Gegen diese Verfügung sei von einem Konkurrenten Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben worden.

31. In einer zweiten Verfügung habe das BAV eine weitere Finanzhilfe für die Realisierung der zweiten Ausbauetappe zu einer trimodalen KV-Umschlagsanlage in Aussicht gestellt.

32. Die für die Realisierung des neuen Hafenbeckens zuständige SRH (vgl. Rz 27) hätten ebenfalls ein Gesuch um Investitionsbeiträge an den Bau der Hafenanlage gemäss Art. 8 Abs. 6 GüTG[3] beim BAV eingereicht. Gemäss Medienmitteilung des BAV hat der Bund die grundsätzliche Förderwürdigkeit des Hafenbeckens 3 bekräftigt.

Diskriminierungsfreier Zugang

33. Gemäss Meldung soll GBN allen Marktteilnehmern zur gleichberechtigten Nutzung offenstehen. Dies entspreche nicht nur der klaren Absicht der Parteien, sondern werde auch durch Art. 8 Abs. 5 GüTG und Art. 6 GüTV[4] gewährleistet. Demnach seien die Eigentümer und Betreiber einer vom Bund geförderten KV-Umschlagsanlage verpflichtet, Dritten den diskriminierungsfreien Zugang zu gewähren. Bei Streitigkeiten entscheide die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE; Art. 40a^{bis} 1 1 Bst. d EBG[5]). Mit GBN werde somit eine Infrastruktur geschaffen, die von allen Marktteilnehmern zu den gleichen Bedingungen genutzt werden könne.

[2] Gemäss Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportgesetz, GüTG; SR 742.41) kann der Bund Investitionsbeiträge an den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von KV-Umschlagsanlagen und Anschlussgleisen leisten. Gemäss Art. 8 Abs. 2 GüTG darf der Investitionsbeitrag des Bundes 60 Prozent der anrechenbaren Kosten nicht überschreiten. Bei Projekten von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung kann er auf höchstens 80 Prozent erhöht werden.

[3] Gemäss Art. 8 Abs. 6 GüTG kann der Bund Investitionsbeiträge an den Bau von Hafenanlagen für den Güterumschlag im kombinierten Verkehr leisten. Diese dürfen 50 Prozent der anrechenbaren Kosten nicht überschreiten.

[4] Verordnung vom 25. Mai 2016 über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen (Gütertransportverordnung, GüTV; SR 742.411).

[5] Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101).

A.3 Gründe für das Zusammenschlussvorhaben

Fehlende Umschlagskapazitäten in der Schweiz

34. Gemäss Meldung steht aktuell eine Kapazität von ca. 613'000 TEU-Umschlägen[6] pro Jahr für den Import- und Exportverkehr zur Verfügung. Künftig würden verschiedene Umschlagsanlagen aus raumplanerischen oder unternehmerischen Gründen wegfallen. Dies gelte etwa für die Umschlagsanlagen «Westquai im Rheinhafen Kleinhüningen», wo die Flächen der heutigen Umschlagsanlagen voraussichtlich ab 2029 städtebaulich umgenutzt würden und «Basel Wolf», deren Umschlagskapazitäten zum Zeitpunkt der Realisierung von GBN für den Import- und Exportverkehr komplett wegfielen. Damit würden in der Schweiz nur noch Kapazitäten von ca. 443'000 TEU-Umschlägen pro Jahr verbleiben.

35. Die aktuellen und in absehbarer Zukunft vorhandenen Umschlagskapazitäten würden somit nicht ausreichen, um die vom BAV geforderte Verkehrsverlagerung von der Strasse auf die Schiene und prognostizierte Mengenzunahme zu bewältigen. Es fehle eine Kapazität von über 200'000 TEU-Umschlägen pro Jahr, wobei die Nachfrage nach Umschlagskapazitäten im alpenquerenden Transitverkehr hier noch nicht berücksichtigt sei. Zudem dürften die Rheinhäfen-Terminals im Raum Basel bereits 2019 ihre Kapazitätsgrenze für den Containerumschlag erreichen.

36. Würden die Umschlagskapazitäten künftig nicht in der Schweiz angeboten, müsste – aufgrund der fehlenden Umschlagsleistung in der Schweiz – der KV für die Schweiz weiterhin vermehrt auf Umschlagsanlagen im Ausland zurückgreifen. Denn ausländische Umschlagsanlagen würden schon heute Umschlagsleistungen für den KV mit Ziel- oder Abgangsort Schweiz wie auch im alpenquerenden Transitverkehr erbringen. Deshalb könnten insbesondere die im umliegenden Ausland bestehenden und künftigen Umschlagsanlagen die Schweizer Umschlagsanlagen ergänzen oder ersetzen. Eine zu grosse Abhängigkeit von ausländischen Kapazitäten sei indessen einerseits versorgungspolitisch unerwünscht, weshalb die Politik den Ausbau der Kapazitäten in der Schweiz begrüsse, andererseits aber auch verkehrspolitisch ungewollt, weil die Verkehrsströme von ausländischen Terminals nicht gelenkt werden könnten.

37. Deshalb würden die Parteien und das BAV davon ausgehen, dass der Bedarf für eine leistungsstarke Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion in der Schweiz gegeben sei, um die Verlagerungsziele des Bundes erreichen zu können. Die geplante Umschlagsanlage, die im Endausbau eine maximale Kapazität von 390'000 TEU-Umschlägen pro Jahr erreichen soll, sei vor diesem Hintergrund nicht überdimensioniert, weil sich erstens abzeichne, dass in der Schweiz bereits bis 2030 Umschlagskapazitäten von über 200'000 TEU-Umschläge pro Jahr fehlen werden, und weil zweitens Umschlagsvorgänge, die in den letzten Jahren ins Ausland «abgewandert» seien, im Interesse des Verlagerungsziels zurück in die Schweiz «geholt» werden sollten.

Standort Basel Nord

38. In Basel Nord bestehe in der Schweiz die einmalige Gelegenheit, die Verkehrsträger Strasse, Schiene und Binnenschifffahrt am gleichen Standort effizient miteinander zu verknüpfen. GBN erhalte durch den Bau des Hafenbeckens 3 den direkten Schiffsanschluss an den Rhein. Es werde über den direkten Anschluss an die Eisenbahnlinie Basel-Mannheim (Rheintalbahn) verfügen, die ein Teil der Hauptachse Rotterdam-Genua (Rhein-Alpen-Korridor) via Gotthard-Basistunnel sei, und sei auch strassenseitig optimal an die Autobahn A2 angeschlossen, welche Teil der Europastrasse 35 (E 35) sei, die von Amsterdam über Frankfurt am Main und Basel bis nach Rom führe.

39. Im «Sachplan Verkehr, Teil Infrastruktur Schiene» des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) sei GBN bereits vorgesehen. Auch in der Botschaft des Bundesrates vom 30. April 2014 zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes sei GBN bereits als Anlage von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung eingestuft. Gemäss Meldung realisieren die beteiligten Unternehmen somit ein Projekt, dessen verkehrspolitische Notwendigkeit vom Bundesrat, UVEK und BAV als erwiesen betrachtet werde und auf dessen Realisierung der Bund folglich seine Infrastrukturplanung seit Jahren ausrichte.

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

40. Die beteiligten Unternehmen erwarten durch die Realisierung von GBN markante Effizienzsteigerungen im KV, was insbesondere dem Ziel des Bundes zugutekomme, den grenzüberschreitenden Verkehr von der Strasse auf die Schiene zu verlagern (Verlagerungsziel). Effizienzsteigerungen würden sich aus der Lage der Umschlagsanlage in unmittelbarer Nähe der relevanten Verkehrsträger ergeben. Zudem erlaube die Grösse der Anlage, Güterzüge von 740 Metern Länge ohne Trennen und Rangieren umzuschlagen. Dies sei in der Schweiz bisher nicht möglich. Ferner erlaube die durch den Gateway-Charakter erzielte Mengenbündelung eine bessere Auslastung der eingesetzten Verkehrsmittel über alle Verkehrsträger hinweg. Diese Effizienzgewinne liessen sich durch die geplante, grosse Umschlagsanlage realisieren. Diese Sichtweise werde auch vom BAV geteilt. Wie bereits erwähnt, soll GBN allen Marktteilnehmern zur gleichberechtigten Nutzung offenstehen und damit ein diskriminierungsfreier Zugang gewährt werden (vgl. Rz 33).

A.5 Verfahren

A.5.1 Verfahrensgeschichte

41. Mit Schreiben vom 7. Juni 2017 informierten die Parteien das Sekretariat über den aktuellen Stand des Projekts Gateway Basel Nord und kündigten an, dass voraussichtlich im Herbst 2017 ein Meldungsentwurf zum Projekt eingereicht werde.

42. Am 16. August 2017 liess die Wirtschaftskammer Baselland dem Sekretariat ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten zum Projekt im Sinne einer Anzeige zukommen. Das Sekretariat informierte die Wirtschaftskammer Baselland mit Schreiben vom 21. September 2017 über das weitere Vorgehen.

[6] TEU steht für «Twenty-foot Equivalent Unit» und wird als standardisiertes Mass für Kapazitäten von Containerschiffen und Hafenumschlagsmengen verwendet.

43. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2017 liess der Dorfverein pro Kleinhüningen dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Unterlagen im Zusammenhang mit dem Projekt Gateway Basel Nord zur Information und Auswertung zukommen.

44. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht.

45. Am 21. Dezember 2017 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung, unterrichtete die Parteien über die Unvollständigkeit der Meldung und verlangte zusätzliche Angaben nach Art. 15 VKU.

46. Mit Schreiben vom 9. Januar 2018 liess die Wirtschaftskammer Baselland dem Sekretariat ein Schreiben zukommen und stellte diverse Anträge im Zusammenhang mit dem Projekt Gateway Basel Nord. Am 22. Januar 2018 antwortete das Sekretariat auf dieses Schreiben.

47. Am 12. Februar 2018 wandten sich die Wirtschaftskammer Baselland und die Swissterminal AG mit separaten Schreiben an den Präsidenten der WEKO und äusserten ihre Bedenken hinsichtlich des Projektes Basel Gateway Nord. Am 16. Februar 2018 antwortete das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten auf die beiden Schreiben.

48. Am 22. Juni 2018 reichten die Parteien eine (erleichterte) 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, die beim Sekretariat am 25. Juni 2018 einging.

49. Mit Schreiben vom 4. Juli 2018 teilte das Sekretariat den Parteien die Unvollständigkeit der Meldung mit und verlangte weitere Angaben und Unterlagen nach Art. 15 VKU.

50. Mit separaten Schreiben vom 28. August 2018 wandten sich die Abacus Shipping AG und die Ozean Brokerage & Shipping AG an das Sekretariat und äusserten ihre Bedenken hinsichtlich des Projektes Gateway Basel Nord. Am 29. und 30. August 2018 antwortete das Sekretariat auf die beiden Schreiben.

51. Mit Schreiben vom 10. September 2018 wandte sich die Furness Shipping Ltd an das Sekretariat und äusserte ihre Bedenken hinsichtlich des Projektes Gateway Basel Nord. Am 10. September 2018 antwortete das Sekretariat auf dieses Schreiben.

52. Am 2. November 2018 reichten die Parteien eine ergänzte (erleichterte) Meldung ein, die beim Sekretariat am 5. November 2018 einging.

53. Mit Schreiben vom 6. November 2018 stellten die Parteien ein Gesuch um Akteneinsicht.

54. Mit Schreiben vom 9. November 2018 teilte das Sekretariat den Parteien die Unvollständigkeit der ergänzten Meldung mit und verlangte weitere Angaben nach Art. 15 VKU. Weiter bat das Sekretariat die Parteien um Mitteilung, ob sie damit einverstanden seien, dass das Sekretariat Dritte vor Eingang der vollständigen Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben befragt.

55. Mit Schreiben vom 16. November 2018 teilten die Parteien dem Sekretariat mit, dass sie nur unter der Bedingung, dass vorgängig Akteneinsicht gewährt werde, damit einverstanden seien, dass das Sekretariat Dritte vor Eingang der vollständigen Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben befragt.

56. Am 21. November 2018 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass praxisgemäss erst im Rahmen einer vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 33 KG Akteneinsicht gewährt werde.

57. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2018 liessen die Parteien dem Sekretariat die Vernehmlassung des BAV im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend die Verfügung des BAV vom 4. Juli 2018 hinsichtlich des Gesuchs um Investitionsbeiträge an den Bau einer bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord zukommen.

58. Am 7. Dezember 2018 reichten die Parteien nach Rücksprache mit dem Sekretariat nochmals einen Meldungsentwurf ein.

59. Am 19. Dezember 2018 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung und verlangte weitere Angaben nach Art. 15 VKU.

60. Am 11. Januar 2019 reichten die Parteien eine ergänzte (erleichterte) Meldung ein, die beim Sekretariat am 14. Januar 2019 einging.

61. Mit Schreiben vom 15. Januar 2019 teilte das Sekretariat den Parteien die Vollständigkeit der ergänzten Meldung mit und setzte eine Frist bis zum 18. Januar 2019 an, um weitere Angaben und Unterlagen gemäss Art. 15 VKU zu liefern. Die zusätzlich verlangten Angaben und Unterlagen wurden von den Parteien fristgerecht eingereicht.

62. Um die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens besser beurteilen zu können, versandte das Sekretariat am 14. Januar 2019 Fragebögen an mehrere Betreiber von Umschlagsanlagen (in der Schweiz und im grenznahen Ausland), an mehrere Transport- und Logistikdienstleister, an mehrere Verbände der Transport- und Logistikbranche sowie an das BAV. Insgesamt hat das Sekretariat 62 Unternehmen und 4 Verbände befragt. Rund 60 Unternehmen, 4 Verbände sowie das BAV haben geantwortet.

63. Mit Schreiben vom 29. Januar 2019 wandte sich die Wirtschaftskammer Baselland an das Sekretariat und äusserte ihre Bedenken hinsichtlich des Projektes Gateway Basel Nord. Sie liess dem Sekretariat ein Schreiben von Swiss Economics sowie zwei Gutachten zum Projekt zukommen. Das Sekretariat antwortete am 1. Februar 2019 auf dieses Schreiben.

64. Am 13. Februar 2019 entschied die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse der WEKO (nachfolgend: Kammer), das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen. Zugleich entschied die Kammer, dass das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Prüfung aufgeschoben bleibt (vgl. Art. 33 Abs. 2 KG). Die Parteien erhielten die Mitteilung

über diese Entscheide mit Schreiben vom 13. Februar 2019. Zudem stellte das Sekretariat den Parteien die Beschlussbegründung betreffend die Einleitung einer Prüfung (nachfolgend: Beschlussbegründung) zu, mit der Bitte, bis zum 25. Februar 2019 dazu Stellung zu nehmen. Die Öffentlichkeit wurde am 14. Februar 2019 über die Durchführung einer Prüfung mittels Pressemitteilung orientiert. Die Einleitung des Prüfungsverfahrens wurde am 19. Februar 2019 im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (nachfolgend: SHAB) publiziert.

65. Mit Schreiben vom 15. Februar 2019 ersuchten die Parteien um eine Abänderung der im Internet publizierten Medienmitteilung. Das Sekretariat teilte den Parteien gleichentags mit, dass die Medienmitteilung nicht gemäss dem Vorschlag der Parteien angepasst werde.

66. Am 19. Februar 2019 wurden den Parteien die bis zum 18. Februar 2019 angefallenen Aktenstücke samt Aktenverzeichnis zugestellt. Ein bis dato noch nicht um Geschäftsgeheimnisse bereinigtes Aktenstück wurde den Parteien am 25. Februar 2019 nachgereicht.

67. Mit Schreiben vom 21. Februar 2019 beantragten die Parteien, dass ihnen die Frist, um zur Beschlussbegründung betreffend die Einleitung einer Prüfung Stellung zu nehmen, bis zum 8. März 2019 zu erstrecken sei. Mit gleichdatiertem Schreiben entsprach das Sekretariat diesem Gesuch teilweise und erstreckte die Frist bis zum 1. März 2019.

68. Mit Schreiben vom 26. Februar 2019 äusserte der Dorfverein pro Kleinhüningen seine Bedenken hinsichtlich des Projektes GBN. Das Sekretariat antwortete am 27. Februar 2019 auf dieses Schreiben.

69. Mit Schreiben vom 28. Februar 2019 teilte die Wirtschaftskammer Baselland im Sinne einer Stellungnahme von Dritten gemäss Art. 33 Abs. 1 KG mit, dass ein drittes Gutachten zum Projekt Basel Gateway Nord in Auftrag gegeben wird. Das Gutachten solle mittels empirischer Bedarfsanalyse untersuchen, ob die angestrebten Kapazitäten des Vorhabens nachgefragt und dem gesamtwirtschaftlichen Wachstum gerecht würden. Bis Ende April 2019 dürften erste Ergebnisse präsentiert werden. Mit gleichdatiertem Schreiben reichten auch die Regioport AG sowie Pro Natura Basel eine Stellungnahme ein. Eine weitere Stellungnahme wurde mit Schreiben vom 1. bzw. 15. März 2019 von der DP World Germersheim GmbH & Co. KG eingereicht.

70. Am 28. Februar 2019 liess das Sekretariat den Schweizerischen Rheinhäfen ein Auskunftsbegehren zukommen, auf welches diese am 7. März 2019 antworteten. Gleichentags wurden auch die Parteien um weitere Angaben und Unterlagen nach Art. 15 VKU gebeten. Die verlangten Angaben und Unterlagen wurden mit Schreiben vom 8. März 2019 eingereicht.

71. Mit Schreiben vom 1. März 2019 reichten die Parteien innert einmal erstreckter Frist die Stellungnahme zur Beschlussbegründung ein.

72. Am 1. März 2019 bat das Sekretariat die ÖBB Infrastruktur AG um weitere Angaben. Die ÖBB Infrastruktur AG antwortete am 13. März 2019. Gleichentags liess das Sekretariat auch der Swissterminal AG ein Auskunftsbegehren zukommen. Die Swissterminal AG erteilte dem Sekretariat mit Schreiben vom 15. März 2019 die verlangten Auskünfte.

73. Am 4. März 2019 bat das Sekretariat die Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene–Straße (DUSS) mbH Weil am Rhein um weitere Angaben, welche am 5. März 2019 eintrafen.

74. Am 6. März 2019 liess das Sekretariat der ETK Euro Terminal Kehl GmbH ein Auskunftsbegehren zukommen, auf welches diese am 15. März 2019 antwortete.

75. Am 7. März 2019 liess das Sekretariat den Rhine Europe Terminals (Strasbourg Terminal Sud) ein Auskunftsbegehren zukommen. Gleichentags bat das Sekretariat auch die Bertschi AG um weitere Auskünfte, welche am 8. März 2019 erteilt wurden.

76. Mit Schreiben vom 8. März 2019 bat das Sekretariat die Parteien um weitere Angaben nach Art. 15 VKU, welche von den Parteien am 15. März 2019 eingereicht wurden.

77. Mit Schreiben vom 11. März 2019 bat das Sekretariat die Parteien, den 13. Mai 2019 für eine allfällige Anhörung vor der WEKO zu reservieren.

78. Am 20. März 2019 reichte die IG Klybeckinsel ein Schreiben ein und äusserte ihre Bedenken gegenüber dem Projekt Gateway Basel Nord. Das Sekretariat antwortete am 26. März 2019 auf dieses Schreiben.

79. Mit Schreiben vom 29. März 2019 reichten die Parteien ein Gutachten zu den Effizienzgewinnen durch ein trimodales Terminal Gateway Basel Nord ein. Mit Schreiben vom 1. April 2019 verlangte das Sekretariat die Grundlagen bzw. verwendeten Rohdaten des Gutachtens ein, welche von den Parteien am 10. April 2019 eingereicht wurden.

80. Am 2. April 2019 reichten die Parteien zudem eine ergänzte Stellungnahme zur Beschlussbegründung betreffend die Auswertung der Marktbefragung des Sekretariats ein.

81. Am 5. April 2019 reichte die Wirtschaftskammer Baselland ein Gutachten zum Marktangebot und Marktnachfrage im Markt für Terminaldienstleistungen Basel 2019 – 2030 ein. Mit Schreiben vom 8. April 2019 verlangte das Sekretariat die Grundlagen bzw. Rohdaten des Gutachtens ein, welche am 12. April 2019 eingereicht wurden.

82. Mit Schreiben vom 10. April 2019 stellte das Sekretariat den Parteien die vorläufige Beurteilung der WEKO vom 8. April 2019 zu, mit der Aufforderung, bis zum 25. April 2019 dazu Stellung zu nehmen und Vorschläge für zielführende Bedingungen und/oder Auflagen einzureichen. Zudem wurden die Parteien im Auftrag des Präsidenten der WEKO zu einer Anhörung am 13. Mai 2019 eingeladen. Schliesslich wurden den Parteien auch ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die seit der letzten Akteneinsicht neu angefallenen Aktenstücke in elektronischer Form zugestellt.

83. Am 12. April 2019 bat das Sekretariat die Parteien um weitere Angaben nach Art. 15 VKU, welche von den Parteien innert einmal erstreckter Frist mit Schreiben vom 29. und 30. April 2019 eingereicht wurden.

84. Am 15. April 2019 ersuchte das Sekretariat das BAV im Rahmen der Amtshilfe um Auskünfte im Zusammenhang mit den von den Parteien und der Wirtschaftskammer Baselland eingereichten Gutachten. Das BAV nahm mit Schreiben vom 30. April 2019 dazu Stellung.

85. Mit Schreiben vom 16. April 2019 lud das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten die Swissterminal AG zur Anhörung am 13. Mai 2019 ein.

86. Am 18. April 2019 wurden den Parteien auf Gesuch hin ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die seit der letzten Akteneinsicht neu angefallenen Aktenstücke zugestellt.

87. Mit Schreiben vom 23. April 2019 stellten die Parteien den Antrag, dass der Direktor der Wirtschaftskammer Baselland, Landrat Christoph Buser, als Zeuge zur Finanzierung der von der Wirtschaftskammer Baselland eingereichten Gutachten zu befragen sei. Mit Schreiben vom 24. April 2019 lehnte das Sekretariat den Antrag im Einverständnis mit dem Präsidenten der WEKO ab.

88. Am 23. April 2019 erinnerte das Sekretariat die Rhine Europe Terminals an die Beantwortung des Auskunftsersuchens vom 7. März 2019. Gleichentags ersuchte es die Ultra-Brag AG um ergänzende Auskünfte, welche von der Ultra-Brag AG umgehend beantwortet wurden.

89. Mit Schreiben vom 29. April 2019 liess das Sekretariat den Parteien und der Swissterminal AG weitere Informationen betreffend den Ablauf der Anhörungen vom 13. Mai 2019 zukommen.

90. Am 29. April 2019 reichten die Parteien innert einmal erstreckter Frist die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ein.

91. Am 30. April 2019 stellten die Parteien den Antrag, dass das BAV am 13. Mai 2019 anzuhören sei. Am 1. Mai 2019 teilte das Sekretariat den Parteien im Auftrag des Präsidenten der WEKO mit, dass dem Antrag stattgegeben wird und lud das BAV zur Anhörung am 13. Mai 2019 ein.

92. Am 1. bzw. 2. Mai 2019 wurden den Parteien auf Gesuch hin ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die seit der letzten Akteneinsicht neu angefallenen Aktenstücke zugestellt.

93. Mit Schreiben vom 2. Mai 2019 stellten die Parteien den Antrag, dass das BAV für die gesamte Anhörung vom 13. Mai 2019 zuzulassen sei. Am 3. Mai 2019 teilte das Sekretariat den Parteien im Auftrag des Präsidenten mit, dass dem Antrag nur teilweise und insofern stattgegeben werde, als das BAV an der Befragung der Parteien ebenfalls zugelassen sei. Gleichentags stellten die Parteien nochmals den Antrag auf Anwesenheit des BAV an der gesamten Anhörung vom 13. Mai 2019 (insbes. der Anhörung der Swissterminal AG), worauf das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten den Parteien am 6. Mai 2019 mittteilte, dass am Schreiben vom 2. Mai 2019 festgehalten werde.

94. Am 6. Mai 2019 reichten die Parteien Vorschläge für Bedingungen und/oder Auflagen ein. Mit Schreiben vom 8. Mai 2019 verlangte das Sekretariat diesbezüglich weitere Angaben, welche von den Parteien mit Schreiben vom 10. Mai 2019 geliefert wurden.

95. Mit Schreiben vom 7. Mai 2019 reichten die Parteien ein Gutachten «Die Funktionsweise des internationalen (KV-) Güterverkehrsmarktes aus der Perspektive des Gateway Basel Nord» ein. Am 13. Mai 2019 bat das Sekretariat die Parteien, die Grundlagen bzw. Rohdaten zum Gutachten einzureichen. Die Parteien reichten die Angaben mit Schreiben vom 17. Mai 2019 ein.

96. Am 9. Mai 2019 reichten die Parteien ein Schreiben wegen angeblicher Verletzung der Verfahrensrechte ein.

97. Am 10. Mai 2019 wurden den Parteien auf Gesuch hin ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die seit der letzten Akteneinsicht neu angefallenen Aktenstücke zugestellt.

98. Gleichentags liess der Vorsteher des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt dem Präsidenten der WEKO ein Schreiben zukommen, im welchem er auf die grosse Bedeutung des Projekts Gateway Basel Nord für den Kanton Basel-Stadt hinwies.

99. Gleichentags reichte die Wirtschaftskammer Baselland zwei weitere Gutachten zum Zusammenschlussvorhaben ein.

100. Am 13. Mai 2019 fand eine Anhörung der Parteien, der Swissterminal AG und des BAV durch die WEKO statt.

101. Am 14. Mai 2019 wurden den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die seit der letzten Akteneinsicht neu angefallenen Aktenstücke inklusive der Protokolle der Anhörung zugestellt.

102. Mit Schreiben vom 17. Mai 2019 beantragten die Parteien, dass die zwei von der Wirtschaftskammer Baselland eingereichten Gutachten aus dem Recht zu weisen und aus den Akten zu entfernen seien.

103. Am 20. Mai 2019 reichte die Swissterminal AG ein Schreiben mit nachträglichen Bemerkungen zur Anhörung vom 13. Mai 2019 ein.

104. Am 21. Mai 2019 wurden den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie die seit der letzten Akteneinsicht neu angefallenen Aktenstücke zugestellt.

105. Mit Schreiben vom 24. Mai 2019 reichte die Wirtschaftskammer Baselland ein weiteres Kurzgutachten ein.

106. Am 27. Mai 2019 entschied die WEKO, das Zusammenschlussvorhaben ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen.

A.5.2 Abgelehnte Beweisanträge der Parteien

107. Mit Schreiben vom 23. April 2019 haben die Parteien beantragt, Landrat Christoph Buser, Direktor der Wirtschaftskammer Baselland, als Zeuge unter Wahrheitspflicht zu befragen, ob die Kosten der von der Wirtschaftskammer Baselland (nachfolgend: WKBL) eingereichten Gutachten direkt oder indirekt, ganz oder teilweise durch die Swissterminal AG getragen würden und ob die Swissterminal AG direkt oder indirekt an der Instruktion der Gutachter mitgewirkt oder mit diesen in

Kontakt gestanden habe. Der Antrag wurde vom Sekretariat im Einverständnis mit dem Präsidenten der WEKO mit Schreiben vom 24. April 2019 abgelehnt. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung halten die Parteien an ihrem entsprechenden Antrag fest.

108. Gestützt auf Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1974 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 271) gilt vorliegend der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach haben die Wettbewerbsbehörden die Beweismittel nach freier Überzeugung zu würdigen.[7] Daraus fliesst zum einen die Pflicht, sämtliche erhobenen Beweismittel über erhebliche Tatsachen in die Würdigung miteinzubeziehen, zum anderen, die Beweiskraft der erhobenen Beweismittel ohne Bindung an förmliche Beweisregeln aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bewerten.[8]

109. Wie im Schreiben des Sekretariats vom 24. April 2019 festgehalten, wurde das von der WBKL eingereichte Gutachten mit dem Titel «Marktangebot und Marktnachfrage im Markt für Terminaldienstleistungen Basel 2019 – 2030» dem BAV mit spezifischen Fragen zur Stellungnahme vorgelegt. Die Parteien hatten auch die Möglichkeit, zu den von der WKBL eingereichten Gutachten Stellung zu nehmen. Bei diesen Gutachten handelt es sich zudem nicht um Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Daher kommt deren Inhalt auch kein erhöhter Beweiswert zu. Zudem wurde weder in der Beschlussbegründung vom 13. Februar 2019 noch in der vorläufigen Beurteilung vom 8. April 2019 auf Aussagen bzw. Schlussfolgerungen der von der WKBL eingereichten Gutachten abgestellt. Auch die vorliegende Stellungnahme der WEKO nimmt nicht auf Aussagen bzw. Schlussfolgerungen dieser Gutachten Bezug. Vor diesem Hintergrund lehnt die WEKO den Antrag der Parteien auf Zeugeneinvernahme von Landrat Christoph Buser, Direktor der Wirtschaftskammer Baselland, ab.

110. Die Parteien beantragen weiter, sämtliche von der WKBL eingereichten Gutachten aus dem Recht zu weisen und aus den Akten zu entfernen.

111. Hierzu ist nochmals darauf hinzuweisen, dass es den Wettbewerbsbehörden obliegt, die Beweise sachgerecht zu würdigen. Zudem ist nicht ersichtlich und wird von den Parteien auch nicht vorgebracht, dass betreffend die von der WKBL eingereichten Gutachten ein Ermittlungs- oder Verwertungsverbot bestehen würde. Vor diesem Hintergrund ist auch dieser Antrag der Parteien abzulehnen.

112. Den Beweisantrag der Parteien gemäss Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung, die SKE bzw. zukünftige RailCom betreffend die Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs im Sinne von Art. 8 Abs. 5 GüTG bzw. Art. 6 GüTV zu befragen, hat die WEKO schliesslich in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt.

A.5.3 Formelle Rügen der Parteien

A.5.3.1 Behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs

113. In ihrer Stellungnahme zur Beschlussbegründung machen die Parteien geltend, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei im bisherigen Verfahren durch unzulässig kurze Fristen und verspätete Akteneinsicht verletzt worden.

114. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlange, dass den beteiligten Unternehmen eine ausreichende Frist eingeräumt werde, um zur Beschlussbegründung betreffend die Einleitung einer vertieften Prüfung Stellung zu nehmen. Die Beschlussbegründung sei mit rund 70 Seiten sehr umfangreich. Sie sei komplex, da sie eine Vielzahl Marktanteilszahlen in einer Vielzahl von Märkten und Teilmärkten umfasse. Hinzu kämen die sehr umfangreichen Verfahrensakten mit deutlich über 300 Aktenstücken und mehreren tausend Seiten. Dennoch sei den Parteien für die Stellungnahme zur Beschlussbegründung nur eine kurze Frist von rund zwölf Tagen angesetzt worden, in die zwei Wochenenden und die Sportferien fielen. Die von den Parteien beantragte Fristerstreckung sei nur teilweise und gerade einmal um vier Tage erstreckt worden. Es sei der Eindruck entstanden, dass den Parteien ohne Not eine so kurze Frist angesetzt worden sei, dass es für sie schlicht unmöglich sei, die Akten zu studieren, eigene Abklärungen durchzuführen und eine fundierte Stellungnahme zu verfassen. Schliesslich sei den Parteien noch während laufender Frist für die Stellungnahme ein weiterer umfangreicher Fragenkatalog zugestellt worden mit einer Frist von fünf Tagen zur Beantwortung. Damit sei das Erarbeiten der Stellungnahme zur Beschlussbegründung noch zusätzlich erschwert worden, da sich die Mitarbeitenden der Parteien gleichzeitig auch noch um diese Fragen kümmern mussten.

115. Diesen Vorbringen der Parteien ist Folgendes zu entgegnen: Falls die Dauer einer behördlich angesetzten Frist nicht in einem Gesetz oder einer Verordnung umschrieben ist, liegt die Fristansetzung im pflichtgemässen Ermessen der Behörde.[9] Gemäss der Praxis der WEKO beträgt eine Fristerstreckung im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle lediglich wenige Tage.[10] Das umfangreiche Prüfverfahren und der enge gesetzlich vorgegebene Zeitplan standen vorliegend einer antragsgemässen Fristerstreckung für die Einreichung der Stellungnahme zur Beschlussbegründung entgegen. Entsprechend konnte das Sekretariat die Frist vorliegend lediglich um vier statt wie beantragt um elf Tage erstrecken (vgl. Rz 67). Die Beschlussbegründung stützt sich zudem im Wesentlichen auf die eigenen Angaben der Parteien ab. So wurden die erwähnten Marktanteilszahlen in einer Vielzahl von Märkten und Teilmärkten der Meldung bzw. den Angaben der Parteien entnommen und waren ihnen somit hinlänglich bekannt. Die Wettbewerbsbehörden haben in der Beschlussbegründung

[7] Vgl. ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 39 KG N 78.

[8] Vgl. JÜRG BICKEL/MARKUS WYSSLING, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 42 KG N 4.

[9] Urs PETER CALVETI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 22 VwVG N 8.

[10] Merkblatt Fristen im Kartellverfahren, Rz 20; abrufbar unter www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen.

weder andere oder weitere Märkte abgegrenzt noch selber Marktanteilsberechnungen vorgenommen. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörden die Parteien grundsätzlich nur über die Tatsache der Prüfungseinleitung informieren müssen bzw. mangels Vorliegen einer Verfügung keine Begründungspflicht besteht.[11] Entsprechend sind die Wettbewerbsbehörden auch nicht verpflichtet, den Parteien die Beschlussbegründung betreffend die Einleitung der Prüfung zur Stellungnahme zuzustellen, zumal – wie vorliegend – die Parteien Gelegenheit erhalten, zur vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Stellung zu nehmen. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern das rechtliche Gehör der Parteien verletzt worden sein soll.

116. Die Parteien machen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung weiter geltend, die umfangreichen Akten seien erst eine Woche nach Fristbeginn zur Verfügung gestellt worden. Zwar sei die WEKO verpflichtet, die Geschäftsgeheimnisse in den Verfahrensakten zu bereinigen. Es sei indes unverständlich, dass den Parteien auch in diejenigen Aktenstücke die Einsicht verweigert worden sei, bei denen die Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse längst abgeschlossen oder gar nicht erforderlich gewesen sei. Das Aktenverzeichnis belege, dass ein grosser Teil der Akten bereits im Januar 2019 eingegangen sei. Anstatt diese Akten unverzüglich den Parteien zuzustellen, habe das Sekretariat alle Akten zurückbehalten, nur weil bei vereinzelten Aktenstücken offenbar noch Geschäftsgeheimnisse zu bereinigen gewesen seien. Die Parteien hätten zudem bereits am 16. November 2018 ein Gesuch um Akteneinsicht gestellt, weil sie als Folge der medial orchestrierten und aggressiv geführten Kampagne der Swissterminal-Gruppe gegen GBN damit rechneten, dass sich bereits diverse Eingaben aus dem Kreis von Swissterminal in den Akten befänden. Das Sekretariat habe aber die Akteneinsicht verweigert, was angesichts der nun äusserst kurz gesetzten Fristen umso schwerer wiege.

117. Diesem Vorbringen der Parteien ist Folgendes entgegen zu halten: Die Akteneinsicht muss, wie generell das rechtliche Gehör, spätestens zu einem Zeitpunkt gewährt werden, in welchem sich die Parteien noch effektiv zum Sachverhalt äussern und Beweisanträge stellen können. Im Rahmen der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen wird den Parteien spätestens mit Zusendung der vorläufigen Beurteilung auf Antrag Akteneinsicht gewährt. Zumeist können sie jedoch bereits früher – ab Einleitung der Prüfung oder innerhalb einiger Wochen nach diesem Zeitpunkt – Einsicht in die Akten nehmen.[12] Vorliegend erhielten die Parteien die Mitteilung über die Einleitung einer Prüfung mit Schreiben vom 13. Februar 2019. Gleichzeitig wurden sie gebeten, zur Beschlussbegründung Stellung zu nehmen (vgl. Rz 64). Am 19. Februar 2019 wurden den Parteien die bis zum 18. Februar 2019 angefallenen Aktenstücke samt Aktenverzeichnis zugestellt. Ein bis dato noch nicht um Geschäftsgeheimnisse bereinigtes Aktenstück wurde den Parteien am 25. Februar 2019 nachgereicht (vgl. Rz 66). Den Parteien wurden somit in einem sehr frühen Stadium der Prüfung die angefallenen Verfahrensakten zugestellt. Betreffend das Akteneinsichtsgesuch der Parteien vom 16. November 2018 ist schliesslich festzuhalten, dass dieses noch vor Einreichung einer vollständigen Meldung erfolgte, mithin noch nicht einmal die Monatsfrist für die Einleitung des Prüfungsverfahrens zu laufen begonnen hatte. Zudem weigerten sich die Parteien bzw. waren nur unter der Bedingung der Gewährung einer vorgängigen Akteneinsicht damit einverstanden, dass das Sekretariat Dritte vor Eingang der vollständigen Meldung zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben befragt (vgl. Rz 54 f.). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern das rechtliche Gehör der Parteien verletzt worden sein soll.

118. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung bringen die Parteien weiter vor, dass das rechtliche Gehör der Parteien aufgrund fehlender Akten verletzt worden sein soll. So gehe aus den Akten hervor, dass das Sekretariat mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Swissterminal AG zwei Telefongespräche geführt habe. Zu diesen Gesprächen würden Gesprächsnotizen in den Akten fehlen.

119. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Die von den Parteien erwähnten Telefongespräche fanden im Zusammenhang mit der Geschäftsgeheimnisbereinigung der Eingaben von Swissterminal AG statt. Die Swissterminal AG wurde dabei insbesondere darauf aufmerksam gemacht, dass gewisse geschwärzte Passagen ihrer Eingabe keine Geschäftsgeheimnisse darstellten oder die entsprechenden Angaben in umschriebener Form bzw. mittels Angabe von Bandbreiten den Parteien gegenüber offen zu legen seien. Es ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, inwiefern das rechtliche Gehör der Parteien verletzt worden sein soll, zumal den Parteien sämtliche Eingaben der Swissterminal AG in geschäftsgeheimnisbereinigter Form zugestellt worden sind.

120. Die Parteien machen in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung weiter geltend, es sei mit dem Grundsatz der Fairness im Verfahren und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht zu vereinbaren, wenn den Parteien nur gerade 11 Arbeitstage zur Verfügung stehen würden, um zur vorläufigen Beurteilung von rund 150 Seiten Stellung zu nehmen sowie Akten von mehreren 1000 Seiten zu studieren. Vielmehr entstehe der Eindruck, dass den Parteien gezielt eine so kurze Frist angesetzt werde, dass es für sie schlicht unmöglich sei, die Akten zu studieren, eigene Abklärungen durchzuführen und eine fundierte Stellungnahme zu verfassen. Den Parteien sei darüber hinaus noch während laufender Frist zur Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ein umfangreicher Fragebogen mit 20 detaillierten Fragen zugestellt worden, was das Erarbeiten der Stellungnahme zusätzlich erschwert habe.

[11] Vgl. JAN RITSCHARD/ADRIAN SPÜHLER, in: DIKE-Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 33 KG N 4.

[12] Vgl. RITSCHARD/SPÜHLER (Fn 11), in: DIKE-Kommentar KG, N 25 zu Art. 33 KG N 25.

121. Diesem Vorbringen der Parteien ist Folgendes entgegen zu halten: Für die (vertiefte) Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO von Gesetzes wegen (nur) vier Monate Zeit (vgl. Art. 33 Abs. 3 KG). Es gelten keine Gerichtsferien (vgl. Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Abs. 3 VKU). Die Wettbewerbsbehörden sind somit an einen straffen Zeitplan gebunden. Deshalb können auch den Parteien nur vergleichsweise kurze Fristen für Stellungnahmen eingeräumt werden. Der Vorwurf, es sei der Eindruck entstanden, dass den Parteien «gezielt» eine kurze Frist für die Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung eingeräumt worden sei, um ihnen zu verunmöglichen, die Akten zu studieren, eigene Abklärungen durchzuführen und eine fundierte Stellungnahme einzureichen, ist völlig haltlos. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Parteien zudem die Möglichkeit haben, unaufgefordert weitere Eingaben zum Zusammenschlussvorhaben zu machen, wovon die Parteien im Übrigen auch Gebrauch gemacht haben.

122. Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, inwiefern das rechtliche Gehör der Parteien im vorliegenden Verfahren verletzt worden sein soll.

A.5.3.2 Behauptete Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

123. In ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien geltend, dass die Untersuchungsmaxime «eklatant» verletzt worden sei und sich das Sekretariat schlicht weigere, Abklärungen zu Sachverhaltselementen vorzunehmen, die für den Zusammenschluss sprächen. Jüngstes Beispiel dafür sei ein Schreiben vom 12. April 2019, indem 20 detaillierte Fragen gestellt würden, die sich nur teilweise auf Informationen beziehen würden, welche direkt die beteiligten Unternehmen beträfen. Die meisten Fragen würden sich auf allgemeine Zusammenhänge, auf Fakten oder Zahlen zum Markt oder sogar die Volkswirtschaft als Ganzes beziehen. Auch wenn die Parteien in Zusammenschlussverfahren eine Mitwirkungspflicht treffe, gelte die Untersuchungsmaxime, und das Sekretariat habe den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Es sei mit der Untersuchungsmaxime nicht zu vereinbaren, die gesamte Sachverhaltsabklärung zu zentralen Punkten der Gesetzesanwendung den Parteien aufzubürden (z. B. in Bezug auf die Fragen 1 bis 5 oder 9 bis 11 des Schreibens vom 12. April 2019). Das Sekretariat sei verpflichtet, insbesondere auch Abklärungen zu den offensichtlichen Effizienzgewinnen von GBN, zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten und zum internationalen Wettbewerb durchzuführen. Bis heute habe das das Sekretariat nicht gemacht. Indem die vorläufige Beurteilung an verschiedenen Stellen einfach feststelle, die Parteien hätten den Nachweis angeblich nicht erbracht, verkenne sie nicht nur das Wesen der Untersuchungsmaxime, sondern bestätige selbst, dass der Sachverhalt nicht – wie von Art. 12 VwVG verlangt – von Amtes wegen ermittelt worden sei. Das Sekretariat sei verpflichtet, insbesondere auch Abklärungen zu den offensichtlichen Effizienzgewinnen von GBN, zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten und zum internationalen Wettbewerb durchzuführen. Sei das Sekretariat der Auffassung, dass es zu bestimmten Fragen nicht über das nötige Know-how verfüge, könne es dazu andere Behörden (insbesondere das BAV) oder Sachverständige beiziehen, was in anderen Zusammenschlussverfahren in der Vergangenheit auch gemacht worden sei.

124. Zu diesem Vorbringen der Parteien ist Folgendes festzuhalten:

125. Nach Art. 12 VwVG gilt in Kartellverwaltungsverfahren und damit auch bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen der Untersuchungsgrundsatz, wonach der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festzustellen ist. Zur Pflicht, den Sachverhalt zu ermitteln, gehört die Beweisführungslast, d.h. die Obliegenheit, den erforderlichen Beweis zu führen. Der Untersuchungsgrundsatz wird indes dadurch eingeschränkt, dass die Verfahrensparteien verpflichtet sind, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken.[13] So haben gemäss Art. 40 KG Beteiligte an Zusammenschlüssen den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Art. 15 Abs. 2 VKU konkretisiert diese Mitwirkungspflicht für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen dahingehend, als diese dem Sekretariat auch nach der Bestätigung der Vollständigkeit der Meldung zusätzliche Angaben und Unterlagen einreichen müssen, die für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens von Bedeutung sein können. Insbesondere müssen sie Auskunft erteilen über bisherige oder geplante Absatz- oder Umsatzzahlen sowie über die Marktentwicklung und ihre Stellung im internationalen Wettbewerb. Die meldepflichtigen Unternehmen trifft nebst der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 15 VKU zusätzlich auch eine Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG, was im Einzelnen beispielsweise die Pflicht umfasst, Augenscheine zu dulden oder an einer Begutachtung mitzuwirken.[14] Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen unterliegen somit einer weitgehenden bzw. erhöhten Mitwirkungspflicht.[15] Ohne die Mithilfe der Parteien im Rahmen der Sachverhaltsabklärung wäre ansonsten nicht sichergestellt, dass den Wettbewerbsbehörden die für die Prüfung des Unternehmenszusammenschlusses notwendigen Marktdaten zur Verfügung stehen.[16] Entsprechend spielt das Einholen von Auskünften bei den beteiligten Unternehmen gestützt auf Art. 40 KG und 15 VKU eine zentrale Rolle bei der Sachverhaltsermittlung im Rahmen der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen. Die Mitwirkungspflicht erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, sich Informationen zu beschaffen, die ihnen nicht zugänglich sind oder die sie nur mit grossem Aufwand erlangen könnten.[17]

[13] Vgl. RITSCHARD/SPÜHLER (Fn 11), in: DIKE-Kommentar KG, Vor Art. 32-38 KG N 13.
[14] Vgl. MARKUS WYSSLING/JÜRG BICKEL, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 40 KG N 11.
[15] Vgl. auch HÄNER (Fn 7), in: DIKE-Kommentar KG, Art. 39 KG N 68.
[16] Vgl. JÜRG BORER, Kartellgesetz, 2011, Art. 39 KG N 6.
[17] Vgl. WYSSLING/BICKEL (Fn 14), in: DIKE-Kommentar KG, Art. 40 KG N 20; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, S. 68 Rz 81, *Swisscom/WEKO*.

126. Das Sekretariat hat vorliegend – anders als von den Parteien behauptet – auch Abklärungen zu Sachverhaltselementen durchgeführt, die für den Zusammenschluss sprechen:

127. So hat das Sekretariat namentlich mit Schreiben vom 12. April 2019 die beteiligten Unternehmen um Auskünfte bzw. ergänzende Angaben hinsichtlich der geltend gemachten Effizienzgewinne bzw. Kosteneinsparungspotenziale bzw. hinsichtlich des von den Zusammenschlussparteien am 29. März 2019 eingereichten Gutachtens zu den Effizienzgewinnen durch GBN ersucht. Das Sekretariat hat die Parteien dabei insbesondere auch aufgefordert darzulegen, auf welchen konkreten Märkten das Zusammenschlussvorhaben Kosteneinsparungen bewirke und sie gebeten zu erläutern, weshalb diese Kosteneinsparungen zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führen können (vgl. die Fragen 9 bis 18 des Schreibens vom 12. April 2019). Diese Fragen wurden den Parteien namentlich im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG gestellt, wonach ein Zusammenschluss trotz einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zuzulassen ist, wenn er eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt, der die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt, bewirkt (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Kapitel B.4.5 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt). Es darf davon ausgegangen werden, dass die Parteien über die künftigen Effizienzvorteile von GBN und deren positive Auswirkungen auf anderen Märkten am besten Bescheid wissen. Zudem liegt es im eigenen Interesse der Zusammenschlussparteien, Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten nachvollziehbar aufzuzeigen. Denn der Untersuchungsgrundsatz ändert nichts an der objektiven Beweislast, d.h. zu welchen Lasten es sich auswirkt, wenn ein Sachumstand unbewiesen bleibt. Diese geht aus dem materiellen Recht hervor und richtet sich subsidiär nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210). Die Folgen der Beweislosigkeit sind demnach von derjenigen Partei zu tragen, die aus dem nicht bewiesenen Sachverhalt Rechte bzw. Vorteile ableitet.[18] Vor diesem Hintergrund war es den Zusammenschlussparteien ohne weiteres auch zumutbar, die verlangten Auskünfte zu erteilen.

128. Das Sekretariat hat zudem auch das BAV mittels eines Amtshilfegesuchs vom 15. April 2019 um Auskünfte betreffend die von den Parteien geltend gemachten Effizienzgewinne bzw. betreffend das erwähnte Gutachten ersucht.

129. Schliesslich wurden auch anlässlich der Anhörung vor der WEKO vom 13. Mai 2019 den Parteien sowie auch dem BAV Fragen hinsichtlich Effizienzgewinne und Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten gestellt.

130. Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, inwiefern der Untersuchungsgrundsatz im vorliegenden Verfahren verletzt worden sein soll.

A.5.3.3 Behauptete Voreingenommenheit

131. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung machen die Parteien geltend, dass die Verfahrensführung bezüglich der Argumente der Swissterminal AG als Hauptgegnerin des Projekts sowie auch betreffend die von der Wirtschaftskammer Baselland eingereichten Gutachten voreingenommen sei. Dass die Swissterminal AG als einziges Drittunternehmen angehört und so eine Plattform erhalte, ihren Standpunkt vor der WEKO zu präsentieren, bestätige die Voreingenommenheit des Sekretariats und die Vorzugsbehandlung der Swissterminal AG. Das Sekretariat weigere sich zudem bis jetzt, Landrat Christoph Buser, Direktor der Wirtschaftskammer Baselland, als Zeuge über die wahren Auftraggeber der von der Wirtschaftskammer Baselland eingereichten Gutachten zu befragen oder andere geeignete Massnahmen zur Abklärung der wahren Auftraggeber durchzuführen. Auch dieses Verhalten lasse leider den Eindruck der Voreingenommenheit aufkommen. In einem «Protest»-Schreiben vom 9. Mai 2019 haben die Parteien zudem moniert, die Nichtzulassung des BAV an der Anhörung der Swissterminal AG reihe sich ein in eine Reihe von Vorfällen, welche die Einseitigkeit der Verfahrensführung zugunsten der Swissterminal AG dokumentieren würden.

132. Zu diesem Vorbringen der Parteien ist Folgendes festzuhalten: Die Swissterminal AG wurde vom Sekretariat nicht in Eigenregie, sondern im Auftrag des Präsidenten der WEKO zur Anhörung eingeladen. Dasselbe gilt in Bezug auf die Ablehnung des Antrags der Parteien, das BAV an der Anhörung der Swissterminal AG zuzulassen. Der Antrag, Landrat Christoph Buser, Direktor der Wirtschaftskammer Baselland, als Zeuge zu den Auftraggebern der von der Wirtschaftskammer Baselland eingereichten Gutachten zu befragen, wurde im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO abgelehnt, was den Parteien auch so mitgeteilt wurde. Dies wurde damit begründet, dass den Parteien die Möglichkeit gegeben wurde, zu den Gutachten Stellung zu nehmen und zudem weder in der Beschlussbegründung vom 13. Februar 2019 noch in der vorläufigen Beurteilung vom 8. April 2019 auf Aussagen bzw. Schlussfolgerungen der Gutachten abgestellt wurde. Von einer Voreingenommenheit des Sekretariats bzw. der Verfahrensführung bezüglich der Argumente der Swissterminal AG und der von der WKBL eingereichten Gutachten kann nicht die Rede sein. Die Ausführungen der Parteien deuten schliesslich auch nicht auf einen Ausstandsgrund im Sinne von 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) hin. Die Parteien haben denn auch auf entsprechende Nachfrage anlässlich der Anhörung explizit darauf verzichtet, ein Ausstandsbegehren gegen Mitarbeitende des Sekretariats zu stellen. Im Übrigen wäre ein allfälliger Anspruch ohnehin bereits verwirkt gewesen, da ein Ausstandsbegehren umgehend nach Kenntnis des Ausstandsgrundes gestellt werden muss.[19]

[18] Vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 90.
[19] Vgl. HÄNER (Fn 7), in: DIKE-Kommentar KG, Art. 39 KG N 44 m.w.H.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

133. 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

134. 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 Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1bis KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das Kartellgesetz geht bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs insofern von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen gemäss Praxis der WEKO die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[20]

135. Folglich sind vorliegend die SBB, die Hupac-Gruppe sowie die Rethmann-Gruppe als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

136. Neben der Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

137. 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). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.[21]

138. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, da 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).

139. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfliessen (Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU).

140. Wie erwähnt, handelt es sich gemäss Meldung bei GBN heute um eine reine Planungsgesellschaft unter der Kontrolle von SBB Cargo. Als reine Planungsgesellschaft ohne Marktaktivitäten habe GBN bisher auch noch keinen Umsatz erzielt. Die Gesellschaft verfüge bis heute weder über eigene Ressourcen noch über eigenes Personal, die ihr eine Geschäftstätigkeit ermöglichen würden. Die heutige Planungsgesellschaft soll nun zu einer Betreibergesellschaft umgestaltet werden, welche künftig die Umschlagsanlage realisieren bzw. später operativ betreiben und unter der gemeinsamen Kontrolle von SBB Cargo, Hupac und Contargo stehen soll (vgl. Rz 24 ff.).

141. Gestützt auf diese Ausführungen in der Meldung ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben somit unter dem Blickwinkel der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens zu prüfen.

142. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU dar, wenn (a) das Gemeinschaftsunternehmen von den Gründerunternehmen kontrolliert wird, (b) das Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsunternehmen ist und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einfliessen.

143. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob (a) die SBB, die Hupac-Gruppe und die Rethmann-Gruppe die gemeinsame Kontrolle an der GBN erlangen, (b) GBN auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt bzw. es sich bei GBN zukünftig um ein Vollfunktionsunternehmen handelt und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen einfliessen.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

144. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung, gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.

[20] Vgl. RPW 2017/2, 312 Rz 22, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2017/1, 110 Rz 12, *Tech Data/Avnet TS*; RPW 2016/3, 772 Rz 10, *BKW/AEK*.

[21] Vgl. RPW 2013/3, 357 Rz 24, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

145. Eine gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort, wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.[22]

146. Wie bereits erwähnt, beabsichtigen SBB Cargo, Hupac und Contargo, GBN gemeinsam zu kontrollieren. Gemäss Meldung sollen SBB Cargo, Hupac und Contargo in der Betreibergesellschaft künftig je einen Drittel der Aktien von GBN halten (vgl. Rz 26). […]. […]. […]. [...]. Damit werde GBN künftig unter der gemeinsamen Kontrolle von SBB Cargo, Hupac und Contargo stehen.

147. SBB Cargo, Hupac und Contargo seien offen, weitere Unternehmen mit entsprechendem Interesse als Aktionäre aufzunehmen. […]. Sofern eine solche Beteiligung zustande komme und einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des KG bergründe, würden die Parteien zu gegebenem Zeitpunkt eine neue Zusammenschlussmeldung einreichen.

148. Entsprechend diesen Angaben in der Meldung kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass SBB Cargo, Hupac und Contargo GBN zukünftig gemeinsam kontrollieren werden.

B.1.2.2 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

149. Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:[23]

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.[24]
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

150. Nachfolgend gilt es somit zu prüfen, ob das Gemeinschaftsunternehmen GBN die Voraussetzungen der autonomen Marktpräsenz, der wirtschaftlichen Selbständigkeit[25] und der Dauer erfüllt.

Autonome Marktpräsenz

151. Soweit ein Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auftritt, ist nach der Praxis der WEKO das entsprechende Vollfunktionsmerkmal regelmässig zu bejahen. Tritt es hingegen nur als Nachfrager auf, ist zu prüfen, ob es mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernimmt. Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Mutterunternehmen aus und hat somit keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.[26]

152. Gemäss Meldung wird GBN eigenständig am Markt auftreten. GBN werde ihre Umschlagsleistungen nicht nur zugunsten der Muttergesellschaften, sondern auch gegenüber Dritten erbringen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen GBN nicht bloss eine Hilfsfunktion für die Muttergesellschaften ausübt, sondern als Anbieterin auf dem Markt auftritt. Das Vollfunktionskriterium der autonomen Marktpräsenz ist daher zu bejahen.

Wirtschaftliche Selbständigkeit

153. Gemäss Meldung wird GBN die betrieblichen und personellen Mittel erhalten, die für eine selbständige, auf Dauer angelegte Geschäftstätigkeit, nämlich den Betrieb der Umschlagsanlage, erforderlich sind. Dem Tagesgeschäft werde sich ein Management widmen, das sich aus einem CEO und weiteren Mitgliedern der Geschäftsleistung zusammensetzen werde. Die Muttergesellschaften würden sich verpflichten, GBN mit den notwendigen finanziellen Mitteln auszustatten, damit GBN die Umschlagsanlage betreiben könne. SBB Cargo werde GBN für die Realisierung der Umschlagsanlage einen Teil ihres im Areal Basel gelegenen Grundstücks verkaufen.

154. Gestützt auf diese Ausführungen in der Meldung ist davon auszugehen, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllt ist.

Dauerhaftigkeit

155. Wann ein Zusammenschluss und die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur von Dauer ist, kann nicht verallgemeinert werden. Die Dauerhaftigkeit kann sich gemäss der Praxis der WEKO aus dem Umstand ergeben, dass das Gemeinschaftsunternehmen

[22] Vgl. zum Ganzen RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[23] Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.
[24] Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 5 f., *Resun Plus AG*; RPW 2011/3, 430 Rz 90 f., *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*.
[25] Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit äussert sich u.a. durch das Vorhandensein eines sich dem Tagesgeschäft widmenden Managements sowie ausreichender Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte. Das zweite und vierte Kriterium (vgl. Rz 149) können somit in der Regel zusammen behandelt werden (RPW 2013/4, 664 Rz 22 Fn 14, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*).
[26] Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 4 f., *Resun Plus AG*.

gemäss Statuten oder Gründungsverträgen auf unbestimmte Dauer angelegt ist.[27] Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.[28]

156. Wie erwähnt, wird GBN gemäss Meldung die betrieblichen und personellen Mittel erhalten, die für eine selbständige, auf Dauer angelegte Geschäftstätigkeit erforderlich sind (vgl. Rz 153). Es kann dementsprechend davon ausgegangen werden, dass auch das Kriterium der Dauerhaftigkeit erfüllt ist.

Zwischenergebnis betreffend Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

157. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllt sind.

B.1.2.3 Einfliessen von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

158. Nach der Praxis der WEKO ist das Tatbestandsmerkmal des Einbringens von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollieren Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.[29]

159. Gemäss Meldung werden SBB Cargo, Hupac und Contargo insofern Geschäftstätigkeiten in GBN einbringen, als sie ihre eigenen Umschlagsanlagen zum Teil stilllegen und die dortigen Umschlagsvorgänge teilweise in die Umschlagsanlage Basel Nord verlagern werden. Nach heutiger Planung betreffe die Stilllegung insbesondere die Umschlagsanlagen in Basel Wolf von Hupac und SBB Cargo und […]. […]. Zudem werde SBB Cargo das für den Bau der Umschlagsanlage notwendige Grundstück der Betreibergesellschaft GBN verkaufen.

160. Gestützt aus diese Ausführungen in der Meldung kann davon ausgegangen werden, dass Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen in GBN einfliessen und somit auch das Tatbestandsmerkmal von Art. 2 Abs. 2 VKU erfüllt ist.

B.1.2.4 Fazit

161. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich vorliegend um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs.1 und 2 VKU handelt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

162. 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

163. 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 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

164. Bei einem Kontrollerwerb gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Vorliegend erlangen SBB, Hupac und Rethmann die gemeinsame Kontrolle über GBN.

165. Gemäss Meldung erzielte GBN als reine Planungsgesellschaft noch keinen Umsatz (vgl. Rz 25). Die Umsätze der weiteren beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2017 (in Mio. CHF)

	Weltweit (in Mio. CHF)	Schweiz (in Mio. CHF)
SBB	9'442	<9'442
Hupac-Gruppe	486	[…]
Rethmann-Gruppe	[…]	[…]
TOTAL	[…]	[…]

166. Wie aus der Tabelle hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

167. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

[27] Vgl. RPW 2005/2, 360 Rz 30, *Cashgate*.
[28] Vgl. RPW 2009/4, 390 Rz 107, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; vgl. zum Ganzen auch MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 362.
[29] RPW 2016/1, 306 Rz 103, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*; RPW 2012/1, 150 Rz 56, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.

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

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

168. Im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ist zunächst zu untersuchen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

169. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

170. Hierzu sind untenstehend zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Danach ist zu untersuchen, ob bei einer etwaigen Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, mithin das Zusammenschlussvorhaben eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt und ob der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, der die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

B.4.1 Rolle von Umschlagsanlagen im kombinierten Verkehr

171. Das Projekt Gateway Basel Nord bezieht sich auf den reinen Betrieb eines Terminals für den Güterumschlag im kombinierten Verkehr. Es handelt sich dabei um keine isolierte Dienstleistung, sondern um einen Teil der Logistikkette im kombinierten Verkehr. Die nachfolgende Einführung zur Funktionsweise des kombinierten Verkehrs hat einerseits das Ziel, die verschiedenen Akteure darzustellen, welche GBN als Nachfrager und Anbieter (direkt oder indirekt) gegenüberstehen. Andererseits erfolgt diese Einordnung vor dem Hintergrund, dass die Zusammenschlussparteien, wie später aufgezeigt wird, auch in weiteren Bereichen des kombinierten Verkehrs in wesentlichem Umfang tätig sind. Dies ist insbesondere hinsichtlich der Frage möglicher vertikaler Effekte des Zusammenschlussvorhabens von Relevanz (vgl. auch Rz 413 ff.).

172. Im kombinierten bzw. intermodalen Verkehr (KV) werden Container, Sattelauflieger, Wechselbehälter und Lastwagen auf Schiene, Wasser oder Strasse transportiert. Dabei werden mindestens zwei Verkehrsträger kombiniert und der Umschlag erfolgt ohne Wechsel des Transportgefässes. Weiter wird zwischen unbegleitetem kombiniertem Verkehr (UKV) und begleitetem kombiniertem Verkehr (BKV), der Rollenden Landstrasse (Rola), unterschieden.

173. Gemäss der Internationalen Vereinigung für den kombinierten Verkehr Schiene-Strasse (UIRR) sind beim KV folgende Akteure involviert. Die Betreiber von Umschlagsanlagen bieten Umschlagsleistungen an, KV-Operateure auf der Schiene organisieren den Transport, Eisenbahnverkehrsunternehmen bieten Traktionsleistungen an. Gemäss Meldung entwickeln, organisieren und vermarkten die Operateure die Transporte im KV. Dabei würden sie Verträge mit den Frachtführern (Transportunternehmen), mit den Traktionsunternehmen (EVU) und mit den Betreibern von Umschlagsanlagen abschliessen. Die Auftraggeber der KV-Operateure bzw. für Transporte im KV seien in der Regel die Spediteure und Verlader. Beim Hauptlauf (vgl. Rz 175) ist der Transport auch per Schiff möglich wie beispielsweise der Rheintransport von Basel zu den Nordseehäfen. Der Vor- und Nachlauf zu und von den Umschlagsanlagen findet zum grössten Teil auf der Strasse statt. Ist ein Anschlussgleis vorhanden, kann der Vor- und Nachlauf (vgl. Rz 175) jedoch auch von einem EVU durchgeführt werden.

174. Umschlagsanlagen (bzw. Terminals) sind für den Umschlag von Transportgefässen von einem Verkehrsträger auf einen anderen notwendig. Sie spielen insbesondere eine wichtige Rolle für den Wechsel zwischen Verkehrsträgern im kombinierten Verkehr. Zusätzlich werden die leeren Container vom Zielort der Sendung zurück ins Containerdepot (auch Leercontainer-Lager genannt) und vom Containerdepot zum Ausgangsort transportiert. Dabei kommt es zu einem weiteren Umschlag, indem der Container vom LKW in das terminaleigene Leercontainer-Lager umgeschlagen werde (und umgekehrt). Umschlagsanlagen können gemäss Meldung hinsichtlich Leercontainer-Logistik drei Ausprägungen haben: reine Depot-Terminals, Umschlagsanlagen ohne Depotfunktion und Umschlagsanlagen mit Depotfunktion. In der Regel würden diese Zusatzleistungen von Reedereien oder Reedereiagenturen und seltener auch von KV-Operateuren nachgefragt. Ein Umschlag Strasse/Strasse von vollen Behältern komme im Rahmen der Transportkette des KV in der Regel nicht vor.

175. Die nachfolgende Abbildung zeigt schematisch die Vorgänge im kombinierten Verkehr. Einerseits ist zwischen Hauptlauf und Vor- und Nachlauf zu unterscheiden. Der Vor- bzw. Nachlauf, auch erste und letzte Meile genannt, wird meistens von Transport-, Speditions-, oder Logistikunternehmen per Lastwagen durchgeführt. Dann gibt es auch die Unterscheidung zwischen herkömmlichen Umschlagsanlagen, die Umschlagsleistungen zwischen dem Hauptlauf und Vor- bzw. Nachlauf erbringen, und den Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion, die Umschlagsleistungen innerhalb des Hauptlaufs erbringen.[30]

[30] Siehe hierzu auch die Erläuterungen bzw. den Überblick der SKE über die Prozesse und Akteure der Transportkette im KV, Newsletter der SKE Nr. 1/2019, S. 2 f., <https://www.ske.admin.ch/de/aktuell/newsletter/> (3.5.2019).

Abbildung 2: Schema der Transportkette im kombinierten Verkehr[31]



176. Gemäss Meldung wird mit GBN eine Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion entstehen. Dabei handelt es sich um eine Umschlagsanlage, die als Drehscheibe dient und die Verteilung der ankommenden Sendungen an dezentrale regionale Umschlagsanlagen ermöglicht. Laut Grossterminalstudie[32] empfangen Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion komplette Züge aus dem Ausland und sind erstes Glied in der Kette der Weiterverteilung der Sendungen in die Schweiz; analoges gilt für den umgekehrten Weg des Versandes in das Ausland. Sogenannte Gateways verteilen die Sendungen auf die dezentralen Terminals, die damit zu Feinverteilern werden.

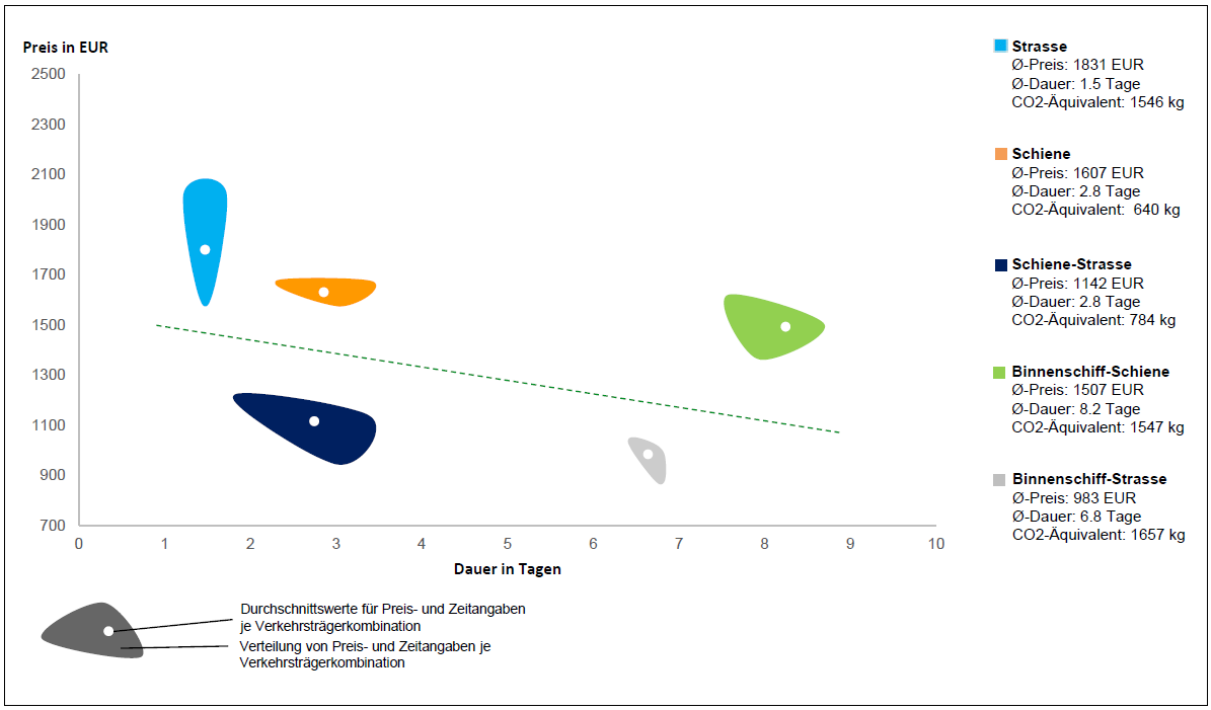
Transportketten im kombinierten Verkehr

177. Für den Transport eines Containers von A nach B stehen dem verladenden Unternehmen bzw. dem Spediteur verschiedene Transportketten zur Wahl, die für den Transport in Frage kommen. Bei der Wahl der optimalen Transportkette spielen neben dem Preis auch andere Faktoren eine Rolle, wie die Dauer des Transports, die Pünktlichkeit, die Anbindung und die freien Kapazitäten auf den jeweiligen Verkehrsträgern. So wird beispielsweise ein Unternehmen mit direktem Anschlussgleis möglicherweise eine andere Transportkette für den Transport eines Containers wählen als ein Unternehmen ohne Anschlussgleis. Auch die Menge an Containern, die an einem Standort verladen werden, können die Wahl der Transportkette beeinflussen. So hat bei kleinen Mengen und kurzen Distanzen der Lastwagen einen Vorteil gegenüber der Schiene oder dem Binnenschiff; bei denen zwar höhere Fixkosten anfallen, die variablen Kosten jedoch tiefer sind. Der Transport auf dem Binnenschiff ist zwar häufig günstiger als auf dem Lastwagen und der Schiene, dafür dauert der Transport länger und das Netzwerk an schiffbaren Flüssen ist weniger dicht als das Schienen- bzw. das Strassennetz. Daraus ergibt sich, dass einzelne Waren- und Gütergruppen hauptsächlich im Hauptlauf per Binnenschiff und andere auf der Schiene transportiert werden. Wiederum andere Waren- und Gütergruppen sind aufgrund diverser Faktoren wie beispielsweise dem hohen Gewicht, der Grösse oder aufgrund kurzer Transportdistanzen grundsätzlich weniger geeignet für den KV.

178. Gerade bei den für den im internationalen KV typischen grossen Distanzen ergeben sich abhängig von den gewählten Kombinationen von Verkehrsträgern erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Dauer und der Kosten des Transports. Dies geht auch aus der nachfolgenden Abbildung 3 hervor. Diese zeigt den Zusammenhang zwischen Preis und Dauer für den Transport eines Containers von Rotterdam nach Zürich für verschiedene Transportketten. Dieses Beispiel ist hinsichtlich GBN insofern aussagekräftig, als dass über GBN zu einem wesentlichen Anteil Verkehrsströme von den Nordseehäfen in die Nordwestschweiz und ins Mittelland abgewickelt werden sollen. Daraus geht hervor, dass sich die Verkehrsträger Strasse, Schiene und Schiff hinsichtlich der Dauer deutlich unterscheiden. Wenn zusätzlich zur Dauer auch der Preis betrachtet wird, zeigt sich zudem, dass einerseits ein reiner Strassentransport zwar am wenigsten Zeit in Anspruch nimmt, aber auch am teuersten ist. Im KV weisen insbesondere die Transportketten mit einem Hauptlauf auf der Schiene respektive auf dem Binnenschiff und einem Nachlauf auf der Strasse einen Kostenvorteil gegenüber jeweils einem reinen Schienentransport respektive einem Schiffstransport mit einem Nachlauf auf der Schiene auf. Auch hierbei ist die schnellere multimodale Variante (Schiene-Strasse) wiederum teurer als die langsamere Variante (Binnenschiff-Strasse).

179. Abbildung 3: Zusammenhang zwischen Preis und Dauer für den Transport eines Containers von Rotterdam nach Zürich für verschiedene Transportketten[33]

[31] Quelle: <https://www.rapp.ch/de/leistungen/verkehr-transport/gueterverkehr-und-transportmanagement/gueterverkehr/referenzen/Studie-Statistik-Kombinierter-Verkehr-Schweiz.php> (22.1.2019).
[32] Vgl. Bundesamt für Verkehr (BAV) 2012: Grossterminalstudie, Beurteilung der Terminalprojekte Gateway Limmattal und Basel-Nord, S. 20 und 28 (nachfolgend: Grossterminalstudie), <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-48676.html> (3.5.2019).
[33] Vgl. ERIC HOFMANN/MATHIAS MATHAUER, Kombinierter Verkehr hängt unimodale Alternativen ab, Internationales Verkehrswesen, (70) 3, 2018.



180. Die Marktbefragung hat zudem ergeben, dass neben dem Preis und der Dauer weitere Kriterien wie die Effizienz und Umschlagsgeschwindigkeit, Flexibilität, Nähe zu Hauptverkehrsachsen etc. bei der Wahl der Umschlagsanlage von Bedeutung sind (vgl. Rz 328 ff.).

181. Aus diesem Grund wird bei der Beurteilung von Umschlagsleistungen neben dem Preis auch der Standort der Umschlagsanlage, die Anbindung an Verkehrswege und weitere Faktoren berücksichtigt.

B.4.2 Relevante Märkte

182. Gemäss Meldung wird GBN als Umschlagsanlage mit einer Gateway-Funktion sowohl Umschlagsleistungen im Import- und Exportverkehr als auch im (primär alpenquerenden) Transitverkehr erbringen. Es sei nicht beabsichtigt, dass GBN auch Umschlagsleistungen im reinen Binnenverkehr – d. h. Verkehre bzw. Transporte mit Ausgangs- und Zielpunkt in der Schweiz – erbringt. Aufgrund der peripheren Lage im Norden der Stadt Basel sei GBN für den Umschlag von Binnenverkehr nicht geeignet. Es sei auch nicht vorgesehen, dass GBN Umschlagsleistungen für den begleiteten kombinierten Verkehr (BKV) erbringe. GBN werde auch keine Umschlagsleistungen anbieten, die nicht dem Bereich des KV zugerechnet werden können (z. B. trockene oder flüssige Schüttgüter).

183. GBN werde sämtliche gängigen Dienstleistungen von Umschlagsanlagen des KV anbieten. Dazu gehöre in einer ersten Phase der Umschlag zwischen den Verkehrsträgern Schiene und Strasse (einschliesslich Direktumschläge Schiene-Schiene und Strasse-Strasse) im Import- und Exportverkehr und im Transitverkehr (bimodales Terminal). Mit der zweiten Ausbauphase, d.h. nach Realisierung des Hafenbeckens 3, werde GBN Umschlagsleistungen auch unter Einbezug des Verkehrsträgers Schiff erbringen (trimodales Terminal).

184. Neben diesen Haupttätigkeiten werde GBN die Lagerung/Abstellung sämtlicher Behältertypen anbieten. Zusätzlich würden weitere Dienstleistungen für Behälter angeboten, die typischerweise von vergleichbaren Umschlagsanlagen angeboten würden. Dazu würden namentlichen Stromanschluss von Kühlcontainern und Revisionsarbeiten (kleine Reparaturen an Behältern) gehören. Ausserdem werde GBN (bei Bedarf) Abfertigungsleistungen für Züge und Schiffe für die Operateure anbieten. Alle aufgeführten weiteren Dienstleistungen werden dem Bereich Umschlagsleistungen zugeordnet.

B.4.2.1 Für die Marktabgrenzung relevante Bereiche

185. Gemäss Meldung bezieht sich das Zusammenschlussvorhaben auf den Bau und Betrieb der Umschlagsanlage von GBN. Die übrigen Geschäftstätigkeiten von SBB, Hupac und Rethmann würden durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert. Sie würden unabhängig voneinander weitergeführt und nicht zusammengelegt werden. Da es sich bei den Zusammenschlussparteien indes um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die auch in vor-, nachgelagerten oder benachbarten Bereichen tätig sind, werden auch diese Bereiche untersucht.

186. Mit Blick auf die zukünftige Geschäftstätigkeit von GBN wird nachfolgend zuerst auf den Bereich Umschlagsleistungen eingegangen. Zusätzlich wird auf diejenigen Aktivitäten in den Bereichen der Transport- und Logistikbranche eingegangen, die dem Bereich Umschlagsleistungen für den KV vor-, nachgelagert oder benachbart sind. Es sind dies folgende Bereiche: Operateurleistungen, Gütertransport und Speditionsleistungen.

B.4.2.2 Marktgegenseite

187. In der ersten Meldung vom 22. Juni 2018 wurde zur Frage der Marktgegenseite bei Umschlagsleistungen ausgeführt, dass dies hauptsächlich KV-Operateure

seien. Diese würden Transporte im KV entwickeln, organisieren und vermarkten. Sie würden Verträge mit den Frachtführern, mit den Traktionsunternehmen und mit Terminalbetreibern abschliessen. Die Auftraggeber der KV-Operateure seien in der Regel die Spediteure und Verlader. Die Aufgabe des KV-Operateurs bestehe darin, die beste Verbindung zu finden und die Verkehre zu bündeln.

188. Gemäss Meldung sind die Anbieter der Umschlagsleistungen die Betreiber von Umschlagsanlagen (Terminals). Umschlagsleistungen für Import-/Exportverkehre sowie Transitverkehre würden in erster Linie durch KV-Operateure nachgefragt. Darüber hinaus würden See-Reedereien Umschlagsleistungen ihrer Leercontainer bei trimodalen Umschlagsanlagen nachfragen. Zusätzlich könnten Umschlagsleistungen auch von Verladern oder Spediteuren nachgefragt werden. Zudem würden im alpenquerenden Transitverkehr z.B. Grossunternehmen Züge in Eigenregie organisieren (sogenannte «Company-Trains») oder grössere Spediteure als KV-Operateur auftreten.[34]

189. Gemäss Meldung werden den grössten Teil der Umschlagsleistungen von GBN die KV-Operateure beziehen (voraussichtlich über […] %). Darüber hinaus dürften See-Reedereien (Maersk, Hapag Lloyd, MSC etc.) direkt bei GBN Umschlagsleistungen ihrer Leercontainer nachfragen (erfahrungsgemäss im Umfang von rund […] % des Gesamtumschlags von GBN). Zudem sei es denkbar, dass in einzelnen Ausnahmefällen die Kunden oder ihre Spediteure Umschlagsleistungen direkt bei GBN nachfragen werden.

190. Im Fördergesuch um Investitionsbeiträge an das BAV (vgl. Rz 30) wird im Rahmen der Ausführungen zu potentiellen Kunden zwischen zwei Kundengruppen unterschieden: Einerseits *Operateure*, welche mit KV Shuttlezügen ins/vom Terminal fahren würden. Andererseits *Spediteure/Reedereien/Verlader*, welche deren Verkehre auf Wunsch an einem einzigen Standort konzentrieren könnten und vom optimierten Swiss Split Angebot[35] (neu mehrmals täglich von und in reg. Terminal/Anschlussgleise) profitieren würden. Hierbei würden sich die Kunden «… über die ganze Schweiz, sowie I, Ö … verteilen».

191. In einem klaren Widerspruch zur Darstellung im Rahmen der Meldung des Zusammenschlusses, wonach (nicht näher spezifizierte) KV-Operateure als hauptsächliche Marktgegenseite zu betrachten seien, bringen die Parteien in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung vor, dass Nachfrager der Dienstleistungen von Umschlagsanlagen in der Regel die grossen internationalen Spediteure/KV-Operateure wie Kühne + Nagel, DB Schenker, Panalpina, DHL, Dachser, Maersk, Hapag Lloyd, Transfracht, Lineas, Hannibal etc. seien.

192. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Parteien im Verlauf des Verfahrens inhaltlich und im Umfang teilweise stark unterschiedliche Angaben zur Marktgegenseite vorgebracht haben, wobei anfänglich der Fokus praktisch ausschliesslich auf nicht näher genannte KV-Operateure gelegt wurde. Trotz dieser engen Betrachtung seitens der Parteien haben die Wettbewerbsbehörden im Rahmen des vorliegenden Verfahrens verschiedenste Marktteilnehmer im KV umfassend befragt, so Anbieter von Umschlagsleistungen, KV-Operateure auf der Schiene, Reedereien, Logistikunternehmen, Speditionsunternehmen, Handelsunternehmen sowie auch Verbände in verschiedenen Bereiche des KV. Die Ergebnisse dieser umfassenden Marktbefragung – welche in nachfolgende Erwägungen massgeblich einfliessen – zeigen schlussendlich auch klar auf, dass ein selektiver Fokus auf bestimmte Marktteilnehmer nicht sachgerecht wäre.

B.4.2.3 Sachlich relevante Märkte

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

B.4.2.3.1. Bereich Umschlagsleistungen

Sichtweise der Parteien

194. Die Meldung geht von einem einheitlichen Markt für Umschlagsleistungen aus. Eine Marktabgrenzung nach Art der Verkehrsträger sei nicht sachgerecht, da der KV-Operateur, der die Transportkette organisiere und die Umschlagsleistungen bei den Umschlagsanlagen nachfrage, in erster Linie keine bestimmte Umschlagsleistung nachfrage. Vielmehr versuche er die Zusammensetzung der Transportkette zu optimieren. Eine Unterteilung nach alpenquerendem Transitverkehr und nach Import-/Exportverkehr sei nicht sachgerecht, weil die relevante Dienstleistung, nämlich der Umschlag eines Behälters, immer identisch sei, unabhängig davon, ob der Behälter im alpenquerenden Transitverkehr oder im Import-/Exportverkehr transportiert werde. Diese identische Umschlagsdienstleistung werde zudem von den gleichen Anbietern, d.h. von den gleichen Umschlagsanlagen, erbracht. Auch der Preis der Umschlagsleistung würde nicht davon abhängen, ob ein Behälter im alpenquerenden Transitverkehr oder im Import-/Exportverkehr umgeschlagen werde. Aus diesem Grund sei es sachfremd, den Markt für Umschlagsanlagen zwischen alpenquerendem Transitverkehr und nach Import-/Exportverkehr aufzuteilen.

Weitere Vorbringen der Parteien im Rahmen der Stellungnahmen

195. Im Rahmen der Stellungnahme zur Beschlussbegründung wiederholen die Parteien hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung im Wesentlichen den Standpunkt, wonach eine Unterteilung von Märkten im Bereich Umschlagsleistungen nach Verkehrsträgern (d.h. Schiene, Schiff und Strasse) sowie nach Verkehrsströmen (insbesondere nach Import/Export respektive Transitverkehren) nicht sachgerecht sei (vgl. Rz 236 ff.). Auch die EU-Kommission nehme diese Unterscheidung nicht vor.

[34] Hierzu ist anzumerken, dass im Markt für Operateurleistungen wiederum Spediteure und Logistikunternehmen als Nachfrager betrachtet werden.

[35] Swiss Split ist das Anschlusssystem für den Kombinierten Verkehr mit internationaler Anbindung an die Bahn oder ans Schiff der SBB Cargo. Weitere Informationen zum Swiss Split unter <https://www.sbbcargo.com/de/angebot/transportleistungen/kombinierter-verkehr/swiss-split.html> (3.5.2019).

Im Entscheid *Rhenus / Wincanton* erwäge sie zwar verschiedene Unterscheidungen wie zwischen den Warenkategorien (Stückgut, trockene Massengüter und flüssige Güter). Sie nehme aber keine Unterscheidung zwischen Import-/Exportverkehr und Transitverkehr vor.

196. Auch in der unternehmerischen Praxis fehle diese Unterscheidung. Dies zeige sich daran, dass zu dieser Unterscheidung von den Umschlagsbetreibern keine Daten erhoben würden.

197. Für den vorliegenden Zusammenschluss sei diese Unterscheidung aber ohnehin irrelevant. Denn selbst wenn man an dieser – falschen – Unterscheidung festhalte, müsse gleichzeitig anerkannt werden, dass GBN im Transitverkehr eine marginale Rolle spielen werde und die angeblichen «Teilmärkte» zum Transitverkehr vorliegend nicht relevant sein können. Dies bestätige das BAV: «*Der GBN ist nicht relevant für Transitgüterverkehr. Transitverkehre sind per Definition Verkehre, die die Schweiz transitieren. Auf der Schiene erfolgen diese Verkehre im KV als Shuttle-Verkehre. Die Zugskompositionen werden zwischen Ursprung und Destination nicht verändert, es finden keine Umschläge statt.*». Es sei deshalb undenkbar, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf den angeblichen «Teilmärkten» zum Transitverkehr eine marktbeherrschende Stellung begründe oder verstärke.

198. Die Parteien machen weiter geltend, dass auch der angeblichen Unterteilung des Marktes für Umschlagsleistungen nach Art der beteiligten Verkehrsträger (Schiff/Schiene, Schiff/Strasse, Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Strasse/Strasse) ein falsches Verständnis des KV zugrunde liege.

199. Der Spediteur/KV-Operateur, der die Transportkette organisiere und als Teil der Transportkette unter Umständen auch die Umschlagsleistungen nutze, frage nicht eine bestimmte Umschlagsleistung nach. Vielmehr sei er bestrebt, die Transportkette als Ganzes zu optimieren. Im Zentrum stehe dabei die Wahl der optimalen Verkehrsträger. Ausschlaggebendes Kriterium für diese Wahl sei in den meisten Fällen der Preis der Verkehrsträger. Daneben würden weitere Kriterien eine Rolle spielen (z. B. die zeitliche Verfügbarkeit des Transports, Häufigkeit des Transports, Transportdistanz/-dauer). Daraus ergebe sich dann, welche Transportkette gewählt werde und auch – wenn überhaupt – zwischen welchen Verkehrsträgern umgeschlagen werde. Somit sei mit einer Segmentierung des Marktes nach Art der beteiligten Verkehrsträger kein Erkenntnisgewinn verbunden. Die Segmentierung erscheine vielmehr künstlich und gehe an der wirtschaftlichen Realität vorbei.

200. Denn der KV zeichne sich ja gerade dadurch aus, dass er die verschiedenen Verkehrsträger in flexibler Weise kombiniere und einfache Wechsel zwischen den Verkehrsträgern ermögliche, um eine optimierte Transportkette zu erzielen. Die Behälter seien aus diesem Grund bewusst vom Verkehrsträger getrennt, um die Flexibilität zur Bildung von Transportketten hoch zu halten.

201. Entsprechend schnell könnten sich die Transportketten neuen Gegebenheiten anpassen. Es finde ein intensiver intermodaler Wettbewerb statt mit dem Ziel, Kapazitäten auszulasten. Diese flexible und situativ gewählte Kombination der verschiedenen Verkehrsträger bedeute, dass es nicht sachgerecht sei, die Umschlagsleistungen anhand der involvierten Verkehrsträger zu segmentieren. Dies würde nur dann Sinn machen, wenn eine bestimmte Kombination zweier Verkehrsträger zwingend wäre und daher immer und nur zwischen diesen bestimmten Verkehrsträgern umgeschlagen werden müsste. Dies sei im KV aber gerade nicht der Fall.

202. Hinzu komme, dass alle trimodalen Umschlagsanlagen Umschläge zwischen allen Verkehrsträgern und alle bimodalen Umschlagsanlagen alle Umschläge zwischen Schiene und Strasse anbieten würden. Es gebe somit keine spezifischen Anbieter beispielsweise für den Umschlag Schiene/Schiene oder Strasse/Strasse. Auch dies spreche für einen einheitlichen Markt. Auch die aktuelle Praxis der EU-Kommission verzichte auf eine Unterscheidung nach Art der beteiligten Verkehrsträger.

203. In der Stellungnahme zur Beschlussbegründung machen die Parteien weiter geltend, dass für die Marktabgrenzung die Perspektive der Marktgegenseite entscheidend sei. Vorliegend seien dies die Spediteure/KV-Operateure, wobei ihre Nachfrage eine abgeleitete Nachfrage sei und von der Nachfrage der Auftraggeber (den Verladern) abhänge.

204. Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung sei ein konkretes Transportbedürfnis des Verladers. Güter sollen von A nach B transportiert werden. Zu einer sachgerechten Marktabgrenzung gelange man nur, wenn man in Transportketten denke. Im Zentrum stehe immer der Wettbewerb der Transportketten. Diese Marktabgrenzung nehme auch die Fachbehörde des Bundes, das BAV, vor (vgl. hierzu Rz 314 f.). Die Marktabgrenzung in der Beschlussbegründung stehe in klarem Widerspruch zur Marktabgrenzung, welche die Fachbehörde des Bundes für richtig halte und nach welcher sich die gesamte Branche ausrichte. Würde die WEKO an ihrer Marktabgrenzung festhalten, so würde sie sich über die Expertenmeinung ihrer Schwesterbehörde hinwegsetzen – und dies ohne überzeugende Gründe.

205. Bei richtiger Betrachtung würde sich die sachliche wie auch die geografische Marktabgrenzung aus den Transportketten ergeben, die im Import- und Exportverkehr sowie im Transitverkehr eingesetzt würden. Alle Umschlagsanlagen entlang dieser Transportketten würden Wettbewerber von GBN darstellen und zum relevanten Markt gehören.

206. Welche Transportkette für einen bestimmten Transport von A nach B die effizienteste bzw. kostengünstigste sei, lasse sich nur im Einzelfall bestimmen. In dem vom BAV gewählten Beispiel eines Containertransports von Rotterdam nach Zürich stehe somit z. B.

- der reine LKW-Transport im Wettbewerb mit sämtlichen Umschlagsanlagen;
- der Umschlag von Schiene auf LKW in Wolfurt im Wettbewerb mit dem Umschlag in Mannheim oder dem Umschlag in Basel;
- der Umschlag von Schiff auf den LKW in Mannheim im Wettbewerb mit dem Umschlag von der Schiene

auf LKW in Ulm und mit dem Umschlag von der Schiene auf die Schiene in Basel.

207. Die Umschlagskosten seien lediglich ein Element der gesamten Transportkosten. Seien die Umschlagskosten in der Schweiz höher als im Ausland oder sei in der Schweiz kein effizientes Umladen möglich, so werde die Transportkette in der Weise optimiert, dass der Umschlag im Ausland erfolge. Import/-Export-Verkehr in die Schweiz/aus der Schweiz könne auch in deutschen, österreichischen, französischen, italienischen oder sogar holländischen oder belgischen Umschlagsanlagen umgeschlagen werden. Statt in Basel könne damit ohne weiteres auch in Mannheim, Kehl, Ulm, Singen, Weil am Rhein, Wolfurt, Strassburg, Lyon, Dijon, Busto Arsizio, Novara, Mailand etc. umgeschlagen werden. Das Gleiche gelte für den (alpenquerenden) Transitverkehr.

208. Dass Transportketten über ausländische KV-Umschlagsanlagen kompetitiver seien, habe mehrere Gründe. Die ausländischen KV-Umschlagsanlagen würden in der Regel kostengünstiger als die Schweizer Anlagen produzieren. Hinzu komme, dass viele ausländische Anlagen deutlich grösser und moderner und damit auch effizienter seien. Die kleinen und teils veralteten Schweizer Anlagen könnten damit nicht mithalten. Der Vor-/Nachlauf auf der Strasse (LKW-Transport) sei bei einer ausländischen KV-Umschlagsanlage in aller Regel günstiger, weil er durch ausländische Anbieter erbracht werde. Die günstigen ausländischen Anbieter dürften wegen dem Kabotage-Verbot gemäss Landesverkehrsabkommen keine Transporte innerhalb der Schweiz, also z. B. von einer Umschlagsanlage in Basel zum Schweizer Kunden (oder umgekehrt) durchführen.

209. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung wurden diese Vorbringen mehrheitlich wiederholt. Zudem wurde anhand mehrerer Beispiele von Transportketten (Transport einer Maschine von Winterthur nach Texas, Transport von China nach Avenches) geltend gemacht, dass, in der Praxis ein intensiver und sich permanent verändernder Wettbewerb der flexiblen Transportketten bestehe. Der Spediteur optimiere die verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten so lange, bis er die für seine Bedürfnisse passende Transportkette (z.B. kostengünstigste, schnellste etc.) gefunden habe. Erst dann „buche“ er die einzelnen Bestandteile dieser Transportkette und führe den Transport aus. Dieser Wettbewerb der Transportketten impliziere, dass eine Umschlagsanlage nicht nur mit anderen Umschlagsanlagen im Wettbewerb stehe, sondern auch im Wettbewerb mit den verschiedenen Verkehrsträgern. Stimme das Preis-Leistungs-Verhältnis einer Umschlagsanlage nicht, so werde sie – genauso wie die Bahn bei Rastatt oder der Rhein bei Niedrigwasser – «umfahren». Der Spediteur verzichte auf den Verlad des Containers z.B. vom LKW auf die Bahn und nutze ausschliesslich den LKW.

210. Das geltend gemachte Argument des Wettbewerbs der Transportketten wird zusätzlich auch mithilfe eines von Contargo bei […] in Auftrag gegebenen Gutachtens «Die Funktionsweise des internationalen (KV-) Güterverkehrsmarktes aus der Perspektive des Gateway Basel Nord» (nachfolgend: […] Gutachten) unterstrichen. Die Parteien machen die folgenden Punkte betreffend sachlicher Marktabgrenzung aus dem Parteigutachten geltend:

- Das Gutachten bestätige, dass es sich um einen wachsenden und dynamischen Markt handle und die Terminalinfrastruktur in der Schweiz schon heute nahe an der Kapazitätsgrenze sei;
- Das Gutachten unterstreiche mit Nachdruck, dass der vorliegend zur Diskussion stehende Wettbewerb nur dann richtig erfasst werden könne, wenn die internationalen Transportketten und deren Flexibilität in die Betrachtung einbezogen würden.

Bisherige Praxis der WEKO sowie weiterer Wettbewerbsbehörden

211. Beim Zusammenschluss *BLS AG/BLS Cargo AG* hat die WEKO mögliche Märkte bzw. Bereiche für Marktabgrenzungen für Terminalleistungen (wie beispielsweise Beladen, Entladen, Umladen oder Lagerhaltung) im bimodalen Verkehr genannt und dabei die folgende Unterteilung vorgenommen:[36]

- Terminalleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für Schiene/Schiene
- Terminalleistungen für Güter (z. B. Bulkgüter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) für Schiene/Schiene
- Terminalleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für Schiene/Strasse
- Terminalleistungen für Güter (z. B. Bulkgüter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) für Schiene/Strasse.

212. Zu möglichen Marktabgrenzungen bezüglich schiffseitiger Umschlagsleistungen bzw. Umschlagsleistungen von trimodalen Umschlagsanlagen hat sich die WEKO bisher noch nicht geäussert.

213. Hingegen hat das Bundeskartellamt im Rahmen des Hauptprüfverfahrens bezüglich des Zusammenschlusses *Häfen und Güterverkehr Köln AG / Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG* im Zusammenhang mit dem Betrieb von Binnenhäfen mehrere eigenständige sachliche Märkte abgegrenzt.[37] Von diesen sind für den vorliegenden Zusammenschluss insbesondere die folgenden Märkte zu nennen:

- Markt für Hafendienstleistungen (Güterumschlag in Binnenhäfen durch dritte Unternehmen bzw. durch den Hafenbetreiber selbst)
- Markt für den Betrieb von Hinterland-Terminals für den kombinierten Verkehr (Schiene-Strasse)

[36] Vgl. RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.
[37] Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 – 125/11 vom 30.1.2012, 10 Rz 36, *Häfen und Güterverkehr Köln AG / Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG*.

214. In Österreich betrachtete die Bundeswettbewerbsbehörde beim Zusammenschluss *Wiener Hafen und Lager Ausbau- und Vermögensverwaltungs GmbH & Co KG / ÖBB-Infrastruktur AG / WienCont Containerterminal GmbH* einen sachlich relevanten Markt für Umschlagsleistungen für «Intermodale Transporteinheiten» (ITE), also Container, Sattelauflieger und Wechselaufbauten, die in dieser Form von einem Waggon, Schiff, LKW und allenfalls Flugzeug auf ein anderes Fahrzeug (das jedoch dasselbe Verkehrsmittel sein könnte, beispielsweise bei Zusammenstellung von Zügen oder Umladen von Schiffen) umgeladen werden können.[38] Nachdem auch das Kartellgericht Bedenken der Bundeswettbewerbsbehörde gegen den Zusammenschluss bestätigt hat, haben die Parteien den Zusammenschluss jedoch zurückgezogen,[39] so dass auch keine umfassenden Erwägungen zur sachlichen Marktabgrenzung veröffentlicht wurden.

215. Die EU-Kommission hat sich in ihrer bisherigen Praxis hinsichtlich Umschlagsleistungen hauptsächlich zu Seehäfen, d.h. an Ozeanen und deren Nebenmeeren gelegenen Häfen, geäussert.[40] Generell sieht die Praxis der EU-Kommission in diesem Bereich eine weitere Unterteilung nach *Warenkategorien*, namentlich Stückgut (insbesondere Container), trockene Massengüter und flüssige Güter vor. Auch eine Unterteilung von Umschlagsleistungen nach Art der Güter wurde betrachtet. Ebenfalls unterschieden wurde bezüglich des *Ziels der Waren*.[41] Die genannten Kriterien hat die EU-Kommission auch zur Beurteilung von Umschlagsleistungen in Binnenterminals herangezogen, so etwa beim Zusammenschluss *Rhenus / Wincanton International*, wobei keine nähere Betrachtung dieser Märkte erfolgte.[42]

216. Beim Zusammenschluss *Deutsche Bahn / ECT International / United Depots / JV* hat sich die EU-Kommission ausführlicher zu Umschlagsleistungen bei Terminals in der Binnenschifffahrt am Rhein geäussert. So wurde darauf hingewiesen, dass Umschlagsleistungen zwar innerhalb der Logistikkette erfolgen, aber dennoch separate Dienstleistungen darstellen. So wurde ein sachlich relevanter Markt für Container-Umschlagdienstleistungen betrachtet, wobei wiederum nach Umschlägen zwischen verschiedenen Verkehrsträgern (Binnenschiff/Strasse bzw. Schiene/Strasse bzw. Binnenschiff/Schiene) unterschieden wurde. Ebenso wurde ausgeführt, dass die Frage der Austauschbarkeit von bimodalen und trimodalen Umschlagsterminals von der Austauschbarkeit der Verkehrsträger insgesamt abhängt. Untersucht wurde jedoch lediglich die Auswirkung des Zusammenschlusses auf Märkte für Umschlagdienstleistungen von Binnenschiff auf LKW und/oder Bahn. Im Zusammenschluss *Rhenus / Wincanton International* hat die EU-Kommission daran festgehalten, dass der Teil *Umschlagsleistungen* der Logistikkette als eigenständiger Markt zu untersuchen ist.[43]

217. Zusammenfassend gehen die EU-Kommission, die anderen erwähnten nationalen Wettbewerbsbehörden und auch die bisherige Praxis der WEKO von eigenständigen Märkten für Umschlagsleistungen aus, die nach weiteren Kriterien unterschieden werden. Deshalb ist dem von den Parteien hervorgebrachte Argument des Wettbewerbs der Transportketten nicht zu folgen und sind Märkte für Umschlagsleistungen eigenständig von den anderen Teilen der Transportkette im KV abzugrenzen.

218. Die Ergebnisse des von den Parteien eingereichten […] Gutachtens (vgl. Rz 210) basieren dementsprechend auf falschen Annahmen bzw. eines Wettbewerbs der Transportketten, welcher in der Praxis von der WEKO und der EU-Kommission klar verneint wird. Demnach ist auch den daraus abgeleiteten Ergebnissen des Parteigutachtens nicht zu folgen.

Unterscheidung nach Transportbehälter

219. Im GBN würden gemäss Angaben der Parteien sämtliche im KV üblichen intermodalen Ladeeinheiten («intermodal loading units» ILU) umgeschlagen: maritime Container (ISO-Container), kontinentale Containertypen, Wechselbehälter und Sattelauflieger (Trailer). Mit den Portalkränen von GBN könnten alle üblichen Behältertypen umgeschlagen werden. Waren, die nicht in einem dieser Behältertypen transportiert würden (also lose oder im Bündel), würden nicht im GBN umgeschlagen werden. Somit werden im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung ausschliesslich Umschlagsanlagen betrachtet, welche den Umschlag solcher intermodaler Ladeeinheiten anbieten. Dies entspricht einerseits der bisherigen Praxis der WEKO sowie ausländischer Wettbewerbsbehörden (vgl. Rz 211 ff.). Andererseits wird diese Spezialisierung von GBN von den Parteien auch nicht bestritten.

Unterscheidung nach Funktion der Umschlagsanlagen

220. Innerhalb des KV gibt es wiederum verschiedene Kategorien an Umschlagsanlagen, welche sich häufig hinsichtlich deren Grösse und deren Funktion innerhalb der KV-Transportkette klar unterscheiden. GBN zeichnet sich dabei durch eine ausgeprägte Spezialisierung aus und wird im Schweizer Import- und Exportverkehr eine besondere Rolle einnehmen. So wird im Fördergesuch das Projekt GBN folgendermassen dargestellt: GBN

[38] Vgl. hierzu Tätigkeitsbericht 2016 und Tätigkeitsbericht 2017 des Bundeskartellanwalts der Republik Österreich, Abschnitt 2.4 (Tätigkeitsbericht 2016) und Abschnitt 2.1 (Tätigkeitsbericht 2017), <https://www.bwb.gv.at/recht_publikationen/taetigkeitsberichte_der_bundeswettbewerbsbehoerde/> (3.5.2019).

[39] Vgl. hierzu die Medienmitteilung der Bundeswettbewerbsbehörde vom 28.6.2017 i.S. «BWB/Z-3304: Zurückziehung des Zusammenschlussantrags Wiener Hafen Lager Ausbau- und Vermögensverwaltung, GmbH & Co KG; ÖBB Infrastruktur AG», <https://www.bwb.gv.at/news/news_2017/detail/news/bwbz_3304_zurueckziehung_des_zusammenschlussantrags_wiener_hafen_lager_ausbau_und_vermoegensverwalt/> (4.2.2019).

[40] So in den Entscheiden der EU-KOMM, COMP/M.3576 vom 22.12.2004, *ECT/PONL/EUROMAX* und COMP/M.5066 vom 5.6.2008, *EUROGATE/APMM*.

[41] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/JV.55 vom 3.7.2001, *Hutchison/RCPM/ECT*; Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.3576 vom 22.12.2004, *ECT/PONL/Euromax*; Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.3884 vom 14.10.2005, *ADM Poland/Cefetra/BTZ*.

[42] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011 Rz 37 und 40, *Rhenus/Wincanton International*.

[43] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002 Rz 15 f., *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*; Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011, Rz 61 ff., *Rhenus/Wincanton International*.

werde Teil einer leistungsfähigen Schweizer Drehscheibe für den Import und Export von Containern, Trailern und Wechselbrücken sein und würde vor allem die im KV kontinuierlich zunehmenden Containermengen aufnehmen. GBN würde hauptsächlich für die Abwicklung von maritimen Containern ausgelegt, aber auch in der Lage sein, europäischen, unbegleiteten kombinierten Verkehr (UKV) inkl. der in diesem Segment eingesetzten Ladungsträger abzufertigen. Auch wird vorgebracht, dass die ausgezeichnete Lage von GBN, direkt an der Zulaufstrecke zur NEAT, neue Verbindungen Richtung Süden und damit auch eine Wachstumschance für den alpentransitierenden Verkehr bilde.

221. Entscheidend beim Projekt GBN ist, dass mit GBN ein Grossterminal mit Gateway-Funktion geschaffen wird. Die Definition des Bundesrats eines Gatewayterminals im Konzept für den Gütertransport auf der Schiene lautet folgendermassen:[44]

> *«Anlage, in welcher Ladeeinheiten des kombinierten Verkehrs zwischen verschiedenen Zügen umgeschlagen werden (Schiene/Schiene), z.B. zwischen Ferngüterzügen sowie Fern- und Nahgüterzügen. Reine Gatewayterminals mit ausschliesslich Schiene / Schiene-Umschlag sind jedoch selten. Zur Bedienung des Nahbereichs des Terminals wird oft ein Teil der Ladeeinheiten auf Strassenfahrzeuge umgeschlagen.»*

222. Auch das BAV geht letztlich davon aus, dass in Europa nur wenige mit GBN vergleichbare Grossterminals bestehen, so beispielsweise Köln Eifeltor von DUSS oder das Terminal Busto Arsizio-Gallarate von Hupac.[45]

223. Vor diesem Hintergrund kann in der nachfolgenden Analyse somit grundsätzlich von der Annahme ausgegangen werden, dass GBN das einzige Gatewayterminal in der Schweiz sein wird. Auch die Parteien verwenden im Rahmen der Meldung eine entsprechend enge Definition hinsichtlich der Gateway-Funktionalität von Grossterminals. Sie führen hierzu konkret folgendes aus:

> *«Eine Umschlagsanlage (Terminal) mit Gateway-Funktion beschreibt grundsätzlich ein Grossterminal, das hauptsächlich als Drehscheibe für den Import-/Export- und den Transit-Verkehr dient. Auf der Seite der Schienenanbindung sollte es in der Lage sein, moderne Güterzüge rasch und effizient umzuschlagen, damit die Aufenthaltszeit im Terminal möglichst kurz ist. Ein solches Grossterminal zeichnet sich deshalb typischerweise dadurch aus, dass es über gute Verkehrsanbindungen vor allem auch ins Ausland und über ausreichende Schienenkapazität verfügt. Dies umfasst meist mehrere parallel nebeneinander liegende und ausreichend lange Umschlagsgleise unter Kran, um moderne 740m lange Güterzüge schnell und ohne kostspielige Trennung des Zuges in einzelne Wagengruppen umschlagen zu können und auch direkte Umschläge Schiene/Schiene zu ermöglichen. Eine Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion sollte zudem in der Lage sein, alle Arten von Behältertypen umzuschlagen, weil sich auf einem typischen internationalen Güterzug verschiedene Arten von Behältertypen befinden.*
>
> *Umschlagsanlagen ohne eigentliche Gateway-Funktion verfügen meist über kürzere Umschlagsgleise unter Kran oder es fehlen parallele Umschlagsgleise. In der Regel verfügen diese Anlagen auch über eine geringere Zahl von Umschlagsgeräten. Häufig ist zudem die Verkehrsanbindung schlechter als bei einer Anlage mit Gateway-Funktion. Damit können zwar ebenfalls Güterzüge umgeschlagen werden. Dieser Prozess ist aber zeit- und kostenaufwändiger, weil die grossen Güterzüge in der Regel getrennt werden müssen. Dadurch sind diese Umschlagsanlagen in dieser Hinsicht weniger effizient als grosse Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion. Auch solche Anlagen sind aber meist in der Lage, alle Arten von Behältertypen umzuschlagen. Das Dienstleistungsangebot einer Umschlagsanlage mit und einer Umschlagsanlage ohne Gateway-Funktion unterscheidet sich daher nicht».*

224. Gemäss dieser Definition einer Gateway-Funktion erfolgt die nachstehende Kategorisierung seitens der Parteien:

- **Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion**: Eine solche Umschlagsanlage existiert in der Schweiz bisher nicht. Die KV-Umschlagsanlage von DUSS in Weil am Rhein – in unmittelbarer Nähe zur Schweizer Grenze – kann jedoch als Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion bezeichnet werden.
- **Import-/Export-Umschlagsanlagen ohne Gateway-Funktion**: Diese Anlagen sind in der Regel kleiner als eine Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion, weil die Umschlagsgleise kürzer sind. Das Dienstleistungsangebot unterscheidet sich aber nicht. Beispiele für solche Umschlagsanlagen sind: Basel Wolf (SBB Cargo und Hupac), die verschiedenen «Rheinterminals» in Basel (Contargo, Swissterminal und Ultra-Brag), Birsfelden (Swissterminal), Frenkendorf (Swissterminal), Niederglatt (Swissterminal), Rekingen (Hochrheinterminal).
- **Regionale Verteilterminals**: Hier findet in der Regel für die «letzte Meile» der Umschlag von der Schiene auf den LKW statt. Beispiele für regionale Verteilterminals sind z.B.: Genf La Praille (CTG-AMT Genève la Praille SA), Chavornay (TERCO S.A.) oder Gossau (SBB Cargo).
- **Werkterminals**: Diese operieren ausschliesslich für einen bestimmten Auftraggeber oder einen eingeschränkten Kreis von Auftraggebern und werden häufig vom Auftraggeber selbst betrieben. Sie schlagen Waren für die vor Ort ansässigen Produktionsanlagen der Auftraggeber um. Beispiele für Werkterminals sind: Umschlagsgleise von CABB in Schweizerhalle/Basel, Umschlagsgleise von Syngenta in Monthey, Umschlagsgleise von Nespresso in Avenches.

[44] Vgl. BAV, Konzept für den Gütertransport auf der Schiene – Grundlage des Bundes für die Weiterentwicklung der Infrastrukturen für den Gütertransport auf der Schiene vom 20.12.2017, 38, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/gueterverkehr-auf-der-schiene/konzept-fuer-den-guetertransport-auf-der-schiene.html> (18.3.2019).

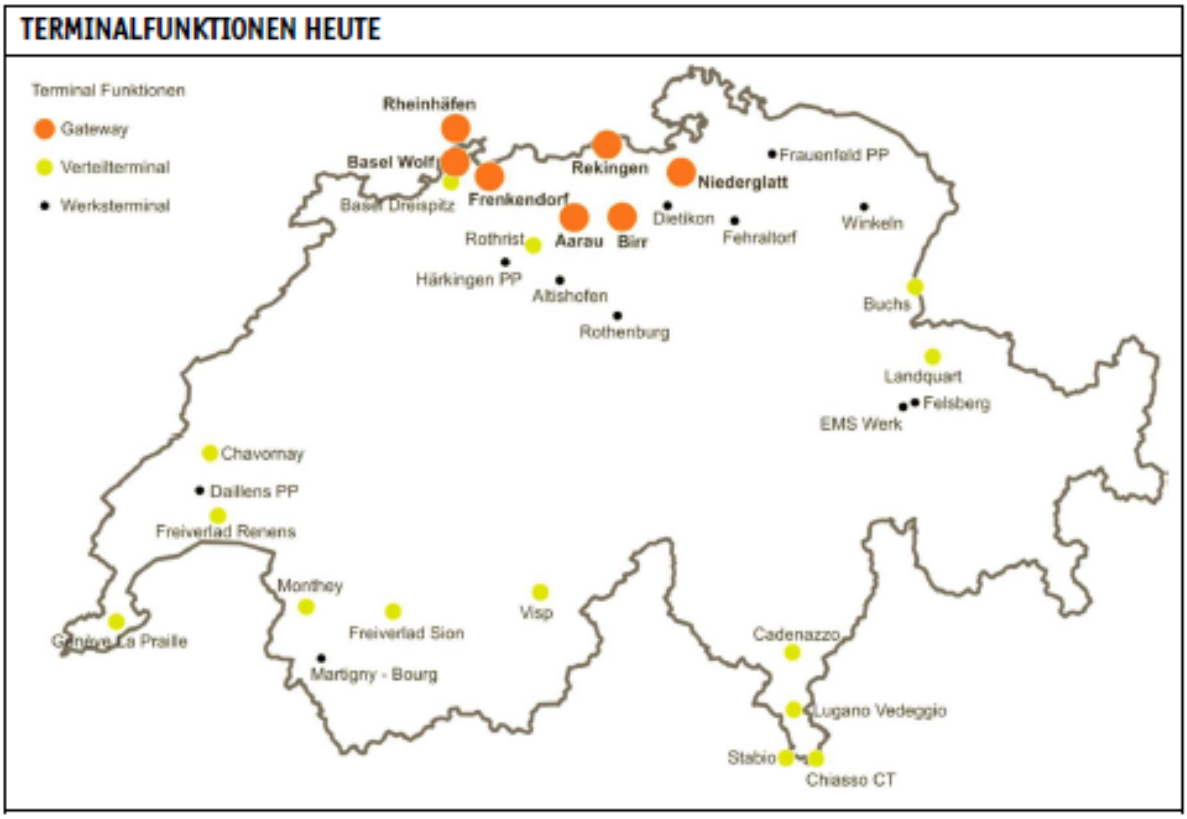
[45] Siehe <https://www1.deutschebahn.com/ecm2-duss/terminals_uebersicht/terminal_koeln-714216> und <http://www.hupac.com/DE/Terminal-Busto-Arsizio-Gallarate-c8525200> (29.1.2019).

225. Jedoch gibt es durchaus auch Definitionen von Gatewayterminals, welche eine grössere Anzahl an Terminals mit Import/Export-Funktion erfassen. So lassen sich gemäss der Grossterminalstudie die in der Schweiz bestehenden Anlagen grob in drei Kategorien einteilen, wobei nicht immer eine trenngenaue Aufteilung möglich sei, da die Terminals zum Teil Funktionen aller drei oder von zwei der drei Kategorien erfüllen würden:

- **Gateways**: Terminals mit Gateway-Funktion als erster (oder nachfolgender) Anlaufpunkt von Import/Export-Zügen; Sonderform dieser Kategorie sind hier die Hafenterminals in Basel;
- **Verteiler**: Terminals zur (strassenbasierten) Feinverteilung der von den Gateways im EWLV (SwissSplit) angelieferten Sendungen;
- **Werkterminal**: Anlage am «Anschlussgleis» mit Bezug auf einen einzelnen oder mehrere Empfänger/Versender, wobei die Sendungen von den Gateways stammen oder als Direktzüge eintreffen.

226. Abbildung 4 zeigt sodann die Lage der gemäss der Grossterminalstudie wichtigsten Terminals in der Schweiz gemäss dieser Kategorisierung nach Terminalfunktionen, wobei die Rheinhäfen, Basel Wolf, Aarau, Birr, Niederglatt und Rekingen als Gateways kategorisiert werden.

Abbildung 4: Übersicht zu den bestehenden Umschlagsanlagen und deren Funktion(en) im Rahmen des heutigen Gesamtsystems[46]



227. Für die Zwecke der sachlichen Marktabgrenzung kann festgehalten werden, dass lokale Verteilterminals sowie Werkterminals kein Substitut für ein Grossterminal mit Gateway-Funktionalität oder Import-/Export-Umschlagsanlagen ohne Gateway-Funktion darstellen. So planen die Parteien auch nach dem geplanten Bau von GBN weiterhin ein Netz an lokalen Verteilterminals zu betreiben, welche über den Swiss Split an GBN angeschlossen werden. Dass lokale Verteilterminals keine Alternative zu GBN darstellen, geht auch aus der überwiegenden Mehrheit der Antworten von Marktteilnehmern im Rahmen der Marktbefragung hervor.[47] Somit sind insbesondere die nachfolgenden lokalen Verteilterminals in der Schweiz nicht Teil des sachlich relevanten Marktes: Die Umschlagsanlage in Chavornay sowie das von SBB Cargo betriebene Netz an kleineren Umschlagsanlagen in Dietikon[48], Gossau, Oensingen, Renens, Sion, Lugano, Cadenazzo und St. Triphon. Dass lokale Verteilterminals nicht als Substitut für GBN in Frage kommen wird von den Parteien auch nicht bestritten.

[46] Vgl. Grossterminalstudie (Fn 32), S. 25.
[47] Vgl. hierzu die Aussagen von Marktteilnehmern in Rz 319 ff.
[48] Die bimodale Umschlagsanlage von SBB Cargo in Dietikon verfüge über eine Kapazität von 25'000 TEU, ein Gleis mit einer Länge von 150 m, 2 Gleise mit einer jeweiligen Länge von 110 m sowie zwei Mobilkräne. Diese Anlage sei derzeit die leistungsfähigste Umschlagsanlage von SBB Cargo für den kombinierten Binnenverkehr. […].

228. Schliesslich stellt sich noch die Frage, inwiefern Import-/Export-Umschlagsanlagen ohne Gateway-Funktion ein Substitut zu Grossterminals *mit* Gateway-Funktion darstellen. Hierzu kann insbesondere festgehalten werden, dass die Marktbefragung keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine entsprechende Unterteilung des Marktes ergeben hat. So wurden von der überwiegenden Mehrheit der befragten Marktteilnehmer Import-/Export-Umschlagsanlagen ohne Gateway-Funktion als Alternativen zu GBN genannt.[49] Deshalb ist eine Betrachtung eines separaten sachlich relevanten Marktes für Grossterminals mit Gateway-Funktion nicht angezeigt. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass die Gateway-Funktion eines Terminals mit einer Reihe von gewichtigen Vorteilen verbunden ist. Auf diesen Punkt wird jedoch im Rahmen der Beurteilung der aktuellen und zukünftigen Wettbewerbssituation näher eingegangen.

Unterscheidung nach Verkehrsträgern

229. Sodann stellt sich die Frage, inwiefern eine Unterscheidung der Umschläge nach Verkehrsträgern sachgerecht ist. Dies ist vorliegend insbesondere im Zusammenhang mit der Ausbauphase 2 von GBN relevant, mit welcher GBN nach Realisierung des Hafenbeckens 3 auch Umschlagsleistungen unter Einbezug des Verkehrsträgers Schiff erbringen wird.

230. Wie bereits zuvor angetönt, hängt die Frage, inwiefern rein bimodale Umschläge mit schiffseitigen Umschlägen austauschbar sind, letztlich von der Austauschbarkeit der Verkehrsträger insgesamt ab. Hierzu kann festgehalten werden, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis davon ausgegangen ist, dass der Verkehrsträger Schiene nicht mit anderen Verkehrsträgern austauschbar ist. Diesbezüglich kann insbesondere auf die entsprechenden Erwägungen zur sachlichen Marktabgrenzung in den Bereichen Gütertransport (vgl. Rz 264 nachfolgend) und Speditionsleistungen (vgl. Rz 269 nachfolgend) verwiesen werden. Auch die EU-Kommission geht in ihrer Praxis davon aus, dass verschiedene Verkehrsträger untereinander nicht austauschbar sind. So wurde beispielsweise beim Zusammenschluss *DB / Arriva* von einem sachlich relevanten Markt für Gütertransporte auf der Schiene ausgegangen, wobei eine weitere Unterteilung in Teilmärkte offengelassen wurde.[50] Beim Zusammenschluss *Imperial Mobility / Lehnkering* wurde ein separater Markt für Binnenschifffahrt, d.h. Schifffahrt auf Flüssen, Kanälen und/oder Seen betrachtet. Dabei wurde mit Blick auf frühere Entscheidungen insbesondere auf Unterschiede bei den Schiffstypen und ihrer Abfertigung hinsichtlich des Transports von (i) trockenen Massengütern, (ii) Flüssigkeiten und (iii) Containern verwiesen.[51]

231. Auch Operateure als wichtiger Teil der Marktgegenseite zeichnen sich zu einem grossen Teil durch eine Spezialisierung auf einen einzigen Verkehrsträger aus. So haben SBB Cargo, HUPAC, BLS-Cargo und Railcare ihren Schwerpunkt im Bereich Operateurleistungen auf der Schiene und bieten umgekehrt keine Transporte über die Binnenschifffahrt an. Umgekehrt werden Transporte über die Binnenschifffahrt typischerweise durch spezialisierte Reedereien abgewickelt. Solche spezialisierten Operateure fragen dementsprechend auch nur Umschlagsleistungen für die entsprechenden Verkehrsträger nach.

232. Auch der Bundesrat geht im Rahmen des Konzepts für den Gütertransport auf der Schiene von einem separaten erwarteten Kapazitätsbedarf für das Jahr 2030 im Raum Nordwestschweiz von einerseits 315'000 TEU im Import-/Export-KV auf der Schiene und von andererseits 155'000 TEU im Import-/Export-KV via Rhein aus.[52]

233. Schlussendlich gehen auch die Parteien von einer separaten Nachfrage nach schiffsseitigen Umschlägen aus: So wird der im Zusammenhang mit der Schaffung von entsprechenden Kapazitäten insbesondere mit der Notwendigkeit argumentiert, aus städtebaulichen Gründen wegfallende schiffseitige Umschlagskapazitäten zu ersetzen (vgl. Rz 34). Diese Begründung sowie auch der kostspielige Bau des Hafenbecken 3 sowie der entsprechende Ausbau der Terminalkapazitäten in GBN (Phase 2 von GBN) sprechen klar dafür, dass auch eine gesonderte Nachfrage nach schiffsseitigen Umschlägen besteht. Zudem wird aufgrund der künftigen Sonderstellung von GBN als Grossterminal mit Gateway-Funktion bei der schienenseitigen Feinverteilung bzw. Bündelung in der Schweiz und der bisherigen Praxis der WEKO bezüglich Austauschbarkeit der Verkehrsträger (vgl. Rz 230) eine Unterteilung nach Umschlagsarten vorgenommen.

234. Somit wird unterschieden zwischen landseitigen Umschlägen (wobei Schiene/Strasse und Schiene/Schiene separat betrachtet werden) sowie schiffseitigen Umschlägen von über den Rhein transportierten Gütern (wobei Schiff/Strasse und Schiff/Schiene separat betrachtet werden). Es ist anzumerken, dass in Umschlagsanlagen des KV grundsätzlich auch intramodale Umschläge Strasse/Strasse erfolgen können. Gemäss den Angaben der Parteien kommen solche Umschläge von vollen Containern im Rahmen der Transportkette im KV jedoch in der Regel nicht vor. Bei den Umschlägen Strasse/Strasse handle es sich nahezu ausschliesslich um Umschläge im Rahmen der Leercontainerflüsse. Der Umschlag finde statt, indem der Leercontainer (ISO-Container) vom LKW in das terminaleigene Leercontainer-Lager umgeschlagen würde (und umgekehrt). Auf Umschlagsleistungen im Rahmen der Leercontainer-Logistik wird nachfolgend noch genauer eingegangen (vgl. Rz 240 ff.).

[49] Vgl. hierzu die Aussagen von Marktteilnehmern in Rz 319 ff.

[50] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.5855 vom 11.8.2010 Rz 126 bis 152, *DB/Arriva*.

[51] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.6425 vom 22.12.2011 Rz 8 bis 22, *Imperial Mobility/Lehnkering*.

[52] Vgl. BAV, Konzept für den Gütertransport auf der Schiene (Fn 44), 22 f.

235. Zusammenfassend spricht die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden hinsichtlich Unterschieden bei Verkehrsträgern, die Einschätzung des Bundesrates, dass im Raum Basel sowohl landseitige als auch schiffsseitige Umschlagskapazitäten geschaffen werden müssen sowie die Sonderstellung von GBN als Grossterminal mit Gateway-Funktion bei der schienenseitige Feinverteilung bzw. Bündelung in der Schweiz klar für eine Unterscheidung zwischen landseitigen Umschlägen (Schiene/Schiene und Schiene/Strasse) und schiffsseitigen Umschlägen (Schiff/Schiene und Schiff/Strasse).

Unterscheidung nach Art der Verkehrsströme

236. Ein weiteres mögliches Unterscheidungsmerkmal ist die Art der Verkehrsströme, welche über ein Umschlagsterminal abgewickelt werden, namentlich Import/Export, Transitverkehr respektive Binnenverkehr. So geht auch bereits aus den Erwägungen zu Terminaltypen hervor, dass lokale Verteilterminals auf Umschläge im Binnenverkehr spezialisiert sind (vgl. Rz 220 ff.). Hierzu ist anzumerken, dass über GBN keine Umschläge von Verkehrsströmen im Binnenverkehr abgewickelt werden. Diese werden vielmehr über lokale Verteilterminals mit einer entsprechenden Spezialisierung im Binnenverkehr abgewickelt.

237. Hingegen ist festzuhalten, dass nicht jede Umschlagsanlage, über die Umschlagsleistungen von Verkehrsströmen im Import-/Exportverkehr abgewickelt werden, auch für Verkehrsströme im Transitverkehr geeignet ist. So gehen denn die Parteien sowie auch das BAV davon aus, dass selbst GBN hauptsächlich für Umschläge im Import-/Exportverkehr vorgesehen ist und der Transitverkehr für GBN für die meisten Bereiche kaum von praktischer Relevanz sein wird. Allerdings widersprechen dem die Einschätzung der Parteien des künftigen Transitanteils bei der Umschlagsanlage GBN von […] % (vgl. Rz 579).

238. Bei *landseitigen Umschlägen* gehen die Parteien davon aus, dass ein Grossteil davon auf den Import/Export fallen wird. Sie bringen jedoch vor, dass die Gateway-Funktion von GBN allenfalls zu einem gewissen Anteil an Umschlägen im Transitverkehr führen könnte. Es sei jedoch schwierig, zuverlässige Schätzung vorzunehmen, ob und in welchem Umfang dies der Fall sein könnte. Dabei würde es sich gegebenenfalls hauptsächlich um intramodale Umschläge Schiene/Schiene handeln. Bezüglich schiffsseitigen Umschlägen bestätigen auch die Schweizerischen Rheinhäfen, dass über diese gegenwärtig praktisch ausschliesslich Umschläge im Import/Export abgewickelt werden und umgekehrt Umschläge im Transitverkehr auf einzelne Sendungen beschränkt sind und unter 1 % betragen.

239. Zusammenfassend ist eine Betrachtung von jeweils separaten sachlich relevanten Märkten nach Verkehrsströmen im Import-/Exportverkehr, nach Verkehrsströmen im Transitverkehr und schliesslich Verkehrsströmen im Binnenverkehr angezeigt.

Komplementäre Dienstleistungen zum Güterumschlag

240. Neben dem reinen Güterumschlag im KV wird GBN eine Reihe von komplementären Dienstleistungen erbringen, darunter fallen auch Leistungen im Rahmen der Leercontainer-Logistik. Die Notwendigkeit für die Zwischenlagerung oder Repositionierung von Leercontainern ergibt sich beispielsweise aus teileweise asymmetrischen Gütervolumina zwischen Importen und Exporten. Gemäss Meldung wird die Leercontainer-Logistik für GBN eher ein Randgeschäft sein. Die heutige Planung gehe von einer Stellplatzkapazität von rund […] bis […] TEU (ungestapelt) aus. Die Leercontainer-Transporte würden durch KV-Operateure und nicht im Auftrag von GBN erfolgen.

241. Im Fördergesuch um Investitionsbeiträge wird darauf hingewiesen, dass dank einer Lagerkapazität von rund […] TEU die Zwischenlager-Bedürfnisse für Voll- und Leer-ITU-Verkehre abgedeckt werden könnten. Es sei jedoch nicht beabsichtigt, die volle Funktionalität eines Leercontainer-Depots (inkl. Reparaturstelle) auf dem Terminalareal aufzubauen. Die Verfügbarkeit von Depotfunktionalität für die relevanten Reedereien wird jedoch betrieblich sichergestellt werden.

242. Im Vorfeld der Meldung des Zusammenschlusses sowie im Rahmen der Marktbefragung haben einzelne Reedereien und Reedereiagenturen Bedenken bezüglich einer möglichen Monopolisierung in diesem Bereich der Leercontainer-Logistik angemeldet. Da diese Dienstleistung in engem Zusammenhang mit den schiffseitigen Güterumschlagsleistungen steht, kann vorliegend darauf verzichtet werden, hierfür separate Märkte abzugrenzen. Die nachfolgende Analyse der voraussichtlichen Stellung von GBN in den Märkten für Umschlagsleistungen und die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbssituation in diesen Märkten gelten demnach auch für komplementäre Dienstleistungen zum Güterumschlag wie etwa Leistungen im Rahmen der Leercontainer-Logistik.

Zwischenergebnis

243. Hinsichtlich der ***Funktionalität*** der Umschlagsanlagen werden nachfolgend ***Grossterminals mit Schwerpunkt Import/Export und Transit*** betrachtet. So ist auch unstrittig, dass regionale Verteilterminals sowie Werkterminals keine geeigneten Substitute darstellen, sondern vielmehr im Rahmen der KV-Transportketten komplementär eingesetzt werden. Auch die Parteien führen aus, dass deren regionalen Umschlagsanlagen aufgrund ihrer Grösse nicht im Wettbewerb mit den Anlagen stehen würden, welche den Import-/Exportverkehr umschlagen.

244. Hinsichtlich ***Warenkategorien*** wird der Umschlag von ***Intermodalen Transporteinheiten, insbesondere Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger*** betrachtet. Gemäss Meldung wird GBN keine Umschlagsleistungen für sogenannte Bulkgüter (flüssige und feste Massengüter) erbringen, worauf die Parteien zu behaften sind. Auf eine Abgrenzung der Bereiche Umschlagsleistungen für Güter (z. B. Bulkgüter wie Flüssigkeiten oder unverpackte Waren) für den Wechsel zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern kann deshalb verzichtet werden.

245. Hinsichtlich der ***Umschlagsart*** wird unterschieden nach:

- **Landseitige** Umschläge (relevant für Ausbauphase 1 von GBN):
  - **Schiene/Schiene**
  - **Schiene/Strasse**
  - **Strasse/Strasse**[53]
- **Schiffseitige Umschläge** bei trimodalen Umschlagsanlagen (erst relevant für Ausbauphase 2 von GBN):
  - **Schiff/Schiene**
  - **Schiff/Strasse**
  - **Strasse/Strasse**[53]

246. Hinsichtlich **Verkehrsströmen** wird unterschieden nach:

- **Import/Export**
- **Transit**
- **Binnen**

247. Zusammenfassend wird von Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger getrennt nach Umschlagsart (Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Schiff/Schiene, Schiff/Strasse etc.) sowie getrennt nach Verkehrsströmen (Import/Export, Transit, Binnen) ausgegangen.

B.4.2.3.2. Bereich Operateurleistungen

248. Gemäss Meldung organisieren Operateure den Gütertransport für einen Teil der Transportkette, z.B. vom Seehafen ins Hinterland oder zwischen zwei Hinterland-Terminals. Sie würden dabei Verträge mit den Frachtführern, mit den Traktionsunternehmen und mit den Terminalbetreibern abschliessen. Die Auftraggeber der KV-Operateure seien in der Regel die Spediteure und Verlader. Häufig würden dem Operateur die Bahnwagen gehören oder seien von Wagenvermietern angemietet. Eine wichtige Eigenschaft des Operateurs sei, dass er – im Unterschied zum Traktionär (EVU) und Spediteur – das Auslastungsrisiko für den von ihm organisierten Transport übernehme. Häufig bieten die Operateure im KV regelmässig verkehrende Shuttlezüge an, welche verschiedene Umschlagsanlagen miteinander verbinden.

249. Die Internationale Vereinigung für den kombinierten Verkehr Schiene-Strasse (UIRR) unterscheidet zwischen zwei Typen von KV-Operateuren. Operateure, die eine Leistung von Umschlagsanlage zu Umschlagsanlage anbieten. Dieser Typ von KV-Operateuren, die nicht mit ihren Kunden seitens der Strasse (Transporteure, Spediteure oder Logistikunternehmen), die oft auch Anteilseigner seien, in Wettbewerb treten wollen, sei gemäss UIRR am weitesten verbreitet. Der zweite Typ seien Operateure, welche die komplette Transportkette von «Tür-zu-Tür» anböten. Dies umfasse dann ebenfalls den Vor- bzw. Nachlauf auf der Strasse zu und von den Umschlagsanlagen.[54] Die Zusammenschlussparteien schätzen den Anteil der KV-Operateure, die auch den Vor-/Nachlauf organisieren im Transitverkehr auf ca. 10 %, im Import-/Exportverkehr auf ca. 40 % und im Binnenverkehr auf ca. 50 %. Gemäss BAV sind sog. KV-Operateure zuständig für die Organisation des Hauptlaufs des KV-Verkehrs auf Binnenschiff oder Schiene.

250. Gemäss Meldung erbringen alle beteiligten Unternehmen Operateurleistungen für Transporte auf der Schiene in der Schweiz:

251. Hupac ist gemäss Meldung als Bahn-Operateurin im Binnenverkehr als auch im Transitverkehr sowie Import-/Exportverkehr mit der Schweiz tätig. SBB Cargo trete (nur) im Binnenverkehr als Operateurin im UKV auf. Contargo sei als Bahn-Operateurin für Import-/Exportverkehr mit der Schweiz tätig.

252. Tabelle 2 zeigt das Netzwerk an Shuttleverbindungen von Hupac und jeweils die Anzahl an wöchentlichen Verbindungen in der Schweiz und im Rhein-Alpen-Korridor mit Eingangs- bzw. Abgangsort in der Schweiz.

Tabelle 2: Angebot an wöchentlichen Shuttleverbindungen von Hupac

Shuttleverbindung	RT/W*	Shuttleverbindung	RT/W*
Aarau ↔ Visp / Monthey (B)	5	Basel / Aarau / Birrfeld ↔ Busto A.	5
Aarau / Basel ↔ Chiasso / Stabio (B)	5	Singen ↔ Brescia	10
Aarau ↔ Stabio (B)	5	Singen ↔ Busto A.	10
Antwerpen ↔ Basel / Aarau / Birrfeld	7	Singen ↔ Mailand / Cremona	5
Rotterdam ↔ Basel	5	Singen ↔ Duisburg	5
Köln ↔ Aarau / Birrfeld / Rothrist	5		

* Anzahl wöchentlicher Verbindungen («RT/W» = Roundtrip per week, d.h. jeweils hin und zurück); (B) = Shuttleverbindungen im Binnenverkehr.

[53] Gemäss Meldung handelt es sich bei den Umschlägen Strasse/Strasse internationaler Verkehre nahezu ausschliesslich um Umschläge im Rahmen der Leercontainerflüsse. Ein Umschlag Strasse/Strasse von vollen Behältern komme im Rahmen der Transportkette in der Regel nicht vor.

[54] Vgl. <http://www.uirr.com/de/road-rail-ct.html> (18.3.2019).

253. Contargo trete zudem als Binnenschiffsoperateurin für Import-/Exportverkehre mit der Schweiz am Markt auf.

254. Einzige Anbieterin im begleiteten KV sei RAlpin, die von SBB, Hupac und der BLS AG gemeinsam kontrolliert werde. Das Unternehmen betreibe im Auftrag des Bundes die «Rollende Autobahn» (Rola). RAlpin biete zwei Verbindungen an: Freiburg (D) – Novara (I) (und umgekehrt) sowie Basel – Lugano (und umgekehrt). Damit sei der begleitete KV für den Import-/Exportverkehr keine Option. Im Binnenverkehr sei seine Bedeutung klein, da auch zwischen Basel und Lugano zwischen […] % internationaler Transitverkehr sei. Von Bedeutung sei der begleitete KV deshalb fast ausschliesslich im Transitverkehr.

255. Beim Zusammenschluss *BLS AG/BLS Cargo AG* hat die WEKO mögliche Märkte bzw. Bereiche für Marktabgrenzungen für Operateurleistungen auf der Schiene genannt und dabei die folgende Unterteilung vorgenommen:[55]

- Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für das Gebiet der Schweiz (Binnenverkehr);
- Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr;
- Operateurleistung für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Transitverkehr;
- Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr innerhalb der Schweiz (Binnenverkehr);
- Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr im Import-/Exportverkehr;
- Operateurleistung für begleiteten kombinierten Verkehr im Transitverkehr

256. In der Meldung werden separate Märkte für Operateurleistungen für den unbegleiteten KV (UKV) sowie für Operateurleistungen für den begleiteten KV (BKV) abgegrenzt. Zudem werden die Märkte weiter nach den Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) unterteilt. In den Märkten für Operateurleistungen für den UKV würden Spediteure und Logistikunternehmen den Transport von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern von Terminal zu Terminal nachfragen. In den Märkten für Operateurleistungen für den BKV würden Spediteure, Strassentransporteure und Logistikunternehmen Transportleistungen für komplette Lastwagen auf der Schiene nachfragen.

257. Nach Auffassung der beteiligten Unternehmen sind bei den Märkten für Operateurleistungen im UKV (d.h. für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger) alle Verkehrsträger (Schiene, Strasse, Schiff) zu berücksichtigen, da diese im direkten Wettbewerb zueinanderstehen würden.

258. Die Parteien machen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung zudem geltend, dass es auch nicht richtig sei, einen eigenständigen Operateurmarkt für den BKV abzugrenzen. Da alle Verkehrsträger (Schiene, Strasse, Schiff) im direkten und intensiven Wettbewerb zueinanderstehen würden, sei es auch nicht richtig, einen eigenständigen Markt für den BKV abzugrenzen. Der BKV, bei dem der Lastwagenfahrer seinen LKW für ein Teilstück seines Transports auf der Bahn verlade, sei geradezu das Paradebeispiel, das zeige, wie fliessend die Übergänge zwischen den einzelnen Verkehrsträgern seien.

259. Die WEKO verneint in ihrer Praxis im Bereich Gütertransport die Substituierbarkeit von Strasse und Schiene (vgl. Rz 264). Im Bereich Speditionsleistungen geht die WEKO ebenfalls von separaten Märkten für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene aus. Als wichtiges Unterscheidungskriterium zwischen Schiene und Binnenschiff ist insbesondere die deutlich längere Transportdauer auf dem Wasserweg hervorzuheben und die schlechtere Umweltbilanz.[56] Zudem begrenzt sich das Wasserstrassennetz der Binnenschifffahrt auf die vorhandenen schiffbaren Flüsse und ist im Vergleich zum Schienennetz deutlich kleiner. Wie bereits ausgeführt, zeichnen zudem sich die Operateure zu einem grossen Teil durch eine Spezialisierung auf einen einzigen Verkehrsträger aus (vgl. Rz 231). Vor diesem Hintergrund ist somit auch im Bereich Operateurleistungen eine Unterteilung nach Verkehrsträgern (Schiene, Binnenschiff) angezeigt.

260. Mit Blick auf die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen im Bereich Operateurleistungen (vgl. Rz 250 ff.) wird demzufolge im Rahmen der nachfolgenden Analyse von Märkten für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger (UKV) auf der Schiene getrennt nach den Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr und Transitverkehr), ein Markt für Operateurleistungen für den BKV auf der Schiene im Transitverkehr sowie ein Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger (UKV) auf dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr ausgegangen.

B.4.2.3.3. Bereich Gütertransport

261. Laut Meldung erbringen SBB Cargo und SBB Cargo International, welches gemeinsam von SBB Cargo und Hupac kontrolliert wird (vgl. Rz 5 und 8) Gütertransport- bzw. Traktionsleistungen in der Schweiz. Rethmann bzw. Contargo sei in diesem Bereich nicht mehr tätig, nachdem deren Tochterunternehmen Crossrail im Jahr 2017 dieses Geschäft in der Schweiz komplett aufgegeben habe.

262. Gemäss Praxis geht die WEKO im Bereich Gütertransport auf der Schiene von einer Definition der sachlich relevanten Märkte anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten (bzw. Hauptrelationen) aus (vgl. Rz 264 f.).[57] Marktgegenseite ist gemäss Meldung die verladende Wirtschaft; im Einzelwagenladungsverkehr (nachfolgend: EWLV) sind es die Verlader und bei den Ganzzügen im Wagenladungsverkehr (WLV) bzw. im KV die Operateure.

[55] Vgl. RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.
[56] Vgl. HOFMANN/MATHAUER (Fn 33), 2 f.
[57] Vgl. RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*; RPW 2013/4, 681 Rz 60, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

263. Die Zusammenschlussparteien erachten die Marktabgrenzung der WEKO als nicht sachgerecht. Sie machen geltend, dass der Schienengüterverkehr in sehr intensivem Wettbewerb mit dem Strassengüterverkehr und – je nach Relation – auch mit dem Binnenschiffsverkehr stehe. Die Meldung geht von einer grundsätzlichen Substituierbarkeit von Gütertransporten auf der Schiene und Gütertransporten auf der Strasse aus, da der Schienengüterverkehr in sehr intensivem Wettbewerb mit dem Strassengüterverkehr stehe. Die Abgrenzung nach EWLV, Ganzzügen im WLV und KV sei ebenfalls nicht sachgerecht, da unterschiedliche Ebenen vermischt würden. Bei den Kategorien EWLV und Ganzzüge handle es sich Produktionsformen, beim KV hingegen um eine spezifische Transportlösung. KV-Schienentransporte könnten entweder als einzelne Wagen oder als kleine Wagengruppe im EWLV oder bei grösseren Mengen als Ganzzüge gefahren werden. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betreffe den Bau einer KV-Umschlagsanlage. Damit sei klar, dass es vorliegend nur um den KV gehe. Transporte von Bulkgütern seien irrelevant. Dies bedeute, dass die Märkte im Schienengüterverkehr vorliegend nicht in drei, sondern höchstens in zwei Teilmärkte segmentiert werden könnten, welche die beiden Produktionsformen umfassten, die im KV zur Anwendung kämen: Es seien dies: KV als Ganzzüge und KV im EWLV.

264. Die WEKO verneint in ihrer Praxis die Substituierbarkeit von Strasse und Schiene und nimmt eine weitere Unterteilung nach Verkehrszweigen (EWLV, Ganzzügen im WLV und KV) vor.[58] Im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass von dieser Einschätzung abzuweichen wäre. Tabelle 3 stellt die entsprechenden Märkte dar.

Tabelle 3: Märkte im Schienengüterverkehr

		Verkehrsarten		
		Binnenverkehr	**Import-/Exportverkehr**	**Transitverkehr**
Verkehrszweige	**Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene**	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Kombinierter Verkehr auf der Schiene	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

265. Im Folgenden werden kurz die in Tabelle 3 verwendeten Begriffe beschrieben. Mit Einzelwagenladungsverkehr wird der Transport von Gütern in einzelnen Eisenbahnwagen oder kleinen Wagengruppen (weniger als ein Zug) bezeichnet. Die Wagen werden bei Bedarf einzeln rangiert. Ganzzüge (auch Blockzüge genannt) verkehren als Einheit vom Abgangs- zum Zielort und werden in der Regel nicht in ihrer Zusammenstellung verändert. Unter kombiniertem Verkehr wird die multimodale (durch mehrere Verkehrsträger erfolgende) Beförderung von Gütern in Ladeeinheiten (Container, Wechselbehälter, Sattelauflieger) verstanden. Durch den Übergang der Ladeeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht.[59]

266. Zusammenfassend wird vorliegend gemäss der bisherigen Praxis der WEKO hinsichtlich des Bereichs des Gütertransportes auf der Schiene von einer Unterteilung in einzelne sachlich relevante Märkte nach Verkehrszweigen (EWLV, Ganzzüge im WLV und KV) ausgegangen.

B.4.2.3.4. Bereich Speditionsleistungen

267. Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z.B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW, Flugzeug oder Schiff erfolgen. Der Spediteur ist meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien, in der Regel bei den Operateuren, ein.[60]

268. Gemäss Meldung ist die Rhenus-Gruppe als Spediteurin für Transporte auf der Schiene in allen drei Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) tätig. Die Rhenus-Gruppe erbringe in geringem Umfang auch Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse und mit dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr mit der Schweiz. SBB Cargo und Hupac seien hingegen nicht in den Märkten für Speditionsleistungen tätig.

[58] Vgl. RPW 2013/4, 680 f. Rz 56 ff., *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.; RPW 2017/3, 475 Rz 72, *BLS AG/ Transport Ferroviaire Holding SAS*.
[59] Vgl. RPW 2013/4, 680 Rz 54, *BLS AG/BLS Cargo AG*.
[60] Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 96, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m.w.H.

269. Im Zusammenschlussverfahren *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS* hat die WEKO Märkte für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene getrennt nach den Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) abgegrenzt, wobei sie die definitive Marktabgrenzung offengelassen hat.[61]

270. Für die Zwecke der nachfolgenden Analyse werden der Meldung folgend Märkte für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene getrennt nach den Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) betrachtet, und es wird – analog zu den Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene – auch von separaten Märkten für Transporte auf der Strasse und dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr ausgegangen, wobei die definitive Marktabgrenzung wiederum offengelassen werden kann, da im Bereich Speditionsleistungen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen (vgl. Rz 407).[62]

B.4.2.4 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.2.4.1. Bereich Umschlagsleistungen

Sichtweise der Parteien gemäss Meldung

272. Die Parteien bringen hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung vor, dass sich diese aus den Transportketten ergeben würde, die im Import- und Exportsowie im (primär alpenquerenden) Transit-Verkehr eingesetzt würden. Alle Umschlagsanlagen entlang dieser Transportketten würden Wettbewerber von GBN darstellen und gehörten damit zum relevanten Markt. So könnten im Import-/Exportverkehr in die Schweiz/aus der Schweiz auch in deutschen, österreichischen, französischen, italienischen oder sogar holländischen Umschlagsanlagen umgeschlagen werden. Das gleiche gelte für den (primär alpenquerenden) Transitverkehr. Dies wird insbesondere mit dem sehr grossen Kostendruck im internationalen Transport begründet.

Stellungnahme der Parteien – Konkrete räumliche Marktabgrenzung

273. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurde von der Hypothese eines räumlich relevanten Marktes in einem Umkreis von maximal 100 km ausgegangen, ohne dabei von unterschiedliche Radien für rein landseitige Umschläge und für schiffsseitige Umschläge auszugehen. Die Parteien machen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung hierzu geltend, dass diese Marktabgrenzung zu eng und – wie auch die Marktbefragung der WEKO und die Stellungnahme des BAV zeige – offensichtlich falsch sei. Es sei eingehend erläutert worden, weshalb auch weiter entfernte Umschlagsanlagen im Wettbewerb mit GBN stehen würden (Wettbewerb der Transportketten). Dies gelte namentlich für verschiedene Umschlagsanlagen in Deutschland, Frankreich und Österreich, die als Folge der willkürlichen Marktabgrenzung in der Beschlussbegründung ausgeklammert blieben, obwohl aktenkundig sei, dass sie im Import- und Exportverkehr für die Schweiz umschlagen würden.

274. So sei beispielsweise nicht einzusehen, warum die Umschlagsanlage in Singen, die in einem Radius von 100 km innerhalb um GBN liege, zum relevanten Markt gehören soll, während z. B. die Umschlagsanlagen in Ulm (Deutschland) oder in Wolfurt (Österreich) nicht berücksichtigt würden, obwohl diese für den KV mit und von der Schweiz von grosser Bedeutung seien. Wolfurt liege 10 km von der Schweizer Grenze entfernt, Ulm 100 km. Wie vom BAV bestätigt, seien in den letzten Jahren viele Umschlagsvorgänge ins Ausland abgewandert, insbesondere zu den Umschlagsanlagen in Ulm (Deutschland), in Wolfurt (Österreich) sowie an die Terminals in Dijon und Lyon (beide Frankreich).

275. Ungefähr 70 % der Importe und Exporte aus der Region östlich von Zürich würden heute in Singen, Wolfurt oder Ulm umgeschlagen. Früher sei ein grosser Teil dieser Verkehre in Basel oder Rekingen umgeschlagen worden. Sämtliche nach Wolfurt und Ulm abgewanderten Umschläge sollen nun plötzlich nicht mehr zum relevanten Markt gehören. Und dies obwohl Wolfurt in der Marktbefragung ausdrücklich festgehalten habe, dass GBN ein Konkurrent von Wolfurt sein werde. Wolfurt und Ulm aus dem relevanten Markt auszuschliessen, sei schlicht willkürlich, falsch und realitätsfremd.

276. Das bestätige auch das BAV mit Nachdruck. Das BAV stufe nicht nur Ulm und Wolfurt. sondern auch die Umschlagsanlagen in Karlsruhe, Kehl, Mannheim und Strassburg als Wettbewerber von GBN ein.

277. Sodann bestätigten auch die Angaben der Betreiber der Umschlagsanlagen, dass die Marktabgrenzung in der Beschlussbegründung falsch und aktenwidrig sei. So antworte DUSS, die Betreiberin der Umschlagsanlage in Karlsruhe, dass dort zu 40 % Verkehre mit der Schweiz umgeschlagen werde. Karlsruhe liege rund 160 km von GBN entfernt. Wenn ein Konkurrent in 160 km Entfernung angebe, dass 40 % seiner Umschläge Verkehre mit der Schweiz beträfen, könne der räumlich relevante Markt nicht auf 100 km beschränkt werden.

278. Und schliesslich würden auch die Antworten der vom Sekretariat befragten Spediteure und KV-Operateure bestätigen, dass sie Umschlagsanlagen, die deutlich weiter als 100 km von GBN entfernt seien, für ihre Umschläge nutzen würden. Rund die Hälfte der Unternehmen, die diese Frage beantwortet hätten, würden bestätigen, dass sie neben den Terminals in Basel auch die Umschlagsanlagen in Mannheim, Karlsruhe, Strassburg, Ulm und Wolfurt nutzen würden. Wenn die Hälfte der Marktgegenseite angebe, Umschlagsanlagen zu nutzen, die mehr als 100 km von Basel entfernt seien, könne nicht von der Fiktion ausgegangen werden, die Marktgegenseite würde Umschläge nur in einem Radius von 100 km um Basel nachfragen.[63]

[61] Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 98, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.
[62] Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 98, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*.
[63] Dasselbe Argument wird seitens der Parteien auch im Rahmen deren Auswertung der Marktbefragung vorgebracht.

279. Hierzu ist vorab festzuhalten, dass die blosse Nutzung von verschiedenen Terminals keine Rückschlüsse auf eine mögliche *Substituierbarkeit* zulässt. So wurde auch bei der entsprechenden Fragestellung in der Marktbefragung bewusst zwischen der blossen *Nutzung* und möglichen *Alternativen* zu GBN unterschieden. Somit erübrigen sich weitere Ausführungen zu diesem Argument der Parteien.

280. Des Weiteren äussern sich die Parteien dahingehend, dass es nicht nur um die Frage gehe, welcher Radius der richtige wäre. Das Vorgehen mittels eines fixen Radius sei im Grundsatz falsch. Darauf verweise auch das BAV. Relevant für die Marktabgrenzung seien nicht irgendwelche fixen Radien. Entscheidend sei einzig die Frage, welche Transportketten zueinander im Wettbewerb stünden. Der Kunde verlange gerade nicht, dass der Umschlag innerhalb eines bestimmten Gebiets erfolge. Vielfach wisse der Kunde nicht einmal, ob und wo seine Güter umgeschlagen würden. Der Kunde verlange einzig eine möglichst effiziente und kostengünstige Transportkette. Der Kostendruck im internationalen Transport sei bekanntlich gross, weshalb die Spediteure die Transportketten permanent optimieren würden, um die Transportkosten möglichst tief zu halten. So würden denn auch die grossen Logistikunternehmen wie Maersk oder DHL bestätigen, dass die Entfernung von Basel bei der Frage, welche Umschlagsanlagen eine Alternative zu GBN darstellen würden, nicht entscheidend sei.

281. Zusammenfassend ergebe sich Folgendes: Die räumliche Marktabgrenzung in der Beschlussbegründung mit einem Radius von 100 km sei offensichtlich rechts- und aktenwidrig, da

- sie in eklatantem Widerspruch zur Auffassung der Schweizerischen Fachbehörde – dem BAV – stehe;
- in den vergangenen Jahren ein substantieller Teil der Umschläge zu Umschlagsanlagen abgewandert sei, die weiter als 100 km von Basel entfernt seien;
- Umschlagsanlagen, die deutlich weiter als 100 km von Basel entfernt seien, bestätigen würden, dass ein grosser Teil der umgeschlagenen Güter in die Schweiz gehe oder von der Schweiz komme (z. B. Karlsruhe 40 %),
- die Hälfte der Marktgegenseite bestätige, dass sie Umschlagsanlagen nutzen würden, die deutlich weniger als 100 km von Basel entfernt seien (z. B. Mannheim, Karlsruhe, Strassburg, Ulm und Wolfurt).

282. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung wurden dieselben Argumente nochmals angebracht und schlussendlich an der Sichtweise festgehalten, dass alle Umschlagsanlagen innerhalb der gesamten Transportkette Substitute sind – und keinesfalls nur Umschlagsanlagen innerhalb eines bestimmten und willkürlich gewählten Radius. Zudem komme auch das […] Gutachten (vgl. Rz 210) zum Schluss, dass aufgrund des Wettbewerbs der Transportketten der Markt nicht mit einem Radius von 100 km erfasst werden könne.

283. Für den Fall, dass die WEKO an der Radiusbetrachtung festhalten sollte, haben die Parteien eventualiter Stellung genommen, wie dieser bestimmt werden müsste, um bundesrechtskonform zu sein und einigermassen brauchbare Marktanteile zu liefern:

284. Im Entscheid *Rhenus / Wincanton International* habe die EU-Kommission die räumliche Marktabgrenzung letztlich offengelassen. Die EU-Kommission habe aber auch auf die Flexibilität der Transportwege und die Ausweichmöglichkeiten hingewiesen. Die EU-Kommission habe den Markt zwischen Mainz und Karlsruhe genauer betrachtet, was einer Distanz von rund 110 km entspreche. Gleichzeitig habe sie aber auch die Umschlagsanlagen von Frankfurt und Aschaffenburg miteinbezogen, obwohl diese mehr als 110 km von Karlsruhe entfernt seien.

285. Kombiniere man diese Vorgehensweise mit dem Ansatz in der Beschlussbegründung, wonach Ausgangspunkt ein Radius bilde, füge man aber gleichzeitig diejenigen Anlagen hinzu, die für den Wettbewerb offensichtlich von Bedeutung sind, dann gelange man auch bei einer zurückhaltenden Betrachtung zu folgendem Ergebnis:

- Selbst wenn man die etwas weiter entfernten KV-Umschlagsanlagen ausschliesse, die gemäss BAV und den Akten für Verkehre mit der Schweiz relevant seien (z. B. Mannheim, Karlsruhe, Dijon, Lyon), seien zumindest jene Anlagen zu berücksichtigen, die nur knapp ausserhalb der 100 km oder in Grenznähe lägen;
- Die KV-Umschlagsanlagen Strassburg und Kehl seien zwingend zu berücksichtigen. Sie lägen nur ganz knapp ausserhalb des Radius (beide 110 km);
- Wolfurt und Ulm seien ebenfalls zu berücksichtigen. Sie seien beide nur 10 bzw. 100 km von der Schweizer Grenze entfernt und würden in erheblichem Umfang Verkehre mit der Schweiz abwickeln.

286. Mit dieser – zwar nicht korrekten – aber deutlich realitätsnäheren Marktabgrenzung würden sich die Marktanteile erheblich verändern.

Sichtweise der Parteien gegenüber dem BAV

287. Im Fördergesuch um Investitionsbeiträge an das BAV (vgl. Rz 30) werden bezüglich transportlogistischer Ressourcen zur Frage «Wie gross sind die gegenwärtigen Umschlagskapazitäten der Region in TEU/Tag? (TEU = twenty foot equivalent)» folgende Terminals aufgeführt:

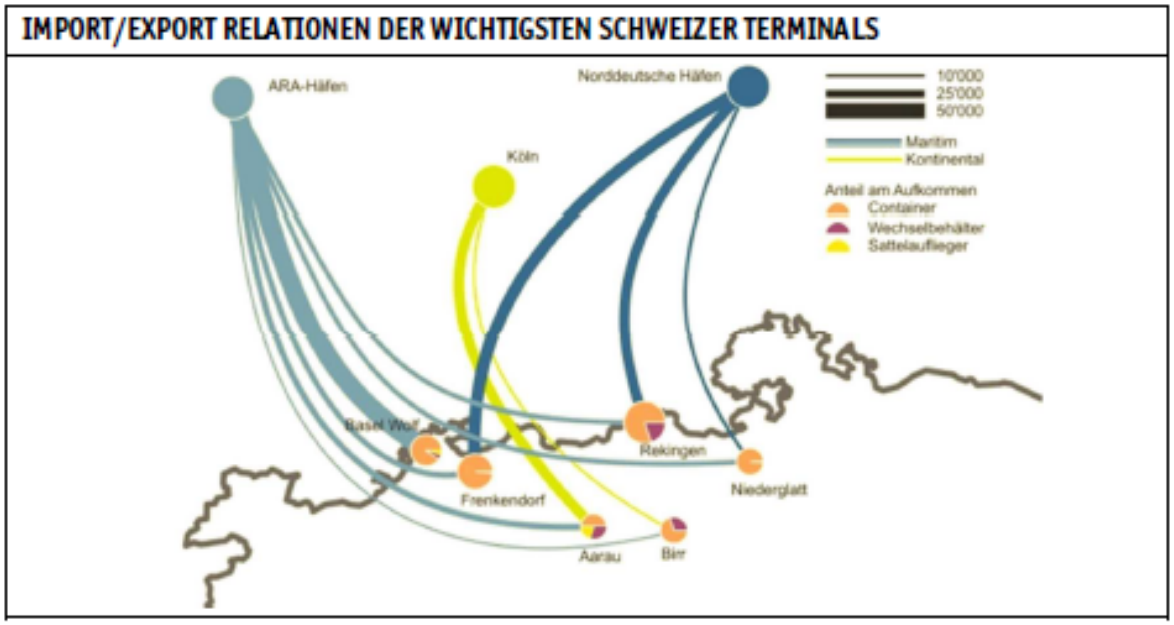
[…]

288. Zur Definition der Region wird unter Verwendung der untenstehenden Abbildung 5 aus der Grossterminalstudie folgende Begründung vorgebracht:

> *«Für die existierenden Terminals mit Kapazitäts- und Netzanbindungsangaben (Autobahnnähe, Schienennetz) in der Region verweisen [sie] auf die Studie «GROSSTERMINAL-STUDIE» (Beurteilung der Terminalprojekte Gateway «Limmattal» und «Basel Nord», datiert Bern, 19. Juni 2012, insbesondere auf den Anhang / Vertiefung zur heutigen Situation, in der alle obigen Terminals der Region gemäss nachstehenden Anforderungen detailliert beschrieben sind.*

Die wichtigsten Import- / Export Terminals befinden sich heute bereits in der NWCH. Diese Terminals sind heute jedoch schon stark ausgelastet und weisen eine hohe Fragmentierung auf, was insbesondere die Konkurrenzfähigkeit der Feinverteilung auf der Schiene schmälert, da keine Bündelung der Verkehre ermöglicht [wird]. Das Gateway Basel Nord stellt die Anforderungen für eine hohe Bündelungsfähigkeit der Schienenfeinverteilung mit Quell- und Zielregionen in der ganzen Schweiz und auch die Umschlagskapazität für die nächsten 20 Jahre sicher. Somit erlangt das Gateway Basel Nord eine nationale Bedeutung.»

Abbildung 5: Darstellung der aktuellen Import-/Export-Relationen (Stand 2010)[64]



289. Im Rahmen des Fördergesuchs an das BAV haben sich die Parteien zudem bezüglich der Wettbewerbssituation auf Schiene und Strasse, allfällig vorhandene spezielle Marktgegebenheiten in der Region und in der Region tätige Operateure geäussert:

[…]

290. Somit kann festgehalten werden, dass die Parteien gegenüber dem BAV im Rahmen des Fördergesuches ausschliesslich Umschlagsanlagen in […] als relevant betrachtet haben.

Bisherige Praxis der WEKO und anderer Wettbewerbsbehörden

291. Die WEKO hat sich bisher noch nicht zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich Umschlagsleistungen geäussert (vgl. Rz 212).

292. Beim Zusammenschluss *Häfen und Güterverkehr Köln AG / Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG*[65] hat das Bundeskartellamt den räumlichen Markt für Hafendienstleistungen regional auf die am Rhein gelegenen Häfen von Wesel bis Bonn, die eine einheitliche Region Rhein-Ruhr bedienen, abgegrenzt. Dieser in räumlicher Hinsicht betroffene Markt sei auf diese Rheinhäfen beschränkt, weil sie mit den Binnenhäfen anderer Flüsse aus Nachfragersicht grundsätzlich nicht austauschbar seien. Vorliegende Informationen aus vorangehenden Fällen zeigten, dass die Rheinhäfen südlich von Bonn nicht mehr der sogenannten Bonn-Wesel-Range zuzurechnen seien. Ein wesentlicher Aspekt sei derjenige der räumlichen Nähe der der Bonn-Wesel-Range zuzurechnenden Binnenhäfen. Diesem räumlich relevanten Markt seien daher auch nicht die niederländischen Häfen zuzurechnen. Diese Auffassung sei von den Anbietern von Hafendienstleistungen bestätigt worden.[66] Die Distanz von Bonn bis Wesel entspricht ungefähr 100 km, was einem Radius von 50 km entsprechen würde.

293. Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Wiener Hafen und Lager Ausbau- und Vermögensverwaltungs GmbH & Co KG / ÖBB-Infrastruktur AG / WienCont Containerterminal GmbH* durch die österreichischen Wettbewerbsbehörden (vgl. Rz 214) war insbesondere auch die räumliche Marktabgrenzung strittig. Während die Zusammenschlussparteien von einem Markt mit einem Radius von 250 km ausgingen, ging die Bundeswettbewerbsbehörde von einem Radius von 70 bis maximal 150 km aus.[67] Im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht vertrat der Bundeskartellanwalt – gestützt auf ähnlich gelagerte Fälle aus Deutschland – die Ansicht, dass der räumliche Markt mit einem Radius von max. 150 km abzugrenzen sei. Aufgrund eines Prüfantrages sowohl durch den

[64] Quelle: Grossterminalstudie (Fn 32), S. 34.
[65] Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 – 125/11 vom 30.1.2012, *Häfen und Güterverkehr Köln AG / Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG*.
[66] Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 – 125/11 vom 30.1.2012, *Häfen und Güterverkehr Köln AG / Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG*, Rz 54.
[67] Vgl. Tätigkeitsbericht 2016 (Fn 38), Abschnitt 2.4.

Bundeskartellanwalt, als auch seitens der Bundeswettbewerbsbehörde, bestellte das Kartellgericht ein Gutachten, welches zum Ergebnis gelangte, dass der räumlich relevante Markt mit einem Radius von maximal 100 km abzugrenzen sei. Das Zusammenschlussvorhaben wurde schlussendlich zurückgezogen.[68]

294. Die EU-Kommission vertrat beim Zusammenschluss *Deutsche Bahn / ECT International / United Depots / JV* die Auffassung, dass Umschlagsanlagen (Terminals) innerhalb eines Radius von 50 km miteinander in Wettbewerb stehen. Aufgrund von überlappenden Substitutionsbeziehungen mit weiteren Umschlagsanlagen könne dieser Radius jedoch fallabhängig grösser ausfallen.[69]

295. Im Zusammenschluss *Rhenus / Wincanton International* hat die EU-Kommission, wie von den Parteien angebracht wurde (vgl. Rz 284), die räumliche Marktabgrenzung letztendlich offengelassen. Allerdings ist anzumerken, dass die EU-Kommission neben dem Gebiet zwischen Mainz und Karlsruhe (einschliesslich Frankfurt und Aschaffenburg) zusätzlich auch die Wettbewerbsbedingungen für vier Terminalcluster, der sich je auf einen Umkreis von 50 km der jeweiligen Terminals beschränkt, untersucht und kam auch hier zum Schluss, dass die Parteien genügend Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Zudem entspricht die Entfernung zwischen Karlsruhe und Frankfurt bzw. Aschaffenburg ca. 120 km, was einem Radius von gerade mal 60 km entspräche.[70]

296. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ausländische Behörden bei der Frage des räumlich relevanten Marktes übereinstimmend eine Betrachtung eines Radius respektive einer geographischen Distanz herangezogen haben. In den erwähnten Entscheiden wurde schlussendlich von einem Radius von *höchstens* 100 km ausgegangen.

Für GBN relevante Verkehrsströme

297. Gemäss den Parteien dürfte der Grossteil von den Import- und Exportvolumen, welche voraussichtlich im GBN umgeschlagen werden, für die Schweiz bestimmt sein. Darüber hinaus dürften auch gewisse Im- und Exportvolumen für das angrenzende Ausland (D, F) umgeschlagen werden. Deren Anteil sei im jetzigen Zeitpunkt aber noch nicht abschätzbar. Dabei werde es sich nicht nur um Importe- und Exportvolumen aus dem resp. in den Norden handeln, sondern durchaus auch aus dem resp. in den Westen, Osten und Süden (z. B. Importe aus Italien in die Schweiz). Im Transitumschlag sei zu erwarten, dass Warenströme aus der EU (Teile, die nördlich oder südlich der Alpen gelegen sind) umgeschlagen würden. Nicht auszuschliessen sei, dass auch Ost-West-Warenströme umgeschlagen werden, auch wenn diese Volumina vergleichsweise gering sein dürften. Aus diesen Warenströmen ergebe sich das Einzugsgebiet von GBN.

298. Das BAV führt in seiner Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht betreffend die Beschwerde von Swissterminal gegen die Finanzierungsverfügung zur ersten Bauetappe von GBN (bimodal) aus, dass im GBN Transportmengen von den Nordseehäfen aber auch kontinentale Verkehre umgeschlagen würden. Diese seien […] für die Nordwestschweiz und für den Rest der Schweiz (Gateway-Verkehre) bestimmt. Die Verkehre für die Nordostschweiz würden zum grossen Teil auf die Strasse umgeschlagen, die Mengen für den Rest der Schweiz sollten als Blockzüge in kleinere Umschlagsanlagen in der Schweiz oder im System Einzelwagenladungsverkehr als sog. Swiss Split weitergeführt werden. Die Abwicklung von Verkehren aus Italien sei nicht vorgesehen.

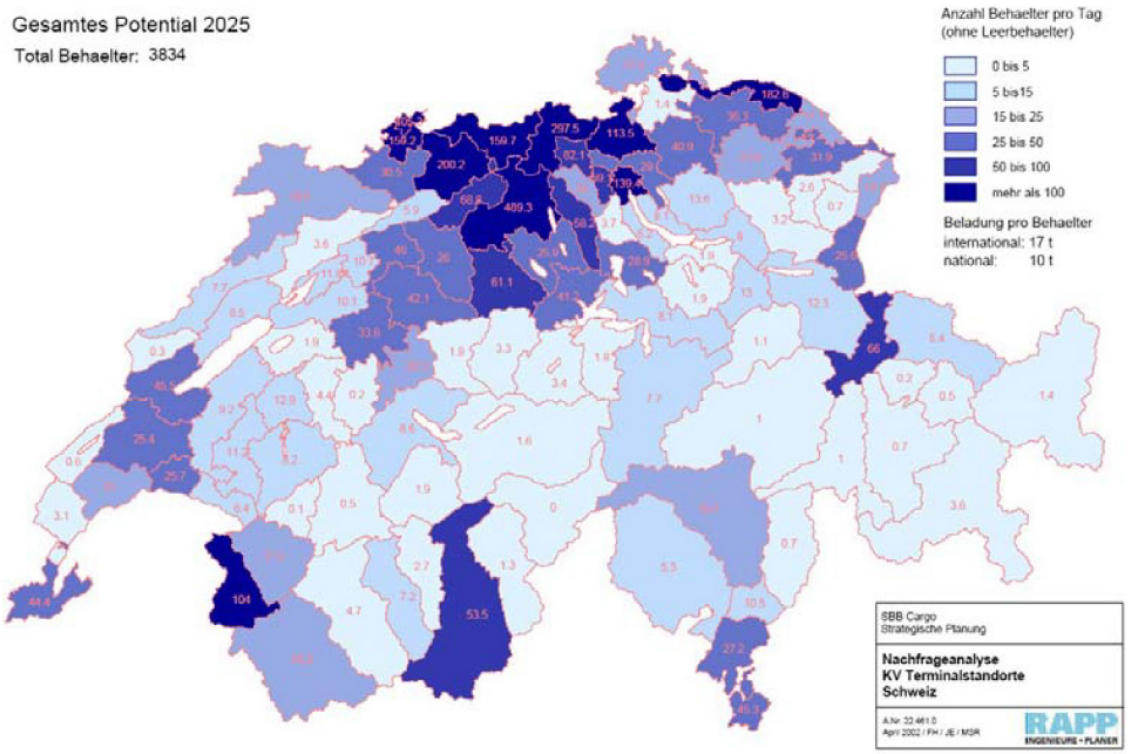
299. Auch aus der Grossterminalstudie geht letztlich klar hervor, dass bei den Überseehäfen im Ausland diejenigen an der Nordsee als Umschlagsknoten von überragender Relevanz sind. So werden gemäss Studie total jährlich knapp 280‘000 TEU per Bahn in Schweizer Terminals umgeschlagen. 91‘000 TEU würden zwischen den deutschen Nordseehäfen und der Schweiz umgeschlagen, etwas über 148‘000 TEU zwischen den ARA-Häfen [Antwerpen, Rotterdam, Amsterdam] und der Schweiz. Zusammen würden diese aus den Seehafenregionen stammenden Güter etwas mehr als 85 % der Import-/Exportmengen ausmachen. Die restlichen 15 % seien kontinentale Verkehre, zusammengestellt in Köln resp. Nordrhein-Westfalen (vgl. hierzu Abbildung 5).[71]

300. Weiter wird in der Grossterminalstudie zu italienischen Häfen ausgeführt, dass es für die grossen Reeder betriebswirtschaftlich günstiger sei, die Haltepunkte ihrer Linienschiffe auf ein Minimum zu reduzieren und sie daher bevorzugt nordeuropäische Ziele anfahren würden, da dort das Hauptaufkommen liege. Es sei heute nicht absehbar, dass die italienischen Häfen zu echten Konkurrenten für die nordeuropäischen Anlagen werden könnten. Hinzu komme die Konsolidierungsfunktion der Terminals an den nordeuropäischen Häfen, in dem dort die kontinentale Nachfrage mit der Überseenachfrage zusammengebracht und auf die Züge verladen würde. Weitere Häfen im Mittelmeerraum, wie beispielsweise die französischen Häfen von Marseille und Toulon, werden in der Grossterminalstudie gar nicht erst genannt.[72]

301. Bezüglich der Standorte der Industrie- oder Handelsunternehmen, welche (containerisierte) Güter in der Schweiz empfangen oder versenden, kann festgehalten werden, dass sich diese schwerpunktmässig im Raum Nordwestschweiz und Mittelland befinden. Dies geht auch aus der nachfolgenden Darstellung hervor:

[68] Vgl. Tätigkeitsbericht 2017 (Fn 38), Abschnitt 2.1.
[69] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.2632 vom 11.2.2002 Rz 20, *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*.
[70] Vgl. Entscheid der EU-KOMM, COMP/M.6396 vom 22.12.2011 Rz 76 ff., *Rhenus/Wincanton International*.
[71] Vgl. Grossterminalstudie (Fn 32), S. 34.
[72] Vgl. Grossterminalstudie (Fn 32), S. 64.

Abbildung 6: Nachfrageanalyse KV Terminalstandorte Schweiz – Potential volle Behälter im Versand und Empfang pro Tag im Jahr 2025[73]



302. Zusammenfassend dient GBN schwerpunktmässig für Umschläge von Warenströmen zwischen den belgischen, deutschen und holländischen Nordseehäfen bzw. den kontinentalen Verkehren aus dem Norden und der Schweiz. Im Transitverkehr sollen gemäss den Angaben der Parteien vorwiegend Warenströme aus der EU (Teile, die nördlich und südlich der Alpen gelegen seien) umgeschlagen werden. Vor diesem Hintergrund werden vorliegend die Umschlagsleistungen im Import/-Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet sowie im alpenquerenden Transitverkehr näher betrachtet.[74]

Für GBN relevante Verkehrswege

303. Hinsichtlich *Verkehrswegen* ist GBN schienenseitig an den Rhein-Alpen-Korridor[75] angebunden und schiffsseitig am Rhein als einzigen für die (Fracht-)Binnenschifffahrt für die Schweiz relevanten Wasserweg angeschlossen. Hierbei ist zu beachten, dass der Rhein-Alpen-Korridor in der Schweiz insbesondere auch die NEAT-Strecke umfasst und der einzige Europäische Güterverkehrskorridor (SGV-Korridor) ist, welcher durch die Schweiz führt. Die NEAT-Anbindung ist dabei insbesondere auch hinsichtlich Umschlagsleistungen im Transitverkehr von besonderer Relevanz. Bezüglich der Rheinschifffahrt ist zudem relevant, dass ab der Mittleren Brücke in Basel die Zufahrt nach Birsfelden in der Regel nur mit zwei Lagen Containern und in Abhängigkeit vom Wasserstand nur eingeschränkt möglich ist.

304. Auch die Parteien betonen, dass mit dem Standort von GBN in Basel Nord in der Schweiz die einmalige Gelegenheit bestehe, die Verkehrsträger Schiene und Binnenschifffahrt am gleichen Standort effizient miteinander zu verknüpfen. GBN erhalte durch den Bau des Hafenbeckens 3 den direkten Schiffsanschluss an den Rhein. Es werde über den direkten Anschluss an die Eisenbahnlinie Basel-Mannheim (Rheintalbahn) verfügen, die ein Teil der Hauptachse Rotterdam-Genua (Rhein-Alpen-Korridor) via Gotthard-Basistunnel sei, und auch strassenseitig optimal an die Autobahn A2 angeschlossen sei, die in Deutschland durch die Bundeautobahn 5 ihre Fortsetzung finde. Beide Autobahnen seien Teil der Europastrasse 35 (E 35), die von Amsterdam über Frankfurt am Main und Basel bis nach Rom führe.

305. Weitere aus der Marktbefragung hervorgehende Faktoren zur Verkehrsanbindung betreffen lokale Faktoren wie beispielsweise die strassenseitige Anbindung an die Autobahn oder den Einfluss von Brücken und Schleusen bei der wasserseitigen Anbindung. Ein weiterer aus der Marktbefragung hervorgehender Einflussfaktor ist die Landesgrenze bei Basel zwischen der Schweiz und Deutschland und die damit verbundenen Zollformalitäten.

[73] Quelle: Bundesamt für Strassen, Studie zur Ausgestaltung von Terminals für den (unbegleiteten) kombinierten Ladungsverkehr (Juni 2005), <https://trimis.ec.europa.eu/sites/default/files/project/documents/20150720_173047_38373_21130_1127_Inhalt.pdf> (19.3.2019), 76.

[74] Unter dem Rheineinzugsgebiet werden Gütertransporte hauptsächlich aus bzw. zu den belgischen, deutschen und holländischen Nordseehäfen sowie kontinentale Verkehre aus dem bzw. in den Norden verstanden.

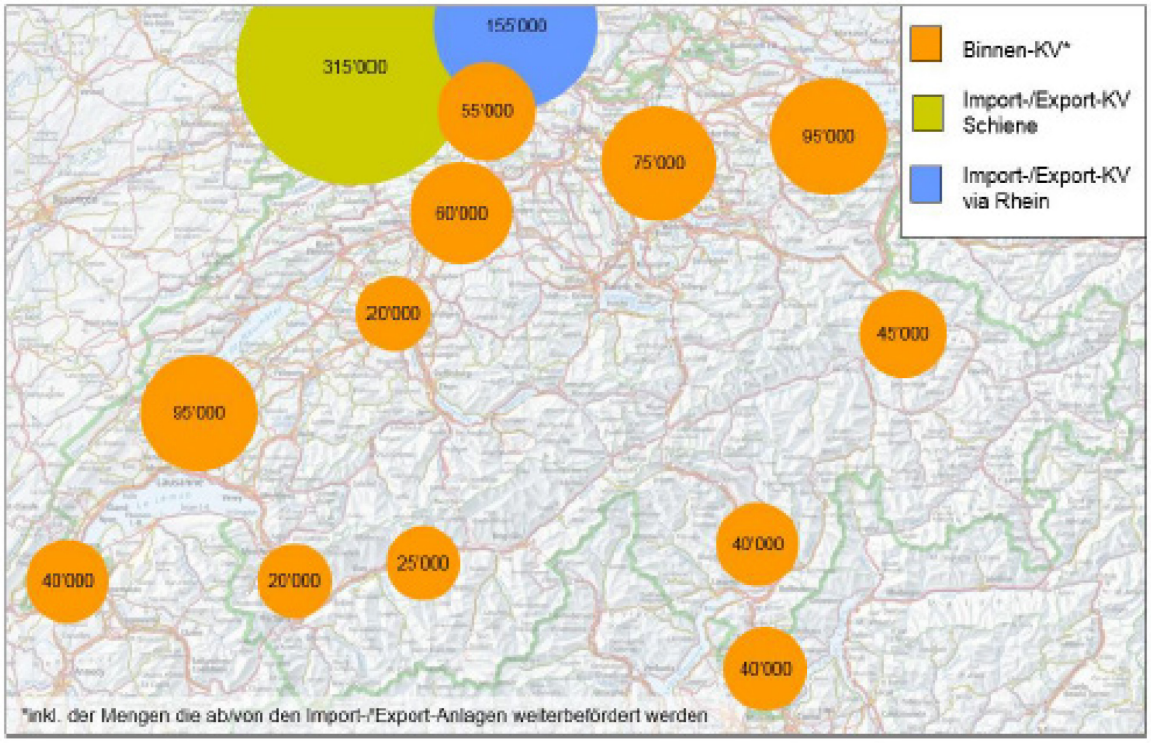
[75] Vgl. <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/cross-acceptance/gueterverkehrskorridore.html> (18.3.2019).

Ortsgebundener Kapazitätsbedarf

306. Allein schon die Tatsache, dass bei der Planung von GBN letztlich von einem ortsgebundenen Kapazitätsbedarf ausgegangen wurde, spricht gegen die Darstellung der Parteien, dass Umschlagsleistungen an einem praktisch beliebigen Ort entlang von denkbaren Transportketten erbracht werden können.

307. Auch der Bundesrat geht im Konzept für den Gütertransport auf der Schiene davon aus, dass in der Schweiz heute eine leistungsstarke KV-Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion fehle, welche die Import-/Export-Mengen, vor allem von den Nordseehäfen aufnehmen und bündeln könne. Demnach fehle ein leistungsstarkes Terminal mit Gateway-Funktion *in der Nordwestschweiz*. Hier zeichne sich die geplante trimodale KV-Umschlagsanlage in Basel-Nord als Lösung ab, wie sie im Teil «Infrastruktur Schiene» des Sachplans Verkehr bereits enthalten sei.[76] Dies geht auch aus der nachfolgenden Abbildung 7 hervor.

Abbildung 7: Erwarteter Kapazitätsbedarf an TEU-Umschlägen im kombinierten Verkehr im 2030[77]



308. Dass die Umschlagsanlage GBN als ortsgebunden zu betrachten ist, geht auch aus der Argumentation von GBN im Zusammenhang mit dem Naturschutz hervor. So ist das ehemalige Rangierareal der Deutschen Bahn, auf welchem GBN gebaut werden soll, ein Naturgebiet von nationaler Bedeutung. Es ist deshalb im *Bundesinventar der Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung* aufgeführt. So ist gemäss der Trockenwiesenverordnung[78] ein Abweichen vom Schutzziel nur zulässig «für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die dem Schutz des Menschen vor Naturgefahren oder einem andern überwiegenden öffentlichen Interesse von nationaler Bedeutung dienen».

309. Auch das zu Handen der Verkehrsbehörde Deutschlands – des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) – erstellte Entwicklungskonzept KV 2025 geht von einem standort- bzw. raumbezogenen Ausbaubedarf in Basel einerseits im KV Binnenwasserstrasse/Strasse und andererseits im KV Schiene-Strasse aus.[79] Für Umschläge im KV Binnenwasserstrasse/Strasse umfasst hierbei der betrachtete Standortraum die entsprechenden KV-Terminals in Basel-Kleinhüningen (CH), Ottmarsheim (F) sowie Weil am Rhein (D). Für Umschläge im KV Schiene/Strasse umfasst der betrachtete Standortraum die KV-Terminals Basel-Wolf (CH), Ottmarsheim (F) sowie Basel-Weil am Rhein (D).[80] Die Studie Konzeption zur Stärkung des

[76] Vgl. BAV, Konzept für den Gütertransport auf der Schiene (Fn 44), 22 f.

[77] Quelle: BAV, Konzept für den Gütertransport auf der Schiene (Fn 44), 22.

[78] Verordnung über den Schutz der Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung vom 13. Januar 2010 (Trockenwiesenverordnung, TwwV; SR 451.37).

[79] Vgl. HaCon Ingenieurgesellschaft mbH und KombiConsult GmbH, Erstellung eines Entwicklungskonzeptes KV 2025 in Deutschland als Entscheidungshilfe für die Bewilligungsbehörden, Abschlussbericht für das BMVI vom 12.11.2012 (nachfolgend: Entwicklungskonzept KV 2025 in Deutschland), <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/482146/> (3.5.2019).

[80] Vgl. Entwicklungskonzept KV 2025 in Deutschland (Fn 79), 17 f. und 39 f.

Kombinierten Verkehrs in Baden-Württemberg geht in räumlicher Hinsicht von einem Einzugsbereich von 100 km für (Gross-)Terminals (Version 1) und von 50 km (Version 2) aus, da ein grosser Teil der Vor-/Nachlaufverkehre in einer Entfernung von bis zu 50 km um ein KV-Terminal stattfinde.[81]

310. Die Tatsache, dass sowohl das BAV, das deutsche BMVI und auch die Parteien von einem ortsgebundenen Bedarf für schiffsseitige Umschläge einerseits und landseitige Umschläge andererseits im Raum Basel ausgehen, spricht für die Betrachtung eines entsprechenden regionalen räumlich relevanten Marktes.

Umschlagsanlage innerhalb der gesamten Transportkette als Substitute?

311. Die Parteien führen als Argument für den Wettbewerb zwischen einer grossen Anzahl möglicher Transportketten das Beispiel der Sperrung der Bahnstrecke bei Rastatt an. Hierbei führte der Einsturz eines Eisenbahn-Tunnels am 12. August 2017 in der Nähe von Rastatt im Rheintal, zu einer 51-tägigen Sperrung des Rhein-Alpen-Korridors. Gemäss der Darstellung der Parteien habe sich bei dieser Sperrung der Güterverkehr neue Wege gesucht und Rastatt «umfahren». So könnten solche Umstellungen/Anpassungen (wie im Falle Rastatt) zwar ein paar Wochen/Monate in Anspruch nehmen, bis sie sich eingespielt hätten. Sie fänden aber immer und laufend statt, wenn sich bei einem Glied der Transportkette die Kapazitäten, die Qualität oder die Preise verändern würden.

312. Hierzu kann festgehalten werden, dass gerade das Beispiel der Sperrung von Rastatt klar aufzeigt, dass ein solches «Umfahren» von eingespielten und bereits optimierten Verkehrswegen mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist. So betrugen die volkswirtschaftlichen Schäden aufgrund der Rastatt-Sperrung laut einer von Eisenbahnbetreibern in Auftrag gegebenen Studie über zwei Milliarden Euro.[82] Gemäss dieser Studie[83] werde der Umfang des Regelbetriebs wird für das Rheintal mit bis zu 200 Güterzügen täglich angegeben, zuzüglich ca. 170 Züge des Personenverkehrs. Nur ein Bruchteil dieser Güterzugmengen hätte auf anderen Strecken bewältigt werden können, u.a. wegen:

> *«1. fehlender leistungsfähiger Umleiterkonzepte für das deutsche und angrenzende Schienennetz durch fehlende Koordination von Baustellen- und Betriebsplanung*
>
> *2. unkoordinierter Kommunikations- und Steuerungsprozesse bei dem bzw. zwischen den involvierten Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) im Falle von Havarien*
>
> *3. fehlender verbindlicher Regeln zur Verteilung von Kapazitäten (Trassenvergabe) in Havariefällen, zur Risikoanalyse inkl. Vorhaltung von Reservekapazitäten sowie zum Notfallmanagement bei grenzübergreifenden Infrastrukturen ggü. den EVU*
>
> *4. fehlender Personale, die die notwendigen Sprach- und Ortskenntnisse erfüllten und ad-hoc von allen Marktakteuren einsetzbar gewesen wären (insbesondere in Frankreich)*
>
> *5. fehlender geeigneter leistungsstarker Lokomotiven, da potenzielle Umleiterstrecken vielfach nicht elektrifiziert waren bzw. andere Strom- oder Sicherungssysteme erfordern*
>
> *6. fehlender Kapazitäten infolge hoher Streckenbelegungen auf den Umleiterstrecken durch Züge des SPNV*
>
> *7. Bauarbeiten an mehreren der relevanten Ausweichstrecken.»*[84]

313. So zeigt das Beispiel der Rastatt-Sperrung eindrücklich, dass ein Abweichen von bestehenden Transportketten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann. In diesem Zusammenhang ist auch in Erinnerung zu rufen, dass die Umschlagskosten nur einen sehr geringen Anteil an den Gesamtkosten des Transports im KV ausmachen, was eine Disziplinierung durch Anpassungen der Transportketten noch unwahrscheinlicher macht. Auch ist wiederum auf die Praxis der EU-Kommission zu verweisen, wonach Umschlagsleistungen zwar innerhalb der Logistikkette erfolgen, aber dennoch separate Dienstleistungen darstellen (vgl. Rz 216). Auch würde die These der Parteien, dass die Umschläge statt im GBN ohne Weiteres in einer Vielzahl von Umschlagsanlagen entlang möglicher Transportketten in Deutschland, Italien, Frankreich oder der Niederlande vorgenommen werden könnten, den Bedarf für ein solches Infrastrukturvorhaben in der Schweiz generell in Frage stellen und auch der Argumentation widersprechen, wonach im Nordwestschweiz ein ausgewiesener Bedarf an Umschlagsleistungen bestehe (vgl. hierzu auch Rz 306 nachfolgend). Zudem ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass im deutschen Schienennetz (neben dem überlasteten Eisenbahnknoten beispielsweise auch die Verbindung Karlsruhe-Basel) und auf dem Strassennetz Engpässe bestehen. Bei Transporten im KV kann deshalb nicht in beliebigem Umfang auf eine andere Route und oder ein anderes Verkehrsmittel ausgewichen werden.[85]

314. Im Rahmen der Stellungnahme des BAV an das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit einer Beschwerde von Swissterminal gegen die Verfügung hinsichtlich der Investitionsbeiträge an den bimodalen

[81] Vgl. Transport Consulting Röhling International, Konzeption zur Stärkung des Kombinierten Verkehrs in Baden-Württemberg, Schlussbericht, September 2014, S. 50 f. Version 1 enthält Umschlagsanlagen wie Weil am Rhein / Basel, Mannheim / Ludwigshafen, Kornwestheim und Ulm. Wohingegen gemäss Studie bei Version 2 mit einem Radius von 50 km auch weitere bzw. kleinere Umschlagsanlagen in Karlsruhe, Singen, Heilbronn und Wolfurt berücksichtigt würden.

[82] Vgl. hierzu die Medienmitteilung von HUPAC vom 23.4.2018 ,<http://www.hupac.com/DE/Studie-Rastatt-Unterbruch-verursachte-Schaden-von-uber-zwei-Milliarden-Euro-0a7afc00?> (18.3.2019).

[83] Volkswirtschaftliche Schäden aus dem Rastatt-Unterbruch – Folgenabschätzung für die schienenbasierte Supply-Chain entlang des Rhine-Alpine Corridor 2017, verfasst durch die Hanseatic Transport Consultancy, <http://www.hupac.com/Aufarbeitung-des-Rastatt-Unterbruchs-Studie-ed026800> (18.3.2019).

[84] Volkswirtschaftliche Schäden aus dem Rastatt-Unterbruch – Folgenabschätzung für die schienenbasierte Supply-Chain entlang des Rhine-Alpine Corridor 2017, verfasst durch die Hanseatic Transport Consultancy, S. 9, <http://www.hupac.com/Aufarbeitung-des-Rastatt-Unterbruchs-Studie-ed026800> (18.3.2019).

[85] Vgl. Mensia und Steinbeis-Europa-Zentrum, Bericht *Upper Rhine, A Connected Corridor*, S 17 ff., 2014.

Ausbau von GBN führt das BAV zur Wettbewerbssituation bei KV-Umschlagsanlagen folgendes an: In einer geographisch sehr engen Betrachtung stellten KV-Umschlagsanlagen natürliche Monopole dar, da durch die geographische Gebundenheit der Anlagen an einem Ort immer nur eine Anlage existieren könne und aufgrund der hohen Fixkosten einer KV-Umschlagsanlage die Durchschnittskosten je Umschlag mit steigender Umschlagsmenge sinken würden. Ökonomisch sei die Qualifizierung als natürliches Monopol aber nur gerechtfertigt, wenn die Eigenschaften des natürlichen Monopols im «relevanten Bereich der Nachfrage» Gültigkeit besitzen. Angesichts der Tatsache, dass für den Import-/Exportverkehr eine Vielzahl von Kombinationsmöglichkeiten von Angeboten auf Strasse, Schiene und Binnenschiff zur Verfügung stehen würden, sei für KV-Umschlagsanlagen die Charakterisierung als natürliches Monopol kaum von Belang, da genügend Angebotsalternativen bestehen würden. Die Möglichkeiten, Zahlungsbereitschaften der Kunden zum Missbrauchen einer marktbeherrschenden Stellung auszunützen, würden durch diese Alternativen limitiert. Das BAV führt hierzu beispielhaft (und nicht abschliessend) 15 verschiedene Möglichkeiten für einen Containertransport von Rotterdam nach Zürich an. Bezüglich dieser Beispiele von möglichen Transportketten fällt auf, dass bei der überwiegenden Mehrheit dieser beispielhaften Kombinationsmöglichkeiten, ein Umschlag in der Region Basel vorgesehen ist. So werden zwei Varianten mit einem Hauptlauf per Binnenschiff bis Birsfelden, drei Varianten mit einem Hauptlauf per Binnenschiff bis Gateway Basel-Nord, eine Variante mit einem Schienenhauptlauf bis Rekingen, eine Variante mit einem Schienenhauptlauf bis Frenkendorf, vier Varianten mit einem Schienenhauptlauf bis Gateway Basel-Nord sowie eine Variante mit einem Schienenhauptlauf bis DUSS-Terminal Weil aufgeführt. Daneben wird ein reiner Strassentransport als mögliche Variante dargestellt sowie einerseits jeweils summarisch eine Variante mit Schienenhauptlauf bis zu einer anderen Anlage in Deutschland oder Österreich sowie eine Variante mit Hauptlauf per Binnenschiff bis zu einem anderen Rheinhafen in Deutschland. Auch aus dieser Gewichtung des BAV zeigt sich letztlich, dass nicht einfach jede theoretisch denkbare Transportkette gleichermassen relevant ist.

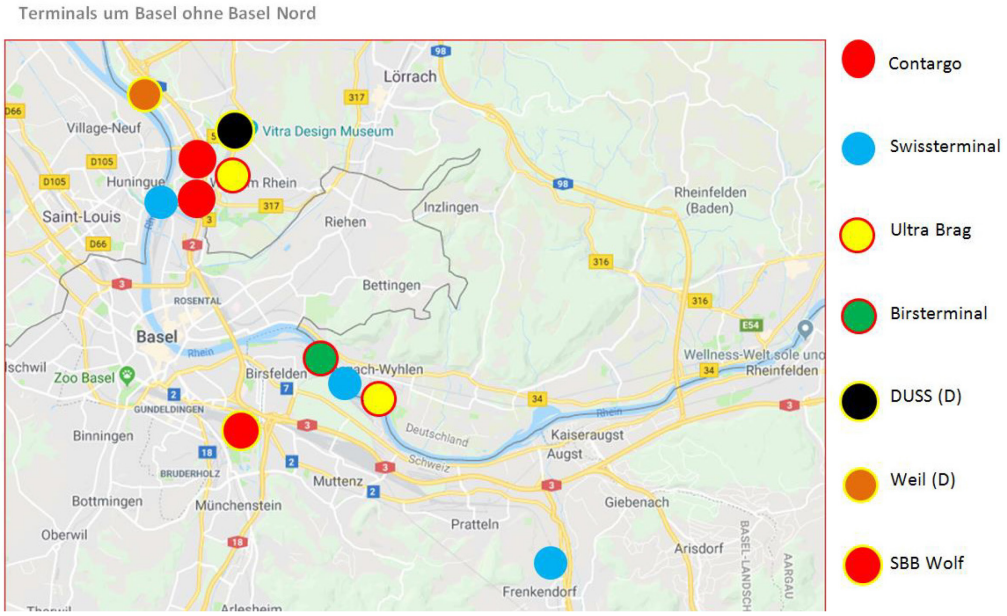
315. Auch die Parteien haben verschiedentlich in Präsentationen gegenüber Dritten verschiedene Transportketten als Beispiele für zukünftige Umschläge über GBN verwendet. Auch bei diesen konkreten Beispielen wird jeweils ein direkter LKW-Transport als Referenz sowie verschiedene Transportketten im KV verwendet. Im Rahmen dieser Transportketten werden ausschliesslich Umschläge über GBN, über andere CH-Terminals oder über das DUSS-Terminal in Weil am Rhein betrachtet.

316. Zusammenfassend kann dem Argument der Parteien, dass Umschläge innerhalb sämtlicher denkbarer Transportketten letztlich irgendwo erfolgen könnten, nicht gefolgt werden. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen zu konkret möglichen Alternativen zu einem Umschlag im GBN hervorgeht, wurde eine Vielzahl von Stellungnahmen von Betreibern von Umschlagsanlagen in unterschiedlichsten Entfernungen vom GBN berücksichtigt. Dabei waren insbesondere die Aussagen der Befragten hinsichtlich bestehender Kapazitäten der Anlagen, vorgesehene Ausbaupläne und zu möglichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens ausschlaggebend (vgl. Rz 365 ff.).

Sichtweise von Marktteilnehmern

317. Die Swissterminal AG geht in deren Stellungnahme von einer regionalen Terminallandschaft in Basel sowie im unmittelbaren Grenzgebiet aus, welches in folgender Abbildung dargestellt ist:

Abbildung 8: Terminallandschaft Basel ohne GBN gemäss der Swissterminal AG[86]



[86] Abbildung aus der Stellungnahme der Swissterminal AG. Bezüglich der Situation nach dem Bau von GBN, geht die Swissterminal AG davon aus, dass die Umschläge in Basel-Wolf nach GBN verschoben würden und die eigenen Standorte sowie das Birsterminal ihren Betrieb einstellen müssten.

318. Die Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH geht davon aus, dass GBN eine Alternative zum eigenen Umschlagsterminal, d.h. Weil am Rhein DUSS (D), wird. Hingegen würden die Auswirkungen auf den Umschlagbahnhof Karlsruhe eher gering sein. DUSS führt zudem explizit aus, dass aus ihrer Sicht Ulm kein Wettbewerbsstandort zu Basel sei.

319. Die Hochrheinterminal AG, welche einzig das bimodale Umschlagsterminal Rekingen betreibt, führt an, dass GBN zur eigenen Umschlagsanlage in drei Bereichen eine Alternative darstelle: Erstens im Bereich von grenzüberschreitenden Ganzzügen im maritimen Hinterlandverkehr oder intermodalen Landverkehr. Züge würden hierbei nach Basel und nicht nach Rekingen fahren. Dies aufgrund der besseren Kostensituation / strategischen Pricings und/oder nicht verfügbaren Trassen nach Rekingen (nichttarifäre Hemmnisse). Zweitens im Bereich des Swiss Splits: Container und Wechselpritschen, welche im Rahmen des Gateway Konzepts auf CH-Binnenzüge umgeladen würden, würden die eigene Umschlagsanlage in Dietikon anfahren und nicht den Terminal in Rekingen. Dies, obwohl Rekingen eine erheblich bessere Infrastruktur aufweise, sowie über eine konfliktärmere Erreichbarkeit auf Schiene und Strasse verfüge. Drittens verfüge Rekingen heute als einziges Terminal über ein offenes Gefahrgutlager für Container. Dies würde heute stark von der SBB-Tochter Chemoil genutzt. Werde ein Gefahrgutlager – wie geplant – ebenfalls im GNB realisiert, würde künftig die SBB ihre Container mit grosser Wahrscheinlichkeit in Basel lagern.

320. Die Bertschi AG, welche Umschlagsterminals in Birrfeld, Visp und Duisburg betreibt, betrachtet GBN als keine Alternative für diese Terminals. Das Terminal in Birrfeld sei ein etablierter Hub für die Volumen, welche durch Bertschi abgewickelt würden. Durch die eigens betriebene Containerwerkstatt sowie die Tankreinigung würden Container über das Terminal Birrfeld gesteuert. Volumen, welche in die westliche Schweiz verschickt werden, würden schon heute über Basel verladen oder nach Genf verschickt. Die Ostschweiz werde direkt ab Birrfeld bedient oder über Bahnterminals in der Ostschweiz abgewickelt. Durch die ergänzenden Infrastrukturangebote in Birrfeld, sowie die heute schon bestehenden Volumina via Basel, bestehe kein Wettbewerb zwischen den Terminals (auch ein zukünftiges GBN) in Basel und jenem im Birrfeld.

321. Die Birsterminal AG, welche insbesondere die Umschlagsanlage in Birsfelden betreibt, betrachtet für keine der eigenen Umschlagsanlagen GBN als Alternative. Vielmehr wird mit einer Spezialisierung auf Umschläge zwischen spezifischen Verkehrsträgern gerechnet. So sei der Standort von GBN im Stadtteil Kleinhüningen ungünstig für den Vor- und Nachlauf per Strasse. Weil bei den Häfen in Birsfelden südlich von Basel keine Stadtdurchfahrt nötig sei, wird die Überlegung gemacht, dass dieser Standortvorteil dafür sorgen werde, dass der Vor- und Nachlauf über die Strasse schwerpunktmässig an den Terminals in Birsfelden und Muttenz Auhafen stattfinden werde, der Vor- und Nachlauf auf der Schiene hingegen bei GBN.

322. Die Ultra-Brag AG, welche drei Umschlagsanlagen (Kleinhüningen, Hafenbecken II und Auhafen) betreibt, führt aus, dass die Auswirkungen auf ihr Unternehmen stark von den Preisstrukturen von GBN abhänge. Würden die Marktpreise aufgrund von Subventionen unter das heutige Niveau gedrückt, hätte dies einen negativen Einfluss auf die Werthaltigkeit der heutigen Infrastrukturen der Ultra-Brag AG, die komplett in Eigenfinanzierung errichtet wurden.

323. Die Ports de Mulhouse-Rhin – welche schiffseitige Umschlagsanlagen in Ottmarsheim, Huningue und Ile-Napoléon betreibt – betrachtet deren Umschlagsanlage in Ottmarsheim als Alternative zu GBN. Hinsichtlich möglicher grösserer Änderungen in der Nachfrage in Ottmarsheim aufgrund des Markteintritts von GBN wird allerdings angegeben, dass diese nicht messbar seien.

324. Die Schweizerischen Rheinhäfen, welche GBN gemeinsam mit den Parteien planen und realisieren sowie den schiffsseitigen Ausbau des Hafenbecken 3 ausführen werden, vertreten im Wesentlichen hinsichtlich der Wettbewerbssituation dieselbe Meinung wie die Parteien: Die Anlagen in den Schweizerischen Rheinhäfen – aber auch andere landseitige Terminals – stünden bereits heute bei den Logistikketten in und aus den Seehäfen in Konkurrenz zu den Anlagen entlang dem Rhein (u.a. Terminal Neuss Trimodal GmbH, duisport, Häfen Strassburg, Ottmarsheim und Weil am Rhein), Baden-Württemberg (DB-DUSS Umschlagsbahnhof Weil am Rhein, DB-DUSS Ulm, HUPAC Singen) und Österreich (Wolfurt bei Bregenz/Rail Cargo Austria).

325. Der Swiss Shippers' Council, die Verladerorganisation der Schweiz, führt hinsichtlich Importen/Exporten über den Rhein an, dass der Rheinanschluss für Container und Kühlcontainer (Elektroanschluss) primär für die Importeure/Exporteure mit Lagerstandorten im Raum Basel wichtig sei, aufgrund der kurzen LKW Strecke Hafen–Lager. Als Alternativen für GBN kämen bimodal bei Importen/Exporten alle Terminals in der Schweiz sowie DUSS und – für die Region Ostschweiz – Wolfurt in Frage. Trimodal bei Importen/Exporten kämen alle Rhein-Terminals in der Schweiz sowie Weil am Rhein in Frage.

326. Ein im Güterverkehr tätiges Schweizer Eisenbahnverkehrsunternehmen gibt die Umschlagsanlage in Singen (D) im Transitverkehr sowie die Umschlagsanlagen Frenkendorf, Niederglatt, Rekingen und Weil am Rhein DUSS (D) im Import/Export als Alternativen zu GBN an. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte und im Transitverkehr 30–40 km und im Binnenverkehr 20–30 km angegeben. Im Transitverkehr, wobei dies nur bei Nutzung der Gateway-Funktion relevant sei, sei der Radius gross.

327. Ein anderes Schweizer Eisenbahnverkehrsunternehmen führt Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden, Niederglatt, Wolfurt (A) sowie generell Freiverladeanlagen als mögliche Alternativen zu GBN auf. Zum Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Transit und Import/Export ein Radius von 30 km sowie für Binnenverkehr von 25 km genannt, dieser beziehe sich auf die Destination im Inland. Bezüglich des Radius hätten die Faktoren Auto-

bahnanschluss und die Stausituation morgens und abends in Basel Hagnau einen Einfluss.

328. Ein weiteres Schweizer Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches auf Spezial- und Nischenverkehre auf der Bahn spezialisiert ist, führt aus, dass es keinen Verkehr in Basel habe. Es schätzt jedoch den Abstand, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, als «wenig» ein. Konkret würde Wettbewerb von Weil am Rhein (DUSS) für Import/Export bestehen. Bahntechnisch sei das DUSS Terminal sehr gut (keine CH-Lizenz/Lok erforderlich, Ganzzug-Zustellung mit elektrischer Streckenlok). Hinzu komme der Strassentransport nach EU-Entlohnung.

329. Die Schweizer Niederlassung eines grossen europäischen Eisenbahnverkehrsunternehmens gibt die Umschlagsanlagen Aarau, Frenkendorf, Härkingen und Weil am Rhein DUSS (D) als Alternativen zu GBN im Transitverkehr an. Hingegen wird keine Alternative zu GBN im Import/Export aufgeführt. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte und im Transitverkehr 50 km angegeben. Im Transitverkehr, wobei dies nur bei Nutzung der Gateway-Funktion relevant sei, sei der Radius gross.

330. Die schweizerische Niederlassung eines weiteren in Europa tätigen Eisenbahnverkehrsunternehmens gibt an, dass im Import/Export die Umschlagsanlagen Frenkendorf, Niederglatt sowie Weil am Rhein DUSS (D) Alternativen zu GBN darstellen würden. Zudem nutzt es derzeit im Transitverkehr die Umschlagsanlagen Basel Wolf, Birsfelden und Weil am Rhein DUSS (D), jedoch wurde bezüglich des Transitverkehrs keine Umschlagsanlage als Alternative zu GBN angegeben. Allerdings würden die derzeit im Transitverkehr genutzten Terminals nur für Besserverlad und Regulierungen genutzt. Bei der Betrachtung eines Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative zu GBN in Frage kommt, wird beim Transit ein Abstand von 20 km und beim Import/Export von 50 km angegeben.

331. Die schweizerische Niederlassung eines international tätigen Transport- und Logistikunternehmens – welche im Import/Export derzeit die Umschlagsanlagen Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal) sowie Basel Hafenbecken 2 (Contargo) nutzt – betrachtet keine Umschlagsanlage als Alternative zu GBN. Bei der Betrachtung eines Radius, in welchem eine Umschlagsanlage als Alternative zu GBN in Frage kommt, wird ein Abstand von 50 km bei Transit sowie Import/Export angegeben. Im Binnenverkehr betrage der Radius 30 km. Jedoch wird im Hinblick auf den Bau des neuen Hafenbeckens in Phase 2 von GBN ausgeführt, dass das Geschäftsvolumen des Unternehmens in diesem Bereich zu klein sei, um relevant zu sein.

332. Ein grosses Schweizer Transport- und Logistikunternehmen mit Fokus auf Paket- und Stückgutlogistik betrachtet die Umschlagsanlagen Aarau, Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo) sowie Basel Wolf als Alternativen zu GBN im Import/Export. Es würde jedoch keine gleichwertigen Alternativen zu GBN sehen. Beim Radius wird für Import/Export und Binnenverkehr jeweils 0 km angegeben.

333. Die schweizerische Niederlassung eines international tätigen Speditions- und Logistikunternehmens führt generell an, dass die Benutzung resp. Auswahl einer Umschlagsanlage im Wesentlichen davon abhänge, wie diese Anlage in ein Angebot eines KV-Operators eingebunden sei. Die Aufgabe des Spediteurs sei es dann, die Vor- resp. Nachläufe zu diesen Terminals optimal – sprich so kostengünstig wie möglich – abzuwickeln. Selbst wenn der Quell- resp. Zielverkehr in unmittelbarer Umgebung eines bestehenden KV-Terminals beginne resp. ende, könne es aus Kostengründen Sinn machen, die Sendungen über eine weiter entfernte Umschlagsanlage zu disponieren, wenn diese Anlage von einem KV-Operator mit einem günstigen Angebot bedient werde oder sich zu/von diesem Terminal bessere Verbindungen im Vor- /Nachlauf ergäben. Der KV-Operator (z.B. HUPAC, Hannibal, Contargo) bestimme die Umschlagsterminals, die er in seinen Zugsprodukten anlaufe resp. bediene. Für den Spediteur kämen deshalb grundsätzlich alle im Fragebogen genannten Terminals als Alternative in Frage. Massgebend sei hier also die kommerzielle Entscheidung des KV-Operateurs, auf welche der Spediteur keinen Einfluss habe. GBN solle ja einst – nach Aussage der Betreiber – den gesamten Schweizerischen maritimen Import- und Exportverkehr bewältigen können. Man müsse sich jedoch die Frage stellen, ob es wirtschaftlich Sinn mache, bestehende Verkehre mit den französischen und italienischen Südhäfen, welche jetzt über die Terminals Frenkendorf und Chavornay abgewickelt würden, ebenfalls auf GBN zu konzentrieren. Gleiches gelte auch aus Sicht der Anfälligkeit auf eine Störung und die daraus entstehenden Folgen. Die Benutzung der aufgeführten Terminals sei also nur von Relevanz, wenn dort ein KV-Produkt angeboten wird, welches vom Markt angenommen, frei benutzt werden kann und zuverlässig zur Verfügung stehe. Zudem werde auch entscheidend sein, wo welche Leercontainer verfügbar bzw. abzugeben sind.[87]

334. Neben den zuvor genannten generellen Ausführungen zur Wahl von Umschlagsterminals, gibt das Speditions- und Logistikunternehmen auch konkret Einschätzungen hinsichtlich Alternativen zu GBN ab: Während zu Transitverkehren keine Aussage gemacht wird, wird zu Importen/Exporten ausgeführt, dass es Alternativen zu GBN in der Schweiz ausser den jetzt schon in Betrieb befindlichen grenznahen Umschlagsanlagen (Basel Wolf, Frenkendorf, Rekingen/Niederglatt, Basler Rheinhäfen, Aarau) als wenig realistisch für die Abwicklung von internationalen KV-Produkten erachten würde; sei es aufgrund unzureichender Infrastruktur (Umschlagsgerät, zu kurze Gleisanlagen, fehlende Abstellflächen) oder fehlender kommerzieller Anreize (z.B. letzte Meile, ungünstige Bedienzeiten). Im Binnenverkehr würde es davon ausgehen, dass die Binnenterminals ihre Funktion als Dienstleister für lokale Kunden im Binnenverkehr – unabhängig von GBN – auch weiterhin ausüben werden.

[87] Die Parteien führen in deren Auswertung der Marktbefragung diese Antwort an, um die These zu untermauern, wonach die Distanz einer einzelnen Umschlagsanlage zum Abgangs- bzw. Zielort keine entscheidende Rolle spiele. Dabei wird jedoch unterlassen, die nachfolgende Einschätzung des Speditions- und Logistikunternehmens zu konkreten Alternativen zu GBN aufzuführen, welche dieser Darstellung seitens der Parteien klar widerspricht (siehe Rz 334).

Der Abstand bzw. Radius zwischen einer Umschlagsanlage und dem Abgangs- resp. Zielort sei hingegen grundsätzlich nicht von der Distanz, sondern hauptsächlich von nachstehenden Faktoren abhängig: Angebot des KV-Operators auf der Long-Haul-Strecke; Verfügbarkeit von LKW- resp. Chassiskapazitäten für die Domizilzustellung am Abgangs- resp. Bestimmungsterminals des KV-Operators; Verfügbarkeit resp. Rückgabemöglichkeit des leeren Containers.

335. Die Schweizer Niederlassung eines in der Containerlogistik tätigen europäischen Unternehmens, welche Operateurleistungen zu Wasser, Speditionsleistungen, Gütertransport und Umschlagsleistungen anbietet, betrachtet die Umschlagsanlagen Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden, Ottmarsheim (F) und Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen zu GBN. Hingegen seien die Terminals nördlich von Ottmarsheim (Strasbourg, Kehl) nur bedingt eine Alternative zu GBN. Die Zollabfertigungen (Import/Export) infolge der Landesgrenze seien ein grosses Hindernis. Auch seien die Terminals in Birsfelden/Muttenz Auhafen nur eingeschränkt eine Alternative zu GBN resp. hätten gegenüber den Terminals im Hafen Basel Kleinhüningen einen erheblichen Standortnachteil, und zwar aus folgenden Gründen: Wegen der mittleren Brücke sei die Berg- resp. Talfahrt für Containerschiffe in Abhängigkeit vom Wasserstand nur eingeschränkt möglich; für Schiffe mit 135 m Länge, welche in der Containerschifffahrt heute Standard seien, sei die Erreichbarkeit der Terminals oberhalb der mittleren Brücke aufgrund einer Pegelobergrenze Rheinhalle von 600 cm noch mehr eingeschränkt; die Fahrt nach Birsfelden (vice-versa) sei in der Regel nur mit zwei Lagen von Containern möglich. Die Zufahrt zum Hafen Basel Kleinhüningen (aus Richtung Seehäfen) sei immer 3-lagig möglich; die Fahrt nach Birsfelden/Muttenz Auhafen verursache für den Operator höhere Kosten, welche nicht am Markt weitergegeben werden könnten. Hinsichtlich des Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 20 km und im Binnenverkehr 80 km angegeben. Einschränkend seien hierbei die Landesgrenze (Zollabfertigung) und Einschränkungen der nautischen Erreichbarkeit südlich von Basel Kleinhüningen. Eine gute Verkehrsanbindung habe einen grossen Einfluss auf den Radius, während keine Verfügbarkeit von Leercontainern den Radius erweitere. Ebenso hätte die Leistungsfähigkeit eines Terminals einen Einfluss auf den Radius.

336. Ein Schweizer Transport- und Logistikunternehmen, welches Gütertransporte auf der Strasse anbietet, nutzt derzeit ausschliesslich die Umschlagsanlage Aarau. Es gibt an, GBN zukünftig nicht nutzen zu wollen, weshalb sie vom Zusammenschluss nicht betroffen sei. Beim Transit und Binnenverkehr wird jeweils ein Radius von 30 km angegeben.

337. Ein anderes Schweizer Transport- und Logistikunternehmen betrachtet im Import/Export die Umschlagsanlagen in Aarau, Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birrfeld, Frenkendorf und Schafisheim als Alternativen zu GBN. Kriterien für diese Auswahl seien insbesondere die Distanz zu Basel (so müsse die Alternative Richtung Mittelland liegen), Preis Umschlag, Preis internationaler Transport bis Umschlagsanlage, Neutralität Dienstleister Umschlagsanlage, Flexibilität und Qualität. Der Abstand bzw. Radius innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt wird mit 30 km sowohl bei Importen/Exporten, als auch im Binnenverkehr, angegeben.

338. Ein weiteres Schweizer Logistikunternehmen, welches unter anderem Speditionsleistungen, Gütertransport auf der Strasse und Umschlagsleistungen erbringt, betrachtet die Umschlagsanlagen Aarau, Basel Hafenbecken 2, Frenkendorf sowie Schafisheim als Alternativen zu GBN. Als Radius für Importe/Exporte und Binnentransporte wird 30 km angegeben, wobei die Standorte Richtung Mittelland liegen müssten.

339. Spedlogswiss, der Verband schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen, führt generell aus, dass der KV-Operateur das Umschlagsterminal bestimme, das er anlaufen/anfahren will. Für den Spediteur kämen deshalb grundsätzlich alle im Fragebogen genannten Terminals als Alternative in Frage. Massgebend sei hier also die kommerzielle Entscheidung des KV-Operateurs, auf welche der Spediteur keinen Einfluss habe. GBN werde in der geplanten Grösse den gesamten Schweizer Aussenhandel bei den maritimen Containern abdecken können. Zusätzlich werde GBN zum KV-Operateur. Es werde sich also die Frage stellen, inwieweit es anderen KV-Operateuren kommerziell überhaupt möglich sein wird, die im Fragebogen aufgeführten Terminals anzufahren. Die Auswahl mag also gross sein und auch gross bleiben. Es dürfte aber unrealistisch sein, dass KV-Operateure andere als die nahe von Basel gelegenen Terminals anfahren werden. Zudem werde auch entscheidend sein, wo welche Leercontainer verfügbar bzw. abzugeben seien.

340. Die Schweizer Niederlassung eines der führenden Logistik- und Transportunternehmen in Europa betrachtet im Transitverkehr einzig Aarau als Alternative zu GBN. Beim Import/Export werden Aarau, Dietikon, Frenkendorf, Niederglatt, Rekingen und Wolfurt (A) als Alternativen zu GBN genannt. Beim Transitverkehr sowie beim Import/Export wird ein Radius von 120 km angegeben.

341. Ein Schweizer Detailhandels- und Grosshandelsunternehmen mit eigenem Logistikbereich betrachtet im Import/Export Birsfelden, Niederglatt, Ottmarsheim (F), Strasbourg Terminal (F) und Weil am Rhein DUSS (D) als Alternativen zu GBN. Zudem wird darauf hingewiesen, dass es bereits heute auch die Anschlüsse an die Südhäfen (Melzo, Busto-Arsizio, Rivalta) für Importe nutzt. Diese seien als wichtige (und voraussichtlich) auch zunehmend bedeutende Alternativen zu GBN anzusehen. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 40 km, für Binnentransporte 25 km angegeben.

342. Ein Schweizer Transport- und Logistikunternehmen nutzt derzeit ausschliesslich die Umschlagsanlage in Oensingen und gibt keine Alternativen zu GBN an. Als Radius bzw. Abstand im Binnenverkehr wird 30 km angegeben.

343. Ein in der Westschweiz ansässiges Transport- und Logistikunternehmen nutzt derzeit Umschlagsanlagen in

Genf und Chavornay. Es nennt mit dem Verweis, dass seine Tätigkeit Westschweiz-lastig sei, keine Alternativen zu GBN und macht auch keine Angaben bezüglich Radius respektive Abstand.

344. Ein Schweizer Transport- und Logistikunternehmen betrachtet die Umschlagsanlage Weil am Rhein DUSS (D) als Alternative zu GBN im Transitverkehr. Im Import/Export werden Aarau, Härkingen und Weil am Rhein DUSS als Alternativen betrachtet. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Transitverkehre, Importe/Exporte und Binnentransporte 50 km angegeben.

345. Ein international tätiges Schweizer Speditions- und Logistikunternehmen führt im Import/Export die Umschlagsanlagen Basel Wolf, Birsfelden, Frenkendorf, Mannheim (D), Niederglatt, Ottmarsheim (F), Singen (D), Ulm (D), Weil am Rhein DUSS (D) sowie Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen zu GBN auf. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 60–70 km angegeben.

346. Die Schweizer Niederlassung eines weltweit führenden Anbieters von Logistikdienstleistungen führt für den Import/Export sowie den Transitverkehr die Umschlagsterminals Niederglatt, Weil am Rhein DUSS (D) sowie Wolfurt (A) als Alternativen zu GBN an. Es wird angemerkt, dass obwohl Alternativen bestehen würden, diese aber kostenseitig höher und eigentlich keine gleichwertige Lösung seien, da Basel der Haupteingangspunkt der Verkehre aus den Seehäfen sei. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte und den Transitverkehr 30 km angegeben.

347. Die Schweizer Niederlassung eines der führenden KV-Operateure in Europa führt für den Import/Export Mannheim (D), Ulm (D), Weil am Rhein DUSS (D) sowie Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen für GBN auf. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte und den Transitverkehr 100 km angegeben.

348. Ein international tätiges Schweizer Transport- und Logistikunternehmen führt Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Dietikon, Frenkendorf, Niederglatt, Weil am Rhein Hafen (D), Wolfurt (A) und Italien als Alternativen zu GBN im Import/Export auf. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 50 km angegeben. Zudem hält es fest, dass die Konzentration auf einen Standort (GBN) auf einen Flaschenhals zusteuern könne. Damit ist gemeint, dass dies zu einem Engpass in der Transportkette des KV führen könnte.

349. Ein in der Schweiz domiziliertes Transport- und Logistikunternehmen führt im Transitverkehr Basel Wolf und Wolfurt (A) als Alternativen zu GBN an. Im Import/Export werden Aarau, Basel Dreispitz, Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Basel Wolf, Birsfelden, Frenkendorf, Rekingen, Weil am Rhein DUSS (D) und Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen zu GBN genannt. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte und im Binnenverkehr 25 km angegeben.

350. Ein weltweit tätiges Schweizer Speditions- und Logistikunternehmen führt im Import/Export Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Basel Wolf, Birsfelden, Frenkendorf, Gossau, Niederglatt, Ottmarsheim, Ulm (D), Weil am Rhein DUSS (D) und Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen zu GBN auf. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 20 km angegeben. Bezüglich der Auswirkungen des Zusammenschlusses führt es aus, dass es im Rheinhafen Kleinhüningen zurzeit zwei Anbieter (Rhenus & Swissterminal) gäbe, welche die kompletten Dienstleistungen (trimodaler Umschlag, Depot, Lagerkapazitäten) anbieten würden. Nach Aufhebung des Westquai würde RHENUS eine marktbeherrschende Position im Rheinhafen Basel einnehmen.

351. Ein Schweizer Transport- und Logistikunternehmen führt im Transitverkehr Singen (D) als Alternative zu GBN an. Im Import/Export werden Aarau, Basel Dreispitz, Dietikon und Singen (D) als Alternativen zu GBN genannt. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte sowie im Binnenverkehr 50 km und für den Transitverkehr 75 km angegeben.

352. Die Schweizer Niederlassung eines international tätigen Speditions- und Logistikunternehmens führt keine Alternativen zu GBN an. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 40–50 km angegeben.

353. Ein in der Ostschweiz domiziliertes Schweizer Transport- und Logistikunternehmen, welches derzeit die Umschlagsanlagen in Dietikon, Härkingen und Niederglatt nutzt, führt keine Alternativen zu GBN an und macht auch keine Angaben zum Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt.

354. Ein anderes Schweizer Transport- und Logistikunternehmen mit Sitz in der Ostschweiz führt im Transitverkehr Basel Dreispitz und Frenkendorf als Alternativen zu GBN an. Im Import/Export wird Basel Wolf genannt. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte sowie im Transitverkehr 50 km und für den Binnenverkehr 20 km angegeben.

355. Ein weiteres Schweizer Transport- und Logistikunternehmen mit Sitz in der Ostschweiz führt im Import/Export Basel Wolf und Dietikon als Alternativen zu GBN an, wobei die Nähe zu den eigenen Standorten (Basel/Rümlang) das Kriterium sei. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte, im Transitverkehr und im Binnenverkehr 30 km angegeben.

356. Ein international tätiges Schweizer Transport- und Logistikunternehmen mit Sitz in der Nordwestschweiz führt im Import/Export Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Hafenbecken 2 (Contargo), Basel Wolf, Birsfelden, Frenkendorf, Niederglatt, Rekingen, Ulm (D) sowie Wolfurt (A) als Alternativen zu GBN an. Als Kriterien werden der eingesetzte Operateur/Heimterminals, Depotsituation der Reedereien und die lokale Nähe respektive Distanzen der letzten Meile genannt. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 30–100 km und für den Transitverkehr 30 km angegeben.

357. Die Schweizer Tochtergesellschaft einer der weltweit führenden Reedereien betrachtet die Umschlagsanlagen Basel Dreispitz, Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden, Frenkendorf, Weil am Rhein DUSS (D), und Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen zu GBN. In diese Auswahl flossen Überlegungen zur Distanz der Umschlagsanlage zum Abgangs- bzw. Zielort, Nähe zu Hauptverkehrsachsen sowie Preis ein. Bei Importen/Exporten wurde ein Radius von 30 km angegeben.

358. Die Schweizer Niederlassung einer der führenden Reedereien betrachtet die Umschlagsanlagen Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden, Frenkendorf, Karlsruhe (D), Niederglatt, Ottmarsheim (F), Strasbourg Terminal (F), Ulm (D), Weil am Rhein Hafen (D) und Wolfurt (A) als Alternativen zu GBN. Es sei wichtig, eine trimodale Anbindung zu haben. Wo diese genau sei, spiele für sie eine nicht so wichtige Rolle. Auch nicht wer sie betreibe, solange es kein Monopol sei. So sei auch der Abstand bzw. Radius bei Importen/Exporten nicht wichtig. Als Nachteil des Zusammenschlussvorhaben wird jedoch ausgeführt, dass nur noch ein Anbieter zu einem Monopol führen könnte und somit die Preisbestimmung durch diesen Betrieb erfolgen würde. Des Weiteren sei ein Staatsbetrieb (SBB) involviert, welcher womöglich subventioniert werde, was gegenüber Privatunternehmern (z.B. Swissterminal) nicht fair sei.

359. Eine in der Nordwestschweiz domizilierte Reedereiagentur, die Tochter einer global tätigen Reederei ist, nutzt derzeit die Umschlagsanlagen in Basel Dreispitz, Frenkendorf, Niederglatt und Weil am Rhein Hafen (D). Sie führt keine Alternativen zu GBN an. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 25 km angegeben.

360. Eine kleine auf dem Rhein tätige Reederei mit Sitz in der Nordwestschweiz gibt keine Umschlagsanlage als Alternative zu GBN an und macht keine Angaben zu einem Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt.

361. Eine in der Schweiz ansässige Reedereiagentur gibt die Umschlagsanlagen Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden und Frenkendorf als Alternativen zu GBN im Import/Export an. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Transitverkehre, Importe/Exporte und Binnentransporte 20 km genannt.

362. Eine Schweizer Reedereiagentur, welche global tätige Reedereien in der Schweiz vertritt und in dieser Funktion auch Dienstleistungen im Bereich Leercontainerlogistik nachfragt, nutzt derzeit die Umschlagsanlagen Basel Dreispitz, Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden, Frenkendorf, Niederglatt, Ottmarsheim und Weil am Rhein Hafen (D). Grundsätzlich seien alle dieser Standorte (ausser den Rheinhäfen) Alternativen zu GBN, aber zu wesentlich höheren Kosten (so seien ein zusätzlicher LKW oder Bahntransport plus zwei zusätzliche Umschläge notwendig), welche auf die Kunden (also letztlich der Export/Import-Wirtschaft) umgewälzt werden müssten. Der Radius sei hier die falsche Fragestellung. Entscheidend für die Kosten sei das Vermeiden von zusätzlichen Transporten von leeren Containern. Dies könne nur vermieden werden, wenn das Depot über einen direkten Anschluss an die Binnenschifffahrt verfüge. Daraus bleibe bei einer potentiellen Monopolsituation im Basler Rheinhafen nur eine Alternative: Birsfelden. Allerdings gelte es zu berücksichtigen, dass wenn der Binnenschiffsverkehr am Rheinknie (der Basler Rheinhafen liegt davor, Birsfelden dahinter) zunimmt, das Unfallrisiko enorm steige.

363. Eine weitere Schweizer Reedereiagentur führt im Import/Export Aarau, Basel Dreispitz, Basel Hafenbecken 1 (Swissterminal), Basel Hafenbecken 2 (Contargo), Birsfelden, Frenkendorf, Niederglatt, Singen (D), Weil am Rhein DUSS (D) und Weil am Rhein Hafen (D) als Alternativen zu GBN auf. Als Abstand bzw. Radius, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt, wird für Importe/Exporte 10 km angegeben. Sie sei mit der bestehenden Infrastruktur recht zufrieden, insbesondere mit der Diversität des Angebots. Ohne GBN würde sie weiterhin auf die etablierten Terminals zurückgreifen und hoffen, dass auch neue Projekte angestossen würden, falls bestehende Infrastruktur entfallen würde. Wichtig sei, dass neuen Projekten eine Koexistenz mit den bestehenden Terminals ermöglicht würde. Des Weiteren wird ausgeführt, dass GBN den etablierten und meist hervorragend operierenden Umschlagsfirmen die Existenzgrundlage entziehen würde. Die Reduktion auf einen Monopolanbieter wäre absehbar.

364. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die überwiegende Mehrheit der befragten Unternehmen einen Abstand bzw. Radius im Bereich von bis zu 50 km angibt, innerhalb welchem eine Umschlagsanlage als Alternative für GBN in Frage kommt. Hinsichtlich der als Alternativen zu GBN konkret genannten Umschlagsterminals lässt sich festhalten, dass im Rahmen der Marktbefragung grossmehrheitlich Umschlagsterminals in der Schweiz innerhalb (oder knapp ausserhalb) eines Radius von 50 km sowie in unmittelbarer Grenznähe zu Basel gelegene ausländische Umschlagsanlage genannt wurden.

365. Mit Blick auf die nachfolgende Identifikation der konkreten Substitute für GBN kann festgehalten werden, dass die Betrachtung des Abstands bzw. Radius von 50 km als wichtiger Indikator durchaus sachgerecht ist. So war auch die überwiegende Mehrheit der Befragten Marktteilnehmer in der Lage, konkrete Angaben zu dieser Messgrösse zu machen. Die alleinige Betrachtung

eines fixen Radius dürfte jedoch zu kurz greifen. So sind für die Frage, ob ein alternatives Umschlagsterminal mit GBN in einem Wettbewerbsverhältnis steht, neben der Distanz eine Reihe von weiteren Faktoren ausschlaggebend. Wie aus den Ausführungen der Parteien und der befragten Marktteilnehmer hervorgeht, spielen dabei auch insbesondere die über eine Umschlagsanlage umgeschlagenen Verkehrsströme, die Anbindung an Verkehrswege einer Anlage sowie schlussendlich die konkreten Eigenschaften einer Anlage in Bezug auf den Umschlag von/zu konkreten Verkehrsträgern eine wesentliche Rolle. Zusätzlich sind, insbesondere für die in GBN hauptsächlich relevanten Importe/Exporte, auch Faktoren wie die Landesgrenze und Möglichkeiten der Verzollung von entscheidender Relevanz.

Konkrete Substitute für GBN bei landseitigen Umschlägen

366. In einem ersten Ausbauschritt wird GBN bimodale bzw. rein landseitige Umschläge anbieten, wobei die gegenwärtig von den Parteien betriebenen, dem sachlich relevanten Markt entsprechenden Umschlagsanlagen praktisch ausschliesslich dem Import/Export dienen. Die nachfolgenden Erwägungen gehen demnach von diesen Verkehrsströmen aus. Auf denkbare Abweichungen in der räumlichen Marktabgrenzung bezüglich möglicher, aber derzeit noch hypothetischer, Umschläge durch GBN im Bereich Transitverkehr wird somit im Rahmen der Analyse der zukünftigen Wettbewerbssituation eingegangen.

367. Bezüglich Ulm ist festzuhalten, dass gemäss der Betreiberin DUSS an diesem Standort Mengen für den Ulmer Raum bis nach Augsburg und die Region Oberschwaben abgewickelt werden. Für diese Regionen sei gegebenenfalls noch das Terminal Singen für Verkehre nach Norditalien eine Alternative. Ulm habe sich vor allem für maritime Verkehre ab den Nord- und Westhäfen geographisch zwischen den Terminals in Stuttgart/Kornwestheim und München etabliert. Basel sei für einen Vor- und Nachlauf auf der Strasse zu weit entfernt. Somit ist aus Sicht der Betreiberin DUSS die Umschlagsanlage in Ulm kein Substitut für einen Umschlag über GBN. Zudem ist bei Ulm zu berücksichtigen, dass laut dem Umweltbundesamt Ulm schienenseitig zwar relativ gut an Stuttgart und Augsburg angeschlossen ist, die direkten Verbindungen in die Schweiz jedoch weniger leistungsfähig sind und über tiefere Kapazitäten verfügen. Ausserdem liegt Ulm – im Gegensatz zu Basel (Korridor D: ARA-Häfen/Rhein-Ruhr – Schweiz) – nicht auf einem der deutschen Hochleistungskorridore im Schienengüterverkehr.[88] Aufgrund der genannten Umstände stellt die Umschlagsanlage Ulm kein Substitut zu GBN dar.

368. ÖBB Infrastruktur bzw. die Betreiberin Terminal Service Austria (nachfolgend: TSA) der Umschlagsanlage in Wolfurt gibt an, dass der Anteil des CH relevanten KV-Umschlags bei 8 % liegt. Deshalb ist die Aussage der Meldung, dass der Hauptmarkt dieser Anlage die Schweiz sei, nicht nur nicht nachvollziehbar sondern falsch. Bei den 8 % handle es sich zudem um Empfänger und Versender, die aus dem gesamten Rheintal zwischen St. Gallen und Buchs SG bzw. aus den Industriezentren im Fürstentum Liechtenstein kommen würden. Auch rechnet die Betreiberin der Umschlagsanlage in Wolfurt weder aufgrund der Phase 1 von GBN (bimodaler Ausbau) noch aufgrund der Phase 2 von GBN (schiffsseitiger Ausbau) mit einem Rückgang oder einer Erhöhung der eigenen Umschlagsleistungen. Lediglich im hypothetischen Fall, dass Operateure den Zugverkehr zwischen Wolfurt und Basel aufnehmen sollten, worauf TSA keinen Einfluss habe, wird mit 3–5 % mehr Umschlägen gerechnet. Auch aus der Stellungnahme des Swiss Shippers' Council geht hervor, dass Wolfurt für den Import/Export in die Region Ostschweiz relevant ist. Es handelt sich dabei also um Verkehrsströme, welche in Zukunft nur beschränkt über GBN abgewickelt werden könnten. Im Übrigen spricht auch die Darstellung, wonach (angeblich) abgewanderte Umschläge sozusagen einseitig «zurückgeholt» werden sollen, auch gegen ein wechselseitiges Substitutionsverhältnis. Aufgrund der genannten Umstände stellt auch die Umschlagsanlage Wolfurt kein Substitut zu GBN dar.

369. Bezüglich des DUSS Terminals Karlsruhe ist festzuhalten, dass dieses zwar einen Anteil von 40 % von Umschlägen ausweist, welche im alpenquerenden Transit durch die Schweiz geleitet werden. Jedoch handelt es sich dabei gemäss der Betreiberin DUSS um Verkehre, welche aus dem direkten Einzugsbereich Karlsruhe, aus dem nördlichen Zulauf bis Mannheim und aus dem französischen Grenzgebiet kommen würden. Die Zielregion sei Norditalien. Das DUSS Terminal stellt auch klar, dass für diese Umschläge ein Umschlag in der Region Basel nicht als Alternative in Frage kommt: So seien die Vorlauf- beziehungsweise Nachlaufkosten für ein Trucking bis nach Basel für diese Verkehre zu hoch. Bei vergleichbaren Zugangeboten und freien Kapazitäten entscheide sich ein Spediteur für das nächstgelegene Umschlagsterminal. Die Distanz zwischen Basel und Karlsruhe sei mit fast 200 km zu groß. GBN sei somit keine valable Alternative für den Umschlag dieser Verkehrsströme. Zudem macht auch ein Umschlag vom Binnenschiff auf die Schiene bereits in Karlsruhe anstatt im Raum Basel für Importe in die Schweiz keinen Sinn, da einerseits der Transport auf dem Binnenschiff günstiger ist als per Bahn und andererseits für den Grossteil der Importe ein zusätzlicher Umschlag von der Schiene auf die Schiene bzw. Strasse für die Feinverteilung in der Schweiz notwendig wäre. Aufgrund der genannten Umstände stellt auch das DUSS Terminal Karlsruhe kein Substitut zu GBN dar.

370. Inwiefern das Umschlagsterminal in Singen als vollwertige Alternative zu GBN betrachtet werden kann, ist angesichts der Distanz zu Basel ebenfalls fraglich. Jedoch ist Singen zumindest gemäss den Aussagen der Parteien in einem gewissen Ausmass für Verkehrsströme in die Nordwestschweiz und ins Mittelland relevant. Ebenso ist Singen über eine Zugsverbindung nach Duisburg zumindest indirekt an die Nordseehäfen angeschlossen und wurde im Rahmen der Marktbefragung

[88] Vgl. Umweltbundesamt, *Schienennetz 2025 / 2030 – Ausbaukonzeption für einen leistungsfähigen Schienengüterverkehr in Deutschland*, 2010, S 67 ff. und 135 f., <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/461/publikationen/4005.pdf> (3.5.2019).

von einzelnen Marktteilnehmern als mögliche Alternative zu GBN genannt. Somit wird das Umschlagsterminal in Singen – im Sinne einer sehr weiten räumlichen Marktabgrenzung – vorliegend als Substitut zu GBN betrachtet.

371. Im Übrigen bestätigen auch die Aussagen von weiteren Marktteilnehmern grossmehrheitlich, dass weiter als 100 km von GBN entfernte Umschlagsanlagen keine Alternative darstellen würden. Vielmehr geht ein sehr grosser Anteil der Befragten Marktteilnehmern gerade bei Importen/Exporten von einem wesentlich kleineren Radius aus, in welchem ein Umschlagsterminal als Alternative zu GBN betrachtet werden kann.

372. Zusammenfassend können somit für *landseitige* Umschläge sich in der Nordwestschweiz befindlichen Umschlagsterminals mit Import/Export-Funktionalität für die nachfolgende Analyse als Substitute für GBN betrachtet werden. Ebenfalls als Substitute für GBN werden vorliegend das DUSS Terminal in Weil am Rhein sowie – wenn auch im Sinne einer sehr weiten Marktabgrenzung – das Umschlagsterminal von HUPAC in Singen (D) betrachtet.

Konkrete Substitute für GBN bei schiffsseitigen Umschlägen

373. Die im Rahmen der Phase 2 von GBN geschaffenen schiffsseitigen Umschlagsleistungen dienen, gemäss den übereinstimmenden Angaben von Parteien sowie auch Marktteilnehmern, praktisch ausschliesslich dem Import/Export in die Schweiz.

374. Hinsichtlich der Frage, welche Rheinhäfen hinsichtlich schiffsseitiger Umschläge (Schiff/Schiene sowie Schiff/Strasse) Substitute für GBN darstellen, ist vorab die Schiffbarkeit des Rheins zu erläutern: So ist der Rhein für Frachtschiffe nur bis zur Höhe von Rheinfelden schiffbar, so dass weiter rheinaufwärts keine trimodalen Umschlagsterminals vorhanden sind.

375. Des Weiteren kann bei den in Basel selbst sowie in Weil am Rhein befindlichen trimodalen Umschlagsterminals ohne weiteres von einem direkten Konkurrenzverhältnis mit GBN ausgegangen werden. So geht auch aus der Befragung der Konkurrenten Swissterminal sowie Ultra-Brag (beide mit trimodalen Umschlagsanlagen in Basel und Birsfelden) hervor, dass sich diese als zukünftige direkte Konkurrenten zu GBN betrachten. Aus den Antworten vom Betreiber des ebenfalls in Birsfelden befindlichen trimodalen Birsterminal geht hervor, dass sich dieses eher als komplementär zu GBN betrachtet und dabei insbesondere auf Vorteile bei strassenaffinen Gütern der eigenen Umschlagsanlage hinweist. Auf diese Elemente wird demzufolge im Rahmen der Beurteilung der aktuellen und zukünftigen Wettbewerbssituation eingegangen. Die Rheinhafengesellschaft Weil am Rhein mbH als Betreiberin des trimodalen Umschlagsterminals in Weil am Rhein hat trotz mehrmaliger Aufforderung im Rahmen der Marktbefragung keine Stellungnahme eingereicht. Aufgrund der Tatsache, dass sich das Terminal unmittelbar an der Grenze zwischen der Schweiz und Deutschland befindet, wird es aber dennoch zum vorliegend betrachteten räumlich relevanten Markt zugerechnet.

376. Zum trimodalen Terminal in Ottmarsheim (F) kann festgehalten werden, dass dieses in der Marktbefragung verschiedentlich als mögliche Alternative zu GBN genannt wurde und auch gemäss der Einschätzung des deutschen Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zum selben Standortraum gehört wie die trimodalen Terminals in Basel-Wolf und Weil am Rhein (D).[89]

377. Aus der Stellungnahme der Euro Terminal Kehl GmbH, als Betreiberin des trimodalen Umschlagsterminals in Kehl (D) geht einerseits hervor, dass das für die Schweiz relevante Containervolumen im Importverkehr mit 1300 TEU pro Jahr äusserst gering ist. So entspricht dies lediglich 2 % der Gesamtumschläge in diesem Terminal. Es handle sich dabei um Container aus Übersee via dem Seehafen Rotterdam. Im unbegleitet kombinierten Verkehr gelangen die Container über eine Zugverbindung nach Kehl. In Kehl erfolgt der Verkehrsträgerwechsel von der Schiene auf das Binnenschiff. Die Weiterleitung ab Kehl an die KV-Umschlagsanlagen im Rheinhafen Basel erfolge per Binnenschiff. Somit kann einerseits festgehalten werden, dass die trimodale Umschlagsanlage in Kehl für Importe/Exporte in der Schweiz einerseits nur von geringer Bedeutung ist. Andererseits bedingt die Weiterleitung der Container per Schiff an die trimodalen Umschlagsanlagen im Rheinhafen Basel in letzteren einen erneuten Umschlag, womit der Umschlag in Kehl gerade kein Substitut darstellt. Die trimodale Umschlagsanlage in Kehl ist somit nicht als Teil des räumlich relevanten Marktes für schiffsseitige Umschlagsleistungen zu qualifizieren. Vor diesem Hintergrund können auch die auf praktisch gleicher Höhe des Rheins gelegenen Terminals in Strassburg vom nachfolgend betrachteten räumlich relevanten Markt ausgeschlossen werden.

378. Zusammenfassend können somit für schiffsseitige Umschläge die auf dem Rheinabschnitt zwischen Ottmarsheim (F) bis auf die Höhe von Rheinfelden befindlichen trimodalen Umschlagsterminals mit Import/Exportfunktionalität für die nachfolgende Analyse als Substitute zu GBN betrachtet werden.

Fazit räumliche Marktabgrenzung im Bereich Umschlagsleistungen

379. Zusammenfassend kann für die nachfolgende Analyse für landseitige Umschläge ein regionaler Markt in der Nordwestschweiz, dem Mittelland und der sich in unmittelbarer Grenznähe befindlichen Umschlagsterminals – konkret in Weil am Rhein (D) sowie Singen (D) – abgegrenzt werden. Somit sind alle relevanten Umschlagsanlagen[90] in einem Radius von 100 km berücksichtigt.

[89] Vgl. Entwicklungskonzept KV 2025 in Deutschland (Fn 79), 17 f.
[90] Vgl. hierzu die Ausführungen zur Funktion von Umschlagsanlagen in Rz 220 ff.

380. Bezüglich *schiffsseitiger* Umschläge kann für die nachfolgende Analyse ein regionaler Markt abgegrenzt werden, welcher den in der Schweiz für Containerschiffe schiffbaren Abschnitt des Rheins (d.h. von Basel bis Rheinfelden) und den an Basel unmittelbar angrenzenden Abschnitt bis Ottmarsheim (F) umfasst. Somit sind auch hier alle trimodalen Umschlagsanlagen in einem Radius von 100 km berücksichtigt.

B.4.2.4.2. Bereich Operateurleistungen

381. Für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann der Meldung folgend und analog zu den Bereichen Gütertransport und Speditionsleistungen (vgl. Rz 382 f. nachfolgend) von einer nationalen Abgrenzung der entsprechenden Märkte für Operateurleistungen ausgegangen werden.

B.4.2.4.3. Bereich Gütertransport

382. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO bislang für Dienstleistungen im Gütertransport auf der Schiene das Gebiet der Schweiz als relevant angesehen. Auch für die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann für alle Kombinationen von Verkehrszweigen und Verkehrsarten als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.[91]

B.4.2.4.4. Bereich Speditionsleistungen

383. Bei *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS* ist die WEKO von einer schweizweiten Abgrenzung der Märkte für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene ausgegangen.[92] Auch für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann der Meldung folgend von einem nationalen Markt ausgegangen werden.

B.4.2.5 Zusammenfassung der relevanten Märkte

384. Aus den vorangehenden Abschnitten ergeben sich die folgenden relevanten Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU:

Bereich Umschlagsleistungen:

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Strasse/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Strasse/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr.

Bereich Operateurleistungen:

- Markt für Operateurleistungen für den begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr.

Bereich Güterverkehr:

- Markt für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr.

[91] Vgl. RPW 2017/3, 478 Rz 102, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 680 Rz 56, *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.
[92] Vgl. RPW 2017/3, 479 Rz 111, *BLS AG/ Transport Ferroviaire Holding SAS*.

Bereich Speditionsleistungen:

- Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Speditionsleistungen für Transporte auf dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr.

385. Bei den Märkten für Umschlagsleistungen wird in räumlicher Hinsicht von einer regionalen Abgrenzung innerhalb eines Radius von 100 km ausgegangen, bei den Märkten in den Bereichen Operateurleistungen, Güterverkehr und Speditionsleistungen wird von nationalen Märkten ausgegangen.

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

386. 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.4.3.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

B.4.3.1.1. Marktanteilsberechnung der Märkte für Umschlagsleistungen

387. Für die Berechnung der Marktanteile in den Märkten für Umschlagsleistungen wurden folgende Umschlagsanlagen berücksichtigt:[93]

Ort	Betreiber	bimodal/ trimodal	Kapazität	Relevanz CH/ Dritte		Anteil IM/EX und Transit	
			TEU	In %	TEU	IM/EX	Transit
Basel	Contargo	trimodal	90'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Basel	Swissterminal	trimodal	54'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Basel	Ultra-Brag	trimodal	30'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Birsfelden	Ultra-Brag	trimodal	15'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Birsfelden	Birsterminal	trimodal	10'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Birsfelden	Swissterminal	trimodal	48'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Ottmarsheim (F)	Ports de Mulhouse-Rhin	trimodal	90'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Weil am Rhein (D)	Rheinhafen- gesellschaft	trimodal	45'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Aarau	Hupac	bimodal	[70'000-80'000]	[…]	[…]	[…]	[…]
Basel	SBB Cargo	bimodal	[50'000-60'000]	[…]	[…]	[…]	[…]
Basel	Hupac	bimodal	[30'000-40'000]	[…]	[…]	[…]	[…]
Singen (D)	Hupac	bimodal	[175'000-200'000]	[…]	[…]	[…]	[…]
Birrfeld	Bertschi	bimodal	51'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Frenkendorf	Swissterminal	bimodal	77'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Niederglatt (2017-21)	Swissterminal*	bimodal	20'000	[…]	[…]	[…]	[…]

[93] Die Kapazitäten, Relevanz für die Schweiz/Dritte sowie Anteile Import-/Export und Transit basieren auf den Angaben der Meldung, Angaben des BAV und Angaben der Marktbefragung bzw. der Betreiber der berücksichtigten Umschlagsanlagen.

Ort	Betreiber	bimodal/ trimodal	Kapazität	Relevanz CH/ Dritte		Anteil IM/EX und Transit	
			TEU	In %	TEU	IM/EX	Transit
Rekingen	Hochrhein Terminal	bimodal	80'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Weil am Rhein (D)	DUSS	bimodal	200'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Künftige Kapazitäten von Gateway Basel Nord**:							
Basel (2020-24)	GBN[94]	bimodal	240'000	[…]	[…]	[…]	[…]
Basel (ab 2024)	GBN	trimodal	390'000	[…]	[…]	[…]	[…]

Die Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien sind blau hinterlegt. * Die Umschlagsanlage in Niederglatt wird vor der Inbetriebnahme von GBN stillgelegt. ** gemäss Angaben der Parteien.

388. Die Marktanteile wurden von den Parteien jeweils gestützt auf die Kapazitäten der Umschlagsanlagen und nicht gestützt auf die effektiven Umschläge (IST-Umschlag) geschätzt, weil keine Angaben über die tatsächliche Anzahl von Umschlägen zu den Kapazitäten der relevanten Umschlagsanlagen der Konkurrenten vorliegen würden. Dies sei für bestehende Anlagen eine vertretbare Methode, zumal der grösste Teil der berücksichtigten Umschlagsanlagen gemäss Einschätzung der beteiligten Unternehmen eine hohe Auslastung aufweisen würden. Deshalb entsprechen die Marktanteile für 2015 denjenigen von 2016. Die Marktanteile für 2017 unterscheiden sich jedoch, da mit der Wiedereröffnung der Umschlagsanlage Niederglatt von Swissterminal neue Kapazitäten geschaffen wurden. Damit bei der Berechnung der Marktanteile nur Umschlagsleistungen von Verkehren, die für die Schweiz relevant sind bzw. der sachlichen Marktabgrenzung entsprechen, wird der Meldung folgend bei ausländischen Umschlagsanlagen nur der Anteil von Umschlagsleistungen berücksichtigt, der tatsächlich relevant ist für die Schweiz.

389. In Wolfurt (Ö) direkt an der Grenze stehe zudem eine weitere Umschlagsanlage mit einer Kapazität von 190'000 TEU. Diese Umschlagsanlage ist jedoch nur bedingt als Alternative für GBN bzw. für die Abwicklung der für GBN vorgesehenen Verkehrsströme zu sehen, wie bereits im Rahmen der Marktabgrenzung ausgeführt wurde (vgl. Rz 368).[95] Selbst bei einer Berücksichtigung der für den Schweizer Import- und Exportverkehr relevanten Umschläge der Umschlagsanlage in Wolfurt würden die Marktanteile der Zusammenschlussparteien nur marginal sinken. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien würden in der Umschlagsart Schiene/Schiene [70-80] % anstatt [70-80] % und in der Umschlagsart Schiene/Strasse [30-40] % anstatt [30-40] % betragen (vgl. Rz 450). Für schiffseitige Umschlagsarten kommt Wolfurt als bimodale Umschlagsanlage nicht in Frage. Deshalb wird nachfolgend auf eine Berücksichtigung der Umschlagsanlage in Wolfurt der Betreiberin TSA verzichtet.

390. Für die Schätzung der Marktanteile für die einzelnen Umschlagsarten wurden Unterschiede zwischen Import/Exportverkehr und Transitverkehr, bimodalen und trimodalen Umschlag sowie Unterschiede zwischen den Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien und den Wettbewerbern berücksichtigt.

391. Sollten entgegen der Einschätzung des BAV und der Grossterminalstudie (vgl. Rz 298 ff.) in GBN zukünftig auch vermehrt Import- und Exportverkehre umgeschlagen werden, die von Süden her über den Rhein-Alpen-Korridor (z.B. Mittelmeerhafen Genua) transportiert werden (vgl. Rz 692), ist davon auszugehen, dass insbesondere solche Umschlagsanlagen als Alternativen zu GBN in Frage kämen, die bereits bei der vorliegenden Marktabgrenzung für Umschlagsleistungen im alpenquerenden Transitverkehr berücksichtigt wurden.

392. Im vorliegenden Zusammenschluss kommt bei der Frage der betroffenen Märkte und der Beurteilung der Wettbewerbssituation in diesen Märkten den mit dem Bau von GBN geschaffenen künftigen Umschlagskapazitäten eine wichtige Rolle zu (vgl. Rz 387).

Stellungnahme der Parteien

393. Die Parteien bringen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung vor, dass bei einer allfälligen Marktabgrenzung mittels Radius und Einzelfallbetrachtung zwei Elemente essentiell seien:

- Die Kapazitäten der KV-Umschlagsanlagen innerhalb des Radius seien zu 100 % zu berücksichtigen;
- Die KV-Umschlagsanlagen, welche zwar ausserhalb des Radius liegen, aber nachweislich Verkehr mit der Schweiz abwickeln, müssten einbezogen werden. Dies seien zumindest die Umschlagsanlagen in Strassburg (Frankreich), Kehl (Deutschland), Wolfurt (Österreich) und Ulm (Deutschland).

[94] Die Zusammenschlussparteien rechnen mit einem zukünftigen Anteil des Transitverkehrs bei GBN von […] %.

[95] So gibt die ÖBB Infrastruktur AG als Betreiberin der Umschlagsanlage in Wolfurt an, dass nur 8 % der Verkehre für die Schweiz relevant sind. Zudem kommt das Positionspapier von TransCare zum Schluss, dass Wolfurt nur geeignet ist für die Bedienung der Ostschweiz (oder Region Zürich über Dietikon).

394. Betreffend die Teilmärkte des Transitverkehrs sei es zudem falsch, nur den alpenquerenden Transitverkehr durch die Schweiz als Gesamtmarkt zu berücksichtigen. Aus Sicht der Nachfrager sei aber ein Transitverkehr zumindest durch die Nachbarländer ein vollwertiges Substitut. Es gehe wiederum um die Frage, welche Transportketten substituierbar seien und deshalb miteinander im Wettbewerb stünden. Ob der Container durch einen schweizerischen, österreichischen oder französischen Tunnel fahre, um z. B. von Belgien nach Italien zu gelangen, sei vollkommen irrelevant. Deshalb sei es falsch, Marktanteile ausschliesslich für Transitverkehr durch die Schweiz zu erfassen. Stattdessen müsse der gesamte alpenquerende Transitverkehr berücksichtigt werden, der durch Frankreich, Österreich und die Schweiz erfolge. Um diesen Gesamtmarkt hochzurechnen, würde von Angaben des Bundesamtes für Statistik ausgegangen. Demnach würden auf die Schweiz rund 42 % des alpenquerenden Transitverkehrs entfallen.

395. In der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung wiederholen die Parteien ihr Vorbringen, dass die gesamten Kapazitäten zumindest der KV-Umschlagsanlagen innerhalb des Radius von 100 km zu berücksichtigen seien. Ob die umgeschlagenen Verkehre ihren Ursprung oder ihr Ziel in der Schweiz hätten, sei bei dieser Betrachtung irrelevant. Würde sich der Umschlag in Schweizer Umschlagsanlagen verteuern, würden Verkehre zu ausländischen Umschlagsanlagen abwandern. Die ausländischen Umschlagsanlagen würden dann einen grösseren Teil ihrer Kapazität für die Verkehre mit der Schweiz zur Verfügung stellen. Der geplante Ausbau des DUSS Terminals Weil am Rhein zeige z. B. sehr deutlich, dass Anlagen im Ausland die schweizerischen Importe und Exporte im Visier hätten. In diesem Zusammenhang wurde von den Parteien zudem angebracht, dass auch das […] Gutachten (vgl. Rz 210) mit Nachdruck darauf hinweise, dass zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse die gesamten Kapazitäten der ausländischen Terminals zu berücksichtigen seien.

396. Zu diesen Vorbringen ist zunächst auszuführen, dass die ausländischen Umschlagsanlagen neben den Umschlägen von Verkehren in die und aus der Schweiz weitere Verkehrsströme aus dem jeweiligen Einzugsgebiet der Umschlagsanlage abwickeln. Mit Ausnahme der Umschlagsanlage DUSS Weil am Rhein beträgt der Anteil schweizrelevanter Umschläge weniger als die Hälfte der gesamten Umschläge (bei der Umschlagsanlage in Wolfurt (Ö) sind es gemäss der ÖBB Infrastruktur AG gerade einmal 8 %). Da diese Verkehrsströme nicht ohne Weiteres an einem anderen Standort umgeschlagen werden können, ist – auch bei einer Erhöhung des Preises für Umschlagsleistungen – in Anbetracht der beschränkten Kapazitäten nicht davon auszugehen, dass ausländische Umschlagsanlagen ihre Kapazitäten zu 100 % auf den Verkehr in die und aus der Schweiz ausrichten werden. Allenfalls könnten diese Anlagen freie Kapazitäten für zusätzliche Umschläge von Verkehren in die und aus der Schweiz verwenden. Die Meldung geht jedoch von einer hohen Auslastung dieser Anlagen aus, was zudem auch die Marktbefragung bestätigt. Betreffend Berücksichtigung von Umschlagsanlagen Strasbourg, Kehl, Wolfurt und Ulm ist auf die Ausführungen im Kapitel der räumlichen Abgrenzung zu verweisen. So ist Ulm aus Sicht der DUSS kein Wettbewerbsstandort zu Basel. Die Umschlagsanlage in Wolfurt wird insofern bei der Analyse der derzeitigen Marktstellung der Zusammenschlussparteien berücksichtigt, als im Import-/Exportverkehr alternativ Marktanteile der Zusammenschlussparteien bei Berücksichtigung der Umschlagsanlage in Wolfurt angegeben werden (vgl. Rz 389).

397. Deshalb wird an der räumlichen Abgrenzung des Marktes für Umschlagsleistungen festgehalten (vgl. Rz 379 f.) und es werden bei der Berechnung der Marktanteile Kapazitäten von ausländischen Anlagen innerhalb des räumlich relevanten Marktes nicht zu 100 % berücksichtigt, sondern wie bisher nur der Anteil der Umschlagsleistungen mit Relevanz für die Schweiz bzw. nur die Umschläge, die auch in sachlicher Hinsicht den vorliegend berücksichtigten Märkten für Umschlagsleistungen zugerechnet werden können. Hinsichtlich Letzterem ist darauf hinzuweisen, dass die Parteien in der Meldung auch nur die Umschlagsleistungen mit Relevanz für die Schweiz berücksichtigt haben.

398. Hinsichtlich der Berechnung der Grösse des Gesamtmarktes für die Teilmärkte im Transitverkehr bzw. der Berücksichtigung des Transitverkehrs durch die Nachbarländer Frankreich und Österreich ist wiederum auf die Ausführungen zum Wettbewerb zwischen Transportketten zu verweisen (vgl. Rz 311 ff.). Demnach ist vorliegend nur der alpenquerende Transitverkehr durch die Schweiz zu berücksichtigen.

B.4.3.1.2. Bereich Umschlagsleistungen

Import- und Exportverkehr

399. Tabelle 4 enthält die Angaben der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import- und Exportverkehr. Die vier Märkte Umschlagsleistungen in den Umschlagsarten Schiene/Schiene, Schiene/Strasse, Schiff/Schiene und Strasse/Strasse bzw. Leercontainerumschläge sind betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

Tabelle 4: Märkte für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet für 2017[96]

Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet					
Umschlagsart	**Marktanteil**				**Betroffener Markt**
	SBB	**Hupac**	**Rethmann**	**kumuliert**	
Schiene/Schiene	[20-30] %	[30-40] %	[10-20] %	[70-80] %	ja
Schiene/Strasse	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[30-40] %	ja
Schiff/Schiene	0 %	0 %	[60-70] %	[60-70] %	ja
Schiff/Strasse	0 %	0 %	[20-30] %	[20-30] %	nein
Strasse/Strasse*	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	ja

* Hauptsächlich Umschläge von Leercontainern vom LKW ins Containerdepot (und umgekehrt).

Alpenquerender Transitverkehr

400. Tabelle 5 enthält die Angaben der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr. Die drei Märkte Umschlagsleistungen in den Umschlagsarten Schiene/Schiene, Schiene/Strasse und Schiff/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr sind betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

Tabelle 5: Märkte für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr für 2017[97]

Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr					
Umschlagsart	**Marktanteil**				**Betroffener Markt**
	SBB	**Hupac**	**Rethmann**	**kumuliert**	
Schiene/Schiene	0 %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	ja
Schiene/Strasse	0 %	[60-70] %	[0-10] %	[60-70] %	ja
Schiff/Schiene	0 %	0 %	[60-70] %	[60-70] %	ja
Schiff/Strasse	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Strasse/Strasse*	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein

* Hauptsächlich Umschläge von Leercontainern vom LKW ins Containerdepot (und umgekehrt).

B.4.3.1.3. Bereich Operateurleistungen

Operateurleistungen für begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr

401. Gemäss Meldung beträgt der Marktanteil von RAlpin [90-100] %, wenn man den Markt auf die Schweiz beschränke. Es liegt somit ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger (unbegleiteter KV) auf der Schiene

402. Tabelle 6 enthält die Angaben der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene in der Schweiz. Es liegen betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

[96] Vgl. Rz 341 ff.
[97] Vgl. Rz 341 ff.

Tabelle 6: Märkte für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene in der Schweiz für 2017

Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene					
Verkehrsart	**Marktanteil**				**Betroffener Markt**
	SBB	**Hupac**	**Rethmann**	**kumuliert**	
Binnenverkehr	[50-60] %	[10-20] %	0 %	[70-80] %	ja
Import-/Exportverkehr	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[80-90] %	ja
Transitverkehr	0 %	[60-70] %	0 %	[60-70] %	ja

Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr

403. Im Bereich Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr liegt der Marktanteil von Rethmann bzw. der Rhenus-Gruppe gemäss Meldung im Jahr bei rund [20-30] %. SBB und Hupac seien in diesem Bereich nicht tätig. Es liegt somit kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.3.1.4. Bereich Gütertransport

Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene

404. Gemäss Meldung dürfte der Marktanteil der SBB bzw. SBB Cargo in den Verkehrsarten Transitverkehr, Import-/Exportverkehr und Binnenverkehr jeweils nahezu [90-100] % betragen. Hupac und Rethmann seien im Einzelwagenladungsverkehr nicht tätig. Die Marktanteile der SBB bzw. SBB Cargo seien in den letzten Jahren konstant und andere Anbieter seien jeweils nicht bekannt, ausser im Binnenverkehr, wo noch einzelne, regional tätige Privatbahnen tätig seien. Im Transitverkehr spiele der Einzelwagenladungsverkehr praktisch keine Rolle. Der Transitverkehr werde überwiegend mittels Ganzzügen (konventionell oder als KV) abgewickelt. Im Import-/Exportverkehr werde die Sendung in der Regel kurz vor oder nach der Grenze durch die SBB von einem ausländischen Traktionär übernommen (Import) resp. diesem übergeben (Export). Die Feinverteilung in der Schweiz erfolge überwiegend durch die SBB bzw. SBB Cargo. Es könne aber gelegentlich vorkommen, dass ein anderer Traktionär einen Zug im Einzelwagenladungsverkehr im Import-/Exportverkehr fahre. Tabelle 7 enthält die Angaben der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz. Es liegen betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor (vgl. Tabelle 7).

Tabelle 7: Märkte für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz, Angaben der Parteien für 2017

Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene						
Verkehrsart	**Marktanteil**					**Betroffener Markt**
	SBB*	**SBB Cargo Intern.**	**Hupac***	**Rethmann**	**kumuliert**	
Binnenverkehr	[90-100] %	0 %	0 %	0 %	[90-100] %	ja
Import-/Exportverkehr	[90-100] %	0 %	0 %	0 %	[90-100] %	ja
Transitverkehr	[90-100] %	0 %	0 %	0 %	[90-100] %	ja

* Die Marktanteile von SBB und Hupac werden jeweils ohne deren Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) SBB Cargo International ausgewiesen.

Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene

405. Gemäss Meldung sind SBB Cargo und SBB Cargo International, welche gemeinsam von SBB Cargo und Hupac kontrolliert wird, in den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz tätig. Rethmann bzw. Contargo sei in diesem Bereich nicht mehr aktiv, nachdem sich Crossrail im Jahr 2017 aus dem alpenquerenden Transitverkehr zurückgezogen habe (vgl. Rz 261 und Fn 1). Tabelle 8 enthält die Angaben der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz. Es liegen betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

Tabelle 8: Märkte für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz, Angaben der Parteien für 2017

Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene						
Verkehrsart	**Marktanteil**					**Betroffener Markt**
	SBB*	**SBB Cargo Intern.**	**Hupac***	**Rethmann**	**kumuliert**	
Binnenverkehr	[70-80] %	[0-10] %	0 %	0 %	[70-80] %	ja
Import-/Exportverkehr	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[60-70] %	ja
Transitverkehr	[20-30] %	[30-40] %	0 %	0 %	[60-70] %	ja

* Die Marktanteile von SBB und Hupac werden jeweils ohne deren GU SBB Cargo International ausgewiesen.

Kombinierter Verkehr auf der Schiene

406. Gemäss Meldung sind SBB Cargo und SBB Cargo International, welche gemeinsam von SBB Cargo und Hupac kontrolliert wird, in den Märkten für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene in der Schweiz tätig. Rethmann bzw. Contargo sei in diesem Bereich nicht mehr aktiv, nachdem sich Crossrail im Jahr 2017 aus dem alpenquerenden Transitverkehr zurückgezogen habe (vgl. Rz 261 und Fn 1). Tabelle 9 enthält die Angaben der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene in der Schweiz. Es liegen betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

Tabelle 9: Märkte für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene in der Schweiz, Angaben der Parteien für 2017

Kombinierter Verkehr auf der Schiene						
Verkehrsart	**Marktanteil**					**Betroffener Markt**
	SBB*	**SBB Cargo Intern.**	**Hupac***	**Rethmann**	**kumuliert**	
Binnenverkehr	[60-70] %	[0-10] %	0 %	0 %	[60-60] %	ja
Import-/Exportverkehr	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[60-70] %	ja
Transitverkehr	[0-10] %	[40-50] %	0 %	0 %	[50-60] %	ja

* Die Marktanteile von SBB und Hupac werden jeweils ohne deren GU SBB Cargo International ausgewiesen.

B.4.3.1.5. Bereich Speditionsleistungen

407. Gemäss Meldung sind SBB Cargo und Hupac in den Märkten für Speditionsleistungen nicht tätig. Im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene in der Schweiz sei der Marktanteil der Rhenus-Gruppe in allen drei Teilmärkten (Binnenverkehr, Import-Exportverkehr, Transitverkehr) sehr gering und dürfte im tiefen einstelligen Bereich liegen. Die Rhenus-Gruppe erbringe auch in geringem Umfang Speditionsleistungen für Transporte auf der Strasse und mit dem Binnenschiff im Import-/Exportverkehr mit der Schweiz. Die Marktanteile würden in beiden Bereichen deutlich unter [0-10] % liegen. Es liegen somit keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.3.2 Zusammenfassung der betroffenen Märkte

408. Aus den vorangehenden Abschnitten ergeben sich die folgenden betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU:

Bereich Umschlagsleistungen:

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Strasse/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr;

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr.

Bereich Operateurleistungen:

- Markt für Operateurleistungen für den begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Transitverkehr.

Bereich Güterverkehr:

- Markt für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr;
- Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr;
- Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr;
- Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr.

409. Bei den Märkten für Umschlagsleistungen wird in räumlicher Hinsicht von einer regionalen Abgrenzung innerhalb eines Radius von 100 km ausgegangen, bei den Märkten der Bereiche Operateurleistungen und Güterverkehr wird von nationalen Märkten ausgegangen (vgl. Rz 385).

B.4.4 Analyse der voraussichtlichen Stellung in den betroffenen Märkten

410. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die schweizerische Praxis und Lehre im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung.[98] Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.[99] Das Bundesverwaltungsgericht geht gemäss jüngster Rechtsprechung sogar von der Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung aus.[100] Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung. Im Rahmen der vorliegenden Prüfung gemäss Art. 33 KG ist zu untersuchen, ob sich solche Anhaltspunkte erhärten lassen und das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

411. Obwohl nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist, gibt die Analyse der Marktanteile einen ersten Überblick der Situation. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass es sich bei den Zusammenschlussparteien um vertikal integrierte Unternehmen handelt.

412. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung beziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung einer oder mehrerer der Zusammenschlussparteien auf den dem Bereich Güterumschlag vor- bzw. nachgelagerten Märkten entstehen kann (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen zu den vertikalen Effekten in Kapitel B.4.4.1).

B.4.4.1 Vertikale Effekte

413. Vertikale Zusammenschlüsse beinhalten, wie auch konglomerate Zusammenschlüsse, neben Effizienzvorteilen auch ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern oder Koordination auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können. Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen (Foreclosure). Es gilt daher zu analysieren, ob die Zusammenschlussparteien über Marktmacht auf einem Markt verfügen, welcher ihnen die Möglichkeit zur Marktabschottung/Diskriminierung eröffnet und ob Anreize für eine solche Vorgehensweise vorhanden sind.[101]

414. Bezüglich Koordination bzw. kooperativen Effekten zwischen den Muttergesellschaften auf vor- oder nachgelagerten Märkten ist festzuhalten, dass die schweizerische Zusammenschlusskontrolle nicht verlangt, dass es zu keiner Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen kommt. Eine allfällige Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens zwischen den Gründerunternehmen wird nach Art. 5 KG beurteilt.[102]

---

[98] BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[99] BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. Neven, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.

[100] Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, *Sanktionsverfügung – DCC*.

[101] Vgl. ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff. *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

[102] Vgl. RPW 2015/4, 767 f. Rz 67 f. *Coop/Swisscom*.

415. Kooperative Wirkungen eines Gemeinschaftsunternehmens sind dann denkbar, wenn zwei oder mehrere Muttergesellschaften in nennenswertem Umfang weiter auf demselben Markt wie das Gemeinschaftsunternehmen (vgl. Rz 739 ff.), auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem eng verbundenen benachbarten Markt tätig sind. Es könnte dann das Risiko bestehen, dass diese Muttergesellschaften ihr Verhalten koordinieren (vgl. Rz 621).

Bisherige Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden

416. Das Bundeskartellamt wies beim Zusammenschluss *Wiener Hafen und Lager Ausbau- und Vermögensverwaltungs GmbH & Co KG/ÖBB-Infrastruktur AG/WienCont Containerterminal GmbH* (vgl. Rz 214) auf vertikale Effekte hin, weil der nachgelagerte Markt des Güterverkehrs auf der Schiene von der mit der ÖBB-Infrastruktur AG verbundenen ÖBB Railcargo beherrscht wurde. Im Rahmen des durch das Kartellgericht bestellten Gutachtens wurden diese vertikalen Effekte sodann bestätigt.[103]

Stellung der Parteien auf dem Bereich Güterumschlag vor- und nachgelagerten Märkten

417. Wie aus den Erwägungen zur Feststellung der betroffenen Märkte (vgl. Rz 401 ff.) hervorgeht, verfügen die an GBN beteiligten Unternehmen bei verschiedenen dem Bereich Güterumschlag vor- respektive nachgelagerten Märkten über sehr hohe Marktanteile. Konkret handelt es sich um die folgenden Märkte:

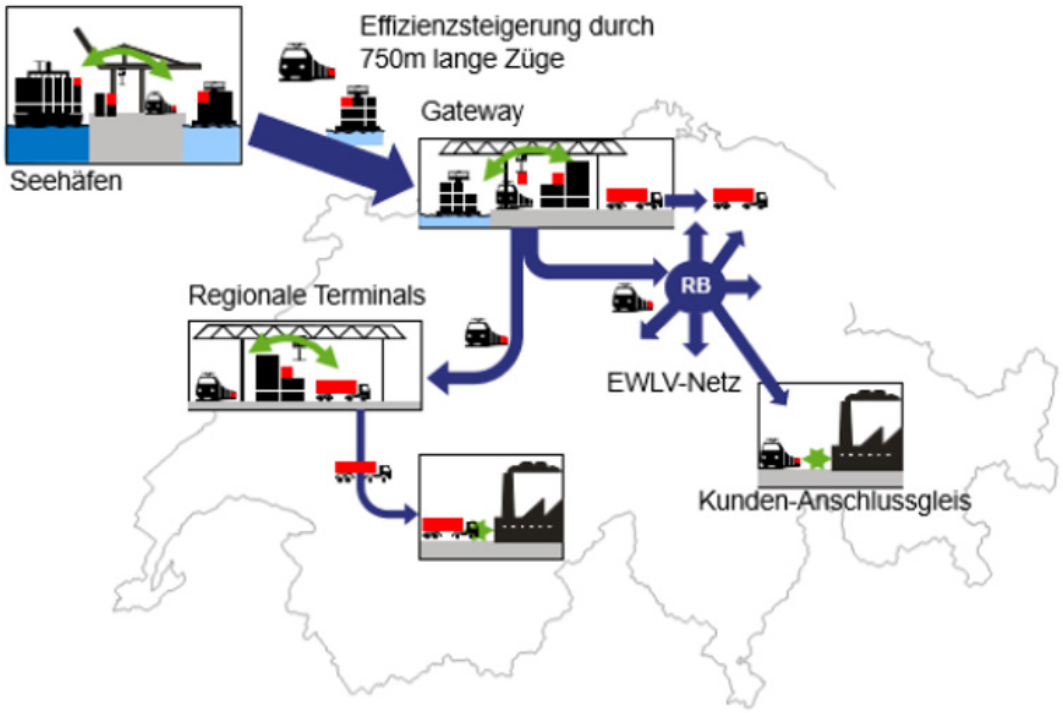
- Märkte für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene (Binnen-, Import/Export-, Transitverkehr): Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beträgt zwischen [60-70] % und [80-90] % (2017).
- Markt für Operateurleistungen für begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr: Der Marktanteil von RAlpin beträgt [90-100] % (2017).
- Märkte für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene (Binnen-, Import/Export-, Transitverkehr): Der Marktanteil der SBB Cargo beträgt jeweils nahezu [90-100] % (2017).
- Märkte für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene (Binnen-, Import/Export-, Transitverkehr): Der Marktanteil von SBB Cargo und SBB Cargo International zusammen beträgt zwischen [50-60] % und [70-80] % (2017).
- Märkte für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene (Binnen-, Import/Export-, Transitverkehr): Der Marktanteil von SBB Cargo und SBB Cargo International zusammen beträgt zwischen [50-60] % und [60-70] % (2017).

418. Neben den genannten Märkten im Bereich Transport- und Logistikdienstleistungen verfügen die Parteien auch über eine Reihe von weiteren Umschlagsanlagen in der Schweiz und im angrenzenden Ausland oder sind an solchen zumindest beteiligt. So betreibt SBB Cargo gemäss Angaben der Parteien ein regionales Netz an kleineren Umschlagsanlagen, welche für den kombinierten Binnenverkehr sowie für die lokale Feinverteilung von KV-Verkehren vorgesehen seien (Dietikon, Gossau, Oensingen, Renens, Sion, Lugano, Cadenazzo und St. Triophon). Hupac betreibe neben Basel Wolf die folgenden Umschlagsanlagen in der Schweiz bzw. dem angrenzenden Ausland oder ist an diesen beteiligt: Aarau, Chiasso, Singen (Deutschland), Busto Arsizio (Italien) und Piacenza (Italien). Schliesslich besteht eine Beteiligung von SBB Cargo und Contargo an der Umschlagsanlage in Chavornay. Im näheren Ausland sei Contargo an KV-Umschlagsanlagen in Wörth, Karlsruhe, Ludwigshafen und Mannheim beteiligt.

419. Die Zusammenschlussparteien verfügen somit in der Schweiz über ein umfassendes Netz an lokalen Verteilterminals sowie über eine äusserst starke Stellung in jenen Märkten im Bereich Schienenverkehr, welche im Rahmen des KV jeweils den Hauptlauf respektive den Vor- und Nachlauf auf der Schiene sicherstellen. Die Zusammenschlussparteien verfügen somit zusammen mit den bestehenden Umschlagsanlagen mit Import-/Exportfunktion und – umso mehr mit der Erstellung von GBN als einzige Umschlagsanlage in der Schweiz mit einer Gateway-Funktion – letztlich über die gesamte Logistikkette im KV über eine zumindest starke Marktstellung.

[103] Vgl. Tätigkeitsbericht 2017 (Fn 38), Abschnitt 2.1.

Abbildung 9: Die Transportketten des KV im Schweizer Import-/Exportverkehr[104]



420. Die Marktbefragung hat ergeben, dass für viele Unternehmen der Transport- und Logistikbranche ein diskriminierungsfreier Zugang zu GBN eine wichtige Grundvoraussetzung ist, da sie sonst nachteilige Auswirkungen auf ihre Geschäftstätigkeiten fürchten. So wurde beispielsweise von einem im Güterverkehr tätigen Schweizer Eisenbahnverkehrsunternehmen darauf hingewiesen, dass sich die Terminallandschaft in der Schweiz bereits heute durch eine starke Konzentration auf die Akteure Hupac, SBB Cargo und Rhenus/Contargo auszeichnen würde. In diesen Terminals würden eben diese Akteure dominieren durch die Wertschöpfungsstufe Operateur (und EVU). Durch GBN könne sich diese Situation weiter verschärfen und für dritte Kunden (Operateure) der Marktzugang erschwert werden. Für die schweizerische Niederlassung eines international tätigen Speditions- und Logistikunternehmens ist das geographische Angebot und die Frequenz der KV-Shuttlezüge ein wichtiges Auswahlkriterium bei der Wahl der Umschlagsanlage. Weiter führt sie aus: «der KV-Operator (z.B. HUPAC, Hannibal, Contargo) bestimmt die Umschlagsterminals, die er in seinen Zugsprodukten anläuft resp. bedient». Laut der Schweizer Niederlassung eines in der Containerlogistik tätigen europäischen Unternehmens würden die Zusammenschlussparteien selbst als Operateur auf dem Markt auftreten. Durch diese Konzentration (Umschlagsdienstleister und Operateur) bestehe die Möglichkeit, dass der Markt nachhaltig gestört werden könnte.

421. Zusammenfassend verfügen die Parteien über eine teilweise sehr starke Stellung in einer Reihe von Märkten, welche im Rahmen der Logistikkette des KV eng mit der zukünftigen Tätigkeit von GBN verbunden sind.

In der Marktbefragung geltend gemachte mögliche vertikale Effekte

422. Wie aus den nachfolgenden Ausführungen hervorgeht, geht eine Vielzahl von Marktteilnehmern davon aus, dass durch die vertikale Integration den Parteien mit Blick auf den Betrieb von GBN verschiedenste Wettbewerbsvorteile erwachsen.

423. Die Bertschi AG bringt diesbezüglich vor, dass eine tiefere Integration des Betreibers einer Umschlagsanlage in den kombinierten Verkehr sich positiv auf das Qualitätsniveau auswirkt und somit die Reputation des intermodalen Verkehrs fördere.

424. Die Swissterminal AG sieht durch die vertikale Integration der Parteien einen Grund für eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Mit dem Zusammenschlussvorhaben erwerbe GBN die Kontrolle über den Markt für Containerumschlag. SBB Cargo sei bereits jetzt in diversen Märkten marktbeherrschend (Gütertransport, Einzelwagenladungsverkehr, Markt für Ganzzugverkehr im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz). Die marktbeherrschende Stellung der SBB Cargo in ihrem Kerngeschäft, dem Gütertransport auf der Schiene, würde dadurch verstärkt und Markteintritte würden verhindert. Die vertikale Integration und die Kontrolle über grösste Umschlagsterminal der Schweiz führe zu einer monopolähnlichen Stellung des Joint-Ventures bzw. SBB Cargo. Andere Anbieter von Dienstleistungen für den kombinierten Verkehr würden dadurch benachteiligt und ausgeschlossen.

[104] Quelle: Visualisierung und Angaben der Parteien.

Der wirksame Wettbewerb werde dadurch beseitigt, weshalb der Zusammenschluss zu untersagen sei.

425. Darüber hinaus führt die Swissterminal AG zwar aus, dass es grundsätzlich keine direkten Einsparungen aufgrund eines Netzwerkes von Umschlagsanlagen gäbe. Dies diene dazu, dass aktuell die Güter länger auf der Schiene bis zum Empfänger gebracht werden können. Es sei denn, man verbinde die Standorte mit subventionierten Transporten, wie das bei GBN sowie den neu geplanten dezentralen Terminals von SBB Cargo geplant sei. In diesem Fall bringe das Netzwerk finanzielle Vorteile mit sich, welche ein konkurrenzloses Angebot zuliesse. Bezüglich Grössenvorteilen durch ein Netzwerk an Umschlagsanlagen seien die Zusammenhänge relativ klar: Je grösser das Netzwerk, desto geringer seien die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, desto dominierender sei der Netzwerkinhaber. Im Falle von GBN existiere ein grosses Netzwerk über alle Wertschöpfungsstufen hinweg. Vergleichbare Ausweichmöglichkeiten gäbe es keine. GBN werde zum dominierenden (und einzigen) Anbieter. Die Beherrschung der (Schienen-)Infrastruktur ermögliche eine weitgehende Kontrolle des Marktes: Für den Verlad auf die Schiene sei die Anbindung an das Schienennetz entscheidend: Damit komme dem Schieneninfrastruktureigner eine zentrale Rolle zu. Für den Verlad auf und vom Schiff sei der Zugang zur Hafeninfrastruktur entscheidend: Damit komme dem Hafeninfrastruktureigner eine zentrale Rolle zu. Aus der Notwendigkeit des Zugangs zur Infrastruktur ergäben sich Anreize, über mehrere Marktstufen aktiv zu sein bzw. sich entsprechend vertikal zu integrieren. Am Beispiel der SBB zeige sich, dass GBN praktisch auf allen Stufen der Wertschöpfungskette dominiere und aktiv sei: Beim Import transportierte die SBB Cargo International Container der Kundschaft zum Terminal Wolf, wo sie von SBB/Hupac auf Züge der SBB Cargo mit eigenem Rollmaterial und Traktion verladen würden, welche die Container an ein Anschlussgleis des Kunden transportieren. Selbstredend gehöre der Grossteil des Schienennetzes in der Schweiz der SBB. Es bestehe eine Markbeherrschung des komplementären Marktes für Bahngütertransport seitens der SBB. So trete die auf dem Bahngütermarkt marktmächtige SBB Cargo ebenfalls als Terminalanbieterin auf.

426. Die Hochrheinterminal AG, als Betreiberin des bimodalen Umschlagsterminals Rekingen, führt generell an, dass die drei an GBN beteiligten Unternehmen (SBB, HUPCA und Rhenus respektive Contargo) bereits heute über alle Dienstleistungen in den Bereichen Umschlagsleistungen, Transport und Logistik im Eigeneintritt (Steuerung Supply Chain, Trucking auf der Strasse, Traktion auf der Schiene, Transport auf dem Wasser, Terminaldienstleistungen und Leercontainerdepot, Verzollung und das Frachtaufkommen). Diese Bereiche deckten sie sowohl im Import-/Exportverkehr und im Binnenverkehr ab und dies sowohl im maritimen Hinterland- als auch im kontinentalen intermodalen Verkehr. Demzufolge hätten die drei Unternehmen eine sehr grosse Marktmacht. Zum Bereich Umschlagsleistungen wird ausgeführt, dass diese Marktmacht nicht unmittelbar in der Umschlagsleistung zum Tragen komme. Die grossen Tarifunterschiede könnten entstehen auf der Schienentraktion einerseits und andererseits durch ein "strategisches" Pricing von Zügen oder Verkehren im Einzelwagenbereich, welche gerne Terminals anfahren würden, die nicht im Besitz der GBN Trägerschaft sind. Die Bündelung der Volumina führte evtl. zur Möglichkeit eines Swiss Split-Angebots (Binnenverkehr ab Basel). Diese seien aktuell auf die Terminals / Umschlagseinrichtungen von SBB Cargo fokussiert. So würde diesfalls die Güterumschlagsanlage von SBB in Dietikon angefahren und nicht Rekingen. Zu Vorteilen einer vertikalen Integration, führt die Hochrheinterminal AG aus, dass durch die vertikale Integration a) die gesamte Supply Chain gesteuert werden könne (Auslastung der eigenen Assets) und b) das Pricing so angesetzt werden könne, dass bei Kettengliedern, wo ein Mitbewerber besser aufgestellt wäre, die Tarife entsprechend quersubventioniert würden aus anderen Bereichen der Transportkette. Ein vertikal integriertes Unternehmen hätte besseren Zugang zu Informationen, da die ganze Kette überblickt werde. Es könne in der Folge schneller agieren. Im Falle der Trägerschaft in Basel könne das politische Lobbying abgesprochen werden. Da sich die Terminal- und Traktionsleistungen auf der Bahn in einem hoch regulierten Markt befänden, sei dies ein nicht zu unterschätzender Vorteil.

427. Ein Schweizer Eisenbahnverkehrsunternehmen führt aus, dass ein Vorteil der vertikalen Integration darin bestehe, dass ein einziger Ansprechpartner bestehen würde. Als Nachteil wird betrachtet, dass ein Mitbewerber Informationen hätte. Des Weiteren wird die Frage aufgeworfen, ob die Kosten für SBB Cargo dieselben wären, wie für andere EVU (Traktionsunternehmen). Falls nein, würde dies eine Wettbewerbsverzerrung darstellen.

428. Ein weiteres im Güterverkehr tätiges Schweizer Eisenbahnverkehrsunternehmen führt unter anderem auf, dass ein integrierter Anbieter die Möglichkeit habe, durch entsprechende Preisgestaltung (Koppelungsrabatte) Anreize für eine kombinierte Nutzung zu setzen.

429. Der VAP Verband der verladenden Wirtschaft führt bezüglich Import/Export u.a. an, dass da der Zu- und Nachlauf auf der Bahn zu weiten Teilen in den Händen von SBB Cargo im Einzelwagenladungsverkehr in die eigenen Terminals und Anschlussgleise liege, die Situation für die konkurrierenden Terminals Dritter schwieriger werde. Diese seien ihrerseits auch auf die Bedienung durch SBB Cargo angewiesen, so dass deren Preispolitik entscheidend sein dürfte. Auch wird vorgebracht, dass die drei an GBN beteiligten Partner im Transit-, Import-/Exportverkehr grosse Marktanteile hätten. Ihr gemeinsames Terminal GBN hätte aufgrund seiner technisch-betrieblichen Auslegung, der direkten Anbindung an Rhein und EU-Korridor sowie grosszügige öffentliche Finanzierung erhebliche Standortvorteile. Durch geschickte Angebotspolitik im GBN und in den Kerngeschäften der drei Partner liessen sich Verwerfungen im Markt der Zukunft erahnen. Dieser Effekt werde verstärkt durch die gegenseitigen Beteiligungen v.a. von Hupac und SBB Cargo, SBB Cargo International. Schliesslich gehöre SBB Cargo zum Konzern SBB, der die relevanten Teile des Schweizer Bahnnetzes kontrolliere. Wer sich allenfalls im Zuge der laufenden Neupositionierung von SBB Cargo am Eisenbahnverkehrsunternehmen direkt beteilige, sei noch offen, könne aber ebenfalls

massgebliche Auswirkungen auf Einflussmöglichkeiten auf den Markt haben. Somit seien die Auswirkungen auf die eigenen Verbandsmitglieder voraussichtlich eher negativ, da weniger Wettbewerb im multimodalen Logistikmarkt herrschen könnte. Gehe man vom umgekehrten Ansatz aus, der im Personenverkehr herrsche (Monopolanbieter mit entsprechender staatlicher Kontrolle), so könnten die Auswirkungen dank der offensichtlichen Effizienzgewinne positiv sein. Alleine, eine derartige staatliche Kontrolle sei nicht vorgesehen und das GüTG lasse solche Geschäftsmodelle nicht zu. Die Regulierung und Kontrolle der Zugangsbedingungen zum GBN gemäss GüTG seien zwar sicherlich gewährleistet, die Gefahr von Diskriminierungen und Marktmissbräuchen finde aber nicht auf dieser offensichtlichen Ebene, sondern wie zuvor ausgeführt subtiler und schwieriger erkennbar statt.

430. Im Übrigen gehen auch die Parteien selbst davon aus, dass die Kunden von GBN durch die Einbindung in den Swiss Split der SBB Cargo profitieren werden. So richtet sich GBN gemäss dem Fördergesuch an das BAV insbesondere auch an Spediteure/Reedereien/Verlader, welche deren Verkehre auf Wunsch an einem einzigen Standort konzentrieren könnten und vom optimierten Swiss Split Angebot (neu mehrmals täglich von und in regionale Terminal/Anschlussgleise) profitieren würden.[105]

Zwischenergebnis

431. Zusammenfassend geht aus der Markbefragung und auch den Darstellungen der Parteien zu den Vorteilen von GBN hervor, dass die vertikale Integration verschiedenster Bereiche des KV seitens der Parteien in vielerlei Hinsicht einen Vorteil darstellt. Angesichts der teilweise sehr starken Stellung der Parteien auf den dem Bereich Umschlagsleistungen vor- respektive nachgelagerten Märkten ist somit von erheblichen vertikalen Effekten auszugehen.

B.4.4.2 Bereich Umschlagsleistungen

B.4.4.2.1. Vorbemerkung zur Umschlagsanlage GBN

432. Die erste Ausbauphase von GBN schaffe gemäss BAV Umschlagskapazitäten von rund 240'000 TEU pro Jahr für den Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern zwischen den Verkehrsträgern Bahn und Strasse. In den ersten 10 Betriebsjahren solle im Durchschnitt eine Umschlagsleistung von 188'000 TEU pro Jahr erzielt werden. Die Hälfte der Verkehre im Vor- und Nachlauf in der Schweiz solle auf der Schiene erfolgen (vgl. Rz 444). Aufgrund der Kapazität und des grossen Nutzens für den schweizerischen Schienengüterverkehr werde GBN als Anlage von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung eingestuft.[106]

433. Das Besondere an GBN sei die Gateway-Funktion. In der Schweiz, aber auch grenznah zur Schweiz würden solche Anlagen bisher nicht existieren.[107] Mit der Gateway-Funktion übernehme die Anlage eine Verteilfunktion für die ganze Schweiz, d.h. ein grosser Teil der Waren sei nicht für den Raum Basel bestimmt, sondern werde in der Anlage nochmals auf die Schiene umgeschlagen, so dass der Nach- bzw. Vorlauf zum Hauptlauf aus/in den Norden ebenfalls auf der Schiene erfolgen könne (bis zu regionalen Terminals oder via Rangierbahnhof bis zum Anschlussgleis).

434. Die sechs Umschlagsgleise von GBN würden je eine Länge von 700 m unter Kran aufweisen und die Verarbeitung von den im europäischen Güterverkehr typischen 740 m langen Güterzügen ermöglichen (erstmalig in der Schweiz). Die Länge der Umschlagsgleise ermögliche die Verarbeitung des gesamten Zuges in voller Länger, ohne dass zuerst eine zeit- und kostenaufwändige Trennung des Zugs in einzelne Wagengruppen vorgenommen werden müsse.

435. Gemäss der Gateway Basel Nord AG liegt das Areal ideal, um das Terminal an den Güterverkehr auf Schiene, Wasser und Strasse anzuschliessen. Basel Nord sei der einzige Standort in der Schweiz, wo mit vertretbarem finanziellen Aufwand 750 Meter lange Umschlaggleise realisierbar seine. Es sei auch der einzig mögliche Schweizer Standort am Rhein, an dem ein Hafenbecken mit direkter Anbindung an Schiene und Strasse erstellt werden könne. Die Umschlagsanlage GBN sei beidseitig direkt am Rhein-Alpen-Korridor angebunden. Mit der Autobahn A2 stehe zudem ein leistungsfähiger Strassenanschluss zur Verfügung.[108] Die Wichtigkeit des Standorts für die Umschlagsanlage GBN zeigt sich auch insofern, dass sich auf dem Gelände ein im Bundesinventar der Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung eingetragenes Objekt befindet, welches gemäss Stellungnahme von Pro Natura Basel zerstört werde.

436. Abbildung 10 zeigt die Effizienzvorteile, welche sich die Zusammenschlussparteien dank der Umschlagsanlage GBN erhoffen. Beim Hauptlauf mit der Bahn (beispielsweise von GBN nach Rotterdam) ergeben sich gemäss dieser Abbildung Effizienzgewinne durch die Steigerung der Zugslänge von 550 m für bestehende Schweizer Umschlagsanlagen auf 750 m bei GBN. Zusätzlich würden bei GBN auch Überfuhrkosten von 2'000 CHF zwischen bestehenden Schweizer Umschlagsanlage bis zur Grenze entfallen. Im Nachlauf bzw. bei der Verteilung in der Schweiz (auf der Schiene) würden weitere Effizienzgewinne gegenüber bestehenden Schweizer Umschlagsanlagen erzielt aufgrund einer Erhöhung der Sendungsgrösse durch Bündelung, einer Steigerung der Wiederbeladungsquote der Wagen und einer höheren Verdichtung durch die Drehscheibenfunktion von GBN.

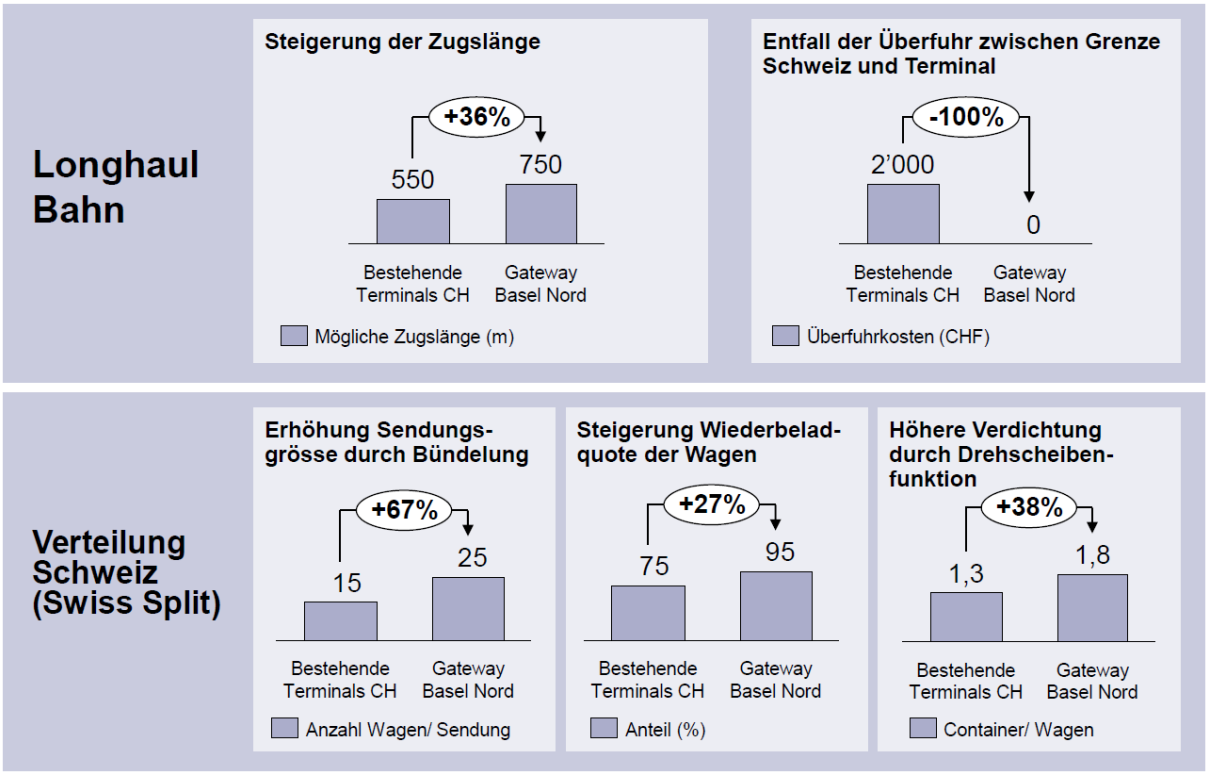
[105] Vgl. hierzu Rz 190.

[106] Vgl. BAV Faktenblatt «Mitfinanzierung der ersten Etappe des Gateway Basel Nord» vom 9.7.2018, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/53032.pdf> (3.5.2019).

[107] Beispiele für vergleichbare Grossterminals mit Gateway-Funktion in Europa sind gemäss BAV Köln Eifeltor von DUSS oder das Terminal Busto Arsizio-Gallarate von Hupac, <https://www1.deutschebahn.com/ecm2-duss/terminals_uebersicht/terminal_koeln-714216> und <http://www.hupac.com/DE/Terminal-Busto-Arsizio-Gallarate-c8525200> (11.3.2019).

[108] Vgl. <https://www.gateway-baselnord.com/standort-und-konzept/> (11.3.2019).

Abbildung 10: Effizienzvorteile durch Steigerung der Zugslänge und Bündelung im Nachlauf[109]



Ausbauphase 2

437. Nach der Ausbauphase 2 wird GBN mit dem Hafenbecken 3 über einen direkten Rheinanschluss verfügen und im Endausbau über eine Gesamtkapazität von 390'000 TEU verfügen. Darüber hinaus könnten im neuen Hafenbecken 3 zwei Koppelverbände[110] gleichzeitig verarbeitet werden.

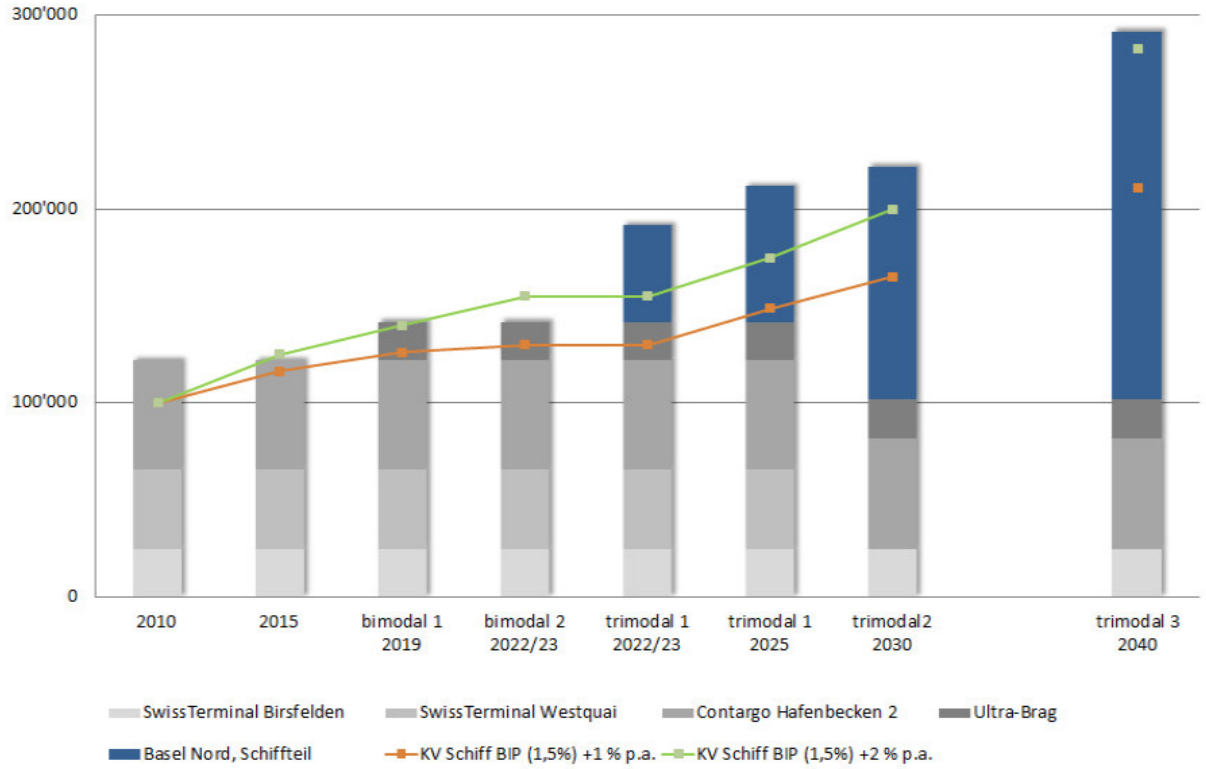
438. Gemäss den Schweizerischen Rheinhäfen, die voraussichtlich für den Bau des Hafenbeckens 3 verantwortlich sein werden, werden damit die für die Binnenschifffahrt notwendigen Kapazitäten für den Umschlag der wachsenden Schweizer Import-/Exportverkehre in der Schweiz geschaffen. Die leistungsfähigen Schiffs- und Bahnanschlüsse würden eine Redundanz für die Logistikketten der Schweizer Wirtschaft schaffen, welche aufgrund der strategisch gewordenen Bedeutung des Containerverkehrs für die Landesversorgung zentral sei.

439. Mit der voraussichtlichen Inbetriebnahme der Umschlagsanlage GBN im Jahr 2021 und der Vollendung des Hafenbeckens 3 im Jahr 2023 würden die vorhandenen Umschlagskapazitäten signifikant ansteigen. Die Kapazität der trimodalen Umschlagsanlage GBN wird gemäss den Parteien im Endausbau 390'000 TEU/Jahr betragen. Abbildung 11 zeigt die schiffseitigen Umschlagskapazitäten der Schweizerischen Rheinhäfen. Die neugeschaffenen Kapazitäten würden demnach den für 2029 vorgesehenen Wegfall der Umschlagsanlagen von Swissterminal am Basler Westquai (Hafenbecken 1) mehr als kompensieren und auch ausreichen für den in der Grossterminalstudie geschätzten Anstieg des KV per Binnenschiff im Raum Basel. Im Hafen Basel Kleinhüningen würden danach nur noch GBN, Contargo und Ultra-Brag (Wettbewerber) Umschlagsleistungen anbieten.

[109] Vgl. Präsentation Gateway Basel Nord und CTW, Gewerbeverband Basel-Stadt, Hafenanlass vom 31.8.2015, <https://gewerbe-basel.ch/content/uploads/2015/09/Gesamtpräsentation-Hafenanlass-31.8.2015.pdf> (3.5.2019).

[110] Ein Koppelverband besteht aus einem schiebenden Motorgüterschiff und einem oder mehreren antriebsloser Ladungsbehälter(n) (sogenannte Leichter).

Abbildung 11: Schiffseitige Umschlagskapazitäten im Raum Basel[111]



440. Gemäss den Schweizerischen Rheinhäfen entspricht die Hafeneinfahrt ins Hafenbecken 3 den heute üblichen Manövern, die bei der Ein- und Ausfahrt vom Rhein in das Hafenbecken 2 und den dann an den Terminalanlagen erforderlichen Manövern für den Umschlag (Trennen von Schubverbänden, Anlegen an der Quaianlage) täglich notwendig sind. Die Schaffung zweier Warteräume [..] ermögliche einen schnellen Wechsel von Schiffseinheiten am Terminal GBN. Der Zeitaufwand vom Rhein an den Quai im Hafenbecken 3 werde auf 35 – 50 min geschätzt (Fahrt inklusive Anlegemanöver).

441. Der Bericht Untersuchung möglicher Alternativen zum Hafenbecken III der ETHZ und der SGKV (nachfolgend: ETHZ/SGKV-Bericht) führt aus, dass Ladeeinheiten bei der Umschlagsart Schiff-Strasse aufgrund des Layouts von GBN mehrfach bewegt werden müssten, was ein Nachteil gegenüber bestehenden Umschlagsanlagen sei, welche auf die Umschlagsart Schiff-Strasse ausgelegt sind. Zusätzlich sei am Standort von GBN die Staugefahr (Autobahn), insbesondere in den Randzeiten, höher als in den trimodalen Umschlagsanlagen in Birsfelden bzw. Muttenz mit dezentraler Anbindung.[112]

442. Auf die Leistungsfähigkeit der bestehenden Umschlagsanlagen und allfälligen Erweiterungen, wird nachfolgend in den einzelnen Märkten für Umschlagsleistungen eingegangen.

Vorgaben bzw. Auflagen an GBN durch das BAV

443. Wie bereits erwähnt, hat das BAV dem Fördergesuch entsprochen und als Höchstbetrag eine Finanzhilfe von rund CHF 83 Mio. zugesichert (vgl. Rz 30). Die Erweiterung von GBN zu einer trimodalen Umschlagsanlage liegt als Projekt mit Baustufe 2.0 vor und ist Inhalt einer eigenständigen Verfügung. Darin hat das BAV die grundsätzliche Förderwürdigkeit der zweiten Bauetappe anerkannt. Die Voraussetzungen für eine Zusicherung einer Finanzhilfe waren hinsichtlich Kostengenauigkeit und Projektierungsreife jedoch noch nicht gegeben. Die Gewährung der Finanzhilfe für die erste Bauetappe hat das BAV an folgende Auflagen geknüpft:

Vorgaben Umschlagsleistung und Schienenanteil:

444. Die Hälfte der Verkehre im Vor- und Nachlauf in der Schweiz sollen dabei auf der Schiene erfolgen. Gemäss Zusicherungsverfügung des BAV soll mit der Einbindung regionaler Terminals insbesondere der Schiene/Schiene-Anteil im Durchschnitt über zehn Betriebsjahre 50 Prozent betragen. Mit der Zusicherung eines Investitionsbeitrages an GBN werden vom BAV folgende Ziele betreffend die Umschlagsleistung und dem Schienenanteil an zu- und wegführenden Transporten in der Schweiz (Modalsplit) gesetzt:

[111] Quelle: Regierungsrat Kanton Basel-Stadt, Ratschlag betreffend Ausgabenbewilligung zur Realisierung des Hafenbeckens 3 sowie Ausgabenbewilligung für die Weiterentwicklung der Hafenbahn in Kleinhüningen (Vorprojekt) vom 19.12.2018 (nachfolgend: Ratschlag Basel-Stadt), 15, <http://www.grosserrat.bs.ch/de/geschaefte-dokumente/datenbank?such_kategorie=1&content_detail=200109441> (3.5.2019).

[112] Vgl. Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ) und Studiengesellschaft für den Kombinierten Verkehr e.V. (SGKV), Untersuchung möglicher Alternativen zum Hafenbecken III des Terminalprojekts Basel-Nord mit Anhang Ergänzungsbericht vom Juli 2014, 4 und 56 ff., <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/97666> (3.5.2019).

- In den […] Betriebsjahren Umschläge in der Höhe von […] TEU und ein Modalsplit im jährlichen Mittel von 45 % ([…] TEU).
- In den […] Betriebsjahren Umschläge in der Höhe von […] TEU und ein Modalsplit im jährlichen Mittel von 50 % ([…] TEU).

Diskriminierungsfreier Zugang:

445. GBN habe den diskriminierungsfreien Zugang zur KV-Umschlagsanlage gemäss Art. 6 GüTV zu gewährleisten. Vor Auszahlung der Finanzhilfe habe GBN dem BAV Leitlinien zur Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs vorzulegen. Das BAV fordere Investitionsbeiträge ganz oder teilweise zurück, wenn die geförderte Anlage nicht diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden würde.

Öffnung des Aktionariats:

446. Aufgrund der Grösse, der nationalen verkehrspolitischen Bedeutung und der hohen Relevanz der Anlage für eine effiziente Transportabwicklung des schweizerischen Import- und Exportverkehr werde die Gateway Basel Nord AG verpflichtet, ein breiteres Aktionariat anzustreben, insofern dies mit den Bestimmungen des Obligationenrechts und Kartellgesetzes vereinbar sei.

Trennung von Funktionen und des Daten- und Informationsmanagements:

447. GBN habe alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit den Eigentümergesellschaften von GBN keine wettbewerbsrelevanten und nicht allgemein zugänglichen Informationen aus der Geschäftstätigkeit von GBN zukommen. Namentlich dürfen den Eigentümergesellschaften keine Informationen zu kundenbezogenen Absatzzahlen, Preisen, Preiselementen, Margen und weitere Konditionen zugänglich gemacht werden. Entsprechend habe GBN für eine getrennte IT-Struktur zu sorgen.

Reserven zu Wiederbeschaffungszwecken:

448. GBN sei verpflichtet, angemessen für den Fortbestand der Umschlagsanlage Sorge zu tragen. Hierfür seien Reserven zu Wiederbeschaffungszwecken gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts zu bilden. Bis die Reserven vollständig geäufnet seien, seien die Möglichkeiten der Gewinnausschüttung beschränkt.[113]

B.4.4.2.2. Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet

449. Tabelle 10 gibt die Angaben der Meldung zu den Marktanteilen der Zusammenschlussparteien und ihrer drei grössten aktuellen Wettbewerber in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import- und Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet für die betroffenen Umschlagsarten wieder. Dabei werden zuerst die für Ausbauphase 1 von GBN relevanten Umschlagsarten angegeben und danach die relevanten Umschlagsarten nach Ausbauphase 2 von GBN mit der Anbindung ans Hafenbecken 3.

Tabelle 10: Marktanteile in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet, Angaben der Parteien, BAV und Betreiber von Umschlagsanlagen (vgl. Rz 387 ff.)

Relevante Umschlagsarten – GBN als bimodale Umschlagsanlage (Phase 1):								
Umschlagsart: Schiene/Schiene								
Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	Swissterminal	Hochrhein Terminal	DUSS Weil am Rhein
2017	1000 TEU	[70-80]	[10-20]	[20-30]	[5-10]	[5-10]	[5-10]	[5-10]
	In %	100 %	[20-30] %	[30-40] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[70-80]	[10-20]	[20-30]	[5-10]	[5-10]	[5-10]	[5-10]
	In %	100 %	[20-30] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[70-80]	[10-20]	[20-30]	[5-10]	[5-10]	[5-10]	[5-10]
	In %	100 %	[20-30] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

[113] Vgl. zum Ganzen Medienmitteilung «BAV sichert Mitfinanzierung des Gateway Basel Nord zu» vom 9.7.2018, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-71518.html> (3.5.2019) und Faktenblatt des BAV (Fn 106), 3.

Relevante Umschlagsarten – GBN als bimodale Umschlagsanlage (Phase 1):

Umschlagsart: Schiene/Strasse

Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	DUSS Weil am Rhein	Swissterminal	Hochrhein Terminal
2017	1000 TEU	[400-425]	[30-40]	[90-100]	[10-20]	[90-100]	[80-90]	[70-80]
	In %	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %
2016	1000 TEU	[375-400]	[30-40]	[90-100]	[10-20]	[90-100]	[70-80]	[70-80]
	In %	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
2015	1000 TEU	[375-400]	[30-40]	[90-100]	[10-20]	[90-100]	[70-80]	[70-80]
	In %	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %

Relevante Umschlagsarten – GBN als trimodale Umschlagsanlage (Phase 2):

Umschlagsart: Schiff/Schiene

Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	Swiss-terminal	Ultra-Brag	Rheinhafen-gesellschaft*
2017	1000 TEU	[20-30]	0	0	[10-20]	[5-10]	[0-5]	[0-5]
	In %	100 %	0 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[20-30]	0	0	[10-20]	[5-10]	[0-5]	[0-5]
	In %	100 %	0 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[20-30]	0	0	[10-20]	[5-10]	[0-5]	[0-5]
	In %	100 %	0 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %

Umschlagsart: Strasse/Strasse**

Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	Swiss-terminal	Ultra-Brag	Rheinhafen-gesellschaft*
2017	1000 TEU	[100-125]	[0-1]	[0-1]	[10-20]	[40-50]	[10-20]	[5-10]
	In %	100 %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[100-125]	[0-1]	[0-1]	[10-20]	[40-50]	[10-20]	[5-10]
	In %	100 %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[100-125]	[0-1]	[0-1]	[10-20]	[40-50]	[10-20]	[5-10]
	In %	100 %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %	[30-40] %	[10-20] %	[0-10] %

* Ports de Mulhouse-Rhin kommt auf gleich hohe Marktanteile wie die Rheinhafengesellschaft.
** Hauptsächlich Umschläge von Leercontainern vom LKW ins Containerdepot (und umgekehrt).

450. In den zwei Umschlagsarten Schiene/Schiene und Schiene/Strasse, die für die Ausbauphase 1 von GBN relevant sind, liegen folgende Marktanteile vor: In der Umschlagsart Schiene/Schiene liegen die Marktanteile von Hupac bei [30-40] %, die von SBB Cargo bei [20-30] % und die von Rethmann bei [10-20] %. Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien liegt somit bei [70-80] %. Die Marktanteile der wichtigsten Wettbewerber betragen zwischen [0-10] % und [10-20] %, wobei auf Swissterminal [10-20] %, auf das Hochrhein Terminal [0-10] % und die DUSS Weil am Rhein [0-10] % entfallen. In der Umschlagsart Schiene/Strasse liegen die Marktanteile von Hupac bei [20-30] %, die von SBB Cargo bei [0-10] % und die von Rethmann bei [0-10] %. Die Zusammenschlussparteien verfügen somit über einen kumulierten Marktanteil von [30-40] %. Die Marktanteile der wichtigsten Wettbewerber betragen für das Jahr 2017 zwischen [10-20] % und [20-30] %, wobei auf DUSS Weil am Rhein [20-30] %, auf Swissterminal [20-30] % und auf das Hochrhein Terminal [10-20] % entfallen. Durch die Wiederaufnahme des Betriebs der Umschlagsanlage in Niederglatt im Jahr 2017 unterscheiden sich die Marktanteile im Jahr 2017 von den Marktanteilen der Jahre 2015 und 2016.

451. Wie bereits erwähnt, schätzten die Zusammenschlussparteien die Marktanteile aus den Kapazitäten der Umschlagsanlagen. Diese müssen jedoch nicht mit den tatsächlichen Umschlägen (der IST-Umschlag) der Umschlagsanlagen übereinstimmen. So variiert die Auslastung (IST-Umschlag/Kapazität) der Umschlagsanlagen zwischen 13 % und über 100 %. Hierzu ist anzumerken, dass bei einer Auslastung an oder über der Kapazitätsgrenze der Betrieb der Umschlagsanlagen unwirtschaftlich wird, weil das zu einer Zunahme von unproduktiven Hüben führt. Bei einer Betrachtung der Marktanteile basierend auf IST-Umschlägen sind demzufolge andere Marktanteile möglich. Die tatsächlichen Umschläge der berücksichtigten Umschlagsanlagen sind somit ein weiterer wichtiger Indikator, um die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb zu beurteilen. Zudem kann auch eine Veränderung der Marktanteile über die Zeit nicht ausgeschlossen werden.

452. Bei den für die Ausbauphase 2 relevanten Umschlagsarten Schiff/Schiene und Strasse/Strasse liegen folgende Marktanteile vor: In der Umschlagsart Schiff/Schiene ist von den Zusammenschlussparteien nur Rethmann tätig, die mit einem Marktanteil von [60-70] % über eine sehr starke Stellung in dieser Umschlagsart verfügt. Als wichtigste Wettbewerber der Zusammenschlussparteien werden Swissterminal, Ultra-Brag sowie die Rheinhafengesellschaft und Ports de Mulhouse-Rhin genannt, mit Marktanteilen von [10-20] % für Swissterminal, [0-10] % für Ultra-Brag und jeweils [0-10] % für die anderen beiden Wettbewerber. Die in der Umschlagsart Strasse/Strasse zusammengefassten Umschläge betreffen hauptsächlich Umschläge von Leercontainern vom LKW ins Containerdepot (und umgekehrt). Hier liegt der Marktanteil von Rethmann bei [10-20] %, die Marktanteile von SBB Cargo und Hupac gehen gegen [0-10] %. Als wichtigste Wettbewerber werden Swissterminal, die Rheinhafengesellschaft und Ports de Mulhouse-Rhin genannt, mit Marktanteilen von [30-40] % für Swissterminal, [10-20] % für Ultra-Brag und jeweils [0-10] % für die anderen beiden Wettbewerber.

453. Bei einer aggregierten Betrachtung der Umschläge im Bereich Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet über alle Umschlagsarten hinweg betragen die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien für 2017 [30-40] %.

Stellungnahme der Parteien

454. Die Parteien bringen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung vor, dass sich für die beteiligten Unternehmen bei einer alternativen Marktabgrenzung mittels Radius und Einzelfallbetrachtung tiefere Marktanteile ergeben würden (vgl. Rz 283 ff.). Selbst bei einer zu engen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung erweise sich der Zusammenschluss somit als unproblematisch.

455. Zu diesen Vorbringen ist zunächst auf die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz 272 ff.) und zur Marktanteilsberechnung (vgl. Rz 387 ff.) zu verweisen. Es kann weder der alternativen Marktabgrenzung der Parteien gefolgt werden noch der Aussage, dass der Zusammenschluss somit unproblematisch sei.

456. Die Parteien machen zudem geltend, dass der Markt für Umschlagsleistungen in den kommenden Jahren stark wachsen werde. Dieses Marktwachstum impliziere eine hohe Marktdynamik, was gegen eine marktbeherrschende Stellung spreche. Hinzu komme, dass dieses Marktwachstum u.a. durch das verkehrs- und umweltpolitische Verlagerungsziel getrieben werde. Die Politik im In- und Ausland werde in den kommenden Jahren mit verschiedenen Massnahmen (z. B. Schwerverkehrsabgaben, Fahrverbote, Anreize etc.) die Verlagerung forcieren. Diese exogenen Massnahmen würden sich ebenfalls im Markt disruptiv auswirken, was ebenfalls gegen stabile Marktverhältnisse spreche. Und schliesslich würden die Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigen, dass sich die Transportketten neue Wegen suchen würden, sofern das Preis-Leistungs-Verhältnis der Umschlagsanlagen in Basel nicht stimme. So bestätige das BAV, dass in den vergangenen Jahren ein substantieller Teil der Umschläge wegen mangelnder Produktivität/Konkurrenzfähigkeit von Basel nach Weil am Rhein, Ulm, Karlsruhe und Wolfurt abgewandert seien. Diese – amtlich bestätigte – Marktdynamik werde in Zukunft noch zunehmen. Die Flexibilität der Transportketten sorge für zusätzliche Marktdynamik und spreche klar gegen eine marktbeherrschende Stellung. Auch das […] Gutachten (vgl. Rz 210) komme zum Schluss, dass sich GBN in einem intensiven Wettbewerb befinden werde und dass eine marktbeherrschende Stellung oder gar eine Beseitigung des Wettbewerbs ausgeschlossen sei.

457. Die Parteien machen zudem geltend, dass – falls die WEKO wider Erwarten dem in der Beschlussbegründung skizzierten Ansatz mit dem fixen Radius folgen würde – zumindest bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigen müsse, dass die Transportbranche in Transportketten denke und der Wettbewerb zwischen

den Transportketten stattfinde. Dies impliziere, dass von Umschlagsanlagen, die entlang anderer Transportketten lägen, zumindest ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehe, auch man sie fälschlicherweise aus dem Markt ausschliesse. Gerade die vom BAV festgestellten Verlagerungen der Umschläge von Basel nach Ulm, Karlsruhe und Wolfurt würden beweisen, dass dieser Wettbewerbsdruck in der Wirklichkeit bestehe, auch wenn diese Umschlagsanlagen weiter als 100 km von Basel entfernt seien. Die Flexibilität der Transportketten sorge für zusätzliche Marktdynamik und spreche klar gegen eine marktbeherrschende Stellung.

458. Hierzu ist anzumerken, dass mit Blick auf die Ergebnisse der Marktbefragung eine Abwanderung der Verkehre von Basel ins Ausland nur für die Umschlagsanlagen in Weil am Rhein und Singen plausibel erscheint. Die Antworten der Betreiber der Umschlagsanlagen in Ulm und Wolfurt stützen die Aussage der Parteien, dass diese vermutete Abwanderung ebenso für Ulm und Wolfurt gelte, wenn überhaupt, dann nur sehr beschränkt (vgl. Rz 367 f.). Auf die Vorbringen der Parteien hinsichtlich Wettbewerb zwischen den Transportketten wird auf die Ausführungen zur bisherigen Praxis der WEKO und anderer Wettbewerbsbehörden (vgl. Rz 217) sowie die weiteren Ausführungen im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung verwiesen (vgl. Rz 311 ff. sowie Rz ff.), wonach nicht von einem Wettbewerb der Transportketten auszugehen ist. Auf die Vorbringen der Parteien bezüglich neuer Marktzutritten und Ausbaupläne, freier Kapazitäten und Marktzutrittsschranken wird nachfolgend (vgl. Rz 459 ff.) Stellung genommen.

Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens bzw. des Betriebs von GBN

459. Die zuvor betrachteten Marktanteile der Zusammenschlussparteien beziehen sich auf bestehende Umschlagsanlagen. Wie bereits erwähnt wird das Zusammenschlussvorhaben jedoch erst mit der Aufnahme des Betriebs von GBN – also in der Zukunft – direkte Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. So wird GBN erst mit der Fertigstellung von Phase 1 eigene Umschlagsleistungen anbieten können. Voraussichtlich 2023 wird mit dem Bau des Hafenbeckens 3 und dem Ausbau von GBN zu einer trimodalen Umschlagsanlage dann auch der trimodale Umschlag über GBN möglich sein.

460. Wie sich der Anteil von GBN und den Zusammenschlussparteien an den vorhandenen Umschlagskapazitäten verändern wird, hängt jedoch auch davon ab, wie hoch die Markteintrittsschranken beim Bau eines Grossterminals sind bzw. ob Marktzutritte und Ausbauten (oder Austritt und Rückbauten) der Wettbewerber bzw. Betreiber von Umschlagsanlagen schon in Planung oder wahrscheinlich sind.

461. Deshalb wird nachfolgend auf den potenziellen Wettbewerb und die Marktzutrittsschranken im Bereich Umschlagsleistungen eingegangen.

462. Gemäss Meldung hängen die effektiven Kosten für den Bau einer Umschlagsanlage von Faktoren wie der Baugrundbeschaffenheit, Anforderungen bezüglich Verkehrsträgeranschlüsse, Art der Umschlagsgeräte ab und sind für jeden Standort bzw. jede Umschlagsanlage unterschiedlich. Die Anschaffungskosten eines mobilen Umschlagsgerät lägen bei CHF […] bis CHF […] und die einer Portalkrananlage, wie sie bei Grossterminals zum Einsatz kämen, im Bereich von […] bis […] Mio. CHF. Kleine oder mittlere Umschlagsanlagen (Schiene/Strasse) auf einer bereits erschlossenen Fläche könnten bereits mit Investitionssummen unter 10 Mio. CHF gebaut werden. Bei grossen Umschlagsanlagen, bei denen Strassenzüge und Gleisbilder erst gebaut werden müssen, würden jedoch erhebliche Kosten für die Erschliessung anfallen. Die wasserseitige Erschliessung sei nochmals komplexer und teurer. Zudem leiste der Bund Investitionsbeiträge an den Bau der Umschlagsanlage gemäss Art. 4 Abs. 1 GüTG, was die Marktzutrittsschranken senke.

463. In der Stellungnahme zur Beschlussbegründung wiederholen die Parteien, dass keine grossen Marktzutrittsschranken bestehen würden. Zusätzlich zu den bereits in der Meldung erwähnten tiefen Investitionskosten für eine kleine bzw. mittlere Umschlagsanlage, seien selbst die Kosten eines Wasseranschlusses bei einer Lage direkt am Gewässer meist verhältnismässig tief. Ein Beispiel dafür sei das geplante trimodale Terminal von Swissterminal in Weil am Rhein. Mit einer geplanten Umschlagskapazität von über 150'000 TEU werde das Terminal zu den grösseren Anlagen gehören und über einen Wasseranschluss verfügen. Dennoch gehe Swissterminal lediglich von einem Investitionsvolumen von EUR 15 bis 20 Mio. aus. Nur bei grossen Anlagen und Anlagen mit komplexem Wasseranschluss sei von höheren Realisierungskosten auszugehen.

464. Als weiteren Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts beeinflussen, nennt die Meldung die Schwierigkeit, einen geeigneten Standort bei der Realisierung einer Umschlagsanlage zu finden.

465. In der Stellungnahme zur Beschlussbegründung weisen die Parteien nochmals darauf hin, dass der Bund Investitionsbeiträge an den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von KV-Umschlagsanlagen und an den Bau von Hafenanlagen für den Güterumschlag im KV gewähre. Deshalb seien die Marktzutrittskosten selbst für grosse Anlagen verhältnismässig tief. Dies gelte auch für Umschlagsanlagen, die im Ausland realisiert würden. Für Umschlagsanlagen im Ausland, die dem alpenquerenden Transitverkehr dienen, bezahle der sogar der Bund Investitionsbeiträge (Art. 8 Abs. 4 GüTG). Und vor allem würden auch umliegenden Länder die bei ihnen errichteten bzw. erweiterten Umschlagsanlagen grosszügig fördern (z. B. in Deutschland bis zu 90 %).

466. Dazu ist anzumerken, dass zwischen den ersten Plänen, der Stellung eines Gesuchs um Investitionsbeiträge, der Sprechung der Investitionsbeiträge, dem Bau und dem darauffolgenden Betrieb einer grossen Umschlagsanlage teils Jahrzehnte vergehen. Zudem muss dazu auch die Anbindung an das Schienen- und Strassennetz ermöglicht werden, was bei grösseren Projekten entsprechende raumplanerische und verkehrspolitische Entscheide der jeweils zuständigen Behörden erfordert bevor mit dem Bau begonnen werden kann (vgl. Rz 468). Laut BAV sind in der Schweiz keine Planungen für weitere Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion bekannt und die Standortwahl aufgrund der Trimodalität

eingeschränkt. Investitionsbeiträge durch den Bund für ein Import/Export-Gateway im Ausland seien zudem nicht möglich. Anlagen im Ausland könnten gemäss Gütertransport nur für den alpenquerenden KV Investitionsbeiträge der Schweiz in Anspruch nehmen. Dies zeigt, dass bis zur Realisierung einer von den Dimensionen her mit GBN vergleichbaren Umschlagsanlage angesichts der langen Planungshorizonte und der für den Bau bzw. die Anbindung notwendigen raumplanerischen und verkehrspolitischen Entscheide Jahre oder gar Jahrzehnte vergehen können. Demnach ist in den nächsten Jahren nicht mit dem Neubau einer weiteren grossen Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion in der Schweiz zu rechnen.

467. Die Meldung erachtet weitere Marktzutritte und/oder Ausbauten bestehender Umschlagsanlagen aufgrund einer stark steigenden Nachfrage in den nächsten Jahren als sehr wahrscheinlich. Die Zusammenschlussparteien würden davon ausgehen, dass grosse Aus-/Neubauten ganz überwiegend im Ausland stattfinden werden, auch aufgrund der Platzverhältnisse in der Schweiz. So plane DUSS den Ausbau der bimodalen Umschlagsanlage in Weil am Rhein mit einer Kapazitätssteigerung von ca. 105'000 TEU (Zeithorizont der Realisierung ab 2025).[114]

468. In der Stellungnahme zur Beschlussbegründung wird zudem der Neubau einer trimodalen Umschlagsanlage in Weil am Rhein durch Swissterminal aufgelistet. Gemäss Swissterminal sei jedoch der Bau von neuen Anlagen weder in der Schweiz noch im Ausland geplant. Auch sei ein Ausbau nicht realistisch. Aufgrund der gegenwärtigen und zu erwartenden Marktsituation wäre dies wirtschaftlich nicht sinnvoll. Zudem drohe das anstehende Grossprojekt GBN massive Überkapazitäten zu schaffen, welche kaum ausgelastet werden könnten. Vor diesem Hintergrund sei es fraglich, ob Investitionen in neue oder bestehende Anlangen ökonomisch zweckmässig seien. Eine allfällige Anbindung eines Neubaus in Weil am Rhein an das deutsche Autobahnnetz wurde zudem nicht im Bundesverkehrswegeplan 2030 berücksichtigt. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt hat sich folgendermassen zu Ausbauplänen am Standort Weil am Rhein geäussert: An einem Standort Weil am Rhein (D) könne selbst unter bestmöglichen Ausbauszenarien kein Gateway-Konzept für die Schweiz realisiert werden. Es sei weder ein konkretes Projekt von Dritten vorhanden noch unter den gegebenen Randbedingungen zur Planung bereit. Die Stadt Weil am Rhein plane keine Umnutzung des dazu notwendigen Waldgrundstücks, das in einer Landschaftsschutzzone liege.[115]

469. Die Parteien gehen davon aus, dass der künftige Marktanteil (grobe Schätzung) von GBN für 2021 über alle Teilmärkte bei ungefähr [10-20] % liegen und bis 2024 auf [20-30] % steigen wird. Für die Umschlagsart Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr würden die künftigen Marktanteile von GBN von [40-50] % im Jahr 2021 auf [60-70] % im Jahr 2024 steigen. In den anderen Umschlagsarten lägen die geschätzten Marktanteile von GBN mit zwischen [10-20] % (Schiene/Strasse) und [40-50] % (Schiff/Schiene) tiefer. Generell sei zu beachten, dass solche Schätzungen für die Zukunft ausserordentlich schwierig vorzunehmen und deshalb mit erheblichen Unsicherheiten verbunden seien.

470. Die Parteien weisen darauf hin, dass diese künftigen Marktanteile von GBN nicht zu den bisherigen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen addiert werden dürften. Die beteiligten Unternehmen würden grosse Teile der Verkehre ihrer bestehenden Umschlagsanlagen nach GBN verlagern. Daraus resultiere kein Zuwachs an Marktanteilen, sondern lediglich deren Verschiebung zu GBN.

471. Aufgrund der erwarteten Effizienzgewinne und der beabsichtigten Mengenbündelung (vgl. Rz 40) sowie den Befürchtungen der Wettbewerber und den Äusserungen der Marktgegenseite (vgl. Rz 472 f. nachfolgend) kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass künftig nicht nur Verkehre der Zusammenschlussparteien sondern auch der Wettbewerber nach GBN verlagert werden.

472. Die befragten Wettbewerber gehen davon aus, dass der Betrieb von GBN zu Änderungen bei der Nachfrage und Spezialisierungen auf Umschlagsarten führen wird. So rechnen Swissterminal und die Hochrhein Terminal AG mit Rückgängen bei den Umschlägen.[116] Bertschi sieht keine Veränderung der Nachfrage und hebt den Vorteil der Entlastung der Umschlagsanlage Birrfeld durch die entstehenden Ausweichmöglichkeiten hervor. Ultra-Brag geht von keinen Volumenverlusten aus, jedoch weiterem Druck auf die Marge. DUSS Weil am Rhein rechnet zwar mit negativen Auswirkungen auf die Nachfrage durch den Betrieb von GBN, geht jedoch davon aus, dass die Gesamtnachfrage im Resultat steigen wird. Birsterminal geht davon aus, dass künftig «der Vor- und Nachlauf über die Strasse schwerpunktmässig an den Terminals in Birsfelden und Auhafen stattfinden wird, der Vor- und Nachlauf auf der Schiene hingegen bei GBN».

473. Von der Marktgegenseite wurde verschiedentlich geäussert, dass es sich bei den bestehenden Umschlagsanlagen nur bedingt um gleichwertige Substitute zu GBN handelt. Beispielsweise gibt ein grosses Schweizer Transport- und Logistikunternehmen mit Fokus auf Paket- und Stückgutlogistik an, dass es keine gleichwertigen Alternativen sieht und dass mit dem Zusammenschluss mehrere Anbieter und heutige Marktteilnehmer distanziert werden. In Bezug auf schiffseitige Umschläge wurde die Gefahr einer Monopolisierung geäussert: Laut der Schweizer Niederlassung eines in der Containerlogistik tätigen europäischen Unternehmens bestehe im Bereich Containerumschlag die Gefahr einer Monopolisierung. GBN würde im Hafen Basel Kleinhüningen (nach Wegfall der Umschlagskapazitäten im HB1) rund 85 % der wasserseitigen Umschlagskapazitäten (GBN und Terminals Contargo der Rethmann-

[114] Vgl. Zudem bestünden Pläne für einen Ausbau für die Umschlagsanlagen in Ulm, Genf, Rheinhafenterminal in Weil am Rhein, Lauterbourg und neue Standorte würden in Villingen-Schwennigen und Lahr diskutiert.

[115] Vgl. Ratschlag Basel-Stadt (Fn 111), 26.

[116] Swissterminal rechnet damit, dass «die Nachfrage [..] massiv zurückgehen wird, da GBN mit Tiefstpreisen starten wird und muss. Dies, um die riesigen Kapazitäten zu decken und den Markt zu gewinnen».

Gruppe) für Container auf sich vereinigen. Auch eine Schweizer Reedereiagentur erwartet aufgrund der aktuellen Planungslage für das Lagern/Umschlagen/Reparieren von Containern eine Monopolsituation im Basler Rheinhafen verbunden mit den entsprechenden Nachteilen. Sie erwartet auch eine Kapazitätsreduktion in Bezug auf Leercontainerlagerung und Depotfunktion im Basler Rheinhafen aufgrund des zu erwartenden Wegfalls der Kapazitäten von Swissterminal. Die schweizerische Niederlassung eines international tätigen Speditions- und Logistikunternehmens sieht einerseits Vorteile für die Benutzer von GBN, die von einer neuen und leistungsfähigen Infrastruktur profitieren können. Als Nachteil sieht sie die Verringerung der Auswahlmöglichkeiten bedingt durch zu erwartende Marktverdrängung zu Lasten bestehender Anbieter sowie die Gefahr eines Flaschenhals-Effekts, falls der Betrieb im Grossterminal einmal nicht mehr funktionieren sollte und es keine Ausweichmöglichkeiten gibt.

474. Nachfolgend wird die künftige Wettbewerbssituation für Umschlagsleistungen auf den einzelnen Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet analysiert. Dazu werden die Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien und der Wettbewerber näher betrachtet und bezüglich Kapazität, Eigenschaften, Standortqualität mit der künftigen Umschlagsanlage GBN für die Analyse der künftigen Wettbewerbssituation verglichen. Dabei werden auch vorgesehene Marktzutritte, Ausbaupläne bzw. Stilllegungen von den Betreibern der relevanten Umschlagsanlagen sowie der erwartete Anstieg der Nachfrage nach Umschlagsleistungen berücksichtigt. Den zwei Phasen des Ausbaus von GBN folgend, wird zuerst auf die relevanten Umschlagsarten von Ausbauphase 1 gefolgt von den relevanten Umschlagsarten für Ausbauphase 2 eingegangen.

Künftige Entwicklung der Nachfrage nach Umschlagsleistungen

475. Für die Beurteilung der zukünftigen Wettbewerbssituation nach Inbetriebnahme von GBN sind freie verfügbare Kapazitäten bei den vorhandenen Umschlagsanlagen ein wichtiger Aspekt, die abhängig von der künftigen Nachfrage nach und dem Angebot an Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr aber auch im alpenquerenden Transitverkehr sein wird.

476. Bevor nachfolgend auf die künftige Nachfrage nach Umschlagsleistungen und die vorhandenen Umschlagskapazitäten eingegangen wird, ist bezüglich des Einflusses der Kapazitäten auf die Wettbewerbssituation auf folgende Aspekte hinzuweisen:

- Bei beschränkten Kapazitäten bzw. einer bestehenden Kapazitätslücke ist davon auszugehen, dass dies die Wettbewerbsintensität zwischen den Unternehmen senkt, was häufig mit höheren Preisen einhergeht. Dies ist insbesondere der Fall bei bestehenden Markteintrittsschranken, die die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten senkt und damit den potenziellen Wettbewerb einschränkt.
- Sind genügend Kapazitäten vorhanden bzw. verfügen die Unternehmen über entsprechende freie Kapazitäten, ist eine wichtige Voraussetzung für Wettbewerb zwischen den Unternehmen gegeben. Dazu ist anzufügen, dass mehrere Unternehmen über freie Kapazitäten verfügen sollten bzw. die Möglichkeit haben, bestehende Kapazitäten günstig auszuweiten, damit sich ein Leistungswettbewerb entfalten kann. So geht von Umschlagsanlagen, die bereits an oder über der Kapazitätsgrenze wirtschaften, nicht der gleiche Wettbewerbsdruck aus wie von Umschlagsanlagen, die über freie Kapazitäten verfügen. Beispielsweise kann nicht die Rede von einem funktionierenden Wettbewerb sein, falls die Umschlagsanlagen aller Wettbewerber voll ausgelastet sind und somit die Möglichkeit ausgeschlossen ist, weitere Umschläge der Konkurrenten hinzuzugewinnen. Für funktionierenden Preis- bzw. Leistungswettbewerb ist es deshalb neben anderen Faktoren wichtig, dass freie Umschlagskapazitäten von verschiedenen Unternehmen vorhanden sind.
- Demgegenüber kann bei einem Unternehmen mit substantiellen Überkapazitäten, beispielsweise wenn ein Betreiber von Umschlagsanlagen die gesamte Marktnachfrage alleine befriedigen könnte, ein Verdrängungswettbewerb von Wettbewerbern nicht ausgeschlossen werden. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen einer Preisunterbietung als Ausdruck von Leistungswettbewerb und sachlich nicht gerechtfertigten Niedrigpreisen. Bei letzterem versucht das Unternehmen die Wettbewerber mit Kampfpreisen (sog. «predatory pricing») aus dem Markt zu drängen.[117] Betreffend Kampfpreise bzw. einer allfälligen Verdrängungsstrategie von Wettbewerbern eines marktbeherrschenden Unternehmens bleibt anzufügen, dass dies eine unzulässiges Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG darstellen würde.

477. Demzufolge sind beschränkte Kapazitäten bzw. Kapazitätslücken aber auch substantielle Überkapazitäten neben den anderen relevanten Wettbewerbsfaktoren eher hinderlich für funktionierenden Wettbewerb.

478. Bezüglich der künftigen Nachfrage nach Umschlagsleistungen fasst die INFRAS-Studie Entwicklungen des UKV in der Schweiz die Ergebnisse bzw. Prognosen von Studien zur Entwicklung des unbegleiteten kombinierten Verkehrs in der Schweiz zusammen. Sie zeigt, dass es zwischen den Studien grosse Unterschiede beim erwarteten Anstieg des UKV in der Schweiz gibt. So liegt der Bereich der Veränderung des UKV von 2015 bis 2030 zwischen einem Anstieg von 21 % und 80 % des Umschlagsbedarfs im Import und Export. Bei den schiffseitigen Containerumschlägen über den Rhein liegen die Prognosen des Anstiegs zwischen 22 % und 71 %.[118] Ob es künftig Überkapazitäten geben wird oder nicht, hängt demzufolge auch davon ab, wie hoch der Anstieg der Nachfrage nach Umschlagsleistungen tatsächlich ausfallen wird.

[117] Vgl. beispielsweise MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, 411 ff. m.w.H.

[118] Vgl. INFRAS, Schlussbericht Entwicklung des UKV in der Schweiz – Vertiefende Betrachtungen vom 24.8.2017, im Auftrag des BAV (nachfolgend: INFRAS-Studie Entwicklung UKV), <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/gueterverkehr-auf-der-schiene/konzept-fuer-den-guetertransport-auf-der-schiene.html> (3.5.2019).

479. Die INFRAS-Studie geht von einem Anstieg des Umschlagsbedarfs und der dadurch benötigten Umschlagskapazitäten für das Jahr 2030 von 55 % bei den bahnseitigen Umschlägen im UKV im Import- und Exportverkehr gegenüber 2015 aus. Für den schiffseitigen Umschlag im UKV im Import- und Exportverkehr werde mit einem Anstieg der benötigten Kapazitäten von 48 % gegenüber 2015 gerechnet. Im UKV Binnenverkehr wird zudem mit einem Anstieg der benötigten Kapazitäten von 35 % gerechnet. Für das Jahr 2040 sind die jeweils benötigten Umschlagskapazitäten entsprechend höher. Die Verfasser der Studie merken an, dass ihre Abschätzungen eher am unteren Rand der Entwicklung des UKV zu liegen kommen, da mit einem zusätzlichen Umschlagsbedarf gerechnet werden müsse.[119]

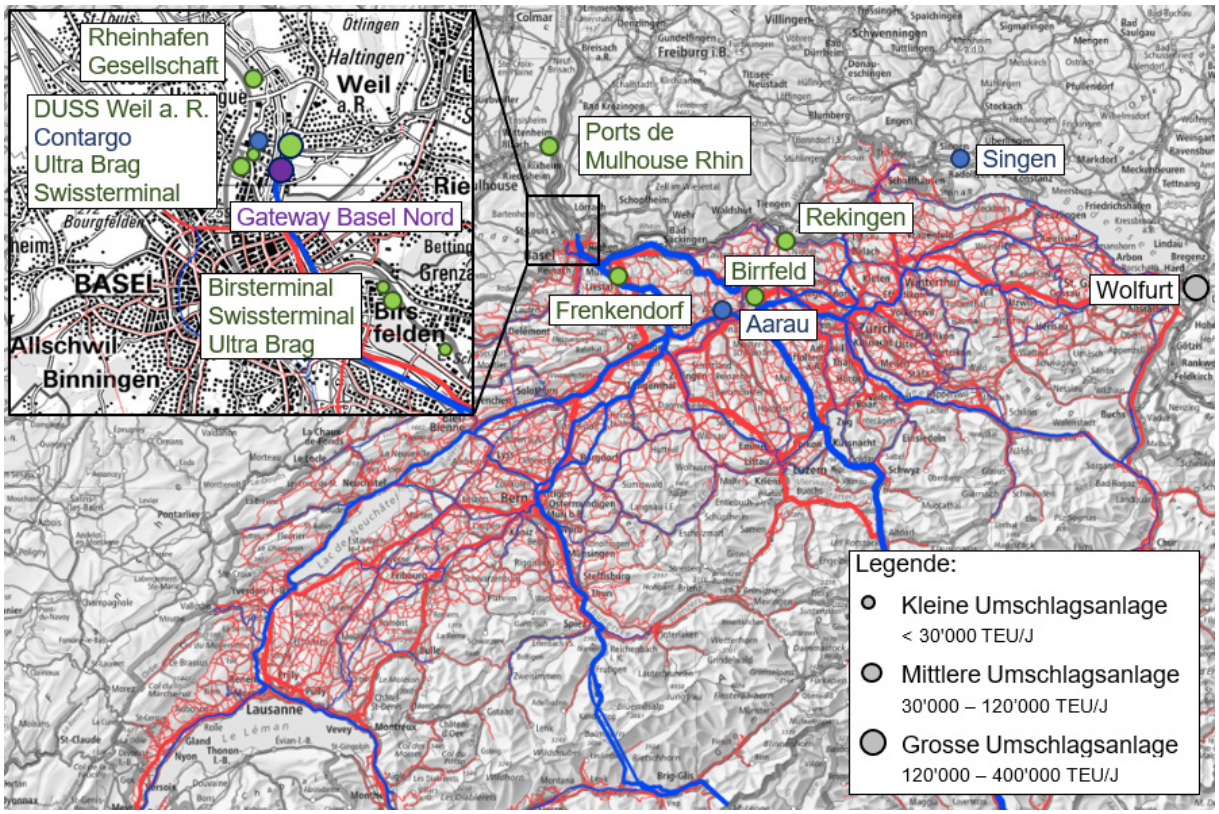
480. Hierzu ist anzumerken, dass sich der Umschlagsbedarf auf den gesamten Import- und Exportverkehr des UKV bezieht und nicht nur auf die im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevanten Verkehrsströme. Zudem beschränkt sich die Studie auf den Bedarf im Binnenverkehr und Import-/Exportverkehr. Die Veränderung des Umschlagsbedarfs im Transitverkehr durch die Schweiz wird also nicht analysiert.

481. Zudem rechnen die Zusammenschlussparteien damit, dass die Operateure vermehrt Züge von 700 bis 750 m anstreben werden. Es sei zu erwarten, dass dies schrittweise erfolgen und primär von der Nachfrage – und im alpenquerenden Transitverkehr auch durch das Verlagerungsziel – bestimmt sein werde. Entsprechende Prognosen seien schwierig. Der hohe Kostendruck im Transportbereich dürfte aber erfahrungsgemäss dazu führen, dass jede Möglichkeit zur Erhöhung der Effizienz und zur Senkung der Kosten auch genutzt werde.

Ausbauphase 1: Umschlagsart Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr

482. Abbildung 12 zeigt die relevanten Umschlagsanlagen für den Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet der Schweiz. Die künftige Umschlagsanlage GBN (violett) wird ihren Standort neben den bestehenden Umschlagsanlagen im Hafen Kleinhüningen (Basel) von Contargo (blau) sowie den Wettbewerbern (grün) Swissterminal und Ultra-Brag haben. Direkt im Anschluss an GBN befindet sich die Umschlagsanlage des Wettbewerbers DUSS in Weil am Rhein (D). Die Umschlagsanlagen Aarau und Singen werden von Hupac betrieben. Bimodale Umschlagsanlagen von Wettbewerbern werden in Birrfeld, Frenkendorf und Rekingen betrieben. Weitere trimodale Umschlagsanlagen von Wettbewerbern befinden sich in Birsfelden bzw. Muttenz sowie im grenznahen Ausland. Der Standort Wolfurt ist grau markiert.

Abbildung 12: Relevante Umschlagsanlagen für den landseitigen Umschlag im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet



[119] Vgl. INFRAS-Studie Entwicklung UKV (Fn 118), 49 f.

483. Die Dichte an Umschlagsanlagen in Basel und Umgebung unterstreicht die Wichtigkeit des Standorts Basel für die Transport- und Logistikbranche. Zusätzlich sind auch die Verkehrsströme des Güterverkehrs auf der Schiene (blau) und auf der Strasse (rot) angegeben.[120] Die Stärke der Linien gibt die Menge der transportierten Güter wieder bzw. die Wichtigkeit der verschiedenen Verkehrsströme. Auch hier zeigt sich, dass der Raum Basel, insbesondere für den Verkehrsträger Schiene, für den Import- und Exportverkehr aber auch den alpenquerenden Transitverkehr von grosser Bedeutung ist.

Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien

484. Die bimodale Umschlagsanlage von **Hupac in Aarau** verfüge über eine Kapazität von [70'000-80'000] TEU, 4 Gleise mit einer jeweiligen Länge von 300 m, ein Gleis mit einer Länge von 200 m sowie 3 Mobilkräne. Diese Anlage führe […] mit einem Anteil von […] % Schiene/Schiene.

485. Die bimodale Umschlagsanlage von **Hupac in Singen** (D) verfüge über eine Kapazität von [175'000-200'000] TEU, 4 Gleise mit einer jeweiligen Länge von 650 m sowie 2 Portalkräne und einen Mobilkran. Zudem sei Leercontainer-Logistik mit einer grossen Abstellfläche für Container vorhanden. Der Anteil der für die Schweiz relevanten Umschläge im KV betrage […] %. Dabei handle es sich mehrheitlich um […] (vgl. Rz 583).

486. Zusätzlich sind rein landseitige Umschläge auch über trimodale Umschlagsanlagen, wie das **Hafenbecken 2 von Contargo** möglich. Diese Umschlagsanlage verfüge über eine Kapazität von 90'000 TEU, 7 Gleise mit einer jeweiligen Länge von 350 m sowie 2 Portalkräne und einen Mobilkran. Diese Anlage ist primär auf den schiffseitigen Umschlag Schiff/Strasse ausgelegt (vgl. Rz 539).

487. Mit Ausnahme der Anlage in Singen, die über 650 m Gleise verfügt, müssen bei diesen Anlagen Ganzzüge aufgeteilt werden, was zu wesentlichen Produktivitätsverlusten im Bahnumschlagsverkehr im Verhältnis zu GBN führt.

Bimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

488. Die Umschlagsanlage der **DUSS in Weil am Rhein** verfüge über eine Kapazität von 200'000 TEU, 4 Gleise mit einer kranbaren Nutzlänge von 645 m und 2 Gleise mit einer kranbaren Nutzlänge von 550 m sowie 3 Portalkräne. Der Anlage ist der Rangierbahnhof Weil am Rhein der Umschlagsanlage nördlich vorgelagert, weshalb diese Anlage etwas besser an das deutsche als das schweizerische Schienennetz angeschlossen ist. Die Anlage werde aktuell ausgebaut. Wegen seiner geografischen Lage gelte das DUSS-Terminal als wichtige logistische Drehscheibe für alpenquerende KV-Transporte (vgl. Rz 585). Im Zielzustand werde diese ab dem Jahr 2024 eine Umschlagskapazität von rund [277'000-308'000] TEU ([180'000-200'000 LE) haben.

489. Die Umschlagsanlage von **Swissterminal in Frenkendorf** verfüge über eine Kapazität von 77'000 TEU (Angaben BAV), 3 Gleise mit einer kranbaren Nutzlänge von jeweils 220 m Länge, eine Abstellfläche für Container von 65'000 m2 (Lagerkapazität 7'000 TEU) sowie zwei Portalkräne und zwei Leercontainerstapler. Der Standort liege exakt auf dem Rhein-Alpen-Korridor und sei ideal für die Strassen- und Bahnanbindung in der Schweiz. Es seien keine Ausbaupläne der Anlage bekannt.

490. Die Umschlagsanlage von **Hochrhein Terminal in Rekingen** verfüge über eine Kapazität von 80'000 TEU, 5 Gleise mit einer jeweiligen Länge von 300 m sowie einem Portalkran. Der Betrieb der Umschlagsanlage werde – zumindest in den kommenden drei Jahren – mit den bestehenden Kapazitäten betrieben. Ein im Jahre 2014 erarbeitetes Erweiterungsprojekt sei gestoppt worden. Aufgrund der aktuell tiefen Auslastung, bestehen jedoch noch relativ hohe freie Kapazitäten (vgl. Rz 451).

491. Die Umschlagsanlage **Birrfeld von Bertschi** verfüge über eine Kapazität von 51'000 TEU, 3 Gleise mit einer Länge von 240 m, 100 m bzw. 85 m sowie 3 Portalkräne. Es seien keine Veränderung der Umschlagkapazitäten dieser Anlage vorgesehen. Die Anlage sei auf die Umschlagsart Schiene/Strasse ausgerichtet. Gemäss Bertschi beträgt der Anteil der Umschlagsleistungen, die für Dritte durchgeführt werden, weniger als 10 %.

492. Mit Ausnahme der Umschlagsanlage DUSS Weil am Rhein, die über 645 m lange kranbare Gleise verfügt und noch ausgebaut wird, müssen auch bei den bimodalen Anlagen der Wettbewerber Ganzzüge aufgeteilt werden, was zu wesentlichen Produktivitätsverlusten im Bahnumschlagsverkehr im Verhältnis zu GBN führt. Unter diesen bahnseitigen Randbedingungen ist es fraglich ob auf diesen Anlagen die notwendigen Skalen- und Bündelungseffekte für eine Verlagerung auf die Schiene realisiert werden können.

493. Gemäss der aktuellen Einschätzung des BAV erfüllt zudem die Anlage DUSS Weil am Rhein und deren Ausbauprojekt nicht die Funktionalität eines Gateways und kann daher nicht an die Stelle von GBN treten.[121]

Trimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

494. Der landseitige Umschlag Schiene/Schiene und Schiene/Strasse ist grundsätzlich auch über trimodale Umschlagsanlagen möglich. Auf die schiffseitige Anbindung dieser Anlagen wird im Abschnitt Ausbauphase 2 Umschlagsart Schiff/Schiene eingegangen (siehe Rz 540 ff.).

495. Die Umschlagsanlage des Wettbewerbers **Swissterminal im Hafenbecken 1** verfügt über eine Kapazität von 54'000 TEU (Angaben BAV), 3 Gleise mit einer kranbaren Nutzlänge von jeweils 150 m Länge, eine Abstellfläche für Container von 12'000 m2 sowie einen Portalkran und einen Leercontainerstapler. Wie die Anlage von Contargo in Basel sind sie eher auf die Umschlagsart Schiff-Strasse ausgerichtet. Wie bereits erwähnt, wird diese Anlage spätestens 2029 geschlossen, da das Land städtebaulich umgenutzt werde (Rz 34).

[120] Quelle: BFS – GEOSTAT; ARE – Verkehrsmodellierung (VM-UVEK), INFOPLAN, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.3222239.html> (3.5.2019).

[121] Allerdings kontrastiert dies mit der Aussage des BAV, wonach DUSS Weil am Rhein als Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion bezeichnet werden kann (vgl. Rz 224).

496. Zusätzlich werde im Hafen Kleinhüningen noch eine kleine Umschlagsanlage von **Ultra-Brag im Hafenbecken 2** mit einer Kapazität von vormals 10'000 TEU, 6 Gleise mit jeweils einer kranbaren Nutzlänge von 75 m und einem Portalkran betrieben. Die Kapazität wurde Ende Jahr auf eine Gesamtkapazität von 30'000 TEU ausgebaut und ein weiterer Ausbau auf 60'000 TEU könne gemäss Ultra-Brag im Jahr 2020 realisiert werden.

497. Im nahen Ausland wird in Weil am Rhein (D) eine trimodale Umschlagsanlage von der **Rheinhafen Gesellschaft** mit einer Kapazität von 45'000 TEU betrieben. Die Anlage verfüge über ein 300 m langes Gleis, einen Portal- und einen Mobilkran. Zudem wird in Ottmarsheim (F) eine Umschlagsanlage durch die **Ports de Mulhouse-Rhin** mit einer Kapazität von 90'000 TEU in 24 km Entfernung zu GBN betrieben. Sie verfüge über 2 Kräne, eine Abstellfläche von 7.5 HA (6’500 TEU) und eine Nutzlänge der Gleise von insgesamt 1000 Metern. In beide Hafenanlagen werden neben den relevanten Umschlägen für den Import-/Exportverkehr in und aus der Schweiz Umschläge für den Import-/Export- und Binnenverkehr in Frankreich bzw. Deutschland durchgeführt. Die Meldung geht dabei von einem Anteil der für die Schweiz relevanten Umschläge im KV von […] % für die Anlage in Ottmarsheim und […] % für die Anlage in Weil am Rhein aus. Beide Anlagen sind schienenseitig nicht optimal erschlossen und deshalb nicht geeignet für den Umschlag Schiene/Schiene.

498. Zudem befinden sich drei weitere trimodale Umschlagsanlagen in Birsfelden bzw. Muttenz: Die Umschlagsanlage von **Swissterminal in Birsfelden** verfüge über eine Kapazität von 48'000 TEU (Angaben BAV), 5 Gleise mit einer kranbaren Nutzlänge von jeweils 130 m, eine Abstellfläche für Container von 15’600 m2 sowie einen Portalkran und einen Leercontainerstapler. Die Umschlagsanlage von **Birsterminal in Birsfelden** verfüge über eine Kapazität von 30'000 TEU, 2 Gleise mit einer Nutzlänge von jeweils 400 m, zwei Brückenkräne und diverse Hallenkräne. Die kleine Umschlagsanlage im **Auhafen Muttenz von Ultra-Brag** verfüge über eine Kapazität von 15'000 TEU, 3 Gleise mit einer Nutzlänge von jeweils 175 Meter sowie 3 Kräne. Für diese drei Anlagen sind keine Ausbaupläne bekannt.

499. Gemein ist diesen trimodalen Anlagen der Wettbewerber, dass sie auf den Umschlag zwischen Binnenschiff und Strasse ausgelegt sind. Ein Umschlag Schiene/Schiene ist zwar möglich, aber zeit- und kostenaufwendiger aufgrund der im Vergleich zu GBN nachteiligen bahnseitigen Anbindung dieser Anlagen, mit einer teils beschränkten Anzahl Gleisen und signifikant kürzerer kranbarer Nutzlänge der Gleise. Dies bedingt, dass in den Anlagen nur Teilzüge abgefertigt werden können, die anschliessend zu Ganzzügen zusammengestellt werden müssen.

500. Der Bericht Untersuchung möglicher Alternativen zum Hafenbecken III der ETHZ und der SGKV (nachfolgend: ETHZ/SGKV-Bericht) führt anhand der Anlage von Swissterminal in Birsfelden aus, dass aktuell der Rangieraufwand zur Bildung von Ganzzügen hoch ist, da selbst nur Teilzüge abgefertigt werden können.[122] Die Zusammenstellung von Ganzzügen (bis 600 m Länge) erfolge im Hafenbahnhof Birsfelden. Zudem sind bei diesen Anlagen aufgrund des Layouts und der kurzen Gleislänge die Effizienzvorteile der Bündelung auf der Schiene begrenzt. Dieser Nachteil gegenüber GBN trifft auch auf die anderen trimodalen Umschlagsanlagen zu.

Kosten- und Zeitvergleich

501. Die Zusammenschlussparteien gehen von Kostenersparnissen bei den Umschlagsleistungen von GBN im Vergleich zu bestehenden Schweizer Umschlagsanlagen von ca. […] % aus. Weitere Kostenersparnisse würden durch den wegfallenden Rangieraufwand auf dem Hauptlauf bzw. Vor- und Nachlauf auf der Schiene resultieren, um lange Güterzüge aufzuteilen, wie dies in den heutigen Schweizer Terminals nötig sei (vgl. hierzu Rz 500). Dank der Bündelungseffekte, die GBN ermöglichen werde, seien zudem Kostenersparnisse bzw. Effizienzvorteile in anderen Bereichen zu erwarten (vgl. Rz 142).

502. Der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien liegt bereits im aktuellen Wettbewerb in der Umschlagsart Schiene/Schiene bei [70-80] %. Es ist geplant, dass die Zusammenschlussparteien bestehende Umschlagsvorgänge anderer Umschlagsanlagen wie Basel Wolf, Hafenbecken 2 von Contargo, Aarau etc. zu GBN verlagern werden (vgl. Rz 159). Zudem hat sich GBN gegenüber dem BAV dazu verpflichtet, längerfristig einen Anteil von 45 % bzw. 50 % zu erzielen (vgl. Rz 444).

503. Der ETHZ/SGKV-Bericht vergleicht die Transportkosten eines Standardtransports von Rotterdam bis zum Empfänger in der Schweiz (Kunde in Orbe bzw. Lausen).[123] Bei der Transportkette wurden jeweils verschiedene Optionen bei der Verkehrsmittelwahl bzw. der angefahrenen Umschlagsanlage (Region Basel) berücksichtigt. Der Kostenvergleich zeigt auf,

- dass GBN einen signifikanten Kostenvorteil bei den Rangierkosten hat und dieser Vorgang entscheidende Zeitersparnisse gegenüber den Alternativen mit sich bringt;
- dass die Kosten für die Transportprozesse in der Feinverteilung in der Schweiz stark vom Anteil des Modal-Split abhängt. Je höher die Anteile der Umschläge auf die Bahn (Modal-Split Bahn), desto günstiger sind die Gesamtkosten eines Standardtransports der Feinverteilung per Shuttle-Zug;
- dass die Kosten pro Umschlag der Umschlagsanlage GBN teurer ist als bei den betrachteten Alternativen.

504. Daraus wird ersichtlich, dass die grössten Kostenvorteile aufgrund der optimalen schienenseitigen Anbindung von GBN und der Möglichkeit der Verarbeitung der europäischen Güterzüge in voller Länge entstehen. Zudem zeigt der Kostenvergleich, dass für die Realisierung der Effizienzvorteile ein hoher Anteil des Modal-Split

[122] Vgl. ETHZ/SGKV-Bericht (Fn 112), 40.
[123] Vgl. ETHZ/SGKV-Bericht (Fn 112), Ergänzungsbericht, 4 ff.

Bahn notwendig ist – also eine Bündelung solcher Verkehre auf GBN. Aufgrund der starken Marktstellung auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten und der vorgesehenen Verschiebung von Verkehren ist davon auszugehen, dass das Bündelungspotenzial bzw. der Modal-Split Anteil der Bahn hoch sein wird.

505. Gegenüber den bestehenden Umschlagsanlagen in der Schweiz, welche vom Bund mitfinanziert wurden, ist zudem darauf hinzuweisen, dass grösstenteils zinslose Darlehen gesprochen wurden im Unterschied zu den A-Fonds-perdu-Beiträgen bei GBN. Dies führt zu verhältnismässig geringeren jährlichen Abschreibungen im Vergleich zu Anlagen welche eigenfinanziert wurden oder deren Darlehen zurückbezahlt werden müssen. Gleiches gilt auch für den Ausbau bestehender Umschlagsanlagen. Unter Umständen kann sich dies nachteilig auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirken.

Zwischenfazit

506. Mit Ausnahme der bimodalen Umschlagsanlagen von Hupac in Singen und der DUSS in Weil am Rhein sind die bestehenden Umschlagsanlagen GBN in Bezug auf die Faktoren Kosten und Zeit klar unterlegen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass künftig auch Verkehre von Wettbewerbern in der Umschlagsart Schiene/Schiene zu GBN verlagert werden.

507. Von der Umschlagsanlage in Singen wird kein Wettbewerbsdruck auf GBN ausgehen, da sie von Hupac betrieben wird. Bei der Umschlagsanlage DUSS Weil am Rhein liegt der aktuelle Anteil der Umschlagsart Schiene/Schiene deutlich unter dem Anteil der Umschlagsart Schiene/Strasse beim Import-/Exportverkehr mit der Schweiz (vgl. dazu Rz 450). Mitverantwortlich für die relativ tiefen Anteile der Umschlagsanlage DUSS Weil am Rhein in der Umschlagsart Schiene/Schiene im Vergleich zur Umschlagsart Schiene/Strasse ist vermutlich auch die starke Stellung von SBB Cargo in den Märkten für Operateurleistungen und Gütertransport im Binnenverkehr, somit im Vor- und Nachlauf der Verkehrsströme im Import-/Exportverkehr auf der Schiene (vgl. Rz 512).

Künftige Kapazitäten und Entwicklung der Nachfrage

508. Mit den erwähnten Ausbauvorhaben (bereits erfolgt oder zukünftig) werden sich, unter Berücksichtigung der Stilllegung einzelner Anlagen (Basel Wolf und Niederglatt vor 2021, Hafenbecken 1 von Swissterminal spätestens 2029), die vorhandenen Kapazitäten der Anlagen im Jahr 2030 im Vergleich zu den vorhandenen Kapazitäten im Jahr 2015 um [40-50] % erhöhen. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass im Jahr 2015 einzelne der relevanten Anlagen noch über freie Kapazitäten verfügten, wie beispielsweise die Anlagen von Birsterminal, Swissterminal und Ultra-Brag in Birsfelden bzw. Muttenz und das Hochrhein Terminal. Werden die freien Kapazitäten berücksichtigt, ergibt sich ein Anstieg von [50-60] % der Kapazitäten. Hierzu ist anzumerken, dass es sich hierbei um eine konservative Schätzung handelt und nur GBN und die Ausbauten von DUSS Weil am Rhein und Ultra-Brag Basel berücksichtigt wurden, welche bereits abgeschlossen wurden oder in den nächsten 5 Jahren fertiggestellt werden.[124]

509. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das prognostizierte Wachstum der im Raum Basel zukünftig umgeschlagenen Container – auf welchem die für GBN vorgesehenen Umschlagskapazitäten schlussendlich basieren – mit einer gewissen Unsicherheit behaftet ist. Jedoch geht die grosse Mehrheit der Studien von einem Wachstum der Nachfrage nach Umschlagsleistungen im kombinierten Verkehr aus (vgl. Rz 478 ff.). Einzig das Unternehmen Swissterminal weist darauf hin, dass die globale Containerisierung der Güter praktisch, d.h. zu 97 %, abgeschlossen sei. Zudem drohe das anstehende Grossprojekt GBN massive Überkapazitäten zu schaffen, welche kaum ausgelastet werden könnten. Swissterminal hat zudem angegeben, dass die Kapazitäten bestehender Anlagen mittels Erweiterung der Öffnungszeiten/Betriebszeiten weiter erhöht werden könnten. Auch das von der Wirtschaftskammer Baselland eingereichte Gutachten bezüglich Marktangebot und Marktnachfrage nach Umschlagsleistungen (vgl. Rz 81) bringt vor, dass mit der Eröffnung des geplanten Hafenbeckens 3 massive Überkapazitäten geschaffen würden.

510. Betreffend mögliche Überkapazitäten der Umschlagsanlage GBN hat das BAV angegeben, dass mit dem Wegfall von Basel Wolf und Hafenbecken 1 von Swissterminal in jedem Fall für 2030 eine Lücke von 120'000 TEU/Jahr entsteht. Die Analyse [des BAV] zeige auf, dass GBN aus rein kapazitativer Betrachtung geeignet sei, die sich abzeichnenden Kapazitätsengpässe zu schliessen. Da das BAV basierend auf den Prognosen des Konzepts für den Gütertransport von einem weiteren Anstieg der Nachfrage nach Umschlagsleistungen ausgeht (vgl. Rz 227) und aufgrund der erwähnten Kapazitätslücke ist zumindest ab 2030 nicht von übermässigen Überkapazitäten auszugehen. Die von Swissterminal geltend gemachte mögliche Erhöhung der Kapazitäten mittels Erweiterung der Öffnungszeiten/Betriebszeiten ist für das BAV nicht nachvollziehbar. So zweifelt das BAV aufgrund bestehender Rahmenbedingungen wie dem gesetzlichen Nachtfahrverbot sowie dem Sonn- und Feiertagsfahrverbot auf der Strasse und höherer Kosten aufgrund der Nachtzuschläge bei der Entlohnung das Ausmass der Erweiterungsmöglichkeiten von Swissterminal an.

511. In Anbetracht des erwarteten Anstiegs der Nachfrage nach Umschlagsleistungen von ungefähr 55 % im Import- und Exportverkehr und eines gesamthaften Kapazitätsausbaus der relevanten Umschlagsanlagen (inkl. freie Kapazitäten) von konservativ geschätzten [50-60] %, ist zumindest während der nächsten 10 Jahre von einem genügend grossen Angebot auszugehen. Allerdings sind solche Prognosen mit grosser Unsicherheit verbunden.

[124] So werden bei den berücksichtigten Umschlagsanlagen teilweise auch Umschläge des Binnenverkehrs abgewickelt, die künftigen Kapazitäten sind jedoch ausschliesslich für internationale Transporte vorgesehen. Der prozentuale Anstieg würde demnach höher ausfallen. Zudem wurden Ausbaupläne von Anlagen wie Ottmarsheim nicht berücksichtigt, da keine Zahlen vorliegen oder die Planung noch zu wenig weit fortgeschritten ist. Ausserdem sind auch Produktivitätsfortschritte beim Umschlag durch Automatisierung nicht ausgeschlossen die zu einer zusätzlichen Erhöhung der Kapazitäten führen könnte.

Vertikale Effekte

512. Bei den Zusammenschlussparteien handelt es sich um vertikal integrierte Unternehmen, welche auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten über sehr hohe Marktanteile verfügen (vgl. Rz 401 ff. sowie Rz 619 ff. nachfolgend). Dank der vertikalen Integration der Unternehmen können Transportangebote im KV aus einer Hand offeriert werden, die doppelte Marginalisierung entfällt, die Auslastung der Umschlagsanlagen kann gesteuert werden und die Unternehmen profitieren von einem besseren Informationsaustausch zwischen den einzelnen Transportprozessen.

513. Für die Umschlagsart Schiene/Schiene ist insbesondere die Stellung der SBB Cargo im Schweizer Güterverkehr auf der Schiene zu berücksichtigen, insbesondere als aktuell einziger Anbieter im Einzelwagenladungsverkehr. Mit dem Angebot des Swiss Split wird der Vor- und Nachlauf der Import-/Exportverkehre abgewickelt. Die starke Position von SBB Cargo ermöglicht die Bündelung auf einzelne Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion und das Ausschöpfen der entstehenden Kostenvorteile durch die Bündelung. Die Umschläge vom Hauptlauf auf den Nachlauf auf der Schiene (und umgekehrt) wird SBB Cargo soweit möglich in eigenen Umschlagsanlagen abwickeln. Deshalb ist davon auszugehen, dass SBB Cargo diese Verkehre auf GBN und nicht auf potenzielle Alternativen von Wettbewerbern wie DUSS Weil am Rhein bündeln wird.

Stellung der Marktgegenseite

514. Die Parteien bringen vor, dass im internationalen Güterverkehr die Umschlagsdienstleistung lediglich ein kleiner Teil einer gesamten Transportkette sei. Nachfrager dieser Dienstleistungen seien die grossen internationalen Speditions- und Operateurunternehmen wie Kühne + Nagel, DB Schenker, Panalpina, DHL, Dachser, Maersk, Hapag Lloyd, Transfracht, Lineas, Hannibal etc. Diese würden Transportbedürfnisse ihrer Kunden bündeln und gegenüber den Umschlagsanlagen als Nachfrager auftreten. Dieser Besonderheit des Marktes messe auch die EU-Kommission grosses Gewicht zu, indem sie davon ausgehe, dass der Betreiber einer Umschlagsanlage «mit der Nachfragemacht seiner Kunden konfrontiert» sei. Eine starke Marktgegenseite, die sogar über Nachfragemacht verfüge, spreche klar gegen eine marktbeherrschende Stellung.

515. Hierzu ist anzumerken, dass es sich beim kombinierten Verkehr um eine Teilmenge des Güterverkehrs handelt, bei welchem dem KV-Operateur insbesondere als Organisator des Hauptlaufs auf der Schiene bzw. dem Binnenschiff eine spezielle Rolle zukommt. Gemäss Meldung entwickeln, organisieren und vermarkten die Operateure die Transporte im KV. Dabei würden sie Verträge mit den Frachtführern (Transportunternehmen), mit den Traktionsunternehmen (EVU) und mit den Betreibern von Umschlagsanlagen abschliessen. Die Auftraggeber der KV-Operateure bzw. für Transporte im KV seien in der Regel die Spediteure und Verlader (vgl. Rz 173). Die Analyse der betroffenen Märkte für Operateurleistungen zeigt, dass die Zusammenschlussparteien in diesen Märkten über sehr hohe Marktanteile verfügen (vgl. Rz 401 ff. und Rz 619 ff. nachfolgend).

516. Folglich handelt es sich bei der Marktgegenseite nicht ausschliesslich um grosse international tätige Speditionsunternehmen, sondern hauptsächlich um KV-Operateure sowie Reedereien, Reedereiagenturen, Speditionen etc. Es mag allenfalls zutreffen, dass die grossen international tätigen KV-Operateure und Speditionsunternehmen über eine gewisse Verhandlungs- bzw. Nachfragemacht verfügen. 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.[125] Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Zusammenschlussparteien selbst eine bedeutende Rolle als Marktgegenseite des künftigen GBN einnehmen werden, was beispielsweise die hohen Marktanteile der Zusammenschlussparteien in den Märkten für Operateurleistungen unterstreichen (vgl. Rz 417 ff).

517. Die Parteien bringen in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung weiter vor, dass die vorläufige Beurteilung die zentrale Rolle der Nichtdiskriminierungspflicht übersehe. Gemäss Art. 8 Abs. 5 GüTG und Art. 6 GüTV seien die Betreiber einer vom Bund geförderten Umschlagsanlage verpflichtet, Dritten den diskriminierungsfreien Zugang zu dieser Anlage zu transparenten Preisen und Bedingungen zu gewähren. Bei Streitigkeiten entscheide die SKE. Das gesetzliche statuierte und behördliche überwachte Diskriminierungsverbot stelle sicher, dass auch allfällige kleinere Nachfrager immer in den Genuss von marktgerechten Preisen und Konditionen kommen werden. Wie erläutert und durch die EU-Kommission bestätigt, würden die grossen Speditions- und Operateurunternehmen über Nachfragemacht verfügen. Mit dieser Nachfragemacht würden sie gegenüber GBN immer marktgerechte Preise und Konditionen durchsetzen können. Aufgrund des Diskriminierungsverbots und der Gleichbehandlungspflicht sei GBN verpflichtet, diese Preise bzw. Konditionen allen Kunden anzubieten, also auch jenen, die über keine Nachfragemacht verfügen würden (z. B. kleinere Kunden, soweit es solche überhaupt gebe).

518. Hierzu ist zunächst Folgendes festzuhalten: Das Bundesverwaltungsgericht hat im Fall *Terminierungspreise im Mobilfunk* festgehalten, dass es bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG nicht darum gehen könne zu prüfen, inwiefern der freie Handlungsspielraum der betroffenen Unternehmen durch wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe des Staates in den Marktmechanismus in Form der fernmelderechtlichen ex-post-Marktregulierung eingeschränkt werde. Massgeblich nach Art. 4 Abs. 2 KG könne vielmehr nur sein, inwiefern der Wettbewerb eine disziplinierende Wirkung auf das individuelle Vorteilsstreben der Wirtschaftssubjekte habe. Dazu habe eine Analyse der Wettbewerbssituation auf dem definierten Markt zu erfolgen, das heisse, es sei zu prüfen, ob das

[125] Vgl. RPW 2014/4, 682 Rz 91, m.w.H., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

fragliche Unternehmen in genügendem Masse disziplinierendem Wettbewerb ausgesetzt sei und sich folglich nicht unabhängig verhalten könne. Die Frage sei, ob tatsächlich oder potenziell konkurrierende Unternehmen in der Lage seien, das betreffende Unternehmen unter Wettbewerbsdruck zu setzen und dadurch zu verhindern, dass es sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne. Entsprechend seien die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, um beurteilen zu können, ob diese genügen, um dem betroffenen Unternehmen Schranken zu setzen, das heisse zu verhindern, dass es sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck entziehen könne. Davon abweichend seien die von der Beschwerdeführerin angerufenen Einflüsse der fernmelderechtlichen Rahmenordnung auf ihren Verhaltensspielraum nicht auf das freie Spiel der Marktkräfte, sondern auf die sektorspezifisch vorgesehene staatliche Einflussnahme und Lenkung im Bereich der wechselseitig funktionierenden Telekommunikationsnetze zurückzuführen und würden in diesem Sinne kein Kriterium für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG bilden.[126]

519. Es kann zwar vorliegend davon ausgegangen werden, dass die Pflicht zur Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs für die vom Bund geförderten KV-Umschlagsanlagen im Sinne von Art. 8 Abs. 5 GüTG und Art. 6 GüTV einen Einfluss auf das Verhalten bzw. den Verhaltensspielraum der beteiligten Unternehmen bzw. GBN ausüben wird. Mit Blick auf die obenstehenden Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts bildet die Pflicht zur Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs nach Art. 8 Abs. 5 GütG und Art. 6 GüTV indes kein Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 bzw. eine qualifiziert marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG auf den Märkten für Umschlagsleistungen begründet oder verstärkt.

520. Zudem kann der Ansicht der Parteien, dass aufgrund des Diskriminierungsverbots auch allfällige kleinere Nachfrager immer in den Genuss von marktgerechten Preisen und Konditionen kommen werden, nicht per se gefolgt werden. Bezüglich der Vorgabe der Nichtdiskriminierung ist darauf hinzuweisen, dass solche Transparenzregeln einem marktmächtigen Unternehmen helfen können, die Preise hoch zu halten, da dadurch das «commitment problem» des Unternehmens gelöst wird. Anstatt den Preiswettbewerb zu fördern, können Diskriminierungsverbote unter Umständen auch dazu führen, dass marktmächtige Unternehmen hohe Preise durchsetzen können.[127]

521. Schliesslich bleibt anzufügen, dass die Rolle der Nichtdiskriminierungspflicht nicht übersehen wurde, sondern diese bei der Prüfung der vertikalen Effekte des Zusammenschlussvorhabens auf die Bereiche Gütertransport und Operateurleistungen auf der Schiene und der Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG) berücksichtigt wird (vgl. die nachfolgenden Ausführungen in Rz 619 ff. und 654 ff.).

Zwischenergebnis

522. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien für das Jahr 2017 betragen im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet [70-80] % im Jahr 2017. Die bestehenden Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien sind zwar nicht Teil des GU GBN, es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Umschlagsanlagen nicht im Wettbewerb mit GBN stehen werden. Die Analyse der künftigen Wettbewerbssituation nach Ausbauphase 1 von GBN hat gezeigt, dass mit einem Zuwachs der Marktanteile aufgrund der grossen Effizienzvorteile beim Umschlag in GBN gegenüber den alternativen Anlagen zu rechnen ist, aufgrund der vorgesehenen Mengenbündelung auf GBN und der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten. Aus den dargelegten Gründen ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet, eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

Ausbauphase 1: Umschlagsart Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr

523. Für die Umschlagsart Schiene/Strasse kommen grundsätzlich die gleichen Umschlagsanlagen wie bei der Umschlagsart Schiene/Schiene in Frage (vgl. Rz 482 ff.). Jedoch ist bei der Beurteilung der Alternativen neben der Schienenanbindung auch die Anbindung der Umschlagsanlagen an die Strasse wichtig. Hierbei ist insbesondere auch der Aspekt zu berücksichtigen, dass bei Importen über grenznahe Umschlagsanlagen die Verkehre auf der Strasse mit Ziel in der Schweiz zu europäischen Löhnen durchgeführt werden können (keine Kabotage) und deshalb im Vergleich über eine Umschlagsanlage in der Schweiz kostengünstig sind.

Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien

524. Die beiden bimodalen Umschlagsanlagen von **Hupac in Aarau und in Singen (D)** verfügen über genügend Gleise und insbesondere Singen ist mit einer Länge von jeweils 650 m und dem Vorteil des kostengünstigeren Transports auf der Strasse auch im Vergleich zu GBN in der Umschlagsart Schiene/Strasse wettbewerbsfähig. Wie bereits erwähnt ist die trimodale Umschlagsanlage im Hafenbecken 2 von Contargo primär auf den schiffseitigen Umschlag Schiff/Strasse ausgelegt, mit einer Anzahl von 7 Gleisen ist natürlich auch der Umschlag Schiene/Strasse möglich. Allerdings wird die Umschlagsart Schiene/Strasse zeit- und kostenaufwendiger sein als bei einer Umschlagsanlage, die auf den Umschlag Schiene/Schiene und Schiene/Strasse ausgelegt ist (vgl. Rz 499).

[126] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 307 f. E. 10.8, *Terminierungspreise im Mobilfunk*.
[127] Vgl. MOTTA (Fn 117), 343.

Bimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

525. Die Umschlagsanlage der **DUSS in Weil am Rhein** führt aufgrund der Kostenvorteile beim Transport auf der Strasse gegenüber Schweizer Umschlagsanlagen im Import-/Exportverkehr hauptsächlich Umschläge in der Umschlagsart Schiene/Strasse durch. Der DUSS Terminal sei ein Grenzzollterminal und könne Verkehre von beiden Ländern abwickeln.[128] Mit dem Ausbau der Kapazitäten auf [277'000-308'000] TEU werden entsprechend auch in dieser Umschlagsart weitere freie Kapazitäten hinzukommen.

526. Die Umschlagsanlage von **Swissterminal (Frenkendorf)**, das **Hochrhein Terminal (Rekingen)** und von **Bertschi (Birrfeld)** verfügen zwar über kürzere Gleislängen als GBN und Ganzzüge müssen aufgeteilt werden. Da beim Umschlag auf die Strasse die Skalen- und insbesondere die Bündelungseffekte etwas weniger relevant sind als bei der Umschlagsart Schiene/Schiene sind die Vorteile von GBN indes weniger stark ausgeprägt.

Trimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

527. Der landseitige Umschlag Schiene/Strasse ist grundsätzlich auch über trimodale Umschlagsanlagen möglich.

528. Die Umschlagsanlagen der Wettbewerber Swissterminal im **Hafenbecken 1** und **Ultra-Brag im Hafenbecken 2** (mit geringeren Kapazitäten) sind beide auf den Umschlag Schiff/Strasse ausgelegt und somit vergleichbar mit der Anlage von Contargo in Basel. Wie bereits erwähnt wird die Anlage von Swissterminal spätestens 2029 geschlossen (Rz 34).

529. Die trimodalen Umschlagsanlagen der **Rheinhafen Gesellschaft in Weil am Rhein (D)** und der **Ports de Mulhouse-Rhin in Ottmarsheim (F)** sind beide schienenseitig nicht optimal erschlossen (vgl. Rz 497). Beide kommen jedoch auch für den Umschlag Schiene/Strasse in Frage und profitieren als ausländische Anlagen vom kostengünstigeren Transport im Vor- bzw. Nachlauf auf der Strasse.

530. Gemein ist diesen trimodalen Anlagen der Wettbewerber und der Anlage von Contargo im Hafenbecken 2, dass sie auf den Umschlag zwischen Binnenschiff und Strasse ausgelegt sind. Ein Umschlag Schiene/Schiene ist zwar möglich, aufgrund der im Vergleich zu GBN nachteiligen bahnseitigen Anbindung dieser Anlagen, mit einer teils beschränkten Anzahl Gleisen und signifikant kürzerer kranbarer Nutzlänge der Gleise. Dies bedingt, dass in den Anlagen nur Teilzüge abgefertigt werden können, die anschliessend zu Ganzzügen zusammengestellt werden müssen.

Kosten- und Zeitvergleich

531. Im Unterschied zur Umschlagsart Schiene/Schiene sind die Effizienzvorteile durch die Bündelung der Transporte im Vor- und Nachlauf auf der Strasse weniger relevant, da LKWs geringere Fixkosten haben und auch die Zeitersparnisse geringer ist. Der Vorteil, dass in GBN längere Züge abgewickelt werden können, führt zu tieferen Kosten als auf Anlagen in denen eine Teilung des Zuges notwendig ist.

532. Als Vorteil von GBN gegenüber den Umschlagsanlagen im Ausland werden die wegfallenden Wartezeiten an den Autobahnzollämtern (Weil am Rhein, Rheinfelden oder Basel St. Louis) genannt. Der direkte Autobahnanschluss der A2 sei aufgrund der hohen Verkehrsdichte in den Spitzenstunden jedoch ein Nachteil gegenüber [den dezentraler gelegenen Umschlagsanlagen in] Birsfelden. Der mit der Realisierung des künftigen Rheintunnels bis spätestens 2040 behoben sein werde. Die trimodalen Umschlagsanlagen der Wettbewerber in Birsfelden bzw. Muttenz hätten aufgrund der dezentralen Lage den Vorteil, dass die Verkehrs- und Pufferflächen für den LKW-Verkehr bereits heute ausreichend gross dimensioniert seien und bei Bedarf erweitert werden können.[129]

Künftige Kapazitäten und Entwicklung der Nachfrage

533. Bezüglich der künftig vorhandenen Kapazitäten und die Entwicklung der Nachfrage kann auf die Ausführungen in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 508). Es ist zumindest während der nächsten 10 Jahre von einem genügend grossen Angebot bzw. ausreichenden Umschlagskapazitäten auszugehen.

Vertikale Effekte

534. Bezüglich der vertikalen Effekte kann wiederum auf die Ausführungen zur Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 512 f.). Dank der vertikalen Integration der Unternehmen können Transportangebote im KV aus einer Hand offeriert werden, die doppelte Marginalisierung entfällt, die Auslastung der Umschlagsanlagen kann gesteuert werden und die Unternehmen profitieren von einem besseren Informationsaustausch zwischen den einzelnen Transportprozessen.

535. Im Unterschied zur Umschlagsart Schiene/Schiene ist jedoch die Stellung der Zusammenschlussparteien auf dem Vor- bzw. Nachlauf auf der Strasse viel weniger stark als auf der Schiene. Deren starke Stellung auf dem Hauptlauf in den Märkten für Operateurleistungen und Gütertransport auf der Schiene kann nichts desto trotz zu einer Verschiebung der Transporte hin zu GBN führen und zu Vorteilen der Bündelung im Hauptlauf.

Stellung der Marktgegenseite

536. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite kann wiederum auf die Ausführungen in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 514 ff.).

Zwischenergebnis

537. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien für das Jahr 2017 betragen im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet [30-40] % im Jahr 2017. Die bestehenden Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien sind

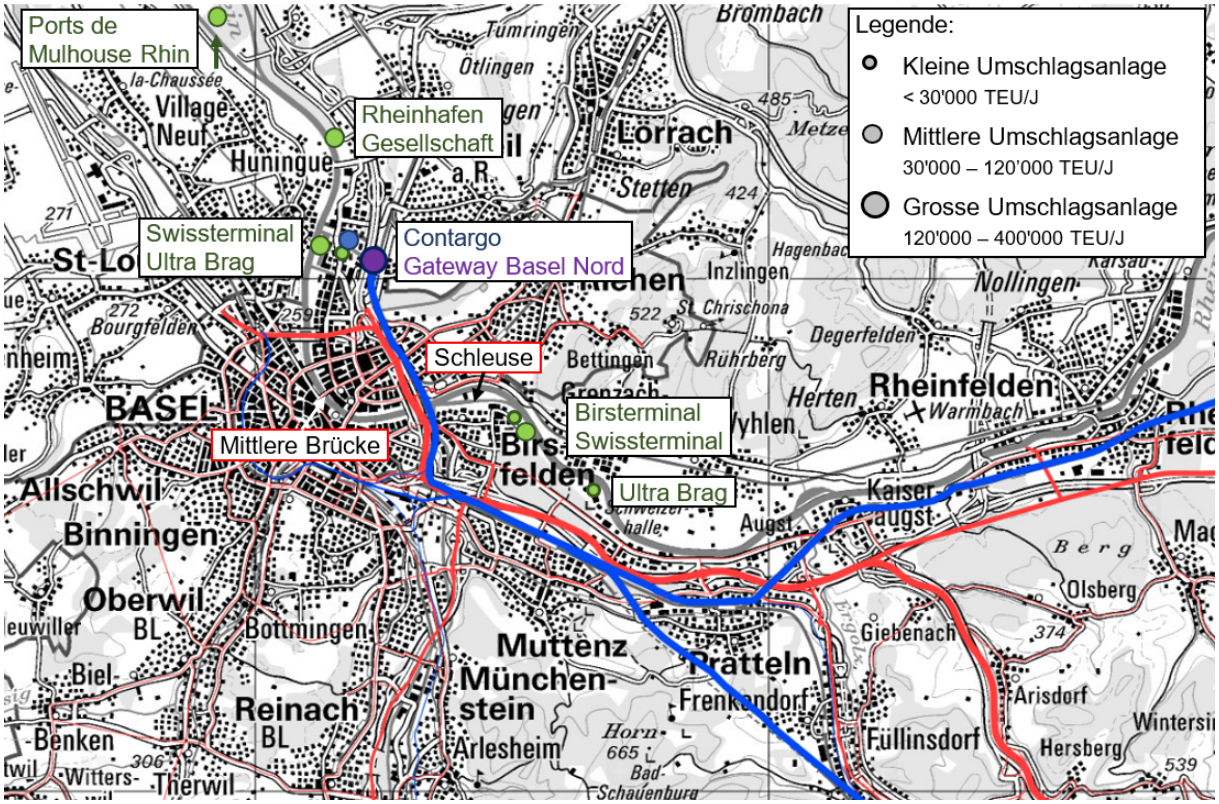
[128] Vgl. Ratschlag Basel-Stadt (Fn 111), 36.
[129] Vgl. ETHZ/SGKV-Bericht (Fn 112), 40 f.

zwar nicht Teil des GU GBN, es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Umschlagsanlagen nicht im Wettbewerb mit GBN stehen werden. Die Analyse der künftigen Wettbewerbssituation nach Ausbauphase 1 von GBN hat gezeigt, dass mit einem Zuwachs der Marktanteile der Zusammenschlussparteien zu rechnen ist, aufgrund der Effizienzvorteile beim Umschlag in GBN gegenüber den alternativen Anlagen und der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten. Jedoch wirken sich beim Umschlag Schiene/Strasse die Vorteile der Bündelung – im Gegensatz zur Umschlagsart Schiene/Schiene – nur im Hauptlauf auf der Schiene aus. Zudem haben ausländische Umschlagsanlagen Kostenvorteile beim Transport auf der Strasse, und die Stauproblematik ist weniger relevant bei dezentral gelegenen Anlagen. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, ist letztlich nicht von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in der Umschlagsart Schiene/Strasse auszugehen (vgl. Rz 562 ff.). Deshalb kann an dieser Stelle offengelassen werden, ob das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet, eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

Ausbauphase 2: Umschlagsart Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr

538. Abbildung 13 zeigt die relevanten trimodalen Umschlagsanlagen für den Import-/Exportverkehr der Schweiz. Die künftige Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (violett) wird ihren Standort neben den bestehenden Umschlagsanlagen im Hafen Kleinhüningen (Basel) von Contargo (blau) sowie den Wettbewerbern (grün) Swissterminal und Ultra-Brag haben. Weitere trimodale Umschlagsanlagen befinden sich in Birsfelden und im grenznahen Ausland. Zusätzlich sind auch die Verkehrsströme des Güterverkehrs auf der Schiene (blau) und auf der Strasse (rot) angegeben.

Abbildung 13: Trimodale Umschlagsanlagen im Import-/Exportverkehr der Schweiz



Trimodale Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien

539. Die Umschlagsanlage im **Hafenbecken 2 von Contargo** ist auf den Umschlag Schiff/Strasse ausgelegt und verfügt als grosser Nachteil gegenüber GBN über Gleise mit maximaler Länge von 350 m. Zudem sei Leercontainer-Logistik und Abstellflächen für Container im Umfang von […] vorhanden. Die Anlage werde nach der Inbetriebnahme von GBN weiterhin im Bereich des Leercontainerumschlages und der Leercontainerlagerung tätig sein. Aufgrund der freiwerdenden Kapazitäten dürfte dieser Bereich tendenziell sogar an Bedeutung gewinnen.

Trimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

540. Die Umschlagsanlage der Wettbewerber **Swissterminal im Hafenbecken 1** und **Ultra-Brag im Hafenbecken 2** sind wie die Anlage von Contargo auf die Umschlagsart Schiff-Strasse ausgerichtet. Als Nachteil gegenüber GBN ist wiederum die schlechtere Anbindung an die Schiene aufgrund der geringeren Länge der Anschlussgleise zu erwähnen. Wie bereits erwähnt, wird

die Anlage von Swissterminal im Hafenbecken 1 spätestens 2029 geschlossen (Rz 34).

541. In der trimodalen Umschlagsanlage der **Rheinhafen Gesellschaft in Weil am Rhein (D)** sei Leercontainerlogistik vorhanden, mit einer Interim Storage Capacity von 3'000 TEU und einer Depotkapazität von 1'600 TEU. Gemäss dem ETHZ/SGKV-Bericht sei das Terminal heute nahezu ausschliesslich auf die Umschlagsart Schiff/Strasse ausgerichtet. Die direkte Rheinlage ermögliche jedoch ein einfaches Anfahren des Terminals. Ein weiterer Vorteil sei ein voraussichtlich möglicher Dreischichtbetrieb am Standort. Die Umschlagsanlage der **Ports de Mulhouse-Rhin** ist schienenseitig ebenfalls nicht so gut erschlossen und weiter weg von der Grenze sowie auf der anderen Seite des Rheins.

542. Zusätzlich befinden sich drei weitere trimodale Umschlagsanlagen in Birsfelden bzw. Muttenz. Gemäss ETHZ/SGKV-Bericht ist der entscheidende Nachteil des Standorts Birsfelden der deutlich schlechtere Wasserstrassen-Anschluss gegenüber den Standorten in Kleinhüningen. Der Rhein sei aufgrund der Höhebeschränkung durch die Mittlere Brücke in Basel bis Birsfelden für Containerschiffe nur zweilagig beladen befahrbar. Zudem sei für die Schiffsführer ein spezielles Hochrheinpatent erforderlich, oder die Schiffe müssten von einem Lotsen begleitet werden. Die Reisezeit pro Weg verlängere sich bis Birsfelden um etwa 6 Stunden gegenüber Kleinhüningen (auch bedingt durch die zusätzliche Schleuse). Bereits bei kleineren Hochwasser-Sperrungen des Rhein-Abschnitts durch Basel sei die Funktion des Standorts beeinträchtigt.[130] Die Schweizerischen Rheinhäfen geben an, dass die Schifffahrt zu den Containerumschlagsanlagen in Birsfelden sowie im Auhafen Muttenz durch 1/3 geringeres Ladevolumen sowie einen erhöhten Aufwand in der Talfahrt gegenüber den Anlagen unterhalb der Mittleren Brücke beschränkt wird. Für die Fahrt zwischen dem Hafen Kleinhüningen sei in der Bergfahrt mit 1.5 Stunden Fahrzeit zu rechnen. Dies würde eine Schleusenzeit von ca. 20 Minuten ohne Wartezeit an der Schleuse beinhalten.

Kosten- und Zeitvergleich

543. Die Leistungsfähigkeit der künftigen schienenseitigen Anbindung wird von den Schweizerischen Rheinhäfen bei GBN gegenüber den bestehenden trimodalen Umschlagsanlagen in der Region Basel als extrem hoch eingeschätzt. Züge könnten direkt von der Hauptstrecke des Rhein-Alpen-Korridors vor das Terminal fahren und als Ganzzug (ohne Teilvorgang) direkt in das Terminal rangiert werden. Von Süden sei zudem eine Schwungeinfahrt geplant (d.h. der Halt vor dem Terminal entfalle), d.h. die direkte Einfahrt unter den Kran mit der Streckenlok sei möglich. Der Vorteil, dass in GBN längere Züge abgewickelt werden können, führt zu tieferen Kosten als auf Anlagen in denen eine Teilung des Zuges notwendig ist. Analog zur Umschlagsart Schiene/Schiene fallen zudem Effizienzvorteile durch die Bündelung der Transporte im Vor- und Nachlauf auf der Schiene an.

Künftige Kapazitäten und Entwicklung der Nachfrage

544. Bezüglich der künftig vorhandenen Kapazitäten und der Entwicklung der Nachfrage kann auf die Ausführungen in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 508). Es ist zumindest während der nächsten 10 Jahre von einem genügend grossen Angebot bzw. ausreichenden Umschlagskapazitäten auszugehen.

Vertikale Effekte

545. Bezüglich der vertikalen Effekte kann wiederum auf die Ausführungen zur Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 512 f.). Dank der vertikalen Integration der Unternehmen können Transportangebote im KV aus einer Hand offeriert werden, die doppelte Marginalisierung entfällt, die Auslastung der Umschlagsanlagen kann gesteuert werden und die Unternehmen profitieren von einem besseren Informationsaustausch zwischen den einzelnen Transportprozessen.

546. Analog zur Umschlagsart Schiene/Schiene ist insbesondere die Stellung der SBB Cargo im Schweizer Güterverkehr auf der Schiene zu berücksichtigen, insbesondere als aktuell einziger Anbieter im Einzelwagenladungsverkehr. Mit dem Angebot des Swiss Split wird der Vor- und Nachlauf der Import-/Exportverkehre auf der Schiene abgewickelt. Die starke Position von SBB Cargo ermöglicht die Bündelung auf einzelne Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion und das Ausschöpfen der entstehenden Kostenvorteile durch die Bündelung. Die Umschläge vom Binnenschiff (Hauptlauf) auf den Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene wird SBB Cargo soweit möglich in eigenen Umschlagsanlagen abwickeln. Deshalb ist davon auszugehen, dass SBB Cargo diese Verkehre auf GBN und nicht auf potenzielle Alternativen von Wettbewerbern wie den Häfen in Birsfelden bzw. Muttenz bündeln wird. Zudem verfügt Contargo über ein grosses Netzwerk von Häfen am Rhein.

Stellung der Marktgegenseite

547. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite kann wiederum auf die Ausführungen in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 514 ff.).

Zwischenergebnis

548. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien für das Jahr 2017 betragen im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet [60-70] % im Jahr 2017. Die bestehende Umschlagsanlage von Contargo im Hafenbecken 2 ist zwar nicht Teil des GU GBN, es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Umschlagsanlage nicht im Wettbewerb mit GBN stehen wird. Die Analyse der künftigen Wettbewerbssituation nach Ausbauphase 2 von GBN hat gezeigt, dass mit einem Zuwachs der Marktanteile der Zusammenschlussparteien zu rechnen ist, aufgrund der grossen Effizienzvorteile beim Umschlag in GBN gegenüber den alternativen Anlagen, der vorgesehenen Mengenbündelung auf GBN im Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene und der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten. Aus den

[130] Vgl. ETHZ/SGKV-Bericht (Fn 112), 41.

dargelegten Gründen ist davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in den Märkten für Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet

549. Gemäss Bundesgericht liegt Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es müsse demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten würden. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung müsse somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setze in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus. Gerade auf dieses Kriterium habe der Gesetzgeber grosses Gewicht gelegt. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verwende mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission gehe, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stelle.[131]

550. Bestehe auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehle es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen seien diesfalls unzulässig. Entscheidend sei demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potenzieller Wettbewerb bestehe.[132]

551. Das heisst, dass trotz Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts nur dann besteht, wenn festgestellt werden muss, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Folglich ist im Rahmen von Art. 33 KG zu prüfen, ob durch die allenfalls marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

552. Bereits aus der Botschaft KG 1994 geht hervor, dass im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird. Das Kriterium «entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.»[133]

553. Nach der Praxis der WEKO ist aus der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu folgern, dass das blosse Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausschliesst. Danach kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt bereits beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können. Somit hat ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei einem Restwettbewerb die Möglichkeit wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.[134] Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussparteien beabsichtigt ist.[135]

554. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist nach der Praxis der WEKO gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls dann gegeben, wenn der Zusammenschluss den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder Marktzutritte zu verhindern. Nicht erforderlich ist hingegen der Nachweis, dass dies tatsächlich (oder schon nur wahrscheinlich) erfolgen wird.[136]

555. Zudem sind gemäss Art. 10 Abs. 4 KG bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

Stellungnahme der Parteien

556. Die Parteien machen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung geltend, dass bei jeglicher erdenklichen Marktabgrenzung im Bereich Umschlagsleistungen mehrere taugliche Alternativen zu den bestehenden Anlagen der Parteien und zu GBN bestehen. Dies

[131] Vgl. BGE 133 II104 E. 6.3 (= RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swissgrid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

[132] Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4 (= RPW 2007/2, 328 E. 6.4), *Swissgrid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

[133] Vgl. BBl 1995 I 468, 583 f. Ziff. 234.2.

[134] Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 220, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2009/4, 405 Rz 242 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

[135] Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 244, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

[136] Vgl. RPW 2009/4, 436 f. Rz 395 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

gelte selbst dann, wenn man den Markt viel zu eng auf die Region Basel beschränke. In unmittelbarer Nähe würden sich nämlich die folgenden Anlagen befinden:

- Weil am Rhein (DUSS): ein modernes, bimodales Terminal mit einer künftigen Kapazität von nahezu 300'000 TEU;
- Die trimodalen Terminals in Weil am Rhein und Ottmarsheim (aber auch in Strassburg und Kehl);
- Die zahlreichen, überwiegend trimodalen Terminals von Swissterminal;
- In nur geringfügig grösserer Distanz zu Basel: die bimodalen Terminals in Rekingen und Birrfeld.

557. Betreffend Umschläge vom/zum Schiff bringen die Parteien in der Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung zudem vor, dass der Zusammenschluss im Bereich Schiff/Schiene bzw. Schiff/Strasse zu keiner kausalen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse führe, da heute allein Contargo über ein Schiff-Terminal verfüge. Weder SBB noch Hupac hätten solche Anlagen, deshalb könne der Zusammenschluss in diesem Bereich die Wettbewerbsverhältnisse auch nicht kausal verändern. Daran ändere auch der geplante Bau des Hafenbeckens 3 nichts. Denn auch mit der Inbetriebnahme des Hafenbeckens 3 in ca. 4 Jahren werde es zu keiner Kombination von Marktanteilen kommen, da weiterhin nur Contargo über ein Schiff-Terminal verfügen werde. Beim Hafenbecken 3 handle es sich um eine gänzlich neue Anlage, die neu in den Wettbewerb eintreten werde und sich erst noch im Markt beweisen müsse. Die durch das Bundesgericht verlangte Kausalität fehle im Bereich «Schiff».

558. Und selbst wenn man sich an der falschen Marktabgrenzung gemäss vorläufiger Beurteilung orientiere (sachlich in Kleinstmärkte segmentiert, geografisch auf einen Radius von 100 km um GBN beschränkt), so resultiere in keinem dieser künstlichen Teilmärkte ein Marktanteil von GBN, der höher als [60-70] % läge. Damit würden in all diesen Teilmärkten immer Alternativen zu GBN bestehen, was gemäss REKO/WEF und Bundesgericht gerade ausschliesse, dass der Wettbewerb beseitigt werden könnte.

559. Betreffend die Umschläge von/zu Schiene bringen die Parteien vor, dass sich für Umschläge Schiene/Strasse und Schiene/Schiene in unmittelbarer Nähe von GBN – in Weil am Rhein – eine Anlage befinde, die mit 300'000 TEU in Zukunft über eine grössere Kapazität als GBN (240'000 TEU) verfügen werde. Der Betreiber dieser Anlage (DUSS) sei einer der grössten Terminalbetreiber in Europa, der über eine Reihe von Terminals verfüge. Eine marktbeherrschende Stellung von GBN neben DUSS Weil am Rhein sei ausgeschlossen. Auch für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von DUSS und GBN gebe es keine Anhaltspunkte, und die vorläufige Beurteilung erbringe dafür auch keinen Nachweis.

560. Hinzu komme, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Zusammenschluss nicht untersagt werden könne, solange neben den Zusammenschlussparteien zumindest eine valable Alternative bestehe. Diese Alternative sei mit DUSS offensichtlich vorhanden. Zusätzlich würden noch verschiedene weitere Terminal für Schienen-Umschläge bestehen (z. B. Ottmarsheim, Frenkendorf, Birrfeld, Rekingen, Strassburg, Kehl, Ulm, Lyon, Dijon). Zudem sei Wolfurt für viele Importe/Exporte eine weitere valable Alternative.

561. Hinsichtlich Art. 10 Abs. 4 KG bringen die Parteien in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung vor, dass laut BAV die Umschläge seit Jahren aus der Schweiz zu den Umschlagsanlagen ins Ausland abwandern würden. Grund dafür sei die mangelnde Produktivität und Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Umschlagsanlagen. Mit GBN solle nun in der Schweiz eine Umschlagsanlage gebaut werden, die hinsichtlich Produktivität und Konkurrenzfähigkeit mit den Anlagen im Ausland mithalten könne. GBN werde in direkter Konkurrenz stehen mit den Umschlagsanlagen in Deutschland, Österreich und Frankreich. Damit werde die internationale Wettbewerbsfähigkeit gestärkt bzw. erst geschaffen. Mit der Abwanderung der Umschläge ins Ausland sei zudem zwangsläufig eine Zunahme des Schwerverkehrs in die Schweiz verbunden, da ab und zu der Umschlagsanlage praktisch immer per LKW transportiert werde. Entstehe mit GBN eine international konkurrenzfähige Umschlagsanlage in der Schweiz, so werde damit die Voraussetzung geschaffen, dass die Umschläge in die Schweiz zurückgeholt und damit auch das verkehrs- und umweltpolitisch angestrebte Verlagerungsziel erreicht werden könne.

Ausbauphase 1 von GBN: Umschlagsarten Schiene/Schiene und Schiene/Strasse

562. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Umschlagsanlagen der Wettbewerber nach dem Bau und der Inbetriebnahme von GBN aufgrund der hohen Kosten- und Zeitvorteile des Umschlags in GBN sich in der Umschlagsart Schiene/Schiene nicht mehr als Konkurrenten zu GBN verhalten können. In der Umschlagsart Schiene/Schiene verfügen die Zusammenschlussparteien bereits heute über einen kumulierten Marktanteil von [70-80] % und die Effizienzvorteile der Bündelung treten sowohl im Hauptlauf als auch im Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene auf. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass von diesen Wettbewerbern im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet künftig genügend Wettbewerb ausgeht.

563. Die starke Marktstellung der Zusammenschlussparteien auch auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten – insbesondere die Stellung von SBB Cargo im Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene im Binnenverkehr – ermöglicht die Bündelung dieser Umschläge auf der Umschlagsanlage GBN. An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass dies ein entscheidender Vorteil von GBN gegenüber anderen Umschlagsanlagen wie beispielsweise DUSS Weil am Rhein sein wird. So führt DUSS Weil am Rhein bereits heute hauptsächlich Umschläge in der Umschlagsart Schiene/Strasse durch und die Marktanteile von DUSS sind in der Umschlagsart Schiene/Schiene dementsprechend relativ gering (vgl. Rz 450). Insbesondere vor dem Hintergrund von vertikalen Effekten wird durch den geplanten Zusammenschluss bzw. den künftigen Betrieb von GBN in diesem Markt (Umschlagsart Schie-

ne/Schiene) eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

564. In der Umschlagsart Schiene/Strasse ist nach dem Bau und der Inbetriebnahme von GBN ebenfalls mit einem Zuwachs der Marktanteile der Zusammenschlussparteien zu rechnen aufgrund der hohen Kosten- und Zeitvorteile des Umschlags in GBN und der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auch auf den vor- bzw. nachgelagerten schienenseitigen Märkten. Allerdings liegen die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien in der Umschlagsart Schiene/Strasse bei [30-40] %, wohingegen sie in der Umschlagsart Schiene/Schiene bereits heute [70-80] % betragen. Zudem wirken sich die Vorteile der Bündelung nur im Hauptlauf auf der Schiene aus. Ausserdem haben ausländische Umschlagsanlagen Kostenvorteile beim Transport auf der Strasse und die Stauproblematik ist weniger relevant bei dezentral gelegenen Anlagen. Aus den dargelegten Gründen ist nicht davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN in der Umschlagsart Schiene/Strasse eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Ausbauphase 2 von GBN: Umschlagsart Schiff/Schiene

565. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Umschlagsanlagen der Wettbewerber nach dem Bau und der Inbetriebnahme von GBN aufgrund der hohen Kosten- und Zeitvorteile des Umschlags Schiff/Schiene in GBN sich nicht mehr als Konkurrenten zu GBN verhalten können. In dieser Umschlagsart verfügt Contargo bereits heute über einen Marktanteil von [60-70] % und nach der Inbetriebnahme des Hafenbeckens 3 werden die Effizienzvorteile der Bündelung im Hauptlauf sowie im Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene zum Tragen kommen. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass von Wettbewerbern im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet künftig genügend Wettbewerb ausgeht.

566. Den Vorbringen der Parteien betreffend angeblich fehlende kausale Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse bei schiffseitigen Umschlagsleistungen (vgl. Rz 557) ist zu entgegnen, dass mit dem Zusammenschluss bzw. der Inbetriebnahme von Hafenbecken 3 die aktuellen Umschlagskapazitäten der Parteien für Umschlagsarten Schiff/Schiene sowie Schiff/Strasse substantiell erhöht werden. Weiter ist davon auszugehen, dass kein Wettbewerbsdruck von GBN auf die bestehende Umschlagsanlage von Contargo und umgekehrt ausgehen wird. […]. Zusätzlich wird mit dem Zusammenschluss implizit […] der potenzielle Wettbewerb zwischen den Parteien eingeschränkt (vgl. Rz 739 ff.). Deshalb ist auch bei schiffseitigen Umschlagsleistungen die Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und der Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse gegeben.

567. Die starke Marktstellung der Zusammenschlussparteien auch auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten – insbesondere wiederum die Stellung von SBB Cargo im Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene im Binnenverkehr – ermöglicht die Bündelung dieser Umschläge auf der Umschlagsanlage GBN. Insbesondere vor dem Hintergrund von vertikalen Effekten, wird durch den geplanten Zusammenschluss bzw. den künftigen Betrieb von GBN in diesem Markt (Umschlagsart Schiff/Schiene) eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Stellung im internationalen Wettbewerb

568. Zu den Vorbringen der Parteien betreffend die Stellung im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG) ist vorweg nochmals darauf hinzuweisen, dass in der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz rein wettbewerbliche und keine verkehrs- und umweltpolitischen Aspekte zu prüfen sind.

569. Die Stellung der Unternehmen wird sich insofern verbessern, dass Transportleistungen im Import-/Exportverkehr sowie im Transitverkehr kostengünstiger und zeitsparender angeboten werden können, wenn diese Transporte künftig über GBN umgeschlagen bzw. gebündelt werden können. Es ist demnach damit zu rechnen, dass künftig weitere Transporte, die aktuell noch im nahen Ausland abgewickelt werden, über GBN umgeschlagen werden. Keine Aussage kann jedoch getroffen werden, ob und inwiefern sich die Stellung der Zusammenschlussparteien im internationalen Wettbewerb durch das Zusammenschlussvorhaben in anderen Bereichen verändern wird.

Ergebnis

570. Im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet verfügen die Zusammenschlussparteien in den Umschlagsarten Schiene/Schiene und Schiff/Schiene bereits heute über kumulierte Marktanteile von [70-80] % bzw. [60-70] %. In der Umschlagsart Schiene/Strasse liegen die kumulierten Marktanteile im Jahr 2017 bei [30-40] %.

571. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bzw. dem Betrieb von GBN wird künftig ein Grossterminal mit Gateway-Funktion Umschlagsleistungen anbieten mit denen die Umschlagsanlagen der Wettbewerber, bezüglich Kosten- und Zeitvorteile, mit wenigen Ausnahmen nicht mithalten können. Deshalb ist davon auszugehen, dass der geplante Zusammenschluss zu einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in den Umschlagsarten Schiene/Schiene und Schiff/Schiene führen wird. Vor dem Hintergrund der hohen Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten für Operateurleistungen und im Gütertransport auf der Schiene und den damit verbundenen vertikalen Effekten, ist in den genannten Umschlagsarten von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

572. In der Umschlagsart Schiene/Strasse ist dagegen nicht von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

B.4.4.2.3. Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr

573. Tabelle 11 gibt die Angaben der Meldung zu den Marktanteilen der Zusammenschlussparteien und ihrer drei wichtigsten Wettbewerber in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr für die relevanten Umschlagsarten wieder. Dabei werden analog zum Import-/Exportverkehr zuerst die für Ausbauphase 1 von GBN relevanten Umschlagsarten angegeben und danach die relevanten Umschlagsarten nach Ausbauphase 2 von GBN mit der Anbindung ans Hafenbecken 3.

Tabelle 11: Marktanteile in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr, Angaben der Parteien, BAV und Betreiber von Umschlagsanlagen (vgl. Rz 341 ff.)

Relevante Umschlagsarten – GBN als bimodale Umschlagsanlage (Phase 1):

Umschlagsart: Schiene/Schiene

Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	DUSS Weil am Rhein	Swiss-terminal	Bertschi
2017	1000 TEU	[20-30]	0	[0-5]	[0-5]	[10-20]	[0-5]	[0-1]
	In %	100 %	0 %	[20-30] %	[0-10] %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[20-30]	0	[0-5]	[0-5]	[10-20]	[0-5]	[0-1]
	In %	100 %	0 %	[20-30] %	[0-10] %	[60-70] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[20-30]	0	[0-5]	[0-5]	[10-20]	[0-5]	[0-1]
	In %	100 %	0 %	[20-30] %	[0-10] %	[60-70] %	[0-10] %	[0-10] %

Umschlagsart: Schiene/Strasse

Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	DUSS Weil am Rhein	Swiss-terminal	Bertschi
2017	1000 TEU	[70-80]	0	[40-50]	[0-5]	[20-30]	[0-5]	[0-1]
	In %	100 %	0 %	[60-70] %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[70-80]	0	[40-50]	[0-5]	[20-30]	[0-5]	[0-1]
	In %	100 %	0 %	[60-70] %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[70-80]	0	[40-50]	[0-5]	[20-30]	[0-5]	[0-1]
	In %	100 %	0 %	[60-70] %	[0-10] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %

Relevante Umschlagsart – GBN als trimodale Umschlagsanlage (Phase 2):

Umschlagsart: Schiff/Schiene

Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB Cargo	Hupac	Rethmann	Rheinhafen-gesellschaft	Ports de Mulhouse-Rhin	n/a
2017	1000 TEU	[0-1]	0	0	[0-1]	[0-1]	[0-1]	–
	In %	100 %	0 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[10-20] %	–

Relevante Umschlagsart – GBN als trimodale Umschlagsanlage (Phase 2):								
2016	1000 TEU	[0-1]	0	0	[0-1]	[0-1]	[0-1]	–
	In %	100 %	0 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[10-20] %	–
2015	1000 TEU	[0-1]	0	0	[0-1]	[0-1]	[0-1]	–
	In %	100 %	0 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[10-20] %	–

574. In den zwei Umschlagsarten Schiene/Schiene und Schiene/Strasse, die für die Ausbauphase 1 von GBN relevant sind, liegen die Marktanteile von Hupac bei [60-70] % (Schiene/Strasse) bzw. [20-30] % (Schiene/Schiene). Auf Rethmann entfallen [0-10] % (Schiene/Schiene) bzw. [0-10] % (Schiene/Strasse). Die Zusammenschlussparteien verfügen somit über einen kumulierten Marktanteil von [60-70] % (Schiene/Strasse) bzw. [20-30] % (Schiene/Schiene). Die Marktanteile der wichtigsten Wettbewerber betragen in der Umschlagsart Schiene/Schiene zwischen [0-10] % und [60-70] %, wobei auf DUSS Weil am Rhein [60-70] %, auf Swissterminal [10-20] % und auf Bertschi [0-10] % entfallen. In der Umschlagsart Schiene/Strasse betragen die Marktanteile der wichtigsten Wettbewerber zwischen [0-10] % und [20-30] %, wobei auf DUSS Weil am Rhein [20-30] % und auf Swissterminal [0-10] % entfallen.

575. Bei der für Ausbauphase 2 relevante Umschlagsart Schiff/Schiene betragen die Marktanteile von Rethmann [60-70] %. Als wichtigste Wettbewerber der Zusammenschlussparteien werden die Rheinhafengesellschaft und Ports de Mulhouse-Rhin genannt, mit Marktanteilen von jeweils [10-20] %.

576. Die Höhe der Umschlagsmengen in Tabelle 11 zeigen jedoch, dass die Umschlagsart Schiff/Schiene mit einem Gesamtumschlag von [0-1000] TEU im Transitverkehr in der Praxis nur selten vorkommt. Gemäss Meldung werde der alpenquerende Transitverkehr kaum auf dem Rhein transportiert. Auf Basis der Marktbeobachtung würden die Schweizerischen Rheinhäfen davon ausgehen, dass sich der Anteil die Schweiz transitierender Mengen bei beiden Verkehrsmitteln (Bahn und Strasse) auf einzelne Sendungen und damit unter 1 % belaufe. In den Häfen Weil am Rhein oder Ottmarsheim gäbe es praktisch keine Transitsendungen durch die Schweiz, aufgrund der deutlich schlechteren Schienenanbindung. Auch das Swiss Shippers' Council gibt an, dass Transitverkehre für seine Mitglieder nicht relevant seien.

577. Bei einer aggregierten Betrachtung der Umschläge im Bereich alpenquerender Transitverkehr über alle Umschlagsarten hinweg betragen die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien für 2017 [50-60] %.

Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens bzw. des Betriebs von GBN

578. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien beziehen sich auf bestehende Umschlagsanlagen. Erst mit der Fertigstellung von Phase 1 wird GBN Umschlagsleistungen anbieten können. Voraussichtlich 2023 wird mit dem Bau des Hafenbeckens 3 und dem Ausbau von GBN zu einer trimodalen Umschlagsanlage dann auch der trimodale Umschlag über GBN möglich sein. Der schiffseitige KV ist jedoch gemäss Meldung im Bereich Transitverkehr weniger relevant (vgl. Rz 575).

579. Gemäss Meldung ist das Marktvolumen des KV im Transitverkehr wachsend und dürfte nach der Eröffnung des Gotthard- und Ceneri-Basistunnels sowie Fertigstellung des „4-Meter-Korridors" noch weiter erheblich zunehmen. Hinzu komme, dass sich die EU in ihrem Weissbuch zum Verkehr 2011 zum Ziel gesetzt habe, ab 2030 30 % des Strassenverkehrs über 300 km auf die alternativen Verkehrsträger Schiene oder Schiff zu verlagern. Diese Verlagerungsstrategie werde sich auch auf die Transitverkehre durch die Schweiz auswirken. So gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass der Anteil der Umschläge im alpenquerenden Transitverkehr dank der neuen Terminalinfrastruktur von GBN zunehmen wird und dass dank GBN Transitverkehr vermehrt in der Schweiz umgeschlagen wird. Sie gehen von einem künftigen Transitanteil von […] % bei der Umschlagsanlage GBN aus.

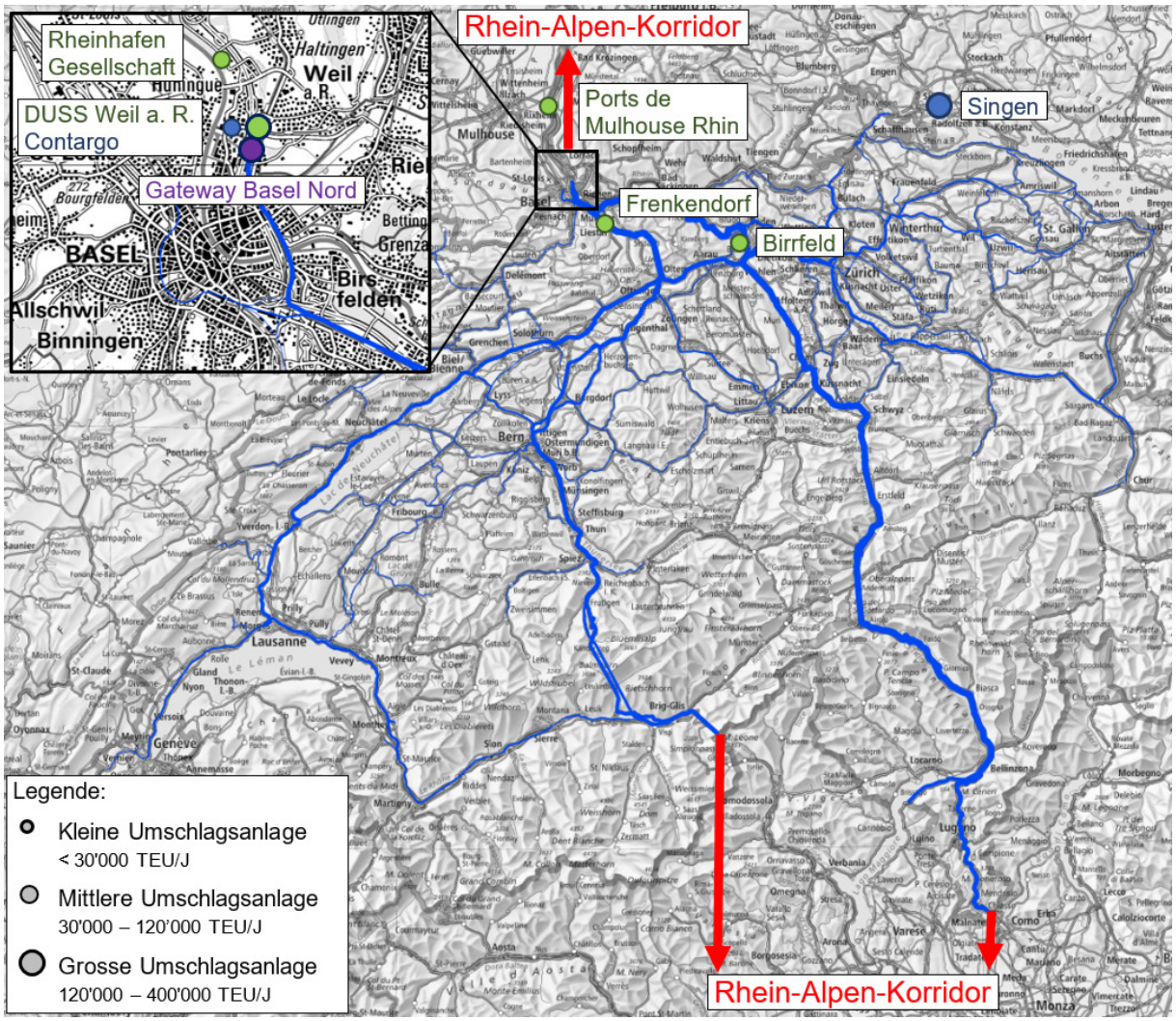
580. Auch das Bundesamt für Verkehr (BAV) rechne für die kommenden Jahre generell mit einer stark steigenden Nachfrage im KV. Dies sei auf verschiedene Faktoren zurückzuführen: einerseits auf die politisch gewollte Förderung des KV, andererseits aber auch auf das kontinuierlich steigende internationale Handelsvolumen und den damit einhergehenden massiven Ausbau der Containerterminals in den Seehäfen (z.B. in Rotterdam).

581. Bezüglich Kosten des Marktzutritts und vorgesehener Ausbauten oder bestehender Umschlagsanlagen wird an dieser Stelle auf die Angaben zum Import-/Exportverkehr verwiesen (vgl. Rz 462 ff.). Im Unterschied dazu ist jedoch insbesondere der Standortfaktor bzw. eine gute Anbindung an den Rhein-Alpen-Korridor zu berücksichtigen.

Ausbauphase 1: Umschlagsart Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr

582. Abbildung 14 zeigt die relevanten Umschlagsanlagen für den alpenquerenden Transitverkehr durch die Schweiz. Die künftige Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (violett) wird ihren Standort neben den bestehenden Umschlagsanlagen von Contargo (blau) sowie dem Wettbewerber DUSS Weil am Rhein (grün) haben. Weitere Umschlagsanlagen befinden sich in Birrfeld, Frenkendorf und Niederglatt sowie im grenznahen Ausland. Zusätzlich sind auch die Verkehrsströme des Güterverkehrs auf der Schiene (blau) angegeben. Der Rhein-Alpen-Korridor verläuft durch die Alpen (rot).

Abbildung 14: Umschlagsanlagen im alpenquerenden Transitverkehr



Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien

583. Die Umschlagsanlage von Hupac in Singen ist mit jeweils 650 m langen Gleisen gut für die Umschlagsarten Schiene/Schiene bzw. Schiene/Strasse ausgelegt. Die Meldung geht dabei von einem Anteil der für die Schweiz relevanten Umschläge im KV von […] % aus, wovon […] % auf den Transitverkehr fallen (also ca. […] %). Die Anlage sei ein wichtiger Kotenpunkt auf der Nord-Süd-Achse mit täglichen Verkehren nach Italien und Deutschland sowie Verbindungen zu den Seehäfen via Duisburg.[137]

584. Zusätzlich sind rein landseitige Umschläge auch über trimodale Umschlagsanlagen, wie das Hafenbecken 2 von Contargo möglich. Diese Anlage ist jedoch primär auf den schiffseitigen Umschlag Schiff/Strasse ausgelegt (vgl. Rz 524).

Bimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

585. Ähnlich wie die Anlage in Singen ist die Umschlagsanlage der **DUSS in Weil am Rhein** auf die Umschlagsarten Schiene/Schiene bzw. Schiene/Strasse ausgelegt und verfügt über mehrere Gleise mit einer kranbaren Nutzlänge von 645 m. Die Anlage werde aktuell ausgebaut. Wegen seiner geografischen Lage gelte das DUSS-Terminal als wichtige logistische Drehscheibe für alpenquerende KV-Transporte in und aus der Schweiz, für den Transit nach Italien sowie ins benachbarte Frankreich.

586. Die Umschlagsanlagen der Wettbewerber **Swissterminal in Frenkendorf** und **Bertschi in Birrfeld** verfügen beide über kürzere Gleise, was eine Aufteilung der Ganzzüge nötig macht und die Umschlagskosten erhöht. Beide Standorte liegen auf dem Rhein-Alpen-Korridor und sind auch gut an die Strasse angeschlossen.

Trimodale Umschlagsanlagen der Wettbewerber

587. Der landseitige Umschlag Schiene/Schiene und Schiene/Strasse ist grundsätzlich auch über die trimodalen Umschlagsanlagen der **Ports de Mulhouse-Rhin in Ottmarsheim (F)** und der **Rheinhafen Gesellschaft in Weil am Rhein (D)** möglich. Wie bereits erwähnt, ist ein Umschlag Schiene/Schiene zwar möglich, aber zeit- und kostenaufwendiger aufgrund der im Vergleich zu GBN nachteiligen bahnseitigen Anbindung dieser Anlagen, mit einer teils beschränkten Anzahl Gleisen und signifikant kürzerer kranbarer Nutzlänge der Gleise (vgl. Rz 497 und 499).

[137] Vgl. <http://www.hupac.com/DE/Terminal-Singen-f5ca6700> (25.2.2019).

Kosten- und Zeitvergleich

588. Betreffend den Kosten- und Zeitvorteilen von GBN gegenüber den relevanten Umschlagsanlagen kann auf die entsprechenden Ausführungen bei den Märkten für Umschlagsleistungen im Import-/Exportverkehr verwiesen werden (vgl. Rz 501).

589. Zusätzlich ist im alpenquerenden Transitverkehr die Distanz von der Umschlagsanlage zum relevanten Gütertransport-Korridor (vorliegend der Rhein-Alpen-Korridor) relevant bzw. deren schienenseitige Anbindung an den Korridor. Dies zeigt auch Abbildung 14 mit den aktuell im alpenquerenden Transitverkehr tätigen Umschlagsanlagen. Entweder befinden sie sich direkt neben dem Rhein-Alpen-Korridor oder sie sind wie Singen auf der Nord-Süd-Achse für die täglichen Verkehre zwischen Italien und Deutschland sowie zu den Seehäfen via Duisburg ausgelegt.

590. Die Parteien gehen davon aus, dass über GBN künftig vermehrt Umschläge Schiene/Schiene aufgrund der Modalsplit Vorgaben des BAV durchgeführt werden und auch neue Transporte hinzukommen. Gemäss Prognose der Parteien hinsichtlich des künftigen Anteils dieser Umschlagsart, würden in Zukunft mehr Umschläge Schiene/Schiene in GBN abgewickelt als aktuell alle relevanten Umschlagsanlagen im alpenquerenden Transitverkehr in der Umschlagsart Schiene/Schiene zusammen umschlagen. Die Zusammenschlussparteien gehen demnach davon aus, dass dank den Kosten- und Zeitvorteilen beim Umschlag in GBN gegenüber anderen bestehenden Umschlagsanlagen auch die Marktanteile der Zusammenschlussparteien steigen werden.

Künftige Kapazitäten und Entwicklung der Nachfrage

591. Bezüglich der künftig vorhandenen Kapazitäten und der Entwicklung der Nachfrage kann auf die Ausführungen im Import-/Exportverkehr verwiesen werden (vgl. Rz 508). Es ist zumindest während der nächsten 10 Jahre von einem genügend grossen Angebot bzw. ausreichenden Umschlagskapazitäten auszugehen.

Vertikale Effekte

592. Bezüglich der vertikalen Effekte kann wieder um auf die Ausführungen zum Import-/Exportverkehr in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 512 f.). Dank der vertikalen Integration der Unternehmen können Transportangebote im KV aus einer Hand offeriert werden, die doppelte Marginalisierung entfällt, die Auslastung der Umschlagsanlagen kann gesteuert werden und die Unternehmen profitieren von einem besseren Informationsaustausch zwischen den einzelnen Transportprozessen.

593. Auch im alpenquerenden Transitverkehr verfügen die Zusammenschlussparteien über eine starke Position in den vor- und nachgelagerten Märkten. Die starke Position von SBB Cargo und Hupac ermöglicht die Bündelung auf einzelne Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion und das Ausschöpfen der entstehenden Kostenvorteile durch die Bündelung. Wiederum ist davon auszugehen, dass SBB Cargo und Hupac aber auch die Rhenus Gruppe diese Verkehre auf GBN und nicht auf potenzielle Alternativen von Wettbewerbern wie DUSS Weil am Rhein bündeln werden.

Kollektive Marktbeherrschung

594. Der Wettbewerber DUSS in Weil am Rhein verfügt im Jahr 2017 über einen Marktanteil von [60-70] % im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr. Mit der Inbetriebnahme von GBN und dem Ausbau der Umschlagsanlage der DUSS in Weil am Rhein (vgl. Rz 467) könnten – aufgrund der Dimension und Ausgestaltung (Gateway-Funktion, vgl. Rz 224) der beiden Anlagen sowie des Standorts direkt auf dem Rhein-Alpen-Korridor – künftig in diesem Markt zwei sehr starke Player entstehen und es könnte sich auch die Frage einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung stellen.

595. Mit der Inbetriebnahme von GBN und dem Ausbau der Umschlagsanlage der aktuellen Marktführerin DUSS in Weil am Rhein (vgl. Rz 467) könnten – aufgrund der Dimension und Ausgestaltung der beiden Anlagen sowie des Standorts direkt auf dem Rhein-Alpen-Korridor – künftig in diesem Markt zwei sehr starke Player entstehen, weshalb auch die Möglichkeit einer künftigen kollektiven Marktbeherrschung zu prüfen ist.

596. Die Analyse der Märkte, in denen DUSS und die Zusammenschlussparteien tätig sind, hat jedoch ergeben, dass die Ausrichtung der DUSS inkl. der anderen Tochterunternehmen der Deutschen Bundesbahn sich klar von der Ausrichtung von GBN und den Zusammenschlussparteien unterscheidet. Erstens befinden sich sämtliche Umschlagsanlagen der DUSS in Deutschland. So zählt DUSS gemäss eigenen Angaben zu den grössten Betreibern von Umschlagsanlagen in Deutschland.[138] Zweitens sind alle Umschlagsanlagen der DUSS auf dem Umschlag zwischen Schiene und Strasse ausgerichtet. Im Unterschied dazu wird GBN nach Ausbauphase 2 auch schiffseitige Umschläge anbieten und Contargo bietet solche Umschlagsleistungen bereits heute an. Drittens ist insbesondere die Umschlagsanlage DUSS Weil am Rhein auf den Umschlag zwischen Schiene und Strasse ausgerichtet, wohingegen GBN einen hohen Anteil von Umschlägen von Schiene auf Schiene anstrebt (vgl. Rz 444). Demnach ist nicht von ausgeprägten Symmetrien – einem der zentralen Indikatoren bei der Prüfung, ob Unternehmen über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung verfügen – zwischen den beteiligten Unternehmen auszugehen. Auf die Prüfung anderer relevanter Kriterien wurde vorliegend verzichtet, und es ist nicht von einer künftigen kollektiven Marktbeherrschung von DUSS Weil am Rhein und den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in der Umschlagsart Schiene/Schiene im alpenquerenden Transit auszugehen.

Stellung der Marktgegenseite

597. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite kann wiederum auf die Ausführungen zum Import-/Exportverkehr in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 514 ff.).

[138] Vgl. <https://www1.deutschebahn.com/ecm2-duss/unternehmen/daten_fakten-714334> (3.5.2019).

Zwischenergebnis

598. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr derzeit [20-30] %. Die bestehenden Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien sind zwar nicht Teil des GU GBN, es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Umschlagsanlagen nicht im Wettbewerb mit GBN stehen werden. Die Parteien gehen jedoch davon aus, dass über GBN künftig vermehrt Umschläge Schiene/Schiene durchgeführt werden und aufgrund der Kosten- und Zeitvorteile auch die Marktanteile der Zusammenschlussparteien steigen werden (vgl. Rz 590). Die Analyse der künftigen Wettbewerbssituation nach Ausbauphase 1 von GBN hat gezeigt, dass mit einem Zuwachs der Marktanteile zu rechnen ist aufgrund der grossen Effizienzvorteile beim Umschlag in GBN gegenüber den alternativen Anlagen, der vorgesehenen Mengenbündelung auf GBN und der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten. Gleichzeitig ist mit DUSS Weil am Rhein jedoch ein Wettbewerber tätig, der bereits heute über Marktanteile von [60-70] % verfügt und dessen Anlage aktuell ausgebaut wird. Wie nachfolgend noch dargelegt wird, ist letztlich nicht von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in der Umschlagsart Schiene/Schiene auszugehen (vgl. Rz 614 ff.). Deshalb kann an dieser Stelle offengelassen werden, ob das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr, künftig eine (einzel-)marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

Ausbauphase 1: Umschlagsart Schiene/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr

599. Für die Umschlagsart Schiene/Strasse kommen grundsätzlich die gleichen Umschlagsanlagen wie bei der Umschlagsart Schiene/Schiene in Frage (vgl. Rz 583 ff.). Jedoch ist bei der Beurteilung der Alternativen neben der Schienenanbindung auch die Anbindung der Umschlagsanlagen an die Strasse wichtig. Im Unterschied zum Import-/Exportverkehr spielt der Aspekt der tieferen Transportkosten (keine Kabotage) im alpenquerenden Transitverkehr nur eine untergeordnete Rolle, da der Vor- bzw. Nachlauf aus dem Ausland (z.B.: Süddeutschland oder dem Elsass) kommt. Der Transport kann demnach zu grenznahen Umschlagsanlagen sowie den Umschlagsanlagen in der Schweiz zu europäischen Löhnen durchgeführt werden.

Kosten- und Zeitvergleich

600. Analog zum Import/Exportverkehr sind die Effizienzvorteile durch die Bündelung der Transporte im Vor- und Nachlauf auf der Strasse weniger relevant als in der Umschlagsart Schiene/Schiene, da LKWs geringere Fixkosten haben und auch die Zeitersparnisse geringer ist. Der Vorteil, dass in GBN längere Züge abgewickelt werden können, führt zu tieferen Kosten als auf Anlagen in denen eine Teilung des Zuges notwendig ist.

601. Als Vorteil von GBN gegenüber den Umschlagsanlagen im Ausland werden von den befragten Marktteilnehmern die wegfallenden Wartezeiten an den Autobahnzollämtern (Weil am Rhein, Rheinfelden oder Basel St. Louis) genannt.

Künftige Kapazitäten und Entwicklung der Nachfrage

602. Bezüglich der künftig vorhandenen Kapazitäten und der Entwicklung der Nachfrage kann auf die Ausführungen im Import-/Exportverkehr verwiesen werden (vgl. Rz 508). Es ist zumindest während der nächsten 10 Jahre von einem genügend grossen Angebot bzw. ausreichenden Umschlagskapazitäten auszugehen.

Vertikale Effekte

603. Bezüglich der vertikalen Effekte kann wiederum auf die Ausführungen zur Umschlagsart Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr verwiesen werden (vgl. Rz 512 f.). Dank der vertikalen Integration der Unternehmen können Transportangebote im KV aus einer Hand offeriert werden, die doppelte Marginalisierung entfällt, die Auslastung der Umschlagsanlagen kann gesteuert werden und die Unternehmen profitieren von einem besseren Informationsaustausch zwischen den einzelnen Transportprozessen.

604. Analog zur Umschlagsart Schiene/Schiene ist insbesondere die starke Stellung der Zusammenschlussparteien auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten im Bereich Operateurleistungen und Gütertransport auf der Schiene zu berücksichtigen. Die starke Position von SBB Cargo und Hupac ermöglicht die Bündelung auf einzelne Umschlagsanlagen mit Gateway-Funktion und das Ausschöpfen der entstehenden Kostenvorteile durch die Bündelung. Deshalb ist davon auszugehen, dass SBB Cargo und Hupac die Verkehre des Hauptlaufs auf GBN und nicht auf potenzielle Alternativen von Wettbewerbern wie DUSS Weil am Rhein bündeln wird.

Stellung der Marktgegenseite

605. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite kann wiederum auf die Ausführungen in der Umschlagsart Schiene/Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 514 ff.).

Zwischenergebnis

606. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr [60-70] %. Die bestehenden Umschlagsanlagen der Zusammenschlussparteien sind zwar nicht Teil des GU GBN, es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Umschlagsanlagen nicht im Wettbewerb mit GBN stehen werden. Die Analyse der künftigen Wettbewerbssituation nach Ausbauphase 1 von GBN hat gezeigt, dass mit einem Zuwachs der Marktanteile der Zusammenschlussparteien aufgrund der grossen Effizienzvorteile beim Umschlag in GBN, der vorgesehenen Mengenbündelung auf GBN und der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten zu rechnen ist. Wie nachfolgend noch dargelegt wird, ist letztlich nicht von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in der Umschlagsart Schiene/Strasse auszugehen (vgl. Rz 614 ff). Deshalb kann an dieser Stelle offengelassen

werden, ob das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Strasse im alpenquerenden Transitverkehr eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG begründet oder verstärkt.

Ausbauphase 2: Umschlagsart Schiff/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr

607. In der Umschlagsart Schiff/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr verfügt Rethmann über einen Marktanteil von [60-70] %. Bei einem Vergleich der jährlichen Umschläge in der Umschlagsart Schiff/Schiene wird jedoch ersichtlich, dass diese Umschlagsart mit nur [0-1'000] TEU pro Jahr kaum vorkommt. Der Anteil am gesamten Umschlag des alpenquerenden Transitverkehrs beträgt somit weniger als [0-10] %.

608. Der Swiss Shippers' Council, die Verladerorganisation der Schweiz, gibt an, dass Umschläge vom Binnenschiff auf die anderen Verkehrsträger im alpenquerenden Transitverkehr für seine Mitglieder nicht relevant sind. Auch Spedlogswiss, der Verband der international tätigen Speditions- und Logistikunternehmen in der Schweiz, gibt an, dass keine Transit-Relationen für den Umschlag von der Rheinschifffahrt auf die Schiene bzw. Strasse (und umgekehrt) über GBN in Frage kommen und sie sehen auch derzeit keine Bedeutung.

609. Zudem schätzen die Zusammenschlussparteien den künftigen Anteil der Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr nach Ausbaustufe 2 auf nahezu [0-10] % (in % der Kapazität von GBN). Damit wird die Umschlagsart Schiff/Schiene auch mit dem Betrieb von GBN in der Praxis sehr selten vorkommen bzw. eine Ausnahme bleiben, worauf die Parteien zu behaften sind.

610. Aus diesem Grund wird im vorliegenden Zusammenschlussverfahren auf eine eigenständige Analyse dieses Marktes verzichtet.

Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in den Märkten für Umschlagsleistungen im alpenquerenden Transitverkehr

611. Die Parteien bringen vor, dass laut BAV die Umschläge seit Jahren aus der Schweiz zu den Umschlagsanlagen ins Ausland abwandern würden. Grund dafür sei die mangelnde Produktivität und Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Umschlagsanlagen. Mit GBN solle nun in der Schweiz eine Umschlagsanlage gebaut werden, die hinsichtlich Produktivität und Konkurrenzfähigkeit mit den Anlagen im Ausland mithalten könne. GBN werde in direkter Konkurrenz stehen mit den Umschlagsanlagen in Deutschland, Österreich und Frankreich. Damit werde die internationale Wettbewerbsfähigkeit gestärkt bzw. erst geschaffen. Mit der Abwanderung der Umschläge ins Ausland sei zudem zwangsläufig eine Zunahme des Schwerverkehrs in die Schweiz verbunden, da ab und zu der Umschlagsanlage praktisch immer per LKW transportiert werde. Entstehe mit GBN eine international konkurrenzfähige Umschlagsanlage in der Schweiz, so werde damit die Voraussetzung geschaffen, dass die Umschläge in die Schweiz zurückgeholt und damit auch das verkehrs- und umweltpolitisch angestrebte Verlagerungsziel erreicht werden könne.

612. An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass in der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz rein wettbewerbliche und keine verkehrs- und umweltpolitischen Aspekte zu prüfen sind.

613. Die Stellung der Unternehmen wird sich insofern verbessern, dass Transportleistungen im Import-/Exportverkehr sowie im Transitverkehr kostengünstiger und zeitsparender angeboten werden können, wenn diese Transporte künftig über GBN umgeschlagen bzw. gebündelt werden können. Es ist demnach damit zu rechnen, dass künftig weitere Transporte, die aktuell noch im nahen Ausland abgewickelt werden, über GBN umgeschlagen werden. Keine Aussage kann getroffen werden, ob und inwiefern sich die Stellung der Zusammenschlussparteien im internationalen Wettbewerb durch das Zusammenschlussvorhaben in anderen Bereichen verändern wird.

Ausbauphase 1 von GBN: Umschlagsarten Schiene/Schiene und Schiene/Strasse

614. Aktuell verfügen die Zusammenschlussparteien über kumulierte Marktanteile von [20-30] % in der Umschlagsart Schiene/Schiene und von [60-70] % in der Umschlagsart Schiene/Strasse. Die grossen Effizienzvorteile und der optimale Standort von GBN am Rhein-Alpen-Korridor erlaubt künftig grosse Vorteile bei der Bündelung im Hauptlauf sowie im Vor- bzw. Nachlauf auf der Schiene. Die Parteien erwarten bei GBN einen Anteil von […] % Umschlagsleistungen im Transitverkehr, der mit zunehmender Betriebszeit zunehmen dürfte. Dank der neuen Terminalinfrastruktur von GBN werde die Bedeutung des KV-Transitverkehrs zunehmen und vermehrt in der Schweiz umgeschlagen. Werden die von den Parteien geschätzten Anteile der Umschlagsleistungen für die Umschlagsart Schiene/Schiene zugrunde gelegt, liegt dieser Wert deutlich über den gegenwärtigen Umschlagskapazitäten des Gesamtmarkts. Deshalb ist, auch aufgrund der starken Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten, welche die Bündelung von Umschlägen auf der Umschlagsanlage GBN ermöglicht, zumindest in der Umschlagsart Schiene/Schiene von einem deutlichen Anstieg der Marktanteile der Parteien nach der Inbetriebnahme von GBN auszugehen. Mit Ausnahme der Umschlagsanlage DUSS Weil am Rhein ist in der Umschlagsart Schiene/Schiene im alpenquerenden Transitverkehr nicht davon auszugehen, dass sich die Umschlagsanlagen der Wettbewerber als Konkurrenten zu GBN verhalten können.

615. In der Umschlagsart Schiene/Schiene beträgt der Marktanteil der aktuellen Marktführerin DUSS Weil am Rhein [60-70] % im Jahr 2017. Im Unterschied zum Import-/Exportverkehr, bei dem die schienenseitige Ausrichtung für die Feinverteilung in der Schweiz und damit die vertikale Integration der Zusammenschlussparteien wichtiger sind, ist im Transitverkehr jedoch nicht von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

616. In der Umschlagsart Schiene/Strasse sprechen die hohen Kosten- und Zeitvorteile des Umschlags in GBN, der optimale Standort von GBN und die starke Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf den vor- bzw. nachgelagerten schienenseitigen Märkten ebenfalls für einen Zuwachs der Marktanteile der Zusammenschlussparteien nach dem Bau und der Inbetriebnahme von GBN. Allerdings wirken sich die Vorteile der Bündelung nur im Hauptlauf auf der Schiene aus. Zudem haben ausländische Umschlagsanlagen Kostenvorteile beim Transport auf der Strasse und die Stauproblematik ist weniger relevant bei dezentral gelegenen Anlagen. Aus den dargelegten Gründen ist nicht davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben bzw. der künftige Betrieb von GBN in der Umschlagsart Schiene/Strasse eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Ergebnis

617. Im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger im alpenquerenden Transitverkehr verfügen die Zusammenschlussparteien in den Umschlagsarten Schiene/Strasse bereits heute über kumulierte Marktanteile von [60-70] %. In der Umschlagsart Schiene/Schiene liegen die kumulierten Marktanteile im Jahr 2017 bei 28 %. Die Marktanteile von DUSS betragen in dieser Umschlagsart im Jahr 2017 [60-70] %. Jedoch gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass sich aufgrund der optimalen Lage von GBN sowie den Kosten- und Zeitvorteilen beim Umschlag über GBN die Nachfrage künftig erhöhen wird.

618. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bzw. dem Betrieb von GBN wird künftig ein Grossterminal mit Gateway-Funktion Umschlagsleistungen anbieten mit denen die Umschlagsanlagen der Wettbewerber bezüglich Kosten- und Zeitvorteilen, mit Ausnahme von DUSS Weil am Rhein, im alpenquerenden Transitverkehr nicht annähernd mithalten können. Trotz der hohen Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten für Operateurleistungen und im Gütertransport auf der Schiene und den damit verbundenen vertikalen Effekten, ist aber insgesamt nicht davon auszugehen, dass der geplante Zusammenschluss im alpenquerenden Transitverkehr in der Umschlagsart Schiene/Schiene oder in der Umschlagsart Schiene/Strasse zu einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG führt.

B.4.4.3 Bereich Operateurleistungen

B.4.4.3.1. Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr)

619. Die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer drei grössten aktuellen Wettbewerber präsentieren sich wie folgt:

Tabelle 12: Marktanteile in den Märkten für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene

Operateurleistungen auf der Schiene								
Binnenverkehr								
Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB	Hupac	Rethmann	RailCare	Post*	BLS
2017	1000 TEU	[300-325]	[175-200]	[40-50]	-	[20-30]	[20-30]	[5-10]
	In %	100 %	[50-60] %	[10-20] %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[275-300]	[150-175]	[40-50]	-	[20-30]	[20-30]	[5-10]
	In %	100 %	[50-60] %	[10-20] %	0 %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[275-300]	[150-175]	[40-50]	-	[20-30]	[20-30]	[5-10]
	In %	100 %	[60-70] %	[10-20] %	0 %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Import-/Exportverkehr								
Zeitraum	Wert	Gesamtmarkt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB	Hupac	Rethmann	Transfracht	Schweizerzug**	Hannibal
2017	1000 TEU	[150-175]	-	[100-125]	[20-30]	[10-20]	[5-10]	[5-10]
	In %	100 %	0 %	[60-70] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

2016	1000 TEU	[200-225]	-	[125-150]	[20-30]	[30-40]	[20-30]	[5-10]
	In %	100 %	0 %	[50-60] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	1000 TEU	[225-250]	-	[125-150]	[20-30]	[30-40]	[20-30]	[10-20]
	In %	100 %	0 %	[50-60] %	[0-10] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
Transitverkehr								
Zeit-raum	Wert	Gesamt-markt	Zusammenschlussparteien			Wettbewerber		
			SBB	Hupac	Reth-mann	Inter Ferry Boats nv	Shuttlewise BV	Ambrogio Trasporti SpA
2017	1000 TEU	[1'350-1'400]	-	[825-850]	-	[90-100]	[50-60]	[40-50]
	In %	100 %	0 %	[60-70] %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	1000 TEU	[1'400-1'450]	-	[850-875]	-	[125-150]	[50-60]	[40-50]
	In %	100 %	0 %	[60-70] %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
52015	1000 TEU	[1'400-1'450]	-	[750-775]	-	[100-125]	[50-60]	[50-60]
	In %	100 %	0 %	[50-60] %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

* Bei der Post wurden nur Operateurleistungen berücksichtigt, welche sie Dritten anbietet; ** Gemäss Meldung bis 2015 IMS Rail Switzerland AG.

620. Im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Binnenverkehr verfügt im Jahr 2017 SBB über einen Marktanteil von [50-60] % und Hupac über einen solchen von [10-20] %. SBB und Hupac verfügen somit über einen kumulierten Marktanteil von [70-80] %. Die wichtigsten Wettbewerber RailCare, Post und BLS halten Marktanteile von [0-10] %, [0-10] % bzw. [0-10] %. Im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr verfügt Hupac über einen Marktanteil von [60-70] % und Rethmann über einen solchen von [10-20] %. Hupac und Rethmann verfügen somit über einen kumulierten Marktanteil von [80-90] %. Die Wettbewerber Transfracht, Schweizerzug und Hannibal halten Marktanteile von [0-10] %, [0-10] % bzw. [0-10] %. Auf dem Markt Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Transitverkehr verfügt Hupac über einen Marktanteil von [60-70] %. Die wichtigsten Wettbewerber Inter Ferry Boats, Shuttlewise und Ambrogio Trasporti halten Marktanteile von [0-10] %, [0-10] % bzw. [0-10] %.

621. Gemäss den Angaben in der Meldung werden die Geschäftstätigkeiten von SBB, Hupac und Rethmann im Bereich Operateurleistungen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert. Sie würden unabhängig voneinander weitergeführt und nicht zusammengelegt werden. Demzufolge könnten die Marktanteile der Zusammenschlussparteien für die Analyse der Wettbewerbssituation auf den Märkten für Operateurleistungen nicht einfach addiert werden.

622. Allerdings sind bei der Betrachtung der vertikalen Effekte/Auswirkungen auf die Märkte für Umschlagsleistungen die kumulierten Marktanteile der Muttergesellschaften zugrunde zu legen.

623. In der Stellungnahme zur Beschlussbegründung bringen die Parteien weiter vor, dass durch GBN auch keine negativen vertikalen oder konglomeraten Effekte resultieren würden. GBN werde den Wettbewerb im Bereich Operateurleistungen nicht beschränken, sondern im Gegenteil verstärken. Der Grund liege darin, dass GBN die Voraussetzungen schaffen werde, dass die gesamte Transportkette effizienter werde. Von den Effizienzsteigerungen würden vor allem die KV-Operateure als Nachfrager von Umschlagsleistungen profitieren. Dank GBN könnten längere Züge der Operateure rasch und kostengünstig umgeschlagen werden. Verzögerungen und Wartezeiten würden vermieden. Die Container-Laufzeiten würden damit verkürzt und die Kosten reduziert. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Schweiz namentlich für ausländische Schienen-Operateure im Import-/Exportverkehr, aber auch im Transitverkehr künftig an Bedeutung gewinnen werde. Dank GBN dürften künftig deutlich mehr Mengen umgeschlagen und mehr Operateure auf Platz sein als in den heutigen kleinen Schweizer Terminals. Dies gelte nicht nur für den internationalen, sondern auch für den Binnenverkehr. Hinzu komme, dass die Marktzutrittsschranken tief seien. GBN werde somit in allen drei Teilbereichen (Import-/Export-, Transit- und Binnenverkehr) zu weiteren Marktzutritten von Operateuren und damit zu sinkenden Marktanteilen der heutigen Operateure füh-

ren. Da GBN allen Marktteilnehmern zur gleichberechtigten Nutzung zu nichtdiskriminierenden Bedingungen offenstehe müsse, führe der Zusammenschluss auch nicht zur Marktverzerrungen auf den Operateurmärkten. Jeder Operateur werde zu gleichen Bedingungen in GBN umschlagen können. Die Parteien würden deshalb keine Möglichkeit haben, das eigene Operateurgeschäft zu bevorzugen oder Marktzutritte zu behindern.

624. Negative Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf die Märkte für Operateurleistungen und den Bereich Gütertransport auf der Schiene können aufgrund der Schlüsselfunktion von Umschlagsanlagen im KV nicht a priori ausgeschlossen werden. So benötigen KV-Operateure und damit auch EVU den Zugang zu Umschlagsanlagen für die Erbringung ihrer Dienstleistungen. Wie in den Ausführungen zur künftigen Marktstellung von GBN ausgeführt wurde, verfügt GBN gegenüber alternativen Umschlagsanlagen in den betrachteten relevanten Märkten in verschiedenster Hinsicht über wesentliche Vorteile. Aus Sicht von KV-Operateuren auf der Schiene und EVU ist dabei insbesondere die Tatsache hervorzuheben, dass GBN die einzige Umschlagsanlage in der Schweiz sein wird, welche Züge mit einer Länge von 750 m ohne zeit- und kostenaufwändige Rangiervorgänge abfertigen kann. Vor diesem Hintergrund wäre es für den Wettbewerb auf den Märkten für Operateurleistungen auf der Schiene problematisch, wenn die Parteien deren Wettbewerbern auf diesen Märkten die Nutzung von GBN verweigern würden. Ebenso wäre es aus Sicht des Wettbewerbs problematisch, wenn die Parteien anderen KV-Operateuren bzw. EVU zwar den Zugang zu GBN gewähren würden, diese aber beispielsweise hinsichtlich Preisen, Kapazitätszuteilungen oder hinsichtlich der Priorisierung bei Störungen und Verspätungen benachteiligen würden.

625. Gemäss der Verfügung des BAV vom 4. Juli 2018 betreffend das Gesuch um Investitionsbeiträge muss allerdings gewährleistet sein, dass GBN allen Marktteilnehmern zur gleichberechtigten Nutzung zu nichtdiskriminierenden Bedingungen offensteht (vgl. Art. 6 GüTV). Aufgrund der Grösse, der nationalen verkehrspolitischen Bedeutung und der hohen Relevanz der Anlage für eine effiziente Transportabwicklung des schweizerischen Import- und Exportverkehrs werde GBN zudem verpflichtet, ein breiteres Aktionariat anzustreben, soweit dies mit den Bestimmungen des Obligationenrechts und Kartellgesetzes vereinbar sei. GBN müsse zudem die erforderlichen Vorkehrungen treffen, damit die Eigentümergesellschaften keine wettbewerbsrelevanten und nicht allgemein zugänglichen Informationen zukommen. Dies werde unter anderem mit Vorgaben zum Zugang zu Informatiksystemen und -zugriffen sichergestellt. Mit diesen Auflagen solle verhindert werden, dass sich die Eigentümergesellschaften oder ihre Tochterunternehmen ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile verschaffen können (z. B. Informationen kundebezogenen Absatzzahlen, Preisen, Preiselementen, Margen und weiteren Konditionen). GBN werde weiter verpflichtet, allen Kunden der Umschlagsanlage die erforderlichen Daten und Informatik-Schnittstellen, welche für eine effiziente Auftragsabwicklung erforderlich seien, in der notwendigen Qualität bereitzustellen. GBN werde schliesslich auch verpflichtet, angemessen für den Fortbestand der Umschlagsanlage Sorge zu tragen. Hierfür müssten Reserven zu Wiederbeschaffungszwecken gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts gebildet werden. Bis diese Reserven vollständig geäufnet seien, seien die Möglichkeiten der Gewinnausschüttung beschränkt.[139]

626. Zusammenfassend ist aufgrund der vertikalen Integration der Zusammenschlussparteien und deren Marktstellung auf diversen GBN vor- und nachgelagerten Märkten – insbesondere den Märkten für Operateurleistungen auf der Schiene – von erheblichen vertikalen Effekten auszugehen. Gestützt auf die Ausführungen der Parteien sowie mit Blick auf die Pflicht zur Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zu GBN und die weiteren vom BAV verfügten Auflagen (namentlich Trennung von Funktionen und des Daten- und Informationsmanagement, Reservebildung zu Wiederbeschaffungszwecken) ist jedoch nicht davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu erheblichen negativen Wettbewerbswirkungen im Bereich Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene führt. Entsprechend ist unter Berücksichtigung der entsprechenden Auflagen auch nicht von der Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

627. Wie bereits erwähnt, wird eine allfällige Koordinierung zwischen den Muttergesellschaften im Bereich Operateurleistungen nach Art. 5 KG beurteilt (vgl. Rz 414 f.).

628. Hinsichtlich allfälliger positiver Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Operateurleistungen wird auf die Ausführungen unter B.4.5 (Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt) verwiesen.

B.4.4.3.2. Operateurleistungen für begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr

629. Im Markt für Operateurleistungen für begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr ist gemäss Meldung nur RAlpin (Gemeinschaftsunternehmen von SBB Cargo, Hupac und BLS AG) tätig und verfügt entsprechend über einen Marktanteil von [90-100] %.

[139] Vgl. Medienmitteilung BAV (Fn 113); Faktenblatt des BAV (Fn 106), 3.

630. Gemäss den Angaben der Parteien betreibt RAlpin die rollende Autobahn/Landtrasse (RoLA) im alpenquerenden Güterverkehr gestützt auf eine Leistungsvereinbarung mit dem BAV. Der Betrieb von RoLA sei 2009 vom BAV für die Zeit von 2012 bis 2018 ausgeschrieben und RAlpin vergeben worden. 2018 habe das BAV mit RAlpin eine Rahmenvereinbarung über die Fortführung des bestehenden RoLa-Angebots bis 2023 abgeschlossen. Daran werde sich durch GBN nichts ändern.

631. Es seien auch keine vertikalen oder konglomeraten Effekte in diesem Markt zu befürchten. Zwar könnte BKW auch in GBN umgeschlagen werden, weil dafür ausser einer einfachen Rampe, damit die LKW auf die Bahnwagen fahren könnten, keine weitere Infrastruktur notwendig sei. Die Investitionen für eine solche Rampe und deren Platzbedarf seien gering. Allerdings sei es sehr unwahrscheinlich, dass künftig BKV in GBN umgeschlagen werde: Erstens werde GBN als Umschlagsanlage für den UKV geplant, konzipiert und realisiert. Zweitens biete RAlpin im begleiteten KV gemäss der Rahmenvereinbarung mit dem BAV Verbindungen zwischen Freiburg und Novara an. Basel werde nicht angefahren. Drittens nutze RAlpin bestehende moderne Verladeanlagen in diesen beiden Ausgangs- und Zieldestinationen. Es würden somit keine Berührungspunkte zwischen dem BKV und GBN bestehen, worauf die Parteien zu behaften sind.

632. Art. 10 Abs. 2 KG bedingt, dass eine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird. Das Zusammenschlussvorhaben muss für die mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kausal sein. Besteht auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Zusammenschlussvorhabens.[140]

633. Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf den in der Meldung ausgewiesenen Marktanteil von [90-100] % der RAlpin sowie gestützt auf die voranstehenden Ausführungen der Parteien nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss im Bereich Operateurleistungen für begleiteten KV auf der Schiene im Transitverkehr eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

B.4.4.4 Bereich Gütertransport

B.4.4.4.1. Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene

634. Gemäss Meldung dürfte der Marktanteil der SBB bzw. SBB Cargo in den Verkehrsarten Transitverkehr, Import-/Exportverkehr und Binnenverkehr jeweils nahezu [90-100] % betragen. Die Marktanteile der SBB bzw. SBB Cargo seien in den letzten Jahren konstant und andere Anbieter seien jeweils nicht bekannt, ausser im Binnenverkehr, wo noch einzelne, regional tätige Privatbahnen tätig seien. Im Transitverkehr spiele der Einzelwagenladungsverkehr praktisch keine Rolle.

635. In der Stellungnahme zur Beschlussbegründung machen die Parteien geltend, dass der Einzelwagenladungsverkehr im KV vor allem den Vor- und Nachlauf betreffe. Es handle sich deshalb überwiegend um Binnenverkehr. Die SBB würde im Moment als einziges EVU in der Schweiz Einzelwagenladungsverkehr anbieten. Einzelwagenladungsverkehr setze ein Netz von Bedienpunkten voraus und der Aufbau eines zweiten Netzes in der Schweiz wäre angesichts des rückläufigen Volumens kaum wirtschaftlich.

636. Nach Einschätzung der beteiligten Unternehmen dürfte GBN Drittanbietern den Markteintritt eher erleichtern. Dank GBN werde es für Drittanbieter eher einfacher sein, Angebote für den Bahnnachlauf in der Schweiz – also den Transport der Ladeeinheiten von GBN zu den regionalen Terminals und direkt zu den Kunden mit eigenen Anschlussgleisen (und umgekehrt) – zu lancieren. Heute würden wegen der Zersplitterung der Verkehre auf viele kleine KV-Terminals und wegen der fehlenden Umschlagsressourcen in der Schweiz Markteintrittshürden für Drittanbieter bestehen. Dank GBN dürften diese Markteintrittshürden gesenkt werden.

637. Wie erwähnt, bedingt Art. 10 Abs. 2 KG, dass eine marktbeherrschende Stellung durch den Zusammenschluss begründet oder verstärkt wird. Das Zusammenschlussvorhaben muss für die mögliche Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kausal sein. Besteht auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Zusammenschlussvorhabens.[141]

638. Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf die in der Meldung ausgewiesenen Marktanteile von SBB Cargo von jeweils nahezu [90-100] % nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss in den Märkten für Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

639. Hinsichtlich allfälliger positiver Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene wird wiederum auf die Ausführungen unter B.4.5 (Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt) verwiesen.

B.4.4.4.2. Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene

640. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer drei grössten aktuellen Wettbewerber wie folgt:

[140] Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4 (= RPW 2007/2, 328 E. 6.4), *Swissgrid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

[141] Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4 (= RPW 2007/2, 328 E. 6.4), *Swissgrid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

Tabelle 13: Marktanteile in den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz

Binnenverkehr								
Zeitraum	Wert	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
		SBB*	SBB Cargo Int	Hupac*	Rethmann	BLS	Widmer Rail	Swiss Rail Traffic
2017	In %	[70-80] %	[0-10] %	0 %	0 %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	In %	[70-80] %	[0-10] %	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	In %	[70-80] %	[0-10] %	0 %	0 %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Import-/Exportverkehr								
Zeitraum	Wert	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
		SBB*	SBB Cargo Int	Hupac*	Rethmann	BLS	Widmer Rail	DB Cargo
2017	In %	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	In %	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %
2015	In %	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	[0-10] %
Transitverkehr								
Zeitraum	Wert	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
		SBB*	SBB Cargo Int	Hupac*	Rethmann	BLS	DB Cargo	n/a
2017	In %	[30-40] %	[40-50] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	–
2016	In %	[30-40] %	[40-50] %	0 %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	–
2015	In %	[30-40] %	[30-40] %	0 %	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %	–

* Die Marktanteile von SBB und Hupac werden jeweils ohne deren GU SBB Cargo International ausgewiesen.

641. Im Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr verfügen SBB bzw. SBB Cargo International im Jahr 2017 über einen Marktanteil von [70-80] % bzw. [0-10] %, zusammen [80-90] %. Die Wettbewerber BLS, Widmer Rail und Swiss Rail Traffic halten Marktanteile von [10-20] % und je [0-10] %. Im Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr verfügen SBB bzw. SBB Cargo International über einen Marktanteil von [50-60] % bzw. [5-10] %, zusammen [60-70] %. Die Wettbewerber BLS, Widmer Rail und DB Cargo halten Marktanteile von [20-30] %, [10-20] % und [0-10] %. Im Markt für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr verfügen SBB und SBB Cargo International über Marktanteile von [30-40] % bzw. [40-50] %, zusammen [70-80] %. Die einzigen Wettbewerber BLS und DB Cargo halten Marktanteile von [20-30] % bzw. [10-20] %.

642. Die Parteien machen in der Stellungnahme zur Beschlussbegründung geltend, dass Ganzzüge im KV heute überwiegend für den Hauptlauf auf der Schiene zur Anwendung kommen würden. Sie würden dabei in der Regel zwischen den Seehäfen und den Import-/export-Umschlagsanlagen oder zwischen diesen Import-/Export-Umschlagsanlagen verkehren. Nach Schätzung der Parteien hätten die SBB im Import-/Exportverkehr im Bereich des KV einen Marktanteil von rund [60-70] %. Nach Schätzung der Parteien hätten die SBB im Transitverkehr im Bereich des KV einen Marktanteil von rund [40-50] %.

643. Es sei ausgeschlossen, dass GBN negative Auswirkungen auf den Markt für Güterverkehr haben könne.

644. Erstens werde GBN nicht durch SBB alleine kontrolliert. Die beiden anderen beteiligten Unternehmen hätten kein Interesse daran, dass die SBB mittels ihrer Beteiligung an GBN versuchen würden, den Traktionsmarkt zu dominieren. Selbst wenn es eine Strategie der SBB gäbe, die auf die Behinderung von Wettbewerbern abzielen würde (was nicht der Fall sei), würden die Miteigentümer von GBN niemals dazu Hand bieten, dass GBN diese Strategie unterstützen würde. Hupac und Rethmann seien als Operateure Nachfrager von Traktionsleistungen und wären damit selbst von einer solchen Strategie nachteilig betroffen.

645. Zweitens und vor allem gewährleiste das Diskriminierungsverbot, dass keine Wettbewerber von SBB als Kunden von GBN benachteiligt oder gar ausgeschlossen würden. Die Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs entspreche nicht nur der klaren Absicht der Parteien und sei deshalb auch in den Verträgen vorgesehen. Sie sei auch mehrfach regulatorisch abgesichert.

Gemäss Art. 8 Abs. 5 GüTG und Art. 6 GüTV seien die Eigentümer und Betreiber einer vom Bund geförderten Umschlagsanlage verpflichtet, Dritten den diskriminierungsfreien zu dieser Anlage zu transparenten Bedingungen und Preisen zu gewähren. Zusätzlich sei der diskriminierungsfreie Zugang zur KV-Umschlagsanlage in der Verfügung des BAV explizit als Auflage vorgesehen.

646. Im Rahmen der Marktbefragung haben die Wettbewerber BLS und DB Cargo Schweiz angegeben, dass sie grundsätzlich keine Nachteile durch GBN erwarten, falls der diskriminierungsfreie Zugang gewährleistet sei und zusätzlich ausgeführt, in Bezug auf welche Kriterien (z.B.: Preis, Zuteilung von Kapazitäten) die Nichtdiskriminierung jeweils sichergestellt sein sollte.

647. Auch in den vorliegend betrachteten Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene ist aufgrund der vertikalen Integration der Zusammenschlussparteien und deren Marktstellung auf diversen GBN vor- und nachgelagerten Märkten von erheblichen vertikalen Effekten auszugehen. So wären insbesondere negative Wettbewerbswirkungen einer Verweigerung oder Diskriminierung hinsichtlich des Zugangs zu GBN grundsätzlich denkbar.[142] Aufgrund der Pflicht zur Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs gemäss der Gütertransportgesetzgebung und der weiteren vom BAV verfügten Auflagen (vgl. Rz 626) ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der Zusammenschluss zu erheblichen negativen Wettbewerbswirkungen in den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene führt. Analog zu den Märkten für Operateurleistungen ist unter Berücksichtigung der entsprechenden Auflagen auch in diesem Bereich nicht von der Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

648. Hinsichtlich allfälliger positiver Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene wird wiederum auf die Ausführungen unter B.4.5 (Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt) verwiesen.

B.4.4.4.3. Kombinierter Verkehr auf der Schiene

649. Gemäss Meldung präsentieren sich die Marktanteile der Zusammenschlussparteien und ihrer drei grössten aktuellen Wettbewerber wie folgt:

Tabelle 14: Marktanteile im Kombinierten Verkehr auf der Schiene

Binnenverkehr								
Zeitraum	Wert	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
		SBB*	SBB Cargo Int	Hupac*	Rethmann	BLS	RailCare	n/a
2017	In %	[60-70] %	[0-10] %	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	–
2016	In %	[60-70] %	[0-10] %	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	–
2015	In %	[60-70] %	[0-10] %	0 %	0 %	[10-20] %	[10-20] %	–
Import-/Exportverkehr								
Zeitraum	Wert	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
		SBB*	SBB Cargo Int	Hupac*	Rethmann	BLS	RailCare	SNCF Lineas
2017	In %	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
2016	In %	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
2015	In %	[50-60] %	[0-10] %	0 %	0 %	[20-30] %	[10-20] %	[10-20] %
Transitverkehr								
Zeitraum	Wert	Zusammenschlussparteien				Wettbewerber		
		SBB*	SBB Cargo Int	Hupac*	Rethmann	BLS	DB Cargo	SNCF Lineas
2017	In %	[10-20] %	[40-50] %	0 %	0 %	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	In %	[10-20] %	[40-50] %	0 %	[10-20] %	[30-40] %	[0-10] %	[0-10] %
2015	In %	[10-20] %	[30-40] %	0 %	[10-20] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %

* Die Marktanteile von SBB und Hupac werden jeweils ohne deren GU SBB Cargo International ausgewiesen.

[142] Vgl. hierzu die analogen Überlegungen zum Markt für Operateurleistungen in Rz 624.

650. Im Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr verfügen SBB und SBB Cargo International über einen Marktanteil von [60-70] % bzw. [0-10] %, zusammen 70 %. Die einzigen Wettbewerber BLS und RailCare halten einen Markanteil von je [10-20] %. Im Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr verfügen SBB und SBB Cargo über Marktanteil von [50-60] % bzw. [0-10] %, zusammen [60-70] %. Die Wettbewerber BLS, RailCare und SNCF Lines verfügen über Marktanteile von [20-30] % bzw. je [10-20] %. Im Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr verfügen SBB und SBB Cargo International über einen Marktanteil von [10-20] % bzw. [40-50] %, zusammen [50-60] %. Die wichtigste Wettbewerberin BLS hält einen Marktanteil von [30-40] %, DB Cargo und SNCF Lineas halten je [0-10] %.

651. Auch in den vorliegend betrachteten Märkten für kombinierten Verkehr auf der Schiene ist aufgrund der vertikalen Integration der Zusammenschlussparteien und deren Marktstellung auf diversen GBN vor- und nachgelagerten Märkten von erheblichen vertikalen Effekten auszugehen. So wären insbesondere negative Wettbewerbswirkungen einer Verweigerung oder Diskriminierung hinsichtlich des Zugangs zu GBN grundsätzlich denkbar.[143] Betreffend die entsprechenden Auswirkungen von GBN auf die Märkte für den kombinierten Verkehr auf der Schiene kann auf die entsprechenden Ausführungen bei den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene verwiesen werden (vgl. Rz 647). Analog zu den Märkten für Operateurleistungen ist unter Berücksichtigung der entsprechenden Auflagen auch in diesem Bereich nicht von der Möglichkeit einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auszugehen.

652. Hinsichtlich allfälliger positiver Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich kombinierter Verkehr auf der Schiene wird wiederum auf die Ausführungen unter B.4.5 (Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt) verwiesen.

B.4.4.5 Fazit

653. Zusammenfassend wird durch das Zusammenschlussvorhaben auf folgenden Märkten eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt:

- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet;
- Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet.

B.4.5 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt

654. Ergibt die Prüfung, dass ein Zusammenschluss eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt, wie es vorliegend der Fall ist, ist die zweite Eingriffsvoraussetzung zu prüfen. Diese ist erfüllt, wenn der Zusammenschluss zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, welche die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

655. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG wird auch als negative Eingriffsvoraussetzung bezeichnet, weil auf dieser Grundlage ein Zusammenschluss zugelassen werden kann, obwohl er eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt.[144]

656. Die mit Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG vorgeschriebene Abwägung trägt dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung.[145]

657. Als «anderer Markt» kommt jeder räumlich oder sachlich zu dem beherrschten Markt verschiedene Markt in Frage; allerdings muss es sich dabei aufgrund von Art. 2 Abs. 2 KG um die Schweiz berührende Märkte handeln. Als «anderer Markt» kommen insbesondere auch die vor- und nachgelagerten Märkte bei einer vertikalen Integration sowie verbundene Märkte bei konglomeraten Auswirkungen in Betracht.[146] Vor dem Hintergrund von Art. 10 Abs. 4 KG, wonach auch die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf internationaler Ebene zu berücksichtigen ist, kommen dabei auch über die Schweiz hinausgehende Märkte (z.B. ein Weltmarkt) in Betracht, solange ein Bezug zur Schweiz besteht.[147]

658. Die «Wettbewerbsverhältnisse» auf einem anderen Markt können auf vielfältige Weise verbessert werden; das Gesetz sieht keine Einschränkungen vor. Realisiert der Zusammenschluss Effizienzvorteile, können solche Vorteile zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beitragen.[148] Das Vorliegen von Effizienzvorteilen per se ist indes nicht ausreichend; diese müssen vielmehr auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führen. Die WEKO kann diese Effekte im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG berücksichtigen, sofern sie auf einem anderen Markt als dem beherrschten eintreten.[149] Zudem muss der Zusammenschluss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt ebenfalls kausal sein.[150]

---

[143] Vgl. hierzu die analogen Überlegungen zum Markt für Operateurleistungen in Rz 624.

[144] Vgl. FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, N 162 zu Art. 10 KG.

[145] PRÜMMER (Fn 144), in: DIKE-Kommentar KG, N 163 zu Art. 10 KG.

[146] PRÜMMER (Fn 144), in: DIKE-Kommentar KG, N 164 f. zu Art. 10 KG.

[147] Vgl. PRÜMMER (Fn 144), in: DIKE-Kommentar KG, N 164 zu Art. 10 KG; vgl. MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 N 157 und 161 ff., m.w.H.

[148] Vgl. PRÜMMER (Fn 144), in: DIKE-Kommentar, N 166 zu Art. 10 KG.

[149] Vgl. RPW 2009/4, 439, Rz 411, *Post/NZZ/Tamedia*; PRÜMMER (Fn 144), in: DIKE-Kommentar KG, N 166 zu Art. 10 KG.

[150] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 319 f. E.5.1; RPW 2010/3, 559 Rz 406, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

659. Hat die WEKO eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt identifiziert, hat sie eine Abwägung vorzunehmen: die Verbesserung muss die Nachteile der Begründung oder Verstärkung einer qualifizierten marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss überwiegen. Gemäss Botschaft kann eine Marktbeherrschung auf einem stagnierenden Markt oder «absterbenden Markt» mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem dynamischen Markt und zukunftsträchtigen Markt aufgewogen werden.[151]

660. Die REKO/WEF führt zur Abwägung von Art. 10 Abs. 2 Bst. a und b KG aus, dass diese eine Gewichtung der Nachteile (Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt) und der Vorteile (Verbesserungen auf anderen Märkten) verlange. Geeignete und einigermassen objektive Messgrössen würden keine existieren. Ab welchem Punkte eine Verbesserung in einem anderen Markt die Nachteile überwiege, sei unklar. Dieser Wertungsentscheid sei daher sehr anspruchsvoll. Die Literatur biete dabei keine Hilfestellungen; sie konkretisiere die Grundsätze der Wertung in keiner Weise. Die Behörde sei bei der Abwägung somit auf pflichtgemässes Ermessen verwiesen. Sie müsse aufgrund nachvollziehbarer Überlegungen gewichten.[152]

661. Nachfolgend wird vorab auf die durch GBN erzielten Effizienzvorteile eingegangen. Danach wird die Frage beantwortet, ob diese Effizienzvorteile zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten führen, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung von GBN im Bereich Umschlagsleistungen überwiegt.

B.4.5.1 Effizienzvorteile durch die Umschlagsanlage GBN

662. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien wird mit GBN erstmals in der Schweiz eine grosse und entsprechend effiziente Umschlagsanlage gebaut. Diese Verladeinfrastruktur schaffe die Voraussetzung, dass Spediteure bzw. KV-Operateure via GBN neue Transportketten bilden und ihren Kunden anbieten könnten. Während die Spediteure bzw. KV-Operateure heute für den Umschlag häufig auf Umschlagsanlagen im Ausland ausweichen würden, würden sie neu ihren Kunden auch eine Transportkette mit einem kostengünstigen Umschlag in Basel anbieten können. Gleichzeitig werde mit dem GBN eine trimodale, moderne, effiziente und für die heutigen internationalen Güterzüge von 700 Metern Länge konzipierte Umschlagsanlage geschaffen. In einer solchen Anlage könnten Umschläge nicht nur kostengünstiger, sondern vor allem auch schneller abgewickelt werden. Da die Zeit (sprich: Transportdauer) im internationalen Transportgeschäft ein wichtiger Faktor sei, könnten die Spediteure bzw. KV-Operateure ihren Kunden dank GBN auch ein qualitativ besseres Produkt – kürzere Transportdauer – anbieten. Laut den Parteien dürfte sich die Transportdauer im Vergleich zum Transport über eine bestehende Schweizer Umschlagsanlage um bis zu rund einem Drittel reduzieren.

663. Die Parteien prognostizieren aufgrund der Bündelung von Verkehren in GBN gegenüber der heutigen dezentralen Terminalstruktur erhebliche Effizienzverbesserungen. Diese sollen weniger im Bereich Umschlagsleistungen selbst, sondern vielmehr im Gesamtsystem des KV realisiert werden.

664. Das BAV äussert sich folgendermassen bezüglich der Umschlagsanlage GBN und deren volkswirtschaftlichen Mehrwert: Eine Umschlagsanlage mit Gateway-Funktion zeichne sich dadurch aus, dass hier die Bündelung der Verkehre zwischen Haupt- und Vor-/Nachlauf erfolge. Anders als bei herkömmlichen Anlagen erfolge also auch eine Bündelung für die Zu- resp. Weiterführung der Transporte im Vor- und Nachlauf. Keine der bestehenden Anlagen nehme bisher in massgeblichem Umfang eine Gateway-Funktion wahr. Die Bewertung des GBN könne nur unter Einbezug der Wirkungen auf die gesamte Logistikkette und nicht unter singulärer Betrachtung der reinen Umschlagstätigkeit erfolgen. Das BAV kommt zum Ergebnis, dass GBN aufgrund der Vermeidung kapazitativer Engpässe, der höheren Produktivität und Leistungsfähigkeit und der effizienteren Infrastrukturnutzung wesentliche volkswirtschaftliche Vorteile mit sich bringe und zeigt auf, in welchen Bereichen solche auftreten.

665. Zu den Vorbringen der Parteien ist vorab nochmals darauf hinzuweisen, dass nicht von Wettbewerb zwischen verschiedenen Transportketten auszugehen ist. Auch die Aussage, dass heute für den Umschlag häufig ins Ausland ausgewichen werde, ist zu relativieren. So konnte eine Abwanderung von Umschlägen durch die Marktbefragung nur ansatzweise plausibilisiert werden (vgl. Rz 457).

666. Laut den Angaben der Parteien kommt es insbesondere aufgrund der Steigerung der Zugslänge im Hauptlauf, der Reduktion des Rangieraufwands und dank der Bündelung der Verkehre (Erhöhung der Sendungsgrösse, Steigerung der Wiederbeladungsquote und höhere Verdichtung durch die Drehscheibenfunktion von GBN) zu Kosteneinsparungen (vgl. Rz 436).

667. Die mit dem Güterumschlag verbundenen Rangiervorgänge der Züge sind gemäss Zusammenschlussparteien nicht Teil der eigentlichen Umschlagsleistung. Sie werden als Traktionsleistung von den Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) erbracht und die Kosten werden vom KV-Operateur getragen. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass diese Kostenersparnisse durch den wegfallenden Rangieraufwand demnach nicht im Bereich Umschlagsleistungen realisiert werden, sondern auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten.

668. Gemäss dem von den Parteien im Rahmen der Prüfung in Auftrag gegebenen Gutachten […] zu den Effizienzgewinnen durch ein trimodales Terminal «Gateway Basel Nord» (nachfolgend: […] Gutachten) erlaubt GBN signifikante Effizienzverbesserungen bei der Umschlagsleistung. Ein Grossteil der Verbesserungen komme dabei den übrigen Elementen der Transportkette zu Gute. Dabei werden folgende neun Effizienzhebel,

[151] Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl 1995 I S. 585.
[152] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 319 f. E.5.1, *Swissgrid/WEKO*.

die zu Kostenreduktionen im KV führen, aufgeführt: Skaleneffekte im Overhead, optimierte Nutzung der Krananlage, Reduktion der Zufahrtszeit zu Hauptstrecken, Beschleunigte Abfertigung von LKWs, Ausnutzung der vollen Zugslänge im Hauptlauf, Reduktion des Rangieraufwands, Steigerung der Wagen- und Zugsauslastung im Vor-/Nachlauf, Reduktion der Standzeit von Assets und die Steigerung der Transportkettenstabilität.

669. Die Parteien führen dazu ergänzend aus, dass ein überwiegender Teil der Effizienzgewinne nicht durch den reinen Umschlagsvorgang, sondern dank der Terminalinfrastruktur resp. dank des einfachen Zugangs dazu erzielt werden (700 m Umschlagsgleise, Reduktion Rangieraufwand, kürzere Standzeiten, bessere Auslastung durch Mengenbündelung etc.). Dieser Teil der Effizienzgewinne stehe aufgrund des diskriminierungsfreien Zugangs zum Terminal allen Marktteilnehmern offen. Der Umschlag sei nur ein (aber ein wesentliches) Glied in der Transportkette, welche sich dadurch gesamthaft optimieren lasse. Die Effizienzgewinne der Transportkette würden sich nicht in der Erfolgsrechnung des Terminals niederschlagen.

670. Konkret schätzt das […] Gutachten einerseits die Effizienzgewinne durch GBN ab und zeigt auf, in welchen Bereichen die Kosteneinsparungen zu Tage treten. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass für den Transport eines 40' Container zwischen Rotterdam und der Schweiz je nach Transportfall Kostenreduktionen im Umfang von […] % bis […] % durch GBN gegenüber bestehenden Terminals möglich sind.[153] Das Gutachten enthält einen Vergleich der Transportkosten in CHF mit und ohne GBN bzw. die Kosteneinsparungen für die verschiedenen Transportfälle (vgl. Abbildung 15). Daraus wird ersichtlich, dass die Einsparungen beim Umschlag an sich im Verhältnis zu den prognostizierten Einsparungen im Hauptlauf (Schiene, Schiff) und in der Feinverteilung (Schiene) relativ gering sind. Die grössten Kostenersparnisse fallen demnach im Hauptlauf sowie im Vor- und Nachlauf auf der Schiene an, also in den Bereichen Güterverkehr auf der Schiene sowie Operateurleistungen auf der Schiene. Laut Gutachten beträgt der Kostenanteil der Umschlagskosten in GBN bzw. in einer alternativen Anlage im Vergleich zu den Transportkosten [0-10] %. Alternativ schätzt das Swiss Shippers Council deren Anteil auf bis zu ca. 10 %.

Abbildung 15: Kostenvergleich anhand eines Transports von Rotterdam in die Schweiz[154]

[…]

671. […]. […]. Deshalb sind weitere Abklärungen bezüglich der von den Parteien geltend gemachten Kosten- und Zeiteinsparungen durch GBN und insbesondere deren Höhe notwendig.

672. Ein ähnlicher Kostenvergleich, wie er im […] Gutachten vorgenommen wurde, ist auch im ETHZ/SGKV-Bericht zu finden. Darin werden die Gesamtkosten für zwei Standardtransporte von den Seehäfen zu je einem Empfänger in der Nordwestschweiz und im Mittelland, die den Durchschnitt aller Containertransporte in der CH repräsentieren sollen, verglichen. Dazu werden die Gesamttransportkosten als Summe der Transportschritte (Hauptlauf von Rotterdam in die Schweiz, Feinverteilung Schweiz) und der Umschlagskosten berechnet. Der ETHZ/SGKV-Bericht geht davon aus, dass die Rangierkosten pro Zug der in der Umschlagsanlage GBN umgeschlagenen Transportbehälter bedeutend geringer sind als in den bestehenden Anlagen, welche eine Zugteilung erfordern. So wird im ETHZ/SGKV-Bericht angenommen, dass die Rangierkosten in den alternativen Umschlagsanlagen im Vergleich zu GBN mehr als doppelt so hoch sind. Zusätzlich soll sich der Zeitaufwand für die Rangiertätigkeit in GBN substantiell verringern.[155] Der ETHZ/SGKV-Bericht kommt somit zu einem ähnlichen Ergebnis wie die Einschätzung der Parteien bezüglich der Kosten- und Zeiteinsparungen.

673. Die WEKO hat das von den Parteien eingereichte Gutachten zu den Effizienzgewinnen zur Überprüfung der geltend gemachten Kosteneinsparungen dem BAV vorgelegt. Das BAV listet in seiner Stellungnahme die vier wesentlichen Bereiche für produktive Verbesserungen mit Inbetriebnahme der Umschlagsanlage GBN auf und quantifiziert die jeweilige Höhe der Kosteneinsparungen im Hauptlauf (Import-/Exportzüge ab/zu den Seehäfen), im Vor-/Nachlauf Schiene und aufgrund der Reduktion des Rangieraufwands. Gemäss BAV sind die vier wesentlichen Bereiche für produktive Verbesserungen mit Inbetriebnahme der Umschlagsanlage GBN die folgenden:

- Möglichkeit zur Führung längerer Züge im long haul [Hauptlauf] (690m resp. 740m für die Import-Exportzüge ab/zu den Seehäfen);
- Möglichkeit zur Führung längerer Züge zwischen GBN und Rangierbahnhöfen, Formations-/Annahmebahnhof bzw. dezentralen Umschlagsanlagen und bessere Auslastung Waggon/Zug. Dies ist in erster Linie durch die effizientere Bündelung der heute über verschiedene Anlagen verteilten Verkehrsmengen bedingt;
- Beschleunigung der Umschlagsvorgänge durch modernes Equipment, Automatisierungen und moderne IT, verbunden mit effizienterer Lagerhaltung. Dies reduziert die Umschlags- und Standzeiten für Waggons, Lastwagen, Equipment bzw. Waren;
- Reduktion Rangieraufwand durch verbessertes Layout und direkte Infrastrukturanbindung, damit verbundene schnelle Anlieferung, Abfahrt bzw. generell kürzere Fahrzeit im Schienenhauptlauf und insbesondere im Vor-/Nachlauf auf der Schiene.

674. Das BAV führt folgende konkrete Kosteneinsparungen im Hauptlauf (Import-/Exportzüge ab/zu den Seehäfen) und im Vor-/Nachlauf Schiene auf:

- Bei unterstellten Zugkosten (Lok, Zugführer, Trassenpreis) [im Hauptlauf] von mindestens 8000 € sinken die Kosten je Sendung um 50 € resp. 60 Franken aufgrund der Anpassung der Zuglänge;

[153] Auch die von GBN und den Schweizerischen Rheinhäfen in Auftrag gegebene Studie *Volkswirtschaftliche Bedeutung des trimodalen Terminals Gateway Basel Nord von BAK Basel* (März 2017) kommt zum Schluss, dass sich die Transportkosten für einen 40' Container von Rotterdam nach Zürich um bis zu 33 % reduzieren.
[154] Vgl. […] Gutachten (Rz 668), 21. […].
[155] Vgl. ETHZ/SGKV-Bericht (Fn 112), Ergänzungsbericht, 8.

- Für den Vor-/Nachlauf Schiene zum Anschlussgleis können 20 %, also ca. 110 Franken eingespart werden;
- Für den Vor-/Nachlauf Schiene direkt an Annahme-/Formationsbahnhof bzw. an dezentrale Umschlagsanlage und letzte Meile mit dem LKW kann vorsichtig geschätzt von Einsparungen von 30 bis 40 %, also 135 bis 180 Franken ausgegangen werden;
- Durch die Reduktion von Rangierbewegungen kann für den Zug im Hauptlauf eine Ersparnis von ca. 25 Franken sowie für den Vor-/Nachlauf Schiene-Zug eine Ersparnis von ca. 42 Franken jeweils für einen 20'-Container erzielt werden. Bei nicht voller Auslastung der Züge, die in der Regel zu unterstellen ist, ist die Ersparnis je Sendung höher.

675. Für die drei Umschlagsarten Schiff-Schiene, Schiene-Schiene und Schiene-Strasse resultieren gemäss BAV folgende Kosteneinsparungen jeweils für zwei 20'-Container:

- *Schiff-Schiene*: 85 Franken durch Wegfallen der Rangierungen im/vor dem Terminal; hinzu kommen Kostenersparnisse in erster Linie aus einer effizienteren Bündelung und vereinfachten Produktion der Verkehre zwischen GBN und Rangierbahnhof bzw. dezentraler Umschlagsanlage in Höhe von etwa 110 bis 135 Franken sowie Zeit- und Kostenersparnisse in Umschlag und Lagerung, die jeweils durch das BAV nicht quantifiziert werden können.
- *Schiene-Schiene*: 250 Franken durch grössere Zugslängen im long haul [Hauptlauf] und Wegfallen der Rangierungen; hinzu kommen Kostenersparnisse in erster Linie aus einer effizienteren Bündelung und vereinfachten Produktion der Verkehre zwischen GBN und Rangierbahnhof bzw. dezentraler Umschlagsanlage in Höhe von etwa 110 bis 135 Franken sowie Zeit- und Kostenersparnisse bei Umschlag und Lagerung, die jeweils durch das BAV nicht quantifiziert werden können.
- *Schiene-Strasse*: 145 Franken durch grössere Zugslängen im long haul [Hauptlauf] und Wegfallen der Rangierungen; hinzu kommen Zeit- und Kostenersparnisse bei Umschlag und Lagerung, die durch das BAV nicht quantifiziert werden können.

676. Das BAV fügt zudem an, dass die Produktivitätseffekte dank GBN im Rahmen eines Workshops, den das BAV im Rahmen der Arbeiten der Begleitgruppe für die Entwicklung des schweizerischen Schienengüterverkehrs am 18. August 2016 durchgeführt habe, zusammen mit Branchenakteuren plausibilisiert und durch diese bestätigt worden seien. Es kommt zum Schluss, dass die von den Parteien angeführten und im […] Gutachten dargelegten Kostenersparnisse in den wichtigsten Teilen quantitativ und/oder qualitativ bestätigt werden können.

677. Die WEKO kommt zu dem Ergebnis, dass sich dank GBN der Rangieraufwand deutlich reduzieren wird und die Abfertigung eines internationalen Zuges schneller abgewickelt werden kann. Die Mengenbündelung der Import- und Exportverkehre auf GBN reduziert zudem die Standzeiten der eingesetzten Züge und Binnenschiffe und senkt voraussichtlich auch die Standzeiten der Ladeeinheiten. Demzufolge ist durch GBN in einzelnen Bereichen des kombinierten Verkehrs mit erheblichen Effizienzsteigerungen zu rechnen. Die sich daraus ergebenden Kosten- und Zeiteinsparungen fallen vorwiegend in den Bereichen Güterverkehr auf der Schiene und Operateurleistungen auf der Schiene an, welche dem Bereich Umschlagsleistungen vor- respektive nachgelagert sind. Nach Einschätzung der WEKO ergibt sich aufgrund des geringeren Rangieraufwands, des Standortvorteils von GBN, der Gateway-Funktionalität und der damit verbundenen Möglichkeit der Bündelung verschiedener Verkehrsströme, der Kostensenkungen durch Ausschöpfung der möglichen Zuglänge und der grossen Zeiteinsparungen durch die Reduktion der Standzeiten von Zügen und der Ladeeinheiten sowie allenfalls auch von Binnenschiffen ein grosses Potenzial für Effizienzsteigerungen in diesen Märkten. Art und Umfang der Effizienzsteigerungen beim Gütertransport und den Operateurleistungen auf der Schiene wurden durch das BAV weitestgehend bestätigt. Angesichts des hohen Anteils der Kosten für den Transport im Hauptlauf sowie im Vor- und Nachlauf auf der Schiene an den Gesamtkosten des Transports im KV fallen diese Effizienzsteigerungen sowohl absolut als auch relativ betrachtet im Vergleich zu den Umschlagskosten stärker ins Gewicht.

678. Wie jedoch einleitend ausgeführt wurde, genügen für eine Zulassung eines Zusammenschlusses mangels Vorliegens der negativen Eingriffsvoraussetzung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG substantielle Effizienzverbesserungen für sich allein nicht. Die Effizienzvorteile müssen auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führen, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Rz 654 ff.). Dies wird nachfolgend geprüft.

B.4.5.2 Überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten

679. Die Parteien machen geltend, dass GBN aufgrund der erwähnten Effizienzvorteile (Rz 662 ff.) die Angebotspalette erweitern würde, welche die Spediteure bzw. KV-Operateure ihren Kunden anbieten könne. Damit sorge GBN auf dem internationalen Gütertransportmarkt für eine Intensivierung des Preis- und Angebotswettbewerbs. Zudem könnten die Spediteure bzw. KV-Operateure ihren Kunden aufgrund der kürzeren Transportdauer ein qualitativ besseres Produkt anbieten (vgl. Rz 662). Dieser Qualitätswettbewerb werde – neben dem beschriebenen Preiswettbewerb – zu einer klaren Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gütertransportmarkt beitragen. Der gesetzlich garantierte diskriminierungsfreie Zugang zum Terminal stelle sicher, dass alle Spediteure bzw. KV-Operateure von den Konditionen und Leistungen von GBN gleichermassen profitieren könnten.

680. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO äusserten sich die Parteien dahingehend, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf dem vorgelagerten Markt (Hauptlauf von den Seehäfen in die Schweiz) sowie im nachgelagerten Markt (Verteilung der Sendungen auf der Bahn in der Schweiz) verbessert würden. Im Hauptlauf von den Seehäfen in die Schweiz würden zurzeit keine genügenden Kapazitäten bestehen, um neue Produkte anzubieten und zu realisieren. Neue Kapazitäten würden den

Wettbewerb intensivieren, der zurzeit nicht bestehe. Ausländische Anlagen würden als Benchmark gelten. Bei der schienenseitigen Verteilung der Sendungen in der Schweiz könne der Wettbewerb nur über Ganzzugkonzepte kommen und nicht über den Einzelwagenladungsverkehr. GBN werde den Zugang für andere Player wie BLS oder Widmer Rail erleichtern. Das Erstellen von Ganzzügen würde viel Mühe kosten, weil die Container an verschiedenen Orten ankommen würden. Eine Bündelung erlaube bzw. erleichtere das Ganzzugkonzept und GBN würde dieses Konzept demnach fördern.

681. Wie vorstehend ausgeführt, geht die WEKO von substantiellen Effizienzsteigerungen beim Gütertransport und den Operateurleistungen auf der Schiene aus (vgl. Rz 662 ff.). Damit von einer Verbesserung der Wettbewerbssituation auf diesen Märkten ausgegangen werden kann (vgl. Rz 658), müssen die Effizienzvorteile auch den Konkurrenten der Zusammenschlussparteien zugutekommen und an vor- oder nachgelagerte Stufen weitergegeben werden. Rein betriebswirtschaftliche Zugewinne einzig der Zusammenschlussparteien (z.B. höhere Margen) auf anderen Märkten sind nicht hinreichend. Inwieweit die durch GBN erzielten Effizienzgewinne zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation in anderen bzw. den Märkten für Umschlagsleistungen vor- oder nachgelagerten Märkten führt, hängt insbesondere auch von den Spezifika dieser Märkte sowie der aktuellen Marktverhältnisse ab. So ist beispielsweise bei Effizienzvorteilen in einem Markt mit einem natürlichen Monopolisten nicht von einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auszugehen.

Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten

682. Im Folgenden wird daher geprüft, ob das Zusammenschlussvorhaben in den Märkten für Güterverkehr auf der Schiene sowie in den Märkten für Operateurleistungen auf der Schiene, also in denjenigen Märkten mit direkten Kosten- und Zeiteinsparungen durch GBN auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führt. Es ist nicht auszuschliessen, dass von einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in diesen Märkten auch weiter entfernte Märkte, beispielsweise im Bereich Speditionsleistungen, profitieren. Wie nachfolgend ausgeführt wird (Rz 699), ist allerdings nicht ersichtlich, inwiefern diese indirekten Vorteile zu einer tatsächlichen Verbesserung der Wettbewerbssituation in diesen Bereichen führen sollten.

683. Hierzu ist indes vorgängig nochmals auf die teilweise sehr starke Marktstellung der Parteien auf den Märkten, die dem Bereich Güterumschlag vor- und nachgelagert sind, hinzuweisen (vgl. Rz 417 ff.). So verfügen SBB Cargo und SBB Cargo International etwa auf den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr im Jahr 2017 über kumulierte Marktanteile zwischen [60-70] % und [80-90] % (vgl. Rz 640 f.). Wie ausgeführt, können negative Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf die Märkte für Operateurleistungen und den Bereich Gütertransport auf der Schiene aufgrund der Schlüsselfunktion von Umschlagsanlagen im KV nicht a priori ausgeschlossen werden. So wäre es insbesondere problematisch, wenn die Parteien ihren Wettbewerbern auf diesen Märkten die Nutzung von GBN verweigern würden oder diese beispielsweise hinsichtlich Preisen, Kapazitätszuteilungen oder hinsichtlich der Priorisierung bei Störungen und Verspätungen benachteiligen würden (vgl. Rz 624). Mit anderen Worten besteht die Gefahr, dass die Effizienzvorteile einbehalten werden und damit nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten führen. In diesem Zusammenhang sind jedoch die gesetzlichen Bestimmungen der Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs und die weiteren Auflagen des BAV zu berücksichtigen (vgl. hierzu Rz 445 ff.).

684. Gemäss BAV sollen die zusätzlichen Auflagen (vgl. Rz 443 ff.) wie die Trennung von Funktionen zwischen GBN und den Eigentümergesellschaften sowie des Daten- und Informationsmanagements, dafür sorgen, dass keine Benachteiligung von Konkurrenten in vor- oder nachgelagerten Märkten stattfinden kann. Diese Auflage sei in gleichem Sinne wie chinese walls in organisatorisch oder finanziell getrennten Unternehmen/Abteilungen zu verstehen. Zudem seien auch die Möglichkeiten der Gewinnausschüttung beschränkt. Laut BAV werden dadurch die Anreize für die GBN AG, überhöhte Gewinne aus der Geschäftstätigkeit zu erwirtschaften, erheblich reduziert. Damit würden erhöhte Preise, die aus einer möglichen Monopolstellung bzw. Stellung als essential facility resultieren würden, weitgehend verunmöglicht.

685. Nach Einschätzung der WEKO schränken die gesetzlichen Vorgaben für einen diskriminierungsfreien Zugang zu GBN und die weiteren vom BAV verfügten Auflagen die Möglichkeit einer Diskriminierung zwischen den Muttergesellschaften und deren Wettbewerbern in vor- oder nachgelagerten Märkten stark ein (vgl. auch Rz 626 und 647). Damit ist von keiner Bevorteilung einzelner Unternehmen auszugehen.

686. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO haben die Parteien zudem bestätigt, dass die durch GBN erwarteten Kosteneinsparungen am Markt weitergegeben werden sollen. Die Parteien haben sich dahingehend geäussert, dass die Effizienzvorteile durch GBN aufgrund der Diskriminierungsfreiheit allen zur Verfügung stehen würden. Die Kostenvorteile sollen an den Markt übertragen werden, was auch im Business Case so hinterlegt sei. Auf diesen Aussagen sind die Parteien zu behaften.

687. Im Folgenden wird dargelegt, ob und inwiefern die WEKO in den Märkten im Bereich Güterverkehr auf der Schiene bzw. Operateurleistungen auf der Schiene von einer Verbesserung der Wettbewerbssituation ausgeht.

688. Die künftige Umschlagsanlage GBN mit Gateway-Funktion wird voraussichtlich zu signifikanten Kosteneinsparungen für Eisenbahnverkehrsunternehmen führen, um Züge bzw. Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger beispielsweise im Hauptlauf (z.B. zwischen Rotterdam und Basel) zu transportieren. Die WEKO geht davon aus, dass dies den Preiswettbewerb zwischen in diesen Märkten tätigen Unternehmen intensivieren wird. Die Vorteile der Bündelung der Verkehre auf eine leistungsfähige Anlage mit optimaler schienenseitiger Anbindung können zu tieferen Kosten eines Markteintritts führen und damit auch den potentiellen Wettbewerb erhöhen.

689. Eine bessere Auslastung der Züge und kürzere Standzeiten erhöhen zudem die Erträge bei gleichbleibenden Fixkosten für Züge und Personal. Bei gleichbleibenden Preisen erhöht dies die Profitabilität der Eisenbahnunternehmen; das Potenzial für mehr Wettbewerb ist gegeben. Wird die Traktion günstiger, profitieren davon auch die Operateure, die die Transporte im kombinierten Verkehr organisieren.

690. Für im Hauptlauf tätige KV-Operateure bietet die Möglichkeit einer kosten- und zeitsparenden Abwicklung von bis zu 750 Meter langen Güterzügen gerade vor dem Hintergrund der Kapazitätsprobleme des Rhein-Alpen-Korridors einen weiteren Vorteil. Mit der Inbetriebnahme von GBN können künftig die knappen Trassen zwischen Basel und Karlsruhe (verzögerter Ausbau der Rheintalbahn) besser ausgenützt werden.

691. Die grossen Zeitersparnisse und die längeren Gleise machen zudem auch die Kombination von Sendungen mit verschiedenen Zielorten lohnenswerter, insbesondere die Kombination von Transitsendungen und Sendungen mit Ziel in der Schweiz. Dies kann dazu führen, dass bisher hauptsächlich im Transitverkehr tätige Operateure künftig auch vermehrt Sendungen im Import- und Exportverkehr mitorganisieren.

692. Aufgrund der substanziellen Kosten- und Zeiteinsparungen beim Umschlag in GBN geht die WEKO zudem davon aus, dass künftig auch neue Transporte für den kombinierten Verkehr in Frage kommen. So können gemäss Ratschlag Basel-Stadt in der Anlage GBN perspektivisch auch Verkehre ab den Mittelmeerhäfen für die Nordwestschweiz und die Rheintalachse in Richtung Norden gebündelt werden.[156] Ein durch etwaige neue Transporte erzeugter weiterer Anstieg der Nachfrage könnte zu einer zusätzlichen Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse im Hauptlauf auf der Schiene zwischen Basel und den Nordseehäfen führen.

693. Allerdings hält das BAV mit Verweis auf die Studie *Study Long Trains (740m)* fest, dass aufgrund der technischen Restriktionen durch Anhängelast eines Zugs (2000t) und Zugslänge vor allem der kombinierte Verkehr die vollen Vorteile der Produktivitätssteigerungen aus längeren Zügen realisiert. Beispielsweise ist bei Zügen, die mit schweren Gütern wie Kohle, Eisenerz oder Stahl beladen sind, nicht die maximale Länge, sondern die maximale Zuglast der entscheidende Faktor.[157] Weiter ist anzuführen, dass GBN künftig zwar auch die Annahme längerer Ganzzüge im Wagenladungsverkehr ermöglicht. Allerdings sind die Krananlagen von GBN auf den Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelauflieger und nicht auf den Umschlag von konventionellen Güterwagen ausgelegt.

694. Aus den obenstehenden Gründen ist davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse in den Märkten für den kombinierten Verkehr auf der Schiene und mit gewissen Einschränkungen für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene jeweils im Import-/Exportverkehr verbessern werden. Zudem ist auch im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen.

695. Auch in den Märkten für den kombinierten Verkehr auf der Schiene und für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene jeweils im Transitverkehr sowie im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Transitverkehr ist mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen. Davon sind allerdings nur Verkehrsströme betroffen, bei denen ein Güterumschlag im Raum Basel tatsächlich notwendig ist. Die Parteien gehen zwar davon aus, dass solche Umschläge in GBN in Zukunft ansteigen werden, allerdings würden soweit bekannt keine Studien dazu existieren. Demnach ist diese Einschätzung der Parteien bzw. die tatsächliche Höhe des Anstiegs, analog zur Prognose der künftigen Anteile der Umschlagsleistungen in den einzelnen Märkten für Umschlagsleistungen für GBN, mit grossen Unsicherheiten verbunden. Basierend auf einer nicht weiter substantiierten Behauptung der künftigen Marktentwicklung kann nicht auf eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in diesen Märkten geschlossen werden. Es bleibt anzufügen, dass im Bereich Transitverkehr die direkten Auswirkungen auf die Schweiz geringer sind, da es hierbei um Gütertransporte durch die Schweiz geht. Zudem handelt es sich bei den wichtigsten Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien in diesen Märkten des Transitverkehrs, insbesondere im Bereich Operateurleistungen, vermehrt um international tätige Unternehmen ohne bzw. mit nur geringem Bezug zur Schweiz (vgl. Rz 619).

696. Demgegenüber kann nicht bzw. allenfalls nur von einer marginalen Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei der Feinverteilung bzw. Bündelung der Verkehre auf der Schiene in der Schweiz ausgegangen werden. So liegen die Marktanteile der SBB bzw. von SBB Cargo im Einzelwagenladungsverkehr bei [90-100] %. Hier ist auch mit dem Bau bzw. der Inbetriebnahme von GBN nicht mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen. Das System Einzelwagenladungsverkehr zeichnet sich durch positive Skaleneffekte mit sinkenden Grenzkosten aus und hat in einzelnen Bereichen die Eigenschaften eines natürlichen Monopols. Zudem ist davon auszugehen, dass SBB Cargo in den anderen Märkten im Binnenverkehr von Verbundeffekten profitiert, die beispielsweise eine bessere Auslastung der Wagenkompositionen erlaubt. Die relativ konstanten und tiefen Marktanteile und die Nischentätigkeit der Wettbewerber, mit Ausnahme allenfalls bei den Ganzzügen, sprechen gegen eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse durch GBN. Die Vorteile des Zusammenschlusses kommen in diesen Bereichen demnach hauptsächlich der SBB Cargo zugute und damit einer der Zusammenschlussparteien.

[156] Ratschlag Basel-Stadt (Fn 111), S. 18.

[157] Vgl. EEIG Corridor Rotterdam-Genoa EWIV, Study Long Trains (740m) on Corridor Rotterdam-Genoa, 9 m.w.H, <https://www.corridor-rhine-alpine.eu/downloads.html> (3.5.2019).

697. Die Einschätzung der Wettbewerbssituation in diesen Märkten wird im Grundsatz auch vom BAV geteilt. Anlässlich der Anhörung vor der WEKO führte das BAV aus, dass SBB Cargo heute den nationalen Schienen-Güterverkehr weitgehend alleine mache. Daneben sei nur noch Swiss Rail Traffic in geringem Umfang tätig. Das BAV sei sich bewusst, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse durch GBN nicht von heute auf morgen verändern würden. Der Binnenverkehr zeichne sich durch Systemvorteile so aus, dass in Zukunft aber wahrscheinlich nur ein Systembetreiber diese Tätigkeiten ausüben werde, der wahrscheinlich SBB Cargo sein werde. Ein Markteintritt oder ein verstärkter Wettbewerb im Schienenverkehr sei praktisch nur bei Blockzügen (Ganzzügen) möglich. GBN könne dazu beitragen, dass es hier ein gewisses Potenzial gebe, aber dieses dürfe realistischerweise nicht überschätzt werden. Zudem äusserten sich auch die Parteien dahingehend, dass bei der Verteilung der Sendungen auf der Bahn in der Schweiz Wettbewerb nur im Bereich Ganzzugkonzepte möglich sei, nicht aber im Bereich Einzelwagenladungsverkehr.

698. Vor diesem Hintergrund ist in den Märkten für Einzelwagenladungsverkehr in allen Verkehrsarten (Transitverkehr, Import-/Exportverkehr und Binnenverkehr) sowie in den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene, im kombinierten Verkehr auf der Schiene und bei Operateurleistungen auf der Schiene jeweils im Binnenverkehr von keiner Verbesserung der Wettbewerbssituation bzw. allenfalls nur von einer marginalen Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss auszugehen.

699. Es ist nicht auszuschliessen, dass auch weitere Akteure im KV wie Spediteure (vgl. Rz 173, 267) oder Transporteure, die den Vor- und Nachlauf zu und von den Umschlagsanlagen per LKW abwickeln (letzte Meile), indirekt von der Verbesserung der Wettbewerbssituation profitieren. Hierzu ist jedoch anzufügen, dass der kombinierte Verkehr im Import-/Exportverkehr bei Speditionen und Transporteuren in der Regel nur einen kleinen Teil der Tätigkeit ausmacht (vgl. hierzu auch Rz 701). Zudem ist davon auszugehen, dass die indirekten Vorteile (Spillover-Effekte) kleiner sind als die Vorteile in den direkt von den Kosten- und Zeiteinsparungen durch GBN betroffenen Bereichen und deren Wirkung mit grosser Unsicherheit behaftet sind. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern diese indirekten Vorteile auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation in weiter entfernten Märkten führen sollten. Dass Spediteure und Verlader vereinzelt auch direkt Umschlagsleistungen bei Betreibern von Umschlagsanlagen nachfragen, ändert nichts an diesem Ergebnis.

700. Die Parteien bringen zudem vor, dass GBN nicht nur zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gütertransportmarkt, sondern auch zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf zahlreichen weiteren Märkten führe. Eine effiziente Gütertransport-Infrastruktur sei nicht Selbstzweck, sondern diene in erster Linie der importierenden und exportierenden Industrie. Insbesondere für die exportierende Industrie seien schnelle, zuverlässige und kostengünstige Transportwege entscheidend, um auf den internationalen Märkten bestehen zu können. Eine moderne, effiziente, zuverlässige und kostengünstige Umschlagsanlage in Basel diene der gesamten exportierenden Wirtschaft und erlaube ihr, mit ihren Produkten auf den Weltmärkten kompetitiv zu sein. GBN führe damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf unzähligen internationalen Märkten. Das Gleiche gelte auch für die importierende Industrie in der Schweiz, da diese dank GBN ihre Importe effizient und kostengünstig abwickeln könne.

701. Dazu ist festzuhalten, dass die Parteien eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse der gesamten Import- und Exportwirtschaft der Schweiz bzw. auf unzähligen internationalen Märkten geltend machen, ohne aber konkret einzelne Märkte zu nennen und substantiiert bzw. in nachvollziehbarer Weise darzulegen, inwiefern sich auf diesen Märkten dank GBN die Wettbewerbsverhältnisse verbessern werden. Dazu ist hervorzuheben, dass die mit GBN einhergehenden Effizienzvorteile hauptsächlich im kombinierten Verkehr – einem Teilbereich des Gütertransports – zum Tragen kommen. Gemäss BAV wird heute im Import-/Exportverkehr jedoch nur ein Viertel der gesamten Gütertransportleistung auf der Schiene bewältigt und davon ist zudem der konventionelle Schienengüterverkehr gegenüber dem kombinierten Verkehr dominant.[158] Die von den Parteien geltend gemachten Kosteneinsparungen für die Schweizer Import- und Exportwirtschaft sind im Verhältnis zu den gesamten Importen und Exporten von Gütern in und aus der Schweiz denn auch nur marginal und betragen deutlich unter […] %.[159] Zudem sind Kosteneinsparungen nicht per se mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse gleichzusetzen (vgl. Rz 658). Für die WEKO sind – neben den in den vorstehenden Erwägungen genannten Märkten im Bereich Gütertransport und Operateurleistungen auf der Schiene, die den Märkten für Umschlagsleistungen vor- bzw. nachgelagert sind – keine weiteren Märkte ersichtlich, in welchen sich dank GBN die Wettbewerbsverhältnisse verbessern könnten.

702. Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den Märkten für den kombinierten Verkehr auf der Schiene und mit gewissen Einschränkungen für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene jeweils im Import-/Exportverkehr führen wird. Zudem ist auch im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen.

[158] Vgl. BAV, Ergänzender Bericht zum Konzept für den Gütertransport auf der Schiene vom 20.12.2017, 4, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen-a-z/gueterverkehr-auf-der-schiene/konzept-fuer-den-guetertransport-auf-der-schiene.html> (18.3.2019).

[159] Die Parteien schätzen die Kosteneinsparungen zugunsten der Schweizer Import-/Exportwirtschaft dank GBN auf CHF […] Mio. im Jahr 2021, CHF […] Mio. im Jahr 2025 und CHF […] Mio. im Jahr 2030. Wird, wie von den Zusammenschlussparteien vorgebracht, die Aussenhandelsstatistik für das Jahr 2018 zugrunde gelegt, so entsprächen die Kosteneinsparungen im Verhältnis zum gesamten Import-/Exportvolumen im Jahr 2018 […] %.

Abwägung der Vor- und Nachteile

703. Nachfolgend gilt es nun eine Abwägung der vorstehend genannten Vorteile gegenüber den Nachteilen des Zusammenschlussvorhabens bzw. der Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung im Bereich Umschlagsleistungen vorzunehmen (vgl. Rz 659 f.).

704. Die Prüfung hat ergeben, dass der vorliegende Zusammenschluss zu einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet sowie im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet führt (vgl. Rz 653).

705. Demgegenüber führt der Zusammenschluss aufgrund von substantiellen Effizienzvorteilen durch den Bau und Betrieb von GBN zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in verschiedenen Bereichen des kombinierten Verkehrs. Das grosse Potenzial für Effizienzsteigerungen ergibt sich – wie aufgezeigt – aufgrund des geringeren Rangieraufwands, des Standortvorteils von GBN, der Gateway-Funktion und der damit verbundenen Möglichkeit der Bündelung verschiedener Verkehrsströme, der Kostensenkungen durch Ausschöpfung der möglichen Zuglänge und der grossen Zeiteinsparungen durch die Reduktion der Standzeiten von Zügen und der Ladeeinheiten (vgl. Rz 677).

706. Die Prüfung hat gezeigt, dass die grössten Kosten- und Zeitersparnisse durch den Betrieb von GBN – sowohl absolut als auch relativ betrachtet – in anderen Märkten als den Märkten für Umschlagsleistungen anfallen. So sind etwa die vom BAV geschätzten Kosteneinsparungen im Hauptlauf (Import-/Exportzüge ab/zu den Seehäfen) bereits grösser als die gesamten Kosten, die beim Güterumschlag anfallen (vgl. Rz 674 ff.). Nach Einschätzung der WEKO schränken die gesetzlichen Vorgaben für einen diskriminierungsfreien Zugang zu GBN und die weiteren vom BAV verfügten Auflagen die Möglichkeit einer Diskriminierung zwischen den Muttergesellschaften und deren Wettbewerbern in vor- oder nachgelagerten Märkten stark ein und es ist demnach von keiner Bevorteilung einzelner Unternehmen in diesen Märkten auszugehen (vgl. Rz 685). Schliesslich bleibt anzufügen, dass die Umschlagskosten in GBN bzw. in einer alternativen Anlage im Vergleich zu den Gesamtkosten eines typischen Transports im kombinierten Import- und Exportverkehr der Schweiz gering sind, obwohl dem Güterumschlag dabei eine Schlüsselrolle zukommt (vgl. Rz 670).

707. Die Prüfung hat ergeben, dass der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den Märkten für den kombinierten Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr und mit gewissen Einschränkungen für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr führen wird. Zudem ist auch im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen (vgl. Rz 702).

708. Die Vorteile aufgrund der Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den genannten Märkten sind also höher zu gewichten als die Nachteile des Zusammenschlussvorhabens bzw. die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung in den genannten Märkten für Umschlagsleistungen, zumal die Kosten für den eigentlichen Umschlag im Verhältnis zu den gesamten Transportkosten nur einen kleinen Teil ausmachen.

B.4.5.3 Fazit

709. Die Prüfung hat ergeben, dass die durch den Zusammenschluss entstehenden Effizienzvorteile zu beträchtlichen Kosten- und Zeiteinsparungen führen. Diese Einsparungen fallen zu einem grossen Teil in anderen Bereichen des kombinierten Verkehrs als den Umschlagsleistungen an und sind auch im Verhältnis zu den gesamten Transportkosten und der Dauer des Transports erheblich. Namentlich ist mit substantiellen Effizienzgewinnen in den Bereichen Güterverkehr auf der Schiene sowie Operateurleistungen auf der Schiene zu rechnen.

710. Die gesetzlichen Vorgaben der Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zu GBN und die weiteren vom BAV verfügten Auflagen stellen dabei sicher, dass diese Vorteile auch anderen im kombinierten Verkehr tätigen Unternehmen als den Zusammenschlussparteien zugutekommen. Es ist davon auszugehen, dass diese Kosten- und Zeiteinsparungen durch das Grossterminal GBN mit Gateway-Funktion und die von der Bündelung der Verkehre auf GBN ausgehenden Vorteile zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den Märkten für den kombinierten Verkehr und mit gewissen Einschränkungen auf der Schiene für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene jeweils im Import-/Exportverkehr führen. Zudem ist auch im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr mit einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen.

711. Demgegenüber eröffnet der vorliegende Zusammenschluss die Möglichkeit, dass der wirksame Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet sowie im Markt für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiff/Schiene im Import-/Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet beseitigt wird (vgl. Rz 653).

712. Die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den in Rz 710 genannten Märkten überwiegt die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussparteien in den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene respektive Schiff/Schiene im Import-Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet. Damit ist vorliegend die Eingriffsvoraussetzung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG nicht gegeben. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen.

B.4.6 Nebenabreden

713. Zu prüfen ist zudem, 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.[160]

714. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen. Einzeln und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.[161]

715. Als Nebenabreden weisen die Zusammenschlussparteien ein Wettbewerbs- und Abwerbeverbot aus (vgl. Rz B.4.6.2 ff.).

B.4.6.1 Allgemeines

716. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung[162] gerichtet.[163] Dies gilt insbesondere für Konkurrenzverbote.[164]

717. 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.[165]

718. 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.[166]

B.4.6.2 Konkurrenz- und Abwerbeverbot

719. Gemäss EU-Bekanntmachung können Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen 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 oder in der Satzung vorgesehen sind. Sie können unter anderem durch die Notwendigkeit begründet sein, den Gutglaubensschutz während der Verhandlungen zu gewährleisten, die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang zu nutzen, dem Gemeinschaftsunternehmen die Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts der Gründer zu ermöglichen oder die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen vor Wettbewerbshandlungen zu schützen, denen unter anderem durch den privilegierten Zugang der Gründungspartner zu dem Know-how oder dem Geschäftswert Vorschub geleistet wird, welches beziehungsweise welcher auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen oder von diesem selbst aufgebaut wurde. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.[167]

720. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt beziehungsweise erbracht haben. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben.[168]

721. Ebenso sind Wettbewerbsverbote auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens

[160] Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 139, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m.w.H.
[161] Vgl. Teil II, Ziff. 7 des Merkblatts und Formulars der Wettbewerbskommission betreffend die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, www.weko.admin.ch > Dienstleistungen > Meldeformulare.
[162] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[163] RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[164] Vgl. RPW 2015/3, 436 Rz 64, *Axel Springer Schweiz/Ringier*, m.w.H.
[165] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.
[166] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.
[167] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36.
[168] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 37.

bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Gründung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Produkte, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden.[169]

722. Wird das Gemeinschaftsunternehmen gegründet, um einen neuen Markt zu erschliessen, wird auf diejenigen Waren, Dienstleistungen und Gebiete Bezug genommen, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen nach der betreffenden Gründungsvereinbarung oder Nebenvereinbarung aktiv sein soll. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Interessen des einen Gründers am Gemeinschaftsunternehmen nicht auf anderen Märkten vor Wettbewerbshandlungen des anderen Gründers geschützt werden müssen als in denjenigen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen am Anfang tätig ist.[170]

723. Des Weiteren gelten Wettbewerbsverbote zwischen Gründern ohne Beherrschungsmacht und einem Gemeinschaftsunternehmen nicht als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig.[171]

724. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln.[172]

725. […].

726. […].

727. [...].

728. [...].

729. […].

730. […].

731. […].

732. […].

733. […].

734. […].

[…]

735. […].

736. Wie im Rahmen der Marktabgrenzung ausgeführt, steht für GBN der Import/-Exportverkehr von und zu den belgischen, deutschen und holländischen Nordseehäfen und dem nördlichen Hinterland im Vordergrund. Im Transitverkehr sollen vorwiegend Warenströme aus der EU (Teile, die nördlich und südlich der Alpen gelegen seien) umgeschlagen werden. Deshalb wurden vorliegend die Märkte für Umschlagsleistungen auf Umschlagsleistungen im Import/-Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet sowie auf Umschlagsleistungen im alpenquerenden Transitverkehr eingegrenzt (vgl. die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Marktabgrenzung in Rz 247 bzw. 302). Vor diesem Hintergrund ist das Konkurrenzverbot (nur) für […] als notwendige und damit zulässige Nebenabrede zu qualifizieren.

737. Hinsichtlich der räumlichen Dimension des Konkurrenzverbotes ist zudem Folgendes festzuhalten: Der Ansicht der Parteien, dass eine räumliche Einschränkung mittels eines Radius nicht möglich sei, da GBN mit allen Umschlagsanlagen entlang der Transportketten im Wettbewerb stehe, kann nicht gefolgt werden. Wie im Rahmen der Marktabgrenzung festgehalten wird, geht die WEKO nicht davon aus, dass GBN mit allen Umschlagsanlagen entlang der Transportketten im Wettbewerb stehen wird. Vielmehr wurden die vorliegend relevanten Märkte für Umschlagsleistungen räumlich regional bzw. auf ein Gebiet in einem Umkreis von maximal 100 km rund um Basel abgegrenzt (vgl. die entsprechenden Ausführungen im Rahmen der Marktabgrenzung in Rz 272 ff.). Vor diesem Hintergrund ist das geltend gemachte Konkurrenzverbot auf einen Umkreis von 100 km rund um Basel – […] – als notwendige und damit zulässige Nebenabrede zu qualifizieren.

738. Hinsichtlich der zeitlichen Dimension des Wettbewerbsverbotes wird auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen.

[…]

739. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Zusammenschlussparteien bereits heute Umschlagsanlagen betreiben und dies auch nach dem Bau von GBN weiterhin tun werden. Auch wenn das Wettbewerbsverbot […] wiederum das Verhältnis zwischen den Gründerunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen regelt, hat das vorliegende Wettbewerbsverbot auch Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Gründerunternehmen bzw. den von ihnen betriebenen Umschlagsanlagen.

740. […].

741. […].

742. Vor diesem Hintergrund ist es nach Ansicht der WEKO nicht notwendig, dass […], da […] auch Auswirkungen auf den (potenziellen) Wettbewerb zwischen den Mutterunternehmen hat. Es sind im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben jedoch auch die Auflagen des BAV zu berücksichtigen, wonach GBN Umschlagsvorgaben und einen Modalsplit von 45 % bzw. 50 % während […] bzw. […] Betriebsjahren erzielen muss (vgl. Rz 444).

743. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls bzw. der Auflagen und Vorgaben des BAV ist das Wettbewerbsverbot […] (nur) für eine Dauer von 10 Jahren als zulässige Nebenabrede zu qualifizieren.

[…]

744. Betreffend das geltend gemachte Abwerbeverbot […] gilt dasselbe wie für das Wettbewerbsverbot […], und es kann auf die entsprechenden Ausführungen in Rz 736 f. verwiesen werden.

[169] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 38.
[170] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 39.
[171] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 40.
[172] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

B.4.7 Schlussfolgerungen

745. Die WEKO kommt nach vertiefter Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zum Schluss, dass dieses auf den Märkten für Umschlagsleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger für den Umschlag Schiene/Schiene und den Umschlag Schiff/Schiene im Import-Exportverkehr vom bzw. ins Rheineinzugsgebiet eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Der Zusammenschluss bewirkt jedoch eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in den Märkten für den kombinierten Verkehr auf der Schiene und mit gewissen Einschränkungen für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene jeweils im Import-/Exportverkehr sowie im Markt für Operateurleistungen für Container, Wechselbehälter und Sattelauflieger auf der Schiene im Import-/Exportverkehr, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Der Zusammenschluss kann ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden.

C Kosten

746. Die in diesem Verfahren entstehenden Kosten werden den Parteien separat in Rechnung gestellt. Im Streitfall erfolgt die Festsetzung der Kosten im Rahmen einer Verfügung.

747. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG[173] eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben.

748. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200 bzw. 290 Franken. Im vorliegenden Fall beträgt der Aufwand total 990.75 Stunden zu 200 Franken sowie 87.25 Stunden zu 290 Franken. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von 223 453 Franken für die vertiefte Prüfung.

749. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 228 453 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5 000 Franken für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von 223 453 Franken für die vertiefte Prüfung.

750. 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[174]). Somit haften die Zusammenschlussparteien solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

[173] Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[174] Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 2.3	**7. Sunrise/Liberty Global**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. September 2019

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. September 2019

A Sachverhalt

1. Am 1. Mai 2019 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung der Sunrise Communications Group AG (nachfolgend: Sunrise) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Sunrise den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Liberty Global Europe Financing BV (nachfolgend: LGEF) von der Liberty Global CE Holding BV (nachfolgend: LGCE). LGEF ist eine Holdinggesellschaft, mittels welcher über verschiedene Kapitalbeteiligungen das vom Kauf anvisierte operative Zielunternehmen UPC Schweiz GmbH (nachfolgend: UPC) inklusive sämtlicher Tochterunternehmen kontrolliert wird.[1] UPC ist der grösste Kabelnetzbetreiber der Schweiz.

A.1 Anträge der Zusammenschlussparteien

2. Die Zusammenschlussparteien beantragen:

- Das unterbreitete Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen oder Bedingungen zu genehmigen.
- Die aufschiebende Wirkung sei für alle Beschwerden im Zusammenhang mit dem Genehmigungsentscheid aufzuheben.
- Die in Kapitel 2.5 der Zusammenschlussmeldung vom 1. Mai 2019 beschriebenen Nebenabreden seien für zulässig zu erklären.

A.2 Beteiligte Unternehmen

A.2.1 Sunrise (erwerbendes Unternehmen)

3. Sunrise ist ein börsenkotiertes Unternehmen ohne Mehrheitsaktionäre. Wichtige Minderheitsaktionäre von Sunrise sind freenet AG mit einer Beteiligung von 24.56 %, Canada Pension Plan Investment Board mit einer Beteiligung von 5.03 %, Black Rock Inc. mit einer Beteiligung von 3.22 % und Norges Bank (the central Bank of Norway) mit 3.37 %.[2]

4. Sunrise ist eine private Telekommunikationsanbieterin in der Schweiz. Sie ist an der SIX Swiss Exchange gelistet und deckt mit ihrem Angebot die gesamte Palette an Telekommunikationsdienstleistungen ab. Über ihre Tochtergesellschaften bietet Sunrise mobile Telefonie- und Datendienste für Privatkunden, Geschäftskunden und andere Netzbetreiber in der gesamten Schweiz über ihr eigenes Mobilfunknetz an. Darüber hinaus bietet Sunrise auf der Grundlage von Wholesale-Zugangsvereinbarungen insbesondere mit Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) und Swiss Fibre Net AG (nachfolgend: SFN) Kunden in der gesamten Schweiz Festnetzanschlüsse, leitungsgebundenes Internet und Internet Protocol Television (IPTV)-Dienste an.[3]

A.2.2 LGEF (Kaufobjekt)

5. Die LGEF ist ein privates niederländisches Unternehmen mit beschränkter Haftung, mit Sitz in Schiphol Rijk.[4]

6. LGEF ist über diverse Zwischengesellschaften alleinige Eigentümerin von UPC.[5] Der Transaktionsparameter umfasst neben der UPC gemäss Meldung auch verschiedene ausländische Gesellschaften, an denen die LGEF nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens direkt oder indirekt beteiligt sein werde. Alle diese Gesellschaften sowie die LGEF selbst würden der externen und/oder konzerninternen Finanzierung dienen oder als Zwischengesellschaften fungieren.[6]

7. UPC besitzt und betreibt in Teilen der Schweiz ein Kabelnetz. Über dieses Netz bietet UPC Privat- und Geschäftskunden Festnetzanschlüsse, Breitbandinternet und digitales Fernsehen an. Im Geschäftskundenbereich bietet UPC unter anderem basierend auf dem regulierten Zugang zum Swisscom-Netz auch Breitbandanbindungen an. Schliesslich verfügt UPC gestützt auf einen MVNO[7]-Vertrag über ein eigenes Mobilfunk-, Telefonie- und Datendiensteangebot.[8]

A.2.3 LGCE (veräusserndes Unternehmen)

8. Die LGCE ist ein privates niederländisches Unternehmen mit beschränkter Haftung mit Sitz in Schiphol Rijk.[9] Gemäss Meldung werde die LGCE letztlich durch die Liberty Global plc (nachfolgend: Liberty Global) kontrolliert.[10] Diese besitze indirekt das gesamte Anteilskapital und alle Stimmrechte an der LGCE.[11]

9. Liberty Global ist ein international tätiges TV- und Breitbandunternehmen und verfügt gemäss Meldung mit konsolidierten Aktivitäten in 10 europäischen Ländern über 21.2 Mio. Kunden in Europa (Stand 31. Dezember 2018). Sie sei unter den Marken Virgin Media, Unitymedia, Telenet und UPC tätig. Im Jahr 2018 sei Liberty Global (direkt oder indirekt) Vereinbarungen über den Verkauf ihrer Kabelnetze in Deutschland, Ungarn, Ru-

[1] Vgl. act. 21, Rz 24 ff. und 77 sowie Beilage 4a.
[2] https://www.six-exchange-regulation.com/de/home/publications/significant-shareholders.html, zuletzt besucht am 2. Mai 2019.
[3] Vgl. act. 21, Rz 5.
[4] Vgl. act. 21, Rz 23.
[5] Vgl. act. 21, Beilage 4a.
[6] Vgl. act. 21, Rz 24 f.
[7] MVNO = Mobile Virtual Network Operator (virtueller Mobilfunknetzbetreiber).
[8] Vgl. act. 21, Rz 27.
[9] Vgl. act. 21, Rz 12.
[10] Vgl. act. 21, Rz 14.
[11] Vgl. act. 21, Rz 14.

mänien und der Tschechischen Republik sowie den Verkauf ihrer Satellitengeschäftsbereiche in Ungarn, Rumänien, der Slowakei und der Tschechischen Republik eingegangen. Im Jahr 2019 habe Liberty Global entschieden, ihr Kabelgeschäft in der Schweiz ebenfalls zu veräussem.[12]

A.3 Das Zusammenschlussvorhaben

10. Sunrise hat mit LGCE einen Aktienkaufvertrag in Bezug auf den Kauf bzw. Verkauf aller Anteile an LGEF und damit indirekt anUPC abgeschlossen.[13] Durch die Übernahme werde Sunrise einen Teil der ausstehenden Schulden von UPC in Höhe von rund CHF 3.6 Mrd. übernehmen. Sunrise werde ferner Bezugsrechte emittieren, um mittels einer Kapitalerhöhung im Umfang von rund CHF 4.1 Mrd. die Finanzierung der Zahlung des Restkaufpreises von ca. CHF 2.7 Mrd. (vorbehaltlich üblicher Anpassungsmechanismen nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens) sicherzustellen. Diese Bezugsrechtsemission sei vollumfänglich von einem Bankenkonsortium gezeichnet worden, das von der Deutschen Bank AG und der UBS AG als Joint Global Coordinators und Joint Bookrunners geleitet werde. Darüber hinaus werde auch Morgan Stanley als Joint Bookrunner in diesem Konsortium vertreten sein. Sunrise verpflichte sich ferner zur Rückzahlung von bestehenden Sunrise-Verbindlichkeiten in Höhe von rund CHF 1.1 Mrd. Mit diesen Massnahmen sichere Sunrise die Kaufpreisfinanzierung für das Zusammenschlussvorhaben und gewährleiste dadurch auch nach dessen Vollzug eine umsichtige Kapitalstruktur.[14]

11. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ist Sunrise alleinige Inhaberin, mittelbar und unmittelbar aller ausgegebenen Anteile der im Anhang (D) des Aktienkaufvertrags aufgeführten Gesellschaften. Dies schliesst alle Anteile von UPC ein. Sunrise beabsichtigt derzeit, UPC bis Mitte 2020 mit Sunrise zu fusionieren.[15]

A.4 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

12. Durch das Zusammenschlussvorhaben werde Sunrise nach eigenen Angaben ein eigenes Festnetz erwerben und wäre so in der Lage, die Vorleistungs-Zugangskosten für das Festnetz erheblich zu senken und ihren Kunden noch innovativere und preisgünstigere Produkte und Produktpakete anzubieten. Durch den Kauf von UPC könnte Sunrise eigenen Angaben zufolge ihre umfassenden Erfahrungen im Bereich zielgerichteter Wachstumsinvestitionen in ihr Mobilfunknetz nutzen und diese auf den Festnetz- und insbesondere den TV-Bereich übertragen.[16]

13. […], weshalb die aktuelle Eigentümerin beschlossen habe, ihre Vermögenswerte in der Schweiz zu verkaufen.[17]

14. Für Sunrise stelle die Übernahme von UPC angesichts des Trends zu konvergenteren Angeboten durch Integration von festnetzgebundenen und mobilen Abonnementmodellen eine strategische Investition dar. Aufgrund der Leistungsfähigkeit der Festnetz-Infrastruktur von UPC stelle UPC ein attraktives Übernahmeobjekt für Sunrise dar.[18]

15. Ziel des Zusammenschlussvorhabens sei es, die Mobilfunkkompetenz von Sunrise, ihr Vertriebsnetz und Innovationsstreben mit den Fähigkeiten von UPC in den Bereichen Breitband, Festnetztelefonie und TV-Entertainment zu kombinieren. Dadurch erhofft sich Sunrise erhebliche Umsatz- und Kostensynergien. Auf diese Weise möchte Sunrise aufgrund der Zusammenführung der komplementären Geschäfte von Sunrise und UPC insbesondere gegenüber Swisscom leistungsfähiger werden.[19]

16. Hierzu soll im Bereich der leitungsgebundenen Fernmeldedienste ein Teil der Kunden auf die Netzwerkinfrastruktur von UPC überführt werden. Hiervon verspricht sich Sunrise auf der einen Seite substantielle Kostensenkungen und mehr Freiheiten hinsichtlich der Produktentwicklung und Preisstrategie.[20] Gleichzeitig sollen im Bereich der mobilen Fernmeldedienste die Kunden von UPC auf die Netzwerkinfrastruktur von Sunrise überführt werden.[21]

17. Im Geschäftskundenbereich erhofft sich Sunrise durch die Kombination ihrer Mobilfunkdienste mit den Festnetzdiensten von UPC eine Verstärkung ihrer Wettbewerbsposition.[22]

18. Insgesamt möchte Sunrise durch das Zusammenschlussvorhaben die kombinierte Kundenbasis erweitern und durch Umsatzsynergiewirkungen Preisnachlässe für die Kunden anbieten. Dies würde gemäss Aussagen von Sunrise aufgrund der zu erwartenden grösseren Kundenbasis zu steigenden Investitionsanreizen im Vergleich zur Situation vor dem Zusammenschlussvorhaben führen.[23] Hierbei sollen insbesondere Kostensynergien durch die Vermeidung von Vorleistungskosten für den Festnetzzugang seitens Sunrise, durch die Vermeidung von Vorleistungskosten für den Mobilfunkzugang seitens UPC und durch die Vermeidung von doppelten Kosten beim Erwerb von Inhalten erzielt werden.[24]

19. Sunrise plant in diesem Zuge eine Wachstumsstrategie zu verfolgen. Dies möchte sie durch die Ausnutzung von Cross-Selling-Potenzial erreichen. So sollen vermehrt Privatkunden (insbesondere in Gebieten ohne Glasfaserzugang) und Geschäftskunden von Wettbewerbern gewonnen werden. Zudem soll weiteres Wachstum durch Bündelangebote erzielt werden.[25]

A.5 Das Verfahren

20. Mit Schreiben vom 25. März 2019 reichte Sunrise zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben einen Meldungsentwurf ein[26], deren Eingang das Sekretariat gleichentags bestätigte.[27]

[12] Vgl. act. 21, Rz 18 f.
[13] Vgl. act. 21, Beilage 26.
[14] Vgl. act. 21, Rz 75 f.
[15] Vgl. act. 21, Rz 77.
[16] Vgl. act. 21, Rz 47.
[17] Vgl. act. 21, Rz 48 ff.
[18] Vgl. act. 21, Rz 51.
[19] Vgl. act. 21, Rz 53.
[20] Vgl. act. 21, Rz 57.
[21] Vgl. act. 21, Rz 55.
[22] Vgl. act. 21, Rz 58.
[23] Vgl. act. 21, Rz 61 ff.
[24] Vgl. act. 21, Rz 66.
[25] Vgl. act. 21, Rz 70.
[26] Vgl. act. 1.
[27] Vgl. act. 9.

21. Mit Schreiben vom 12. April 2019 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung und unterrichtete Sunrise über die Unvollständigkeit des Meldungsentwurfs und notwendige Ergänzungen bzw. Anpassungen.[28] Am 29. April 2019 reichte Sunrise einen ergänzten Meldungsentwurf ein, zum welchem das Sekretariat am 1. Mai 2019 Stellung nahm.[29]

22. Am 1. Mai 2019 reichte Sunrise die Meldung ein,[30] deren Eingang das Sekretariat ebenfalls mit Schreiben 1. Mai 2019 bestätigte.[31]

23. Mit Schreiben vom 3. Mai 2019 setzte das Sekretariat Sunrise eine Frist zur Einreichung zusätzlicher Angaben gemäss Art. 15 VKU.[32] Gleichentags versandte das Sekretariat Fragebogen an UPC sowie weitere Fernmeldedienstanbieter (FDA).[33]

24. Mit Schreiben vom 10. Mai 2019 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.[34]

25. Mit Schreiben vom 15. Mai 2019 reichte Sunrise fristgerecht die zusätzlichen Eingaben gemäss Art. 15 VKU ein.

26. Aufgrund des umfangreichen Fragenkatalogs haben viele Fernmeldedienstanbieter für die Beantwortung der Fragebogen Fristerstreckung verlangt, welche vom Sekretariat gewährt wurden.

27. Innert erstreckten Fristen, bis zum 27. Mai 2019 antwortete ein Grossteil der befragten Marktteilnehmer.

28. Mit unaufgeforderter Eingabe vom 29. Mai 2019 informierte Liberty Global das Sekretariat über den Erwerb von zwei weiteren Partnernetzen.[35]

29. Mit Schreiben vom 31. Mai 2019 informierte die WEKO die Parteien über die Einleitung einer Prüfung. Damit beginnt die Frist für die Prüfung am 1. Juni 2019 zu laufen und endet am 1. Oktober 2019.[36]

30. Mit Stellungnahme vom 5. Juni 2019 verweigerte das BAKOM die Herausgabe von Daten, die für die Fernmeldestatistik erhoben wurden, trotz klarer bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 124 III 170, E. 4b), mit der Begründung, die Daten würden dem Statistikgeheimnis unterstehen und Art. 41 KG in Verbindung mit Art. 40 KG würden keine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellen, um Daten, die dem Statistikgeheimnis unterstehen würden, herauszugeben.[37]

31. Am 7. Juni 2019 erliess der Präsident zusammen mit dem Sekretariat eine Auskunftsverfügung gegen Swisscom betreffend die Beantwortung des am 3. Mai 2019 verschickten Fragebogens.[38]

32. Mit Eingabe vom 12. Juni 2019 nahmen die Zusammenschlussparteien zur vorläufigen Prüfung Stellung.[39]

33. Am 3. Juli 2019 reichten die Zusammenschlussparteien unaufgefordert zwei ökonomische Gutachten ein.[40]

34. Am 24. Juli 2019 stellte die WEKO den Zusammenschlussparteien ihre vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zu. In dieser kam die WEKO zum Schluss, dass insbesondere auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden in den Regionen, in denen UPC über eine Kabelnetzwerkinfrastruktur verfügt und keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, Wettbewerbsbedenken bestehen. Gleichzeitig forderte die WEKO die Zusammenschlussparteien auf, sich über mögliche Auflagen und Bedingungen Gedanken zu machen, mit welchen die Bedenken der WEKO ausgeräumt werden könnten.

35. Im Zeitraum zwischen dem 30. Juli 2019 und dem 9. August 2019 fand in den Räumlichkeiten der WEKO Akteneinsicht in die Berechnungen der WEKO statt.[41] Hierbei wurden ökonomischen Beratern die von Dritten erhobenen und zur Akteneinsicht freigegebenen Daten offengelegt. In die Daten von Swisscom (Schweiz) AG wurde keine Einsicht gegeben. Swisscom hat sich der Einsicht widersetzt und eine entsprechende Verfügung der WEKO vom 5. August 2019[42], der die aufschiebende Wirkung entzogen wurde, beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Mit Zwischenverfügung vom 7. August 2019 hat das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Verfügung wiederhergestellt.[43] Mit Schreiben vom 9. August 2019 beanstandete Sunrise das Vorgehen der WEKO und forderte sie auf, den von Sunrise beauftragten ökonomischen Beratern im Rahmen der Einsicht im Datenraum Zugang zu sämtlichen Basisakten zu gewähren oder andernfalls eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.[44] Mit entsprechender Zwischenverfügung vom 16. August 2019 lehnte die WEKO die beantragte Einsicht ab.[45]

36. Mit Schreiben vom 13. August 2019 nahm Sunrise zur vorläufigen Beurteilung der WEKO Stellung.[46]

37. Mit Schreiben vom 13. August 2019 reichte Sunrise einen Vorschlag für mögliche Auflagen ein.[47] Dieser Vorschlag wurde in der Folge mit der WEKO diskutiert und im Rahmen verschiedener Schriftenwechsel konkretisiert.[48] Der Vorschlag zielte im Wesentlichen darauf ab, dass […].

38. Am 14. August nahm Liberty Global ebenfalls Stellung zur vorläufigen Beurteilung der WEKO.[49]

39. Am 9. September 2019 wurden die Zusammenschlussparteien sowie die Unternehmen Salt Mobile SA, Init7 (Schweiz) AG und Swisscom (Schweiz) AG sowie das BAKOM von der WEKO angehört.[50]

[28] Vgl. act. 11.
[29] Vgl. act. 20 f.
[30] Vgl. act. 21.
[31] Vgl. act. 22.
[32] Vgl. act. 24.
[33] Vgl. act. 26 - 54.
[34] Vgl. act. 98.
[35] Vgl. act. 176.
[36] Vgl. act. 180.
[37] Vgl. act. 197.
[38] Vgl. act. 206.
[39] Vgl. act. 213.
[40] Vgl. act. 241.
[41] Vgl. act. 304 ff., 311, 337a ff.
[42] Vgl. act. 313.
[43] Vgl. Act. 326.
[44] Vgl. act. 336a.
[45] Vgl. act. 359 f.
[46] Vgl. act. 346.
[47] Vgl. act. 347.
[48] Vgl. act. 354, 358, 362 ff, 371, 383 f., 415, 429, 436, 450, 452.
[49] Vgl. act. 350 ff.
[50] Vgl. act. 440, 441, 456, 457, 461.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

40. 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

41. 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

42. 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).

43. 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). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.[51]

44. Gemäss Meldung beabsichtigt Sunrise, die alleinige Kontrolle über LGEF und damit über UPC zu erwerben (vgl. Rz 1). Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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

47. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2018 den nachfolgenden Umsatz:[52]

	Weltweit	Schweizweit
Sunrise	1'876 Mio. CHF	1'876 Mio. CHF
Target/UPC	1’296 Mio. CHF	1'296 Mio. CHF
Gesamt	**3'172 Mio. CHF**	**3'172 Mio. CHF**

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen

48. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG sind überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

49. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

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

50. Im Rahmen der Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ist zunächst zu untersuchen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

51. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

[51] Vgl. RPW 2016/1, 263 Rz 28, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.
[52] Vgl. act. 21, Rz 86 f.

52. Hierzu sind untenstehend zunächst die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Danach ist zu untersuchen, ob bei einer etwaigen Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, mithin das Zusammenschlussvorhaben eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG begründet oder verstärkt und ob der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, der die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

B.4.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

53. Ausgangspunkt der Bestimmung der sachlich und räumlich relevanten Märkte ist die Geschäftstätigkeit der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

54. Sunrise bietet mobile Telefonie- und Datendienste für Privatkunden, Geschäftskunden und andere Netzbetreiber in der gesamten Schweiz über ihr eigenes Mobilfunknetz an. Darüber hinaus bietet Sunrise auf der Grundlage von Wholesale-Zugangsvereinbarungen insbesondere mit Swisscom und SFN Kunden in der gesamten Schweiz Festnetzanschlüsse, leitungsgebundenes Internet und Internet Protocol Television (IPTV)-Dienste an.[53] Zur Erbringung ihrer Dienstleistungen betreibt Sunrise eine eigene Backbone-Infrastruktur und IP-Interkonnektion.[54]

55. Gemäss Meldung ist Sunrise sowohl im Privatkunden- als auch im Geschäftskundenbereich tätig. Für Privatkunden biete Sunrise sowohl unter ihrer eigenen Firma als auch unter ihren Markennamen Yallo und Lebara Mobilfunk-, Festnetz-, Breitband- und TV-Dienste an. Mobile Sprach- und Datendienste würden sowohl auf Post-Paid- als auch auf Pre-Paid-Basis angeboten. Die Sunrise-Angebote seien namentlich auf die Nachfrage nach Highspeed-Internet zugeschnitten. Diese Angebote würden wettbewerbsfähige, einfach zu bedienende Produkte wie Plug-and-Play-Lösungen und Bündeloptionen für Sprach-, Internet-, IPTV- und mobile Produkte im Retail-Markt anbieten. Über die eigenen Shops, das Internet sowie weitere Vertriebspartner vertreibe Sunrise ausserdem Mobilfunkdienstleistungen sowie Mobilfunkgeräte und entsprechendes Zubehör. Darüber hinaus biete Sunrise ihren Kunden seit April 2016 unter der Bezeichnung «Sunrise Pay» an, über die Telefonrechnung oder das Pre-Paid-Guthaben bestimmte Einkäufe tätigen zu können. Schliesslich biete Sunrise mit «surf protect» eine Lösung für sicheres Surfen im Internet an. Mit der Sunrise Smart TV App biete Sunrise ihren TV-Kunden zudem die Möglichkeit, basierend auf dem Sunrise TV-Angebot mobil live TV in HD-Qualität auf bis zu fünf Smartphones und Tablets zu beziehen und ausserdem auf die Funktionalitäten Comeback-TV, persönliche Programmtipps und unbegrenzte Aufnahmen im Cloud-Speicher zuzugreifen. Zudem wurde unter der Bezeichnung «Sunrise NEO» die Markteinführung einer spezifischen, nicht auf bestehende Sunrise Kunden beschränkten und auf Apple TV 4K basierenden OTT-TV Lösung eingeführt.[55]

56. Für Geschäftskunden biete Sunrise ein umfassendes Produkt- und Dienstleistungsangebot an. Dieses reiche von mobilen Angeboten über Festnetz-, Sprach-, Internet- und Datenlösungen (inklusive Internet-Konnektivitätsdiensten) bis hin zur Systemintegration und dem Management der Dienste, um namentlich etwa Telefonie- und/oder Multimedia-Kommunikation zu ermöglichen (Unified Communication). Die spezifischen Kundenbedürfnisse von Unternehmen aller Grössen würden mit einem Portfolio aus standardisierten Produkten sowie massgeschneiderten, skalierbaren und besonders zuverlässigen Angeboten abgedeckt.[56]

57. Auf der Wholesale-Stufe biete Sunrise Sprach-, Daten- und Internetdienste für andere nationale und internationale Netzbetreiber und Dienstleister an. Das Angebot umfasse namentlich die Terminierung von Anrufen auf dem Fest- und Mobilfunknetz, internationales Roaming, Transitdienste für Sprachanrufe auf dem Festnetz, Mietleitungen, IP-Interkonnektion, Mehrwertdienste und -nummern sowie Zugang zum eigenen Mobilfunknetz. Ferner biete Sunrise sog. Sprach-Hubbing-Dienste (Transit-Dienste für internationale Telefongespräche) an.[57]

58. UPC besitzt und betreibt in Teilen der Schweiz ein Kabelnetz. Über dieses Netz bietet UPC Privat- und Geschäftskunden Festnetzanschlüsse, Breitbandinternet und digitales Fernsehen an.

59. Das Netz von UPC besteht gemäss Meldung aus Glasfaser und Koaxialkabel, auch bekannt als Hybrid Fibre Coax (HFC). […] Im Geschäftskundenbereich biete UPC basierend auf dem regulierten Zugang zum Swisscom-Netz auch Breitbandanbindungen über das DSL-Netz von Swisscom an. Schliesslich verfüge UPC gestützt auf einen MVNO-Vertrag (seit 2019 mit Swisscom, zuvor mit Salt) über ein eigenes Mobilfunk-, Telefonie- und Datendiensteangebot.[58]

60. Für Privatkunden biete UPC Festnetztelefonie-, Breitband-, TV- und Mobilfunkdienste an. Die Angebote seien alleinstehend oder in variablen Bündeln erhältlich. Über eigene Shops, das Internet und weitere Vertriebspartner vertreibe UPC diese Dienstleistungen sowie Mobilfunkgeräte und entsprechendes Zubehör.[59]

61. Für Geschäftskunden biete UPC Festnetz-, Breitband-, TV- und Mobilfunkdienste an. UPC biete zudem Unternehmenslösungen im Bereich Konnektivität (Standortvernetzung und VPN, Datacenter und Cloud-Lösungen) und Netzwerkdienstleistungen (Hosting, LAN, Wifi) an.[60]

[53] Geschäftsbericht 2018 Sunrise, S. 7 ff.; abrufbar unter: https://www.sunrise.ch/content/dam/sunrise/corporate/documents/ir-reports-presentations/2019/Annual%20Report%202018_final.pdf.
[54] Vgl. act. 21, Rz 5.
[55] Vgl. act. 21, Rz 6.
[56] Vgl. act. 21, Rz 7.
[57] Vgl. act. 21, Rz 8.
[58] Vgl. act. 21, Rz 27.
[59] Vgl. act. 21, Rz 28.
[60] Vgl. act. 21, Rz 29.

62. Auf der Wholesale-Stufe (Grosshandels- oder Agenturverhältnisse) biete UPC schliesslich Dienstleistungen für andere Netzbetreiber und Dienstleister an. Das Angebot umfasse namentlich die Terminierung von Anrufen auf dem Fest- und Mobilfunknetz, internationales Roaming, Transitdienste für Sprachanrufe auf dem Festnetz, Mietleitungen, IP-Interkonnektion, Mehrwertnummem und Hubbing. Im Bereich des digitalen Fernsehens besitze UPC Premium Content. Diesen biete sie TV-Anbietern zur Verbreitung an Endkunden an.[61]

63. Aus der Geschäftstätigkeit der beiden Unternehmen kann daher abgeleitet werden, dass diese in den Märkten für Mobiltelefonie, Festnetztelefonie, Breitbandinternet, Breitbandanbindung, Fernsehen und Einzelhandel mit Telekommunikationsprodukten tätig sind.

64. Nachfolgend werden in diesen Bereichen die einzelnen Märkte abgegrenzt.

B.4.1.1 Märkte im Bereich Mobiltelefonie

65. Im Bereich Mobiltelefonie wird zwischen Endkunden- und Vorleistungsmärkten unterschieden. Da Sunrise auch Netzbetreiberin ist, sind entsprechend auch die Vorleistungsmärkte abzugrenzen.

B.4.1.1.1. Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen

66. Im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden mobile Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten oder einen Internetzugang herzustellen.[62] Aus Sicht der Endkunden dienen eingehende bzw. ausgehende Sprachverbindungen dem selben Verwendungszweck, da beide Verbindungen eine Kommunikation ermöglichen. Allenfalls kann zwischen den Kommunikationspartnern, zwischen Anrufer und Angerufenem, unterschieden werden, da der Anrufer die finanziellen Folgen der Verbindung zu tragen hat. In der Schweiz gilt das so sogenannte cpp-Prinzip (calling party pays). Erhält also ein Mobilfunkteilnehmer einen Anruf, so muss er dafür nichts bezahlen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet; dann kommen sogenannte Roaming-Gebühren zur Anwendung, die der Angerufene in Abhängigkeit der telefonierten Minuten bezahlt.[63]

67. Auf dem Markt für Mobilfunkdienstleistungen treffen auf der Nachfrageseite Endkunden, die Mobilfunkdienstleistungen (Sprache und Daten) nachfragen, mit Fernmeldedienstanbietern zusammen, die solche Mobilfunkdienstleistungen anbieten. Hierbei werden in der Regel die mobilen Dienstleistungen Sprach-, SMS/MMS- und Datendienste sowie internationale Roamingdienste angeboten.

68. Ein Endkunde entscheidet sich hauptsächlich aufgrund zweier Eigenschaften für einen Mobilfunkanschluss: Der Kunde hat einerseits die Möglichkeit zeit- und ortsunabhängig zu telefonieren und ist immer, wann und wo auch immer er sich gerade befindet, erreichbar. Zudem kann der Endkunde ortsunabhängig zu jeder Zeit eine Internetverbindung aufbauen. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entsprechender Weise von einem Festnetzanschluss bzw. Breitbandinternetanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss in der Regel personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meist ortsbezogen ist. Ein Mobilfunkanschluss beinhaltet daher die wichtigsten Eigenschaften eines Festnetzanschlusses und in der Regel auch diejenigen eines Breitbandinternetanschlusses, geht aber gleichzeitig, was die Ortsunabhängigkeit anbelangt, darüber hinaus. Zudem sind die Anforderungen an Bandbreite in der Regel weniger hoch als bei Breitbandanschlüssen, da mobile Endgeräte, was die graphische Darstellung und die Rechenkraft anbelangt, oft weniger leistungsfähig sind. In diesem Zusammenhang spricht man auch von asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann in gewissen Situationen durch das Mobilfunknetz substituiert werden, jedoch nicht umgekehrt.[64] Auf der anderen Seite ist die Substitution des Breitbandinternetanschlusses durch einen Mobilfunkanschluss in vielen Fällen derzeit noch nicht gegeben, da die Bandbreite und Latenz oft noch nicht ausreichen, um eine gleichwertige Leistung zu erbringen (vgl. nachfolgend Rz 122 ff.).

69. Auch wenn die WEKO in der Vergangenheit den Transfer von Daten von der Sprachkommunikation getrennt hat, erscheint dies heute aufgrund der weiten Verbreitung von Flat-Rate-Angeboten, welche gleichsam Sprach- und Datenkommunikation umfassen, als nicht mehr angebracht.

70. Sunrise bringt vor, dass ihrer Meinung nach aufgrund weit verbreiteter unbegrenzter mobiler Datenpläne auch OTT-Dienste dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen zuzurechnen sind. Dies insbesondere, weil sich Mobilfunknetzbetreiber (MNOs) heute mit starken disruptiven Kräften konfrontiert sehen, die von ausserhalb der traditionellen Mobilfunkmärkte kommen, hauptsächlich in Form kostenloser OTT-Dienste und des mobilen Internetzugangs über WiFi-Hotspots. Während OTT-Dienste traditionelle mobile Dienste wie Sprach- und Kurznachrichtendienste (SMS) ersetzen würden, böten WiFi-Hotsports eine alternative Infrastruktur für den mobilen Internetzugang. Gemeinsam böten sie den Konsumenten die Möglichkeit, die derzeit von den MNOs angebotenen Hauptdienstleistungen zu ersetzen.[65]

71. Hierzu ist einzuwenden, dass Mobilfunkdienstleistungen heute als Plattformdienstleistungen für die Datenübertragung anzusehen sind. Dies spiegelt sich insbesondere in den derzeit vorherrschenden Flat-Rate-Angeboten wider. Ein Kunde fragt damit nicht mehr einfach nur Sprachdienste, SMS/MMS-Dienste und einen Internetzugang nach, sondern er fragt Datenübertragungsdienstleistungen nach, mittels welchen diese Dienste erbracht werden können. OTT-Dienste sind daher auf die Plattformdienstleistungen der Mobilfunkanbieter angewiesen. Sie sind daher nicht dem Markt Mobilfunkdienstleistungen als Plattformmarkt für die Datenübertragung zuzurechnen. Auch WiFi-Hotspots

[61] Vgl. act. 21, Rz 30.
[62] Vgl. act. 21, Rz 248 ff.
[63] Vgl. RPW 2010/3, 508, Rz 107, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[64] Vgl. RPW 2010/3, 508, Rz 107, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[65] Vgl. act. 21, Rz 250.

können nicht als adäquates Substitut für einen Mobilfunkanschluss angesehen werden, da WiFi-Hotspots in der Regel nur in einem räumlich eng begrenzten Raum angeboten werden (meist mit einem Radius, der wenige hundert Meter ausmacht). Mobilfunkdienste sind hingegen darauf ausgelegt in einer nationalen räumlichen Ausdehnung angeboten zu werden, weshalb eine Substituierbarkeit mit WiFi-Hotspots nicht gegeben ist. Auch WiFi-Hotspots sind daher nicht demselben Markt zuzurechnen.

72. Sunrise bringt weiter vor, dass der Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen weiter in je einen separaten Markt für Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Privatkunden und Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Geschäftskunden zu unterteilen sei. Dies insbesondere, weil sich die Nachfragestruktur und die nachgefragten Dienstleistungen zwischen Privat- und Geschäftskunden stark unterscheiden würden. Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. In der Regel haben Geschäftskunden und Privatkunden, was Mobilfunkdienstleistungen anbelangt, unterschiedliche Bedürfnisse und die jeweils angebotenen Mobilfunkdienstleistungen werden in der Regel nicht als substituierbar angesehen. Dennoch sind diese Unterschiede für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht für die Beurteilung massgeblich, weshalb die beiden Märkte im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zusammen beurteilt werden können.[66]

73. In räumlicher Hinsicht werden Mobilfunkdienstleistungen schweizweit erbracht, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.[67]

B.4.1.1.2. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

74. Um Mobilfunkverträge (oftmals einschliesslich separat verkaufter oder vom Mobilfunkanbieter quersubventionierter Mobilfunkgeräte) an Kunden verkaufen zu können, benötigen Mobilfunknetzbetreiber Vertriebswege. Sie etablieren diese entweder per Eigenvertrieb oder über Verkaufsstellen von Drittanbietern.

75. In ihrer Praxis hat die WEKO zwischen sogenannten «Street Channels» und «Direct Channels» unterschieden. «Street Channels» umfassen Verkaufsstellen an stark frequentierten, meist innerstädtischen Standorten, an denen Fachpersonen Beratung anbieten. Swisscom, Sunrise, Salt und UPC verkaufen ihre Abonnemente in eigenen Filialen.[68] Sunrise bringt vor, dass daneben auch Mobilezone, die Schweizerische Post, Media Saturn (MediaMarkt), Coop (Fust, Interdiscount und Microspot), Migros (Digitec/Galaxus) und Valora (K-Kiosk) Mobilfunkdienstleistungen vertreiben würden.[69] «Direct Channels» beinhalten hauptsächlich das Internet und, mit sinkender Bedeutung, Telefonvermarktung und auf dem Postweg oder direkt auf der Strasse abgeschlossene Verträge.[70]

76. Sunrise bezweifelt, dass angesichts der zunehmenden Bedeutung des Internets als Vertriebskanal das Abgrenzen separater sachlich relevanter Märkte basierend auf den oben genannten beiden Vertriebswegen noch zutreffend sei. Nach Meinung der beteiligten Unternehmen seien diese beiden Vertriebskanäle nicht nur teilweise, sondern vollständig substituierbar. Sunrise ist daher der Meinung, dass diese Vertriebskanäle demselben sachlich relevanten Markt angehören.[71]

77. Hierzu ist anzumerken, dass sicherlich für einen Teil der Kunden der Abschluss eines Vertrages über den «Direct Channel» mit dem über den «Street Channel» und umgekehrt substituierbar ist. Dennoch sind diese Verkaufskanäle für den anderen Teil der Kunden nicht substituierbar. Dies zeigt sich alleine schon daran, dass die grossen Fernmeldedienstanbieter nicht auf den vergleichsweise teuren «Street Channel» verzichten und weiterhin ein Filialnetz aufrechterhalten. Alleine schon aus diesem Grund rechtfertigt es sich an der bisher etablierten Marktabgrenzung festzuhalten.

78. In räumlicher Hinsicht werden Mobilfunkdienstleistungen auf Basis der Dienstleistungen eines Mobilfunknetzes in der ganzen Schweiz verkauft, weshalb von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist.[72]

B.4.1.1.3. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten

79. im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten unterscheidet die WEKO gemäss ihrer Praxis zwischen «Street Channel» und «Direct Channel».[73] Aufgrund der Komplementarität der Mobilfunkgeräte mit den Mobilfunkdienstleistungen kann im Wesentlichen auf die Marktabgrenzung in Abschnitt B.4.1.1.2 verwiesen werden.

80. Auf dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten treffen auf der Nachfrageseite Endkunden, die ein Mobilfunkgerät käuflich erwerben möchten und auf der Angebotsseite die entsprechenden Verkäufer aufeinander.

81. Gemäss Aussagen von Sunrise ist allerdings die Nachfrage nach quersubventionierten Mobilfunkgeräten gesunken. So habe Swisscom die Quersubventionierung aus ihrem Standardabonnement mit der Begründung entfernt, dass hierfür keine Kundennachfrage mehr bestehe. Sunrise schliesst daraus, dass die Unterschiede zwischen «Street Channel» und «Direct Channel» so minimal seien, dass eine Unterscheidung der Märkte nicht mehr gerechtfertigt sei.[74] Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 77 verwiesen werden, die auf den Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten analog anwendbar sind.

[66] Vgl. act. 21, Rz 251.
[67] Vgl. RPW 2010/3, 508, Rz 111, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[68] Vgl. RPW 2010/3, 507, Rz 98, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[69] Vgl. act. 21, Rz 260.
[70] Vgl. RPW 2010/3, 507, Rz 98, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[71] Vgl. Act. 21, Rz 261.
[72] Vgl. RPW 2010/3, 507, Rz 100, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[73] Vgl. RPW 2010/3, 508, Rz 102, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[74] Vgl. act. 21, Rz 271.

82. In räumlicher Hinsicht werden Mobilfunkgeräte grösstenteils in der ganzen Schweiz verkauft. Ein Bezug aus dem Ausland ist allerdings auch möglich, weshalb mindestens von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen ist.[75]

B.4.1.1.4. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

83. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und MVNOs bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen. Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunk zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.[76]

84. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Fernmeldediensten stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNOs, die den Zugang zu einem Mobilfunknetz nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.[77]

85. Im Gegensatz zum Wholesale-Markt für eingehende mobile Dienstleistungen (Terminierung) haben die Weiterverkäufer und MVNOs die Möglichkeit, die Leistung bei allen Netzbetreibern nachzufragen, da hinsichtlich der Eigenschaften und des Verwendungszwecks jeder Netzbetreiber, solange noch genügend freie Kapazitäten vorhanden sind, den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewähren kann. Folglich ist von einem einzigen Netzzugangsmarkt auszugehen.[78]

86. Eine Unterteilung in zwei separate Märkte für Sprach- und Datendienstleistungen erscheint nicht angebracht, da die meisten Verträge einen monatlichen Festpreis für beide Dienstleistungen vorsehen.

87. In räumlicher Hinsicht verfügen die in der Schweiz tätigen Netzbetreiber je über ein schweizweites Mobilfunknetzwerk, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.[79]

B.4.1.1.5. Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

88. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen.[80] Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann, unabhängig davon, bei welchem Anbieter er seinen Mobilfunkanschluss hat. Beim Markt für Mobilfunkterminierung handelt es sich um die Terminierung eines Sprachanrufes in das jeweils eigene Netz. In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.[81]

89. Auf dem Markt für Mobilfunkterminierung treffen daher auf der Anbieterseite der jeweilige Netzbetreiber, der die Terminierung zu seinen Endkunden anbietet und auf der Nachfrageseite Fernmeldedienstanbieter aufeinander, welche Anrufe ihrer Kunden an die jeweiligen Endkunden des terminierenden Netzbetreibers durchstellen wollen. Aufgrund der heute weit verbreiteten Flat-Rate-Angebote und der niedrigen Netzwerkkosten haben die Terminierungsgebühren als Bestandteil der Kosten eines Telefonanrufs, die geeignet sind, die Wettbewerbssituation zu beeinflussen, in den letzten Jahren an Bedeutung verloren.

90. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich das Angebot auf die Netzabdeckung des jeweiligen Mobilfunknetzbetreibers. Da die in der Schweiz ansässigen Mobilfunknetzbetreiber über ein nationales Netz verfügen, ist von einer schweizweiten Marktabgrenzung auszugehen.[82]

B.4.1.1.6. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

91. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät (und ihrer SIM-Karte) auch auf ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren oder Daten auszutauschen. Dabei wird zwischen dem sog. outbound traffic und inbound traffic unterschieden. Beim outbound traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der inbound traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.[83]

92. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistungen anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunkanbieters ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunkanbietern in einem Land ab.[84]

93. Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden ermöglichen auch im Ausland mobile Dienstleistungen nutzen zu können, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines ausländischen Anbieters einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der vorliegend abgegrenzte Roaming-Markt bezieht sich lediglich auf den inbound traffic.[85] Der outbound traffic ist hingegen im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.[86]

---

[75] Vgl. RPW 2010/3 508, Rz 104, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[76] Vgl. RPW 2002/1, 119, Rz 94.
[77] Vgl. RPW 2010/3 509, Rz 113, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[78] Vgl. RPW 2010/3 509, Rz 114, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[79] Vgl. RPW 2010/3 509, Rz 117, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[80] Vgl. RPW 2010/3 509, Rz 118, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, m.w.H.
[81] Sog. Interoperabilitätsverpflichtung; vgl. Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).
[82] Vgl. RPW 2010/3 510, Rz 121, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, m.w.H.
[83] Vgl. RPW 2010/3 510, Rz 123, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[84] Vgl. RPW 2010/3 510, Rz 124, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[85] Vgl. auch act. 21, Rz 293 ff.
[86] Vgl. RPW 2010/3 510, Rz 124, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

94. In räumlicher Hinsicht ist vom Angebot des jeweiligen Netzbetreibers auszugehen. Die in der Schweiz ansässigen Netzbetreiber haben eine nationale Netzabdeckung, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.[87]

B.4.1.2 Märkte im Bereich Festnetztelefonie

B.4.1.2.1. Markt für Festnetztelefonie

95. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt. Auf dem Markt für Festnetztelefonie fragen Endkunden an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.[88]

96. Sprachtelefoniedienstleistungen haben in den letzten Jahren zumindest im privaten Umfeld stark an Bedeutung verloren. Insbesondere entscheiden sich heute viele Endkunden aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden mobilen Telekommunikationsmöglichkeiten vollständig auf einen Festnetzanschluss zu verzichten. Selbst wenn in vielen Fällen im Rahmen von Breitbandinternetangeboten auch ein Festnetzanschluss enthalten ist, so wird dieser von den Endkunden aber oft nicht genutzt. Dennoch bestanden im Jahr 2017 immer noch über 3,6 Mio. Festnetzverträge, auch wenn deren Anzahl in den letzten Jahren – konkret seit 2014 um rund 650'000 Verträge – stark zurückgegangen ist.[89] Die Anzahl bestehender Mobilfunknutzer war in den Jahren 2014 bis 2017 ebenfalls – wenn auch nur leicht – sinkend und betrug im Jahr 2015 11’283‘339 Nutzer, im Jahr 2016 11’240'971 Nutzer und im Jahr 2017 11’088‘598 Nutzer.[90] Dies zeigt, dass in den letzten Jahren keine Substitution von Festnetzanschlüssen hin zu mobilen Anschlüssen stattgefunden hat, sondern, dass offenbar nach wie vor eine Vielzahl von Endkunden sowohl einen Festnetzanschluss als auch einen Mobiltelefonanschluss haben. Daher rechtfertigt es sich, weiterhin einen eigenständigen Markt für Festnetztelefonie abzugrenzen.

97. Sunrise macht geltend, dass Festnetztelefonie nur noch selten als eigenständiges Produkt angeboten werde, sondern zunehmend als kostenlose Dienstleistung oder Option in Kombination mit TV-Dienstleistungen und Festnetz-Breitbandanschlüssen. Der Grund für diese Entwicklung sei der verstärkte Wettbewerb durch OTT-Dienste im Markt für Festnetztelefonie. Es erscheine daher plausibel, dass die Festnetz-Retail-Märkte in Zukunft wohl zu einem einzigen Markt zusammenwachsen würden, der verschiedene Festnetzdienstleistungen wie das Breitbandinternet, TV und Telefonie umfasse.[91] Der Umstand, dass heute viele Endkunden aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden mobilen Telekommunikationsmöglichkeiten vollständig auf einen Festnetzanschluss verzichten oder in vielen Fällen den im Rahmen von Breitbandinternetangeboten enthaltenen Festnetzanschluss oft nicht nutzen würden, belege, dass aus Kundensicht auf einen Mobilfunkanschluss gewechselt oder nur noch dieser unterhalten werden könne. Damit seien sämtliche Wettbewerber im Bereich Mobilfunk (MNO und MVNO) als Wettbewerber im selben Markt zu betrachten. Die Marktabgrenzungspraxis der WEKO, wonach betreffend Festnetztelefonie-Dienstleistungen von einem eigenen Markt auszugehen ist, sei veraltet.[92]

98. Hierzu ist anzumerken, dass die von Sunrise beschriebenen Marktverhältnisse insbesondere auf Privatkunden zutreffen. Im Geschäftskundenbereich scheinen Telefondienstleistungen allerdings noch eine grössere Bedeutung zu haben. Trotz der immer grösser werdenden Anzahl an nachgefragten Bündelangeboten, werden auch nach wie vor einfache Telefonanschlüsse verkauft und nachgefragt. Zudem geht es vielen Endkunden nicht nur um die Nutzung der Sprachtelefoniedienstleistungen, welche ohne weiteres über OTT-Angebote substituiert werden können, sondern auch darum, unter ihrer Festnetztelefonnummer erreichbar zu sein. Dies trifft im Privatkundenbereich insbesondere auf Familien zu, bei welchen das Festnetztelefon – im Gegensatz zum Handy als persönliches Gerät – allen Familienmitgliedern offen steht. Sunrise macht in diesem Zusammenhang weiter geltend, dass etwa auch über Skype eine Festnetznummer erworben werden könne, unter der eine Person über ihren Breitbandanschluss (Festnetz oder Mobilfunk) erreicht werden könne, z.B. auf deren Desktop-Computer, einem Tablet, dem Smartphone oder direkt auf einem skype-fähigen Festnetz-Telefon. Nebst allen MNO und MVNO müssten daher auch sämtliche auf den Breitbandanschlüssen basierenden OTT-Dienste berücksichtigt werden.[93] Wie die nachfolgenden Analysen zum Markt für Festnetztelefonie aufzeigen, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhaben offengelassen werden, ob OTT-Dienste zum relevanten Markt hinzuzuzählen sind. Zum einen besteht die Möglichkeit, auch über OTT-Dienste wie Skype, eine Festnetznummer zu erhalten. Zum anderen gehen viele FDA dazu über, die Zugangsdaten für die Festnetztelefonie über das SIP-Protokoll offenzulegen, was eine OTT-Nutzung der Festnetznummer grundsätzlich ermöglicht. Dennoch wird der klassische Festnetzanschluss nach wie vor ortsabhängig und nicht ortsunabhängig genutzt, was wiederum gegen eine weitere Marktabgrenzung sprechen könnte.

99. Aus diesen Gründen erscheint die separate Abgrenzung eines Marktes für Festnetztelefonie nach wie vor angebracht. Hingegen wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen, ob OTT-Anbieter demselben relevanten Markt zuzuordnen sind.

---

[87] Vgl. RPW 2010/3 510, Rz 127, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

[88] Vgl. RPW 2010/3 506, Rz 81 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, m.w.H.

[89] https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statisticher-daten/festnetz/anzahlfestnetzkundinnen-und-kunden.html, zuletzt besucht am 24.06.2019.

[90] Vgl. https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statisticher-daten/mobilfunk/anzahl-mobilfunkkundinnen-und-kunden.html, zuletzt besucht am 24.06.2019.

[91] Vgl. act. 21, Rz 103.

[92] Vgl. act. 218, Rz 148 f.

[93] Vgl. act. 218, Rz 150.

100. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt das Abdeckungsgebiet des Netzwerks für drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind. Da inzwischen eine weitgehende Umstellung sämtlicher Netze auf IP-Telefonie stattgefunden hat, sind Festnetztelefonanschlüsse grundsätzlich auf die Netzgebiete, über welche Breitbandinternet angeboten wird, beschränkt.

101. Sunrise macht in Bezug auf die räumliche Abgrenzung geltend, es sei ausschliesslich von einer nationalen Abgrenzung auszugehen.[94] Eine regionale Abgrenzung würde bedeuten, dass nur auf die Nachfrageseite der von Sunrise zu übernehmenden Gesellschaft abgestellt würde. Selbst wenn man von einer regionalen räumlichen Marktabgrenzung ausgehen würde, müsste zumindest das Verbreitungsgebiet, in dem UPC ihre Dienstleistungen anbiete, berücksichtigt werden, und nicht bloss das Abdeckungsgebiet des eigenen HFC-Netzes. Dieses sei nicht deckungsgleich, da UPC ihre Dienstleistungen auch über Partnernetzwerke und teilweise sogar über Glasfaser anbiete. Unberücksichtigt bliebe bei diesen Betrachtungsweisen zudem auf jeden Fall, dass nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Sunrise ihre Kunden weiterhin national bedienen werde. Eine regionale Marktabgrenzung widerspräche zudem der Praxis der WEKO und der Europäischen Kommission.[95]

102. Da die Marktabgrenzung immer aus Sicht der Marktgegenseite vorzunehmen ist, ist auf die Wahlmöglichkeiten des jeweiligen Endkunden zurückzugreifen. Haben die Kunden regional verschiedene Wahlmöglichkeiten, kann sich hierdurch die Wettbewerbssituation regional unterscheiden. Dies ist auch im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben der Fall, weshalb neben einer nationalen Marktabgrenzung auch eine regionale Marktabgrenzung vorzunehmen ist. Um die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens vollumfänglich beurteilen zu können, ist abzuklären wie sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss verändern wird. Dabei ist im Rahmen der Darstellung der heutigen Situation notwendigerweise zu berücksichtigen, dass andere Kabelnetzbetreiber für einen UPC-Kunden mangels Netzzugangs keinen alternativen Wettbewerber darstellen können. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der genannten regionalen Abgrenzung. Der Einfachheit halber wurde dabei auf die Abdeckung des eigenen HFC-Netzes von UPC abgestellt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich unter der Berücksichtigung von UPC-Angeboten über Partnernetzwerke bei der Beschreibung der Wettbewerbssituation erhebliche Unterschiede ergeben würden. Solche sind denn auch seitens Sunrise nicht dargestellt worden.

103. Gleichzeitig muss für nationale Anbieter wie beispielsweise Swisscom oder Sunrise untersucht werden, welchen Einfluss möglicherweise regionale Anbieter, wie beispielsweise Quickline, auf die nationale Preisgestaltung und die Wettbewerbssituation haben. Dies insbesondere, wenn nationale Anbieter auf der einen Seite ihre Dienstleistungen nach den zur Verfügung stehenden Technologien ausrichten und gleichzeitig eine nationale Preissetzung anstreben.

B.4.1.2.2. Markt für die Terminierung von Anrufen in Festnetze

104. Analog zur Terminierung von Mobilfunkanrufen, müssen Anrufe von fremden Netzen (Fest- und Mobilfunknetze) terminiert werden, wenn ein Anrufer einen Teilnehmer mit einem Festnetzanschluss anruft. Anrufterminierung ist die Dienstleistung, die ein Netzbetreiber auf der Angebotsseite für andere Netzbetreiber auf der Nachfrageseite bereitstellt. Dabei wird ein Anruf aus dem Netz eines Netzbetreibers auf der Nachfrageseite an einen Nutzer im Netz des Netzbetreibers auf der Angebotsseite zugestellt. Diese Dienstleistung wird von jedem Betreiber benötigt, damit dessen Kunden mit Kunden anderer Netzwerke kommunizieren können.

105. Für die Terminierung von Anrufen in einzelne Festnetze gibt es keine Substitute, da der Betreiber, der den abgehenden Anruf übermittelt, den beabsichtigen Empfänger nur über den Netzbetreiber erreichen kann, mit dem der Empfänger verbunden ist. Daher ist in Bezug auf die Terminierung von Anrufen in Festnetze von je einem einzelnen separaten sachlich relevanten Markt auszugehen.

106. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt grundsätzlich auf das Netzgebiet. Daher sind die Märkte in räumlicher Hinsicht grundsätzlich auf das jeweilige Netzgebiet von Sunrise bzw. UPC beschränkt.

B.4.1.2.3. Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe

107. Ein leitungsgebundener Telefonanruf kann, was die Nutzung der Übertragungsleitungen anbelangt, in Originierung, Transit und Terminierung unterteilt werden. Originiert wird ein Anruf durch das Wählen einer Telefonnummer durch den Anrufenden auf dem Netz des Anbieters, bei welchem der Anrufer Kunde ist. Die Originierung findet daher in der Regel im Anschlussnetz statt. Terminiert wird ein Anruf bei der Herstellung der Verbindung beim Angerufenen. Auch die Terminierung findet in der Regel im Anschlussnetz statt. Wenn der Angerufene bei einem anderen Netzbetreiber Kunde ist, wird der Anruf in ein fremdes Netz terminiert. Besteht keine direkte Interkonnektion zwischen dem Netz des Anrufenden und dem Netz des Angerufenen, kann die Zwischenschaltung eines anderen Netzes notwendig werden. Dieses Dazwischenschalten eines Netzes oder mehrerer Netze wird als Transit bezeichnet.[96] Der Transit findet in der Regel auf dem Backbone-Netz und nicht im Anschlussnetz statt.

108. In ihren bisherigen Entscheiden hat die WEKO einen Markt für Transit-Dienste abgegrenzt, ohne eine Unterscheidung zwischen Festnetztelefonie und Mobilfunktelefonie vorzunehmen. Da sich Telefonanrufe vom Festnetz im Transit nicht von Telefonanrufen vom Mobilfunknetz unterscheiden, kann auf eine weitere Unterteilung des Marktes verzichtet werden.

[94] Vgl. act. 21, Rz 106.
[95] Vgl. act. 218, Rz 152 ff.
[96] Vgl. RPW 2008/1, 235 Rz. 15 ff., *Transitdienste im Bereich "Transit to (…) Access Services"*; RPW 2001/2, 362 Rz 15 ff., *Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG*, vgl. auch act. 21 Rz 128 ff.

109. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf die Abdeckung des Backbone-Netzes, weshalb für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist.[97]

B.4.1.2.4. Markt für Global Telecommunication Services

110. Gemäss Meldung sind die Zusammenschlussparteien sodann im Markt für Global Telecommunication Services (GTS) tätig.[98] Die WEKO definiert GTS als Telekommunikationsdienstleistungen mit dem primären Zweck, eine Vielzahl von sich in verschiedenen Ländern befindlichen Niederlassungen eines Geschäftskunden zu verbinden. Gewöhnlich fragen multinational tätige Unternehmen, welche in verschiedenen Ländern vertreten sind, diese Art Dienstleistungen nach. Bei den zu erbringenden Dienstleistungen handelt es sich um über blossen Telefon- und Faxverkehr hinausgehende, auf den Kunden zugeschnittene Lösungen für Sprach- und Datenverkehr, virtuelle private Netzwerke oder Ähnliches. Zweckentsprechend sind Nachfrager dieser Dienstleistung vorwiegend multinational tätige Unternehmen (MNC) mit entsprechender Niederlassungsstruktur.[99] GTS werden auf Retail- und Wholesale-Ebene angeboten.[100] Allenfalls wäre dieser Markt entsprechend weiter zu unterteilen. Die genaue Definition kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens allerdings offenbleiben. […] Internationale Carriers würden Hubbing nachfragen, wenn diese ihren internationalen Traffic anstatt direkt, über ein Drittland terminieren lassen möchten. In diesem Fall trete der terminierende FDA im Drittland (vorliegend Sunrise) als Hub auf und übernehme die Weiterleitung des «Traffics» ins Destinationsland. Hubbing werde nachgefragt, wenn zwischen den internationalen Carriers keine Verträge bestehen würden, sei es aus kommerziellen Gründen oder weil keine direkte Interkonnektion vorhanden sei. Im Hubbing positioniere sich Sunrise somit als «Transit Carrier» auf Wholesale-Stufe. Es handele sich hierbei also um einen Transit- bzw. Terminierungsmarkt.[101]

111. Die WEKO hat die räumliche Abgrenzung bisher offengelassen. Unter der Prämisse, dass die meisten GTS-Anbieter über ein internationales Kundenportfolio verfügen und grundsätzlich die GTS weltweit erbringen können, erscheint eine internationale Abgrenzung für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung als sachgerecht.[102]

B.4.1.3 Märkte für Mehrwertdienste

112. Mehrwertnummern werden verwendet, um unter anderem für Unternehmen, die kostenlose oder durch Anrufgebühren bezahlte Mehrwertdienstleistungen anbieten, Kontaktpunkte bereitzustellen. Die WEKO hat in der Vergangenheit TV-Werbe- und sonstige Mehrwertdienstplattformen beschrieben, es aber letztendlich offengelassen, ob es sich hierbei um zwei getrennte Märkte handelt.[103] Mehrwertdienste können über Festnetz, Mobilfunknetz, beispielsweise per SMS oder MMS, angeboten werden.

113. Sunrise macht geltend, dass Unternehmen, die solche Mehrwertdienste anbieten würden, nicht unterscheiden würden, ob diese Mehrwertdienste in TV- oder Radiosendungen verwendet oder für die Verwendung in schriftlichen Publikationen oder über das Internet nachgefragt würden. Dies spiegle sich auch in den Angeboten für Unternehmen wider, die überwiegend geschäftliche Gratisnummern (0800), Gebührenteilungsnummern (084x), Mehrwertdienstnummern (090x) oder Geschäftsnummern (058) beinhalten. Daher sollte nach Meinung von Sunrise der sachlich relevante Markt allgemein Mehrwertdienste einschliessen.[104] Dieser Meinung von Sunrise kann grundsätzlich gefolgt werden. Insbesondere im Bereich Festnetz werden Mehrwertdienste von verschiedensten Unternehmen genutzt, um Privatpersonen einen Zugang per Sprachkommunikation zu ihren Dienstleistungen zu ermöglichen.

114. Hiervon sind allerdings mobile Mehrwertdienste zu unterscheiden, mittels welchen im Wesentlichen Text (SMS) oder Bildnachrichten (MMS) vertrieben werden. Diese Dienstleistungen sind in einem separaten Markt abzugrenzen. Sunrise bringt hierzu vor, dass in der bisherigen Praxis der WEKO keine Unterscheidung zwischen Mehrwertdiensten über Dienstnummern sowie über SMS/MMS stattgefunden habe.[105] Zudem würden aus Sicht der beteiligten Unternehmen aufgrund einer hohen Angebotsumstellungsflexibilität Mehrwertdienste per SMS/MMS sowie über Rufnummern keine separaten Märkte darstellen.[106] Dem kann nicht gefolgt werden, da zum einen die Nachfrage nach Mehrwert SMS/MMS und nach Mehrwertnummern vollkommen unterschiedlich ist und zum anderen die Nutzung der jeweiligen Dienstleistungen vollkommen anderen Zwecken dient bzw. dienen kann. Entsprechend sind ein Markt für Mehrwertdienste bzw. –nummern und ein Markt für mobile Mehrwertdienste abzugrenzen.

115. In räumlicher Hinsicht wurden Mehrwertdienste jeweils sprachregional angegrenzt.[107] Da die Mehrwertdienste jedoch überwiegend schweizweit angeboten werden und sich die sprachregionalen Angebote vom schweizweiten Angebot daher nicht gross unterscheiden, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von schweizweiten Märkten ausgegangen werden.

---

[97] Vgl. RPW 2008/1, 236 Rz. 23 f., *Transitdienste im Bereich "Transit to (…) Access Services"*; RPW 2001/2, 364 f. Rz 35 ff., *Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG*.

[98] Vgl. act. 21, Rz 135 ff.

[99] Vgl. RPW 2008/3, 418 Rz 37, *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

[100] Vgl. act. 21, Rz 136.

[101] Vgl. act. 21, Fn 87.

[102] Vgl. Vgl. RPW 2008/3, 419 Rz 44 f., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

[103] Vgl. RPW 2012/1, 130 Rz 56, *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/3 507, Rz 95, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

[104] Vgl. act. 21, Rz 118.

[105] Vgl. act. 21, Rz 123.

[106] Vgl. act. 21, Rz 123.

[107] Vgl. RPW 2012/1, 131 Rz 57, *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/3 507, Rz 96, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

B.4.1.4 Märkte im Bereich Breitbandinternet und Breitbandanbindung

B.4.1.4.1. Vorbemerkungen

116. Breitbandinternetdienstleistungen werden heute über verschiedene leitungsgebundene Technologien angeboten. Diese sind neben der Kupferkabeltechnologie die Koaxialkabeltechnologie und die Glasfasertechnologie. Da das zur Datenübertragung verwendete Medium einen limitierenden Faktor darstellen kann, kann es sich rechtfertigten einzelne Breitbandinternetmärkte hinsichtlich der maximalen Bandbreite des verwendeten Mediums abzugrenzen.[108]

117. Die Breitbandinternetmärkte umfassen sämtliche Endkunden (Geschäfts- und Privatkunden), welche eine breitbandige Verbindung zur elektronischen Datenübertragung über das Internet nachfragen und sämtliche Anbieter, die eine solche Datenübertragungsverbindung anbieten.[109]

118. Da private Endkunden im Hinblick auf Symmetrie bei den Up- und Downloadraten sowie Service Levels andere Anforderungen haben als Unternehmen und diese daher mit ganz anderen Datenübertragungsdienstleistungen bedient werden können, rechtfertigt sich eine weitere Marktunterteilung in Märkte im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden und in Märkte im Bereich für Breitbandanbindungen für Geschäftskunden.

B.4.1.4.2. Märkte für Breitbandinternet für Privatkunden

B.4.1.4.2.1. Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

119. Im Privatkundenbereich werden meist asymmetrische Verbindungen ins Internet angeboten und nachgefragt. Hierbei werden in der Regel keine speziellen Anforderungen an die Service Levels gestellt. Aus diesem Grund sind die an eine Breitbandinternetverbindung gestellten Anforderungen im Privatkundenbereich in der Regel weniger hoch.[110]

120. Zur Erbringung von Datenübertragungsdiensten greifen Anbieter auf leitungsgebundene Technologien zurück, auf welchen ihr Übertragungsnetz beruht. Gegenüber dem Endkunden werden allerdings lediglich Dienstleistungen in einer bestimmten Servicequalität und Bandbreite erbracht. Solange die vom Endkunden nachgefragte Bandbreite und Servicequalität erbracht werden können, spielt es für ihn in der Regel keine Rolle, über welche Technologie die Dienstleistungen erbracht werden.[111]

121. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks auf dem Markt für Breitbandinternet für Privatkunden ist die Anzahl an FDA und deren Handlungsmöglichkeiten bei der Preis- und Leistungsgestaltung von zentraler Bedeutung. Grundsätzlich haben diejenigen FDA die grössten Freiräume bei der Preis- und Leistungsgestaltung und können mit anderen FDA in wirksamen Wettbewerb treten, welche über ein eigenes, bis zum Endkunden reichendes Kommunikationsnetzwerk verfügen, da diese nicht auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind. Ähnliche Freiheiten haben auch Anbieter, die für den Zugang zum Kupfernetz ein reguliertes Produkt zu kostenorientierten Preisen in Anspruch nehmen können.[112] Hierbei ist allerdings festzuhalten, dass die Nachfrage nach der Kupferkabeltechnologie aufgrund deren eingeschränkten Kapazität und der gleichzeitig stetig wachsenden Ansprüche an Bandbreite zwischen einer Anschlusszentrale und dem Endkundenanschluss rückläufig ist. Insbesondere das regulierte Vorleistungsprodukt des vollständig entbündelten Teilnehmeranschlusses kann immer weniger oft eingesetzt werden. In der Schweiz stehen derzeit für Breitbandinternet für Privatkunden vorwiegend Kupferkabelnetzwerke, Koaxialkabelnetzwerke und Glasfasernetzwerke zur Verfügung. Von geringerer Bedeutung sind hingegen Powerline-Netzwerke, Satellitentechnologie und Mobilfunknetzwerke.[113]

122. Sunrise macht in diesem Zusammenhang geltend, die WEKO zähle zutreffend Breitbandinternetlösungen über Mobilfunk zum vorliegend gegenständlichen Endkundenmarkt für Breitbandinternetlösungen hinzu.[114] Bereits heute finde eine Fix-/Mobile-Substituierung basierend auf 4G/4G+ statt.[115] Mobiles Breitbandinternet werde dabei in verschiedenen Varianten genutzt bzw. angeboten. Die meisten Privatkunden würden ein Mobilfunkabonnement mit quasi unbeschränkter Datennutzung besitzen und könnten ihr Smartphone als Hotspot einsetzen. Einige Kunden würden auch eine zusätzliche SIM-Karte nutzen, um einzelne Geräte an das Internet anzuschliessen, namentlich Tablets oder Notebooks. Schliesslich würden die Mobilfunkanbieter kostengünstige Internet-Router anbieten, um zu Hause ein mobilfunkbasiertes WiFi-Netz einzurichten. Yallo, das keine leitungsgebundene Festnetzprodukte vertreibe, […]. Auch eine vom BAKOM in Auftrag gegebene Studie zu den Kosten für ein flächendeckendes Hochbreitbandnetz in der Schweiz komme zum Schluss, dass mobile Angebote insbesondere mit dem Roll-out von 5G ohne weiteres für die Bereitstellung von gleichwertigen Bandbreiten bzw. Geschwindigkeiten genutzt werden könnten. Im Vergleich zu 4G habe 5G eine 100-mal höhere Bandbreite, eine 30- bis 50-mal kürzere Reaktionszeit (Latenz) und könne 100-mal mehr Endgeräte anschliessen. Da die Leistung nur von FTTH übertroffen werden könne, werde der Ausbau von 5G die Fix-/Mobile- Substitution weiterführen. Entsprechend werde insbesondere in Regionen ausserhalb des Glasfaserverbreitungsgebiets die Bedeutung der Fix-/Mobile-Substituierung mit 5G noch stärker zunehmen als bisher. Insbesondere Salt ohne eigene Festnetzinfrastruktur habe starke Anreize, solche Produkte im Markt (weiter) zu etablieren und biete diese bereits heute an. Mobiles Breitbandinternet mit einem unlimitierten Vertrag sei daher dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden zuzurechnen. Basierend auf den heute tatsächlich vorliegenden Gegebenheiten gäbe es somit gute Gründe, um zu

[108] Vgl. RPW 2012/2 192, Rz 225 ff., *FTTH Freiburg*.
[109] Vgl. RPW 2012/2 195, Rz 255., *FTTH Freiburg*.
[110] Vgl. RPW 2012/2, 196 Rz 271., *FTTH Freiburg*.
[111] Vgl. RPW 2012/2, 195 Rz 256., *FTTH Freiburg*.
[112] Vgl. RPW 2012/2, 195 Rz 257., *FTTH Freiburg*.
[113] Wobei Sunrise angekündigt hat die 5G-Technologie vermehrt für die Erschliessung von Haushalten mit Breitbandinternet nutzen zu wollen.
[114] Vgl. act. 218, Rz 68.
[115] Vgl. act. 218, Rz 69 ff.

argumentieren, mobile Breitbandinternetverbindungen bildeten bereits aktuell ein Substitut für leitungsgebundene Breitbandinternetverbindungen, zumindest hinsichtlich der Übertragungsgeschwindigkeiten, die ausserhalb des Verbreitungsgebiets von Glasfaser angeboten würden, namentlich über DSL- oder HFC-Netze. Damit wären sie Teil des Endkundenmarktes für Breitbandinternet. Selbst wenn man mobile Breitbandinternetverbindungen nur als Komplemente und damit nicht als Teil des vorliegend gegenständlichen Endkundenmarktes für Breitbandinternet erachten sollte, sei zu berücksichtigen, dass bereits heute ein starker Wettbewerbsdruck von Breitbandlösungen über Mobilfunk auf leitungsgebundene Breitbandlösungen ausgeübt werde.[116]

123. Die Zusammenschlussparteien kritisieren, dass die WEKO der Marktdynamik und den technologischen Entwicklungen nicht ausreichend Rechnung trage, wenn sie die Mobilfunktechnologie nicht als Substitut für drahtgebundenes Breitbandinternet anerkennen würde.[117] Diese Sichtweise würde sich auf die Analyse vergangener Daten und auf eine verkürzte Wiedergabe der Antworten aus der Marktbefragung stützen. Kriterien wie funktionale Sachüberlegungen, allgemeine Verbraucherpräferenzen, bestehende Marktstrukturen und konkrete Marktbeobachtungen der für die Substituierbarkeit in Betracht kommenden Produkte seien nicht analysiert worden.

124. Bisher hat die WEKO die mobilen Technologien aufgrund fehlender Abdeckung und mangelnder Qualität der Datenübertragung sowie zu geringer Bandbreite nicht als Substitute zum drahtgebunden Breitbandinternet angesehen. Demzufolge wurden bei der Abgrenzung der Märkte für Breitbandinternet und Breitbandanbindung bisher grundsätzlich nur leitungsgebundene Technologien berücksichtigt. Daran ist auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses festzuhalten. Dies insbesondere, weil im Markt keine bedeutenden Substituierungstendenzen weg vom leitungsgebundenen Breitbandinternet hin zu mobilen Breitbandinternetlösungen erkennbar und bisher im Markt keine Reaktionen der Anbieter von leitungsgebundenen Breitbandinternetanschlüssen auf das Aufkommen vom möglichen mobilen Internetanschlüssen zu beobachten sind. So ist die Anzahl leitungsgebundener Breitbandinternetnutzer in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Betrachtet man aufgrund der Zahlen des BAKOM die Anzahl Breitbandinternetnutzer nach Anschlussart auf jährlicher Basis so ergeben sich die nachfolgenden Zahlen:

Jahr	PSTN/ ISDN	Breitband Internet						Total
		Kabel	DSL	Glasfaser	Feste WiMax	Andere	Total	
2014	11’698	1'150’215	2'200’699	182’629	102	2’341	3'535’986	3'547’684
2015	13’425	1'219’271	2'176’653	301’518	155	2'966	3'700'563	3'713’988
2016	13'712	1'244’142	2'077’012	449’151	332	2’888	3'773’525	3'787’237
2017	7’717	1'258’594	1'961’335	692’225	207	3’164	3'915’525	3'923’242

Tabelle 2: Entwicklung Anzahl Internetnutzer/innen

125. Diese Zahlen zeigen eindeutig auf, dass die Technologien 4G/4G+ nicht zu einer Ablösung von drahtgebundenem Internet geführt haben: Die Anzahl von drahtgebundenen Breitbandanschlüssen ist insgesamt nach wie vor steigend.[118] Von einer für die Marktabgrenzung relevanten Substituierbarkeit von mobilen und drahtgebundenen Technologien ist denn auch mit der Einführung von 5G nicht auszugehen. Die grundlegenden «Schwächen» der mobilen Technologie bleiben auch mit 5G bestehen. Salt führt in diesem Zusammenhang etwa aus, dass es aufgrund der beschränken Kapazität der Mobilnetze nicht möglich sein werde, diese Technologie grossflächig (im Sinne einer ähnlichen Nutzungsintensität, wie bei leitungsgebundenen Breitbandinternetanschlüssen) auszurollen. Auch die sogenannte Dienste-Qualität könne auf einem Mobilnetz nicht garantiert werden, denn diese sei abhängig von der Anzahl Nutzer auf der Antenne. Wenn es auf die Dienste-Qualität bei Retailkunden ankomme, sei und bleibe ein moderner Festnetzanschluss über Glasfaser das Mass aller Dinge.[119] GGA maur führt in diesem Zusammenhang ebenfalls aus, es sei im Bereich Breitbandinternet noch keine Austauschbarkeit von Fest- und Mobilfunknetzen zu erkennen. Sie würden während der letzten Jahrzehnten, in denen nun bereits 4 Generationen Mobilfunktechnologie realisiert worden seien, immer ähnliche Muster beobachten. Jedes Mal sei die jeweils neue Mobilfunk Generation als DIE Technologie zur Ablösung der festnetzbasierten Dienste angekündigt worden. In Tat und Wahrheit habe dieses «Versprechen» nirgends auf der Welt auch nur annähernd in die Realität umgesetzt werden können. Die Wachstumsraten der über die

[116] Vgl. act. 218, Rz 68 ff.
[117] Vgl. act. 348, Rz 28.
[118] Vgl. https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statisticher-daten/breitband/breitbandinfrastruktur.html, zuletzt besucht am 17.06.2019.
[119] Vgl. act. 160, Antwort zu Frage 8.

Mobilfunknetze zu übertragenden Daten seien den technischen Möglichkeiten immer vorausgeeilt. Auch die 5te Generation Mobilfunktechnologie werde mit denselben Verheissungen am Markt eingeführt. Wie aber nur schon die entsprechende Anzahl Mobilfunkstandorte speziell in der Schweiz bereitgestellt werden soll, oder als Alternative dazu die entsprechenden Grenzwerte angepasst werden sollen/könnten, sei derzeit unklar.[120]

126. Wenn 5G künftig tatsächlich in grösserem Ausmass ein Substitut für festnetzbasiertes Breitbandinternet darstellen würde, wäre es nicht einleuchtend, weshalb Mobilfunknetzbetreiber weiterhin in die Glasfasertechnologie investieren sollten. Genau dies ist aber nach wie vor der Fall, wie das Beispiel von Salt zeigt. Das Festnetzprodukt Salt Fiber ist im März 2018 mit Vereinbarungen mit Infrastrukturanbietern für FTTH mit einer Abdeckung von 1'300'000 Haushalten lanciert worden. Gemäss den Angaben von Salt bietet das Produkt einen ultraschnellen Internetanschluss mit symmetrischen 10 Gbit/s, Festnetztelefonie, TV und Video-on-Demand (VoD) unter Verwendung von Apple TV als Set-Top-Box. Aufgrund der beschränkten Abdeckung mit FTTH könnten aktuell jedoch nur ein Drittel der Haushalte von diesem Angebot profitieren. Salt sei deswegen bestrebt, die Abdeckung der Schweiz mit FTTH zu vergrössern. Seit der Lancierung des Festnetzproduktes seien über 100‘000 zusätzliche Haushalte mit FTTH erschlossen worden. Swiss Fiber Net, Sunrise und Salt hätten zusammen ein Programm vereinbart, um den Ausbau mit FTTH zu beschleunigen.[121]

127. Lediglich Quickline und Swisscom sehen eine gewisse Austauschbarkeit von mobilfunkbasiertem und festnetzbasiertem Breitbandinternet. Dabei wird allerdings übersehen, dass auch mit 5G die mobile Technologie ein Shared Medium ist und bleibt. Dies bedeutet, dass ohne genügend Kapazität keine Verbindung aufgebaut und kein Datenpaket verschickt werden kann.[122] Init7 weist in diesem Zusammenhang auch auf das stetig zunehmende Datenvolumina hin und gibt darüberhinaus die Skepsis der Bevölkerung gegenüber 5G und damit die erschwerte politische Durchsetzbarkeit einer Erweiterung der 5G Frequenzen zu bedenken.[123]

128. Zum Nachweis, dass eine Substituierung von leitungsgebundenen Festnetzanschlüssen durch mobile Anschlüsse stattfinden würde, führen die Zusammenschlussparteien an, dass die Anzahl Kunden, welche mobile Datendienste bei Sunrise nachfragen, gestiegen sei.[124]

129. Hierzu ist anzumerken, dass alleine aus einem Anstieg der Anzahl von Mobilfunk-Verträgen nicht geschlossen werden kann, dass eine Substituierung der leitungsgebundenen Festnetzanschlüsse durch mobile Anschlüsse stattfindet. Diese Analyse ist daher für einen solchen Nachweis ungeeignet und damit unbeachtlich. Zudem ist es für die Marktabgrenzung nicht relevant, ob in Einzelfällen tatsächlich ein leitungsgebundener Breitbandinternetanschluss durch einen mobilen Breitbandinternetanschluss ersetzt werden kann. Relevant ist vielmehr, ob ein hypothetischer Monopolist an einer kleinen aber substanziellen Preiserhöhung durch das Ausweichen auf mobile Breitbandinternetanschlüsse gehindert werden würde. Da mobile Breitbandinternetanschlüsse allerdings nicht in grossem Ausmass einer grossen Anzahl Kunden in einer bestimmten Funkzelle zur Verfügung gestellt werden können, weil sich diese die Bandbreite teilen, erscheint eine Disziplinierung eines hypothetischen Monopolisten unwahrscheinlich.

130. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass mit der Einführung von 5G in gewissen, vor allem ländlichen Gebieten, allenfalls punktuell und für eine beschränkte Anzahl von Endkunden eine Substitutionsmöglichkeit von festnetzbasiertem Internet durch mobilfunkbasiertes Internet genutzt wird. Die Substitutionsmöglichkeiten sind jedoch insbesondere aufgrund der limitierten Kapazitäten der Antennen und der fehlenden flächendeckenden Versorgung gering, weshalb insgesamt nicht von einer für die Marktabgrenzung relevanten Substituierbarkeit ausgegangen werden kann. Auch das derzeitige Nutzungsverhalten der Kunden zeigt, dass mobile Datendienste nach wie vor grösstenteils als Komplemente und nicht als Substitute angesehen werden. So ist beispielsweise die Anzahl der Mobilfunkverträge, die den Zugang zu Breitband-Internet ermöglichen, in den Jahren 2015 bis 2017 kontinuierlich gefallen, während die Anzahl leitungsgebundener Breitbandinternetanschlüsse im gleichen Zeitraum gestiegen ist.[125] Damit zeigt sich eben gerade nicht das von den Zusammenschlussparteien postulierte Substitutionsverhalten. Dementsprechend umfassen die Märkte für Breitbandinternet für Privatkunden (und auch jene für Breitbandanbindung für Geschäftskunden) lediglich leitungsgebundene Technologien.

131. Die Zusammenschlussparteien kritisieren hierzu, dass die Anzahl Mobilfunkverträge, die den Zugang zu Breitbandinternet ermöglichen, nur deshalb gefallen seien, weil die Anzahl entsprechender Prepaid-Verträge gefallen sei.[126] Würde man hingegen Postpaid-Mobilfunkverträge betrachten, sei die Anzahl der Verträge gestiegen. Bei sogenannten Flatrate Verträgen sei sogar ein Anstieg von 41 % zu verzeichnen gewesen.

132. Hierzu ist anzumerken, dass alleine aus dem Anstieg der Flatrate Verträge nicht auf eine Substituierung der leitungsgebundenen Breitbandinternetanschlüsse geschlossen werden kann. Insbesondere dann nicht, wenn gleichzeitig schweizweit die Anzahl Breitbandinternetanschlüsse ebenfalls steigt. Es existieren daher keine Anhaltspunkte, dass mobile Breitbandanschlüsse basierend auf der 4G-Netzwerkinfrastruktur in einem

[120] Vgl. act. 159, Antwort zu Frage 8.
[121] Vgl. act, 160, Vorbemerkung zu den Antworten unter II.
[122] Vgl. Modellierung der Kosten eines flächendeckenden Hochbreitbandnetzes in der Schweiz (WIK), Studie im Auftrag des BAKOM, https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/bakom/das_bakom/rechtliche_grundlagen/Bundesgesetze/KVF-NR%2012.02.2018/wik-bericht%, S. 13, zuletzt besucht am 04.07.2019.
[123] Vgl. act. 162, Antwort zu Frage 8.
[124] Vgl. act. 348, Rz 30 ff.
[125] Vgl. hierzu insbesondere Zahlen des BAKOM: https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/internet-service-provider.html und https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statistischer-daten/mobilfunk/uebertragungsdienste-und-breitbandinternet-auf-mobilfunknetzen.html, zuletzt besucht am 21.06.2019.
[126] Vgl. act. 348, Rz 33.

grösseren Ausmass zu einer Substituierung von leitungsgebundenen Festnetzanschlüssen geführt haben, so dass eine andere Marktabgrenzung vorzunehmen wäre.

133. Die Zusammenschlussparteien bringen weiter vor, dass die relevante Referenzgrösse für eine mögliche Substituierung nicht die FTTH-Infrastruktur, sondern insb. die DSL-Technologie sei.[127] Hierzu führen die Zusammenschlussparteien eine Medienmitteilung von Salt an, wonach das beste Ergebnis aller Schweizer Mobilfunkanbieter die gemessene durchschnittliche Download-Geschwindigkeit von 44.2 Mbit/s und die durchschnittliche Upload-Geschwindigkeit von 16.9 Mbit/s sei.[128] Vergleicht man dies mit den zur Verfügung gestellten durchschnittlichen Bandbreiten der Festnetztechnologien so stellt man fest, dass die über Mobilfunk bereitgestellten Bandbreiten gerade einmal halb so gross sind, wie die FTTC vect. Festnetztechnologie, welche eine durchschnittliche Bandbreite von 90 Mbit/s erreicht.[129] Weiter ist auf die Aussagen des BAKOM im Rahmen der Anhörung zu verweisen, wonach die mobilen Technologien ein Shared Medium sind und die Kapazitäten am Anschluss geteilt werden.[130] Dies sei beim Festnetz fundamental anders. Dennoch geht das BAKOM davon aus, dass in der Zukunft eine gewisse Substitution der Festnetzangebote durch Mobilfunkangebote stattfinden kann. Die WEKO ist der Meinung, dass in gewissen weniger dicht besiedelten Regionen eine Substituierung der leitungsgebundenen Anschlüsse durch mobile Anschlüsse erfolgen kann, solange die angebotenen Bandbreiten vergleichbar sind und die Nutzungsdichte ausreichend gering ist, so dass die für das Funktionieren eines Haushaltes minimalen Bandbreiten von 40 bis 60 Mbit/s pro Anschluss[131] erreicht werden können. Damit sind mobile Technologien lediglich in diesem engen Bereich als Substitute zu leitungsgebundenen Technologien anzusehen. Dies genügt allerdings nicht, um einen hypothetischen Monopolisten soweit zu disziplinieren, dass dieser auf eine kleine aber signifikante Preiserhöhung verzichten würde.

134. Zur räumlichen Abgrenzung macht Sunrise geltend, es sei von einem nationalen Markt auszugehen. Zwar decke das UPC-Netz nicht die ganze Schweiz ab, doch stehe UPC im Wettbewerb mit Anbietern wie Swisscom, die ihre Dienstleistungen schweizweit gestützt auf eine national einheitliche Strategie anbieten würden.[132]

135. Ein Privatkunde fragt leitungsgebundenes Breitbandinternet an seinem Standort nach. Daher sind für einen Privatkunden die Auswahlmöglichkeiten an dem Standort, an welchem er seinen leitungsgebundenen Internetanschluss bezieht, massgeblich. Dies spricht grundsätzlich für eine lokale Marktabgrenzung an den einzelnen Kundenstandorten. Allerdings können diejenigen lokalen Kundenstandorte, in denen sich die Privatkunden in gleichartigen Situationen hinsichtlich ihrer Auswahlmöglichkeiten befinden, zusammengenommen werden, da sich die Wettbewerbssituationen nicht wesentlich voneinander unterscheiden.

136. Welche leitungsgebundenen Datenübertragungstechnologien einem Privatkunden letztendlich zur Verfügung stehen, hängt von der jeweiligen Netzausdehnung der Fernmeldedienstanbieter ab. Hierbei können in der Schweiz grundsätzlich drei verschiedene leitungsgebundene Technologien unterschieden werden. Diese sind die Kupferkabeltechnologie von Swisscom, die Kabelnetztechnologie der Kabelnetzbetreiber sowie die Glasfasertechnologie.

137. In denjenigen Gebieten, in denen den Endkunden neben den anderen Technologien (Kupferkabel und Kabelnetz) die von Swisscom in Kooperation mit den Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgebaute Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, haben die Privatkunden die grössten Wahlmöglichkeiten. Die in diesen lokalen Gebieten angebotenen Fernmeldedienste unterscheiden sich von denjenigen in anderen lokalen Gebieten hinsichtlich Preis-Leistungs-Verhältnis deutlich.

138. In denjenigen Gebieten, in denen Endkunden lediglich die Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur von Swisscom sowie die Koaxialkabelinfrastruktur von UPC zur Verfügung steht, haben die Privatkunden eine eingeschränktere Wahlmöglichkeit. Fernmeldedienstanbieter, die in diesen lokalen Gebieten keine eigene leitungsgebundene Infrastruktur betreiben, sind auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen und damit von Swisscom abhängig. Dies zeigt sich in einem – im Vergleich zu den lokalen Gebieten, in denen Privatkunden eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht –deutlich schlechteren Preis-Leistungs-Verhältnis. Aufgrund dieser lokalen Gegebenheit ist der Markt für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in räumlicher Hinsicht auf das Netzgebiet von UPC zu beschränken, in welchem keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht.

139. Insbesondere Sunrise (via Vorleistungsprodukte) und Swisscom bieten schweizweit Breitbandinternetdienstleistungen an. Sie verfolgen hierbei eine Strategie von schweizweit einheitlichen Preisen für die von ihnen angebotenen Nutzungsprofile. Allerdings unterscheiden sich die mit den Profilen angebotenen Leistungen (insbesondere die Bandbreite) entsprechend den zur Verfügung stehenden Technologien (Glasfaser, G.Fast, VDSL etc.). Derzeit ist nicht bekannt, dass Sunrise oder Swisscom eine über die technologischen Restriktionen hinausgehende regionale Preisdifferenzierung bei den von ihnen angebotenen Profilen vornehmen. Um den Einfluss von kleineren Fernmeldedienstanbietern (z. B. lokale Kabelnetzbetreiber) auf die nationalen Preise für die jeweiligen Profile untersuchen zu können, ist zudem eine nationale Abgrenzung vorzunehmen.

140. Für die Zusammenschlussparteien ist aus «logischen Gründen» unverständlich, denselben sachlich relevanten Markt zugleich alternativ national und regional abzugrenzen, wobei der national abgegrenzte Markt

[127] Vgl. act. 348, Rz 38.
[128] Vgl. act. 348, Rz 41.
[129] Vgl. act. 218, Tabelle 5.
[130] Vgl. act. 440, S. 3.
[131] Vgl. act. 456, S. 3.
[132] Vgl. act. 21, Rz 152 f., act. 348, Rz 8 ff.

den regional abgegrenzten Markt vollständig umfasse und sich diese beiden räumlichen Marktabgrenzungen gegenseitig ausschliessen würden.[133] Zudem sei zu berücksichtigen, dass Preise sowie Rabatte und Promotionen national umgesetzt würden.[134]

141. Hierzu ist auf Rz 135 ff. sowie insbesondere auf Rz 139 zu verweisen. Auch wenn die Fernmeldedienstanbieter national die gleichen Preise für ihre Nutzungsprofile setzen, so unterscheiden sich die in den jeweiligen Regionen angebotenen Bandbreiten je Nutzerprofil deutlich, so dass es sich hierbei nicht um national gleiche bzw. gleichwertige Produkte handelt, auch wenn sowohl der Preis, allfällige Rabatte und Promotionen und die Produktbezeichnung identisch sind (vgl. dazu auch hinten Rz 435). Dies macht eine lokale Marktabgrenzung notwendig, um die Wettbewerbsintensität und die Wahlmöglichkeiten der jeweiligen Endkunden analysieren zu können. Bei einer solchen Marktabgrenzung bleibt allerdings der mögliche Einfluss von lokalen Fernmeldedienstanbieter (wie z.B. lokale Kabelnetzbetreiber) auf die nationale Preissetzung für die jeweiligen Profile unberücksichtigt. Daher ist auch eine nationale Marktabgrenzung vorzunehmen, um den möglichen Wettbewerbsdruck der verschiedenen lokalen Fernmeldedienstanbieter auf die national tätigen Unternehmen, die national einheitliche Preise für ihre Profile setzen, untersuchen zu können.

142. Auch die weiteren Vorbringen der Zusammenschlussparteien hinsichtlich einer angeblichen Praxis bei der Marktabgrenzung,[135] welche – so die Annahme der Zusammenschlussparteien – für die WEKO wohl verbindlich sei, verkennen, dass die Marktabgrenzung Teil der Sachverhaltsabklärung ist. Mögliche Erkenntnisse aus Sachverhaltsabklärungen anderer Behörden oder in anderen Fällen sind daher nur beschränkt für die Sachverhaltsabklärung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevant. Vielmehr würde sich die WEKO dem Vorwurf der unvollständigen bzw. willkürlichen Sachverhaltsabklärung aussetzen, wenn sie andere Marktabgrenzungen ohne weiteres übernehmen würde. Bei den von den Zusammenschlussparteien genannten Fällen ging es sodann stets um nationale Anbieter und allfällige regionale Unterschiede spielten keine Rolle.

143. Sunrise macht zudem geltend, eine regionale Abgrenzung würde bedeuten, dass nur auf die Nachfrageseite der von Sunrise zu übernehmenden Gesellschaft abgestellt würde. Selbst wenn man von einer regionalen räumlichen Marktabgrenzung ausgehen würde, müsse zumindest das Verbreitungsgebiet, in dem UPC ihre Dienstleistungen anbiete, berücksichtigt werden, und nicht bloss das Abdeckungsgebiet des eigenen HFC-Netzes. Dieses sei nicht deckungsgleich, da UPC ihre Dienstleistungen auch über Partnernetzwerke und teilweise sogar über Glasfaser anbiete.

144. Diesbezüglich bleibt anzufügen, dass der Einfachheit halber auf die Abdeckung des eigenen HFC-Netzes von UPC abgestellt wurde. Es ist nicht ersichtlich, dass sich unter der Berücksichtigung von UPC-Angeboten über Partnernetzwerke bei der Beschreibung der Wettbewerbssituation erhebliche Unterschiede ergeben würden. Solche sind denn auch seitens Sunrise nicht dargestellt worden.

145. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden daher ein nationaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, ein regionaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, welcher sich auf diejenigen Gebiete erstreckt, in denen UPC eine HFC-Netzwerkinfrastruktur betreibt und eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, sowie ein regionaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, welcher sich auf diejenigen Gebiete erstreckt, in denen UPC eine HFC-Netzwerkinfrastruktur betreibt und keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, abgegrenzt.

B.4.1.4.2.2. Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)

146. Die WEKO hat die Wholesale-Märkte für Breitbandinternet für Privatkunden als Vorleistungsmärkte für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten. Diese Märkte umfassen die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen leitungsgebundenen Breitbandzugänge unabhängig von dem darunter liegenden Übertragungsmedium (Kupferkabel, Koaxialkabel, Glasfaserkabel etc.).[136]

147. Derzeit bieten Swisscom und regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen Vorleistungsprodukte auf den Wholesale-Märkten für Breitbandinternet für Privatkunden an. Kabelnetzbetreiber wären theoretisch ebenfalls in der Lage Wholesale-Produkte anzubieten. Solche Dienste wurden in den letzten Jahren allerdings nicht von den Kabelnetzbetreibern angeboten.

148. Im Privatkundenbereich sind die Ausfallsicherheit, Verkehrsklassen und Service Levels nicht von gleicher Bedeutung wie im Geschäftskundenbereich. Zudem konsumieren Privatkunden vorwiegend Inhalte, welche sie im Internet suchen, oder Fernsehprogramme. Aus diesem Grund sind gegenwärtig die Downloadgeschwindigkeiten für Endkunden von grösserer Bedeutung als die Uploadgeschwindigkeiten, weshalb im Privatkundenbereich oft nur asymmetrische Breitbandinternetverbindungen angeboten werden. Die im Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden angebotenen Profile unterscheiden sich daher stark von denjenigen im Geschäftskundenbereich.[137]

149. In räumlicher Hinsicht bietet Swisscom ihre Vorleistungsprodukte schweizweit zu einheitlichen Preisen an, weshalb von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen werden kann.

[133] Act. 348, Rz. 9.
[134] Act. 348, Rz 10.
[135] Vgl. act. 218, Rz 74 ff., 348, Rz 11 ff.
[136] Vgl. RPW 2012/2, 193 Rz 241, *FTTH Freiburg*; vgl. auch act. 21 Rz 220 f.
[137] Vgl. RPW 2012/2, 195 Rz 252, *FTTH Freiburg*.

B.4.1.4.2.3. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

150. Der vollständig entbündelte Zugang zur TAL wird in Art. 3 Bst. d^{bis} FMG als die Bereitstellung des Anschlusses zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung definiert. Die TAL ermöglicht den physischen Zugang zum Kupfernetz.[138]

151. Der Anschluss erfolgt in der Regel in der Swisscom Anschlusszentrale, in welcher FDA einen Anschluss an diese nachfragen.[139]

152. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf das Netzwerk von Swisscom, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.[140]

B.4.1.4.2.4. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

153. Das kommerzielle Analogprodukt zur TAL wird von Swisscom und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen als die Überlassung einer unbeleuchteten Glasfaserleitung im Markt unter dem Namen «Access Line Optical» (nachfolgend: ALO) angeboten.[141] Die ALO ermöglicht in einer Anschlusszentrale von Swisscom oder derjenigen eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens einen solchen Glasfaseranschluss nachzufragen.[142]

154. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf das in der Schweiz bestehende Glasfasernetzwerk in den grösseren Agglomerationen. Für die Zwecke des Zusammenschlussvorhabens und die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Regionen, in welchen eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, kann auf eine regionale Marktabgrenzung verzichtet werden. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist daher von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen.

B.4.1.4.3. Märkte im Bereich Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

155. Mittels Breitbandanbindungen werden im Geschäftskundenbereich Unternehmensstandorte miteinander verbunden. Zwar fragen Unternehmen meist auch einen Zugang zum Internet nach. Da aber der unternehmensinterne Datenaustausch zwischen den Arbeitsstationen der Mitarbeiter und den Servern des Unternehmens eine grössere Bedeutung hat, als der eigentliche Zugang zum Internet, wird der Internetzugang im Geschäftskundenbereich in den meisten Fällen als zusätzliche Dienstleistung eingekauft.[143]

B.4.1.4.3.1. Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

156. Im Geschäftskundenbereich werden zur elektronischen Datenübertragung meist symmetrische Datenübertragungsdienstleistungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere die garantierte Bandbreite und Service-Levels eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandverbindung gestellten Anforderungen im Geschäftskundenbereich in der Regel hoch sind. Der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher sämtliche Fernmeldedienstanbieter, die Dienstleistungen zur elektronischen Datenübertragung anbieten, welche den Anforderungen im Geschäftskundenbereich entsprechen und sämtliche Endkunden, welche diese Dienstleistungen nachfragen.[144]

157. Auf dem Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich treffen daher Anbieter von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche die Anforderungen von Geschäftskunden erfüllen, sowie Geschäftskunden, welche deren Angebote nachfragen, aufeinander.[145]

158. Da Breitbandanbindungen sowohl schweizweit angeboten als auch nachgefragt werden, ist der Markt national abzugrenzen.[146]

B.4.1.4.3.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

159. Um Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Datenübertragung gegenüber Endkunden erbringen zu können, sind FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur oder ohne Zugang zu einer physischen Netzwerkinfrastruktur auf Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungsdienstleistungen von FDA, die über eine solche Infrastruktur bzw. über einen Zugang zu einer solchen Infrastruktur verfügen, angewiesen. Der Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher auf der Anbieterseite sämtliche FDA, die Datenübertragungsdienste anbieten, welche zur Bereitstellung von elektronischen Datenübertragungsdiensten gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich geeignet sind. Auf der Nachfrageseite umfasst der Markt sämtliche Nachfrager dieser Dienstleistungen, welche diese nicht zum Eigengebrauch, sondern als Vorleistungsprodukte für die Erbringung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich nachfragen.[147]

---

[138] Vgl. RPW 2014/3, 526 Rz 94, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*; vgl. auch act. 21 Rz 234 f.
[139] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen Swisscom WAN-Anbindung, Rz 307.
[140] Vgl. RPW 2014/3, 526 Rz 95, *Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA*.
[141] Vgl. act. 21, Rz 241.
[142] Vgl. RPW 2012/2, 186 Rz 163, *FTTH Freiburg*.
[143] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 314; act. 21 Rz 227 ff.
[144] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 316.
[145] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 317.
[146] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 322.
[147] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 312.

160. In der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte kann grundsätzlich zwischen sogenannten Layer-2 und Layer-3 Produkten unterschieden werden. Während für den Nachfrager die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer-2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer-3 Produkten eingeschränkter. Swisscom bietet als einzige FDA derzeit schweizweit sowohl Layer-2 als auch Layer-3 Produkte an.[148] Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verzichtet werden.

161. FDA, welche gegenüber Endkunden entsprechende Dienstleistungen anbieten, fragen Vorleistungsprodukte zur Erbringung von Datenübertragungsdiensten grundsätzlich schweizweit nach. Zwar existieren auch kleinere FDA, die nur bestimmte Regionen mit ihrem Service abdecken wollen bzw. können. In der Schweiz könnte auch Sunrise in denjenigen räumlich begrenzten Gebieten entsprechende Vorleistungsprodukte anbieten, welche über eine von ihr erschlossene Anschlusszentrale erreicht werden können. Für das schweizweite Anbieten von Breibandangeboten im Geschäftskundenbereich gegenüber Endkunden stellen die regionalen Angebote von Sunrise allerdings keine Alternative dar. Es ist daher von einem schweizweiten Markt auszugehen.[149]

B.4.1.4.3.3. Wholesale-Markt für Mietleitungen

162. Mietleitungen sind Teilleitungen, die es Telekommunikationsanbietern erlauben, ihre eigenen Netze an Standorte von Endkunden zur Bereitstellung von Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich anzuschliessen. Darüber hinaus stellen Mietleitungen einen Input für die Zurverfügungstellung von Telekommunikationsdienstleistungen dar.[150]

163. In der Vergangenheit hat die WEKO zwischen Mietleitungen im Anschlussnetz und Mietleitungen im Fernnetz unterschieden.[151] Auf dem Markt für Mietleitungen fragen FDA oder meist Unternehmen eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung zur Datenübertragung nach. In der Regel beinhaltet eine solche Punkt-zu-Punkt-Verbindung über Mietleitungen eine garantierte minimale Bandbreite. Häufig werden Mietleitungen zur Verbindung von Unternehmensstandorten verwendet. Grundsätzlich sind Märkte für Mietleitungen individuell abzugrenzen, da für die Marktgegenseite eine bestimmte Punkt-zu-Punkt-Verbindung nur dann durch eine andere Punkt-zu-Punkt-Verbindung substituiert werden kann, wenn zwischen denselben Punkten eine entsprechende Verbindung besteht. So kann es zwischen den einzelnen Punkt-zu-Punkt-Verbindungen sehr grosse Wettbewerbsunterschiede geben.[152] Gesichert ist hingegen, dass nur Swisscom über ein schweizweites mietleitungsfähiges Anschlussnetz verfügt. Dies insbesondere, weil die Angebote von Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Anschlussnetz nur regional verfügbar sind und über die Koaxialkabeltechnologie nur unter gewissen Voraussetzungen Bandbreiten garantiert werden können.

164. Die beteiligten Unternehmen machen zudem geltend, heute würde eine Vielzahl von Möglichkeiten bestehen, anderen FDA hochqualitative Punkt-zu-Punkt- sowie Multipunkt-Verbindungen bereitzustellen. Sunrise biete bspw. die Produkte Dark Fiber, traditionell Managed Leased Lines und Ethemet-Dienste mit einer garantierten Bandbreite als Mietleitungsprodukte an. Die beteiligten Unternehmen würden bei ihren Angeboten im Wholesale-Markt für Mietleitungen nicht zwischen verschiedenen Segmenten unterscheiden. Es bestehe daher ein einheitlicher Markt für Mietleitungsprodukte, in dem Punkt-zu-Punkt- sowie Multipunkt-Verbindungen je nach Bedürfnis der Abnehmerin über unterschiedliche Technologien und Übertragungsmedien bereitgestellt würden. Diese Ansicht werde auch durch die jeweilige Preissetzung der beteiligten Unternehmen bestätigt die leicht unterschiedlichen Preise zwischen städtischen und eher ländlichen Regionen würden sich dabei aufgrund unterschiedlicher Skaleneffekte bei der Nutzung der aktiven Komponenten ergeben.[153]

165. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann ein einheitlicher Wholesale-Markt für Mietleitungen angenommen werden, da eine weitere Unterteilung in einzelne Märkte für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens nicht als relevant erscheint.

166. In räumlicher Hinsicht ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.[154]

B.4.1.4.4. Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC

167. Im Bereich IP-Interkonnektion ist die WEKO in ihrer Praxis von einem Netzzugangsmarkt zu dem jeweiligen Netz des Peering-Partners ausgegangen.[155] Mittel IP-Interkonnektion garantieren Fernmeldedienstanbieter den Zugang zum weltweiten Internet. Diesen Zugang können sie durch zwei grundlegend unterschiedliche Interkonnektionsvereinbarungen erreichen. Diese sind Transit und Peering. Beim Transit kauft der nachfragende Fernmeldedienstanbieter bei einem anderen Fernmeldedienstanbieter einen Zugang zum weltweiten Internet nach. Mittels Peering-Vereinbarung vereinbaren zwei Fernmeldedienstanbieter ihr Netz gegenseitig zugänglich zu machen.[156]

168. Bei den Interkonnektionsvereinbarungen legen die Vertragspartner jeweils die zur Verfügung gestellte Bandbreite an den Übergabepunkten fest.[157] Oft werden Peering-Vereinbarungen formlos abgeschlossen. In den letzten Jahren wurden allerdings die Peering-Policies insbesondere von Fernmeldedienstanbietern, welche

[148] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 313.
[149] Vgl. Verfügung vom 21. September 2015 in Sachen *Swisscom WAN-Anbindung*, Rz 320 f.
[150] Vgl. act. 21, Rz 166.
[151] Vgl. RPW 2008/4 754 Rz 30 f., *Mietleitungen*.
[152] Vgl. RPW 2008/4 754 Rz 12 ff., *Mietleitungen*.
[153] Vgl. act. 21, Rz 169 f.
[154] Vgl. RPW 2008/4 756 Rz 50 ff., *Mietleitungen*.
[155] Vgl. RPW 2017/1 80 ff. Rz 79 ff., *Interconnect Peering*.
[156] Vgl. RPW 2017/1 73 ff. Rz 1 ff., *Interconnect Peering*.
[157] Vgl. de.wikipedia.org/wiki/Peering.

aufgrund ihrer verhältnismässig grossen Anzahl an Privatkunden mehr inbound-Traffic als outbound-Traffic aufwiesen, verschärft und es wurden entsprechende Peering-Ratios eingeführt.

169. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wären daher die Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Netzwerken von Sunrise und UPC sowie ein Markt für den IP-Interkonnektionszugang zum Netzwerk des kombinierten Unternehmens abzugrenzen.

170. Sunrise macht bezüglich Marktabgrenzung geltend, die Märkte für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC seien in sachlicher Hinsicht dergestalt abzugrenzen, dass sie sowohl Interkonnektion mittels Peering als auch Interkonnektion mittels Transit umfassten. Aus einer Angebotssicht sei Peering eine Unterkategorie von Transit. Peering sei eine IP-Interkonnektionsbeziehung, bei der Traffic zu bestimmten Destinationen im Internet geleitet werde. Transit sei eine IP-Interkonnektionsbeziehung, bei der Zugang zum gesamten Internet angeboten werde.[158]

171. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU ist die Marktabgrenzung immer aus Sicht der Marktgegenseite anzustellen, weshalb die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachte Angebotssicht wenig relevant ist. Ob und inwiefern Peering grundsätzlich durch Transit substituiert werden kann, hängt von verschiedenen Faktoren und insbesondere von der Preisgestaltung ab. Für diejenigen FDA, welche (kostenfreies) Peering nachfragen, stellt Transit kein ausreichendes Substitut dar. Unabhängig davon hat der Netzbetreiber die vollständige Kontrolle über den Traffic auf sein Netzwerk und damit den Zugang zu seinen Endkunden. Der Netzbetreiber ist frei, mit wem er Peering- und Transit-Abkommen (sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager) schliesst.

172. In räumlicher Hinsicht ist von einem nationalen Markt auszugehen.

B.4.1.4.5. Wholesale-Markt für Transit-Zugang

173. Auf dem Markt für Transit-Zugang stehen sich auf der Anbieterseite Fernmeldedienstanbieter, welche für andere Fernmeldedienstanbieter einen Zugang zum weltweiten Internet sicherstellen, und auf der Nachfrageseite Fernmeldedienstanbieter, die zur Bereitstellung eines Internetzugangs für ihre Kunden einen solchen Zugang nachfragen, gegenüber. In der Praxis wird hierbei oft zwischen unterschiedlichen Typen von Fernmeldedienstanbieter (im Bereich Internet spricht man von so genannten Autonomen Systemen oder AS) je nach ihrer Grösse und ihrer weltweiten Präsenz unterschieden.[159] So werden grosse, weltweit tätige AS als «Tier-1» bezeichnet, wenn sie durch ihre Peering- und ihre als Anbieter gewährten Transitvereinbarungen bereits einen Zugang zu sämtlichen im Internet angeschlossenen Rechnern gewährleisten können und daher kein Transit nachfragen müssen. Tier-2 und Tier-3 sind entsprechend kleiner und eher national bzw. regional verankert. Bei der Einstufung als Tier-1, Tier-2 oder Tier-3 AS handelt es sich nicht um eine anhand objektiver Kriterien zugesprochene Qualifikation, sondern um eine Selbsteinschätzung der Fernmeldedienstanbieter bzw. deren Akzeptanz durch andere Fernmeldedienstanbieter.

174. In räumlicher Hinsicht können sich je nach Anforderungen an die Übertragungsgeschwindigkeiten und der damit verbundenen Einschränkungen hinsichtlich der Leitungsdistanzen unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten ergeben. Insgesamt könnte in räumlicher Hinsicht für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem internationalen Markt ausgegangen werden. Eine abschliessende räumliche Marktabgrenzung kann aber für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offengelassen werden.

B.4.1.5 Märkte im Bereich Fernsehen

175. Bei den TV-Märkten ist in erster Linie zwischen der Übertragung von TV-Inhalten (Plattformmärkte) und der Bereitstellung bzw. dem Bezug von TV-Inhalten zu unterscheiden.

B.4.1.5.1. Vorbemerkungen zu den Plattformmärkten für die Übertragung von TV-Inhalten

176. Die ökonomische Literatur beschreibt TV-Plattformen als zweiseitige Märkte.[160] TV-Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. VoD-Anbietern (nachfolgend auch: Content Anbieter) und Fernsehzuschauern. Dabei bieten Anbieter gegenüber Endkunden eine TV-Plattform für die Übertragung von verschiedenen Inhalten an. Gegenüber Content Anbietern bieten die Plattformbetreiber die Weiterverbreitung der TV-Inhalte an die Endkunden an. Es bestehen indirekte Netzwerkeffekte, da eine TV-Plattform aus Sicht der Programmveranstalter umso attraktiver ist, je mehr Fernsehzuschauer sie aufweist; gleichermassen ist eine TV-Plattform aus der Sicht der Fernsehzuschauer umso attraktiver je mehr Programme sie überträgt. Somit müssen die TV-Plattformanbieter bei ihrer Gewinnoptimierung Angebot und Nachfrage der beiden Kundengruppen berücksichtigen.[161]

177. Dabei ist zu beachten, dass die Programmveranstalter starke Anreize haben, auf allen TV-Plattformen präsent zu sein (multi-homing), da sie auf diese Weise die Anzahl der Fernsehzuschauer maximieren können. Die Fernsehzuschauer beziehen dagegen üblicherweise nur eine TV-Plattform (single-homing), da die zusätzlichen Kosten für den Bezug einer zweiten Plattform (die meist auch mit dem Bezug einer zweiten Infrastruktur einhergeht) in den meisten Fällen den zusätzlichen Nutzen übertreffen.[162]

178. Aufgrund der Digitalisierung im Rahmen des technologischen Wandels im Fernsehbereich hat sich das Problem von Frequenzknappheit stark entschärft. Zudem bestehen heute verschiedene Möglichkeiten zum Empfang von Fernsehprogrammen. In der Folge ist es für die TV-Plattformanbieter im Wettbewerb zunehmend wichtig, attraktive Inhalte bereitzustellen und diese den

[158] Vgl. act. 218, Rz 44.
[159] Vgl. act. 21, Rz 176 ff.
[160] Vgl. act. 21, Rz 299 ff.
[161] Vgl. RPW 2016/4, 965 f., Rz 373 ff., *Sport im Pay-TV*.
[162] Vgl. RPW 2016/4, 966, Rz 376, *Sport im Pay-TV*.

Endkunden mit einer Vielzahl von Zusatzfunktionen anbieten zu können. Infolge dieser technologischen Entwicklung verschob sich der Fokus des Wettbewerbs im Bereich Fernsehen von knappen Distributionskanälen zu exklusiven (und somit ebenfalls knappen) Programminhalten, dem sogenannten Premium Content. Vor diesem Hintergrund kann sich die vorliegende Betrachtung auf die Zuschauerseite der Plattform beschränken.

179. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien ist der Plattformmarkt für die Übertragung von TV-Inhalten nicht weiter zu unterteilen. Namentlich spiele es keine Rolle, ob die TV-Inhalte als Pay-TV oder Free-TV, per Kabel oder IPTV, oder in Form von linearen oder nichtlinearen (VoD) Dienstleistungen übertragen würden.[163]

180. Insbesondere seien aufgrund der jüngsten technologischen Entwicklung OTT-Dienste wie Sky Sport, Zattoo, Teleboy oder Netflix heute in der Lage, qualitativ hochstehende TV-Dienstleistungen in neuer und massgeschneiderter Form anzubieten. So biete bspw. Salt ihr TV-Angebot über die Plattform von Zattoo an. Diese Entwicklung spiegle sich auch in ihrem Wachstum wider. Bspw. habe Netflix, die erst 2014 in den Schweizer Markt eingetreten sei, bereits heute schätzungsweise 0.5-1.0 Mio Abonnenten. Es werde erwartet, dass diese Zahl bis im Jahr 2023 auf ungefähr 2 Mio. steigen werde. Auf diese disruptiven Angebote könne direkt über das Internet oder über Apps, die einfach auf den Smart-TVs oder digitalen TV-Plattformen von traditionelleren Anbietern von TV-Dienstleistungen wie Sunrise, UPC oder Swisscom installiert werden könnten, zugegriffen werden. Aufgrund ihrer Qualität würden diese OTT-Dienste von Kunden nicht mehr nur als Produkte komplementärer Natur, sondern als vollwertiger Ersatz für TV-Plattformen wahrgenommen. Diese Entwicklung spiegle sich auch im sich wandelnden Nutzungsverhalten wider: Immer mehr Menschen besässen keinen Fernseher mehr, sondern würden auf ihrem Computer, Mobiltelefon oder auf Tablet-Bildschirmen fernsehen. Ericsson schätze, dass heute weltweit rund 70 % der Konsumenten auf einem Smartphone fernsehen und Videos anschauen würden. Dieser Anteil sei doppelt so hoch wie noch im Jahr 2012. Darüber hinaus stelle sie fest, dass 21 % der Konsumenten planten, ihre regulären linearen Pay-TV-Ausgaben zu verringern oder zu eliminieren, und gehe davon aus, dass 2020 nur einer von 20 Konsumenten ausschliesslich auf einem traditionellen Bildschirm fernsehen werde. In Übereinstimmung mit diesen Schätzungen zeige die Studie von Ericsson, dass die meisten Menschen On-Demand gegenüber dem zeitabhängigen Fernsehen bevorzugen und das Internet als natürlichen Teil ihrer Fernsehgewohnheiten betrachten würden. Dieselbe Studie zeige auch, dass die Zahl der Konsumenten, die alleine mit Angeboten aus dem traditionellen linearen Fernsehen zufrieden seien, zwischen 2014 und 2017 von circa 35 % auf 25 % gesunken sei.[164]

181. Endkunden stehen heute – in Abgrenzung zur terrestrischen und satellitengestützten Übertragung – grundsätzlich zwei leitungsgebundene Übertragungsarten, also CATV (Cable Television) und IPTV (Internet Protocol Television) zur Verfügung. Daneben existiert das sog. OTT-TV Angebot, welches lediglich eine Internetverbindung voraussetzt.[165]

182. Während Sunrise auf der Grundlage der Wholesale-Zugangsvereinbarung mit Swisscom TV-Programme per IPTV überträgt,[166] greift UPC dazu auf ihr Kabelnetz zurück. Teilweise bietet UPC zudem Fernsehen auch über Netze Dritter an.[167] Am 10. Mai 2019 wurde zudem die Markteinführung einer spezifischen, nicht auf bestehende Sunrise Kunden beschränkte und auf Apple TV 4K basierende OTT-TV Lösung vollzogen.[168]

183. Gemäss konstanter Praxis der WEKO wurde der Markt für die leitungsgebundene Übertragung jeweils gegenüber der terrestrischen Übertragung sowie der satellitengeschützten Übertragung von TV-Programmen abgegrenzt.[169] Aufgrund des nach wie vor fehlenden Wettbewerbsdrucks von diesen Übertragungsarten, rechtfertigt sich auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, die terrestrische und satellitengeschützte Übertragung nicht dem Markt für leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV zuzurechnen.

184. Auch in Bezug auf OTT-TV ist die WEKO bisher davon ausgegangen, dass dies nicht zum Markt für leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV gehört.[170] Über CATV und IPTV steht den Endkunden Digital-TV in der Regel nur gegen Entrichtung einer Abonnementsgebühr zur Verfügung. Der Bezug des OTT-TV-Angebots setzt demgegenüber lediglich eine Internetverbindung voraus. Dies aber unabhängig vom Internet-Provider und der Übertragungsart (leitungsgebunden, W-LAN oder Mobilfunk).

185. Aufgrund der technischen Entwicklung und aufgrund der heutigen Angebote besteht die Möglichkeit, dass ein OTT-TV-Angebot (bezogen auf die Übertragungsart), ein Substitut zur leitungsgebundenen Übertragung darstellt. Die genaue Abgrenzung kann an dieser Stelle allerdings offengelassen werden.

186. Die Plattformmärkte für die Übertragung von TV-Inhalten sind sodann bezogen auf den Inhalt weiter zu unterteilen. Dabei ist die Übertragung von linearem TV von der Übertragung von VoD abzugrenzen. VoD unterscheidet sich massgeblich vom linearem Fernsehen, da der Nutzer individuell auswählt, welche Inhalte er konsumieren möchte. Damit unterscheidet sich das Filmerlebnis massgeblich vom Konsum eines oder mehrerer linearer TV-Sender, zwischen welchen der Endkunde wechseln kann.

[163] Vgl. act. 21, Rz 302.
[164] Vgl. act. 21, Rz 303 f.
[165] Vgl. RPW 2019/1 181, Rz 40, *Tamedia/ Zattoo International*.
[166] Vgl. act. 21, Rz 5.
[167] Vgl. act.21, Rz 27.
[168] Vgl. act. 21, Rz. 6.
[169] Ausführlich in RPW 2016/4, 981, Rz 481 f., *Sport im Pay-TV*.

187. Nach Ansicht der beteiligten Unternehmen stellen VoD-Angebote und Angebote für lineares Fernsehen aus Konsumentensicht Substitute dar. Aufgrund der technologischen Entwicklung sowie mit dem Markteintritt innovativer OTT-Anbieter wie namentlich Netflix habe sich das Konsumverhalten grundlegend verändert. Nichtlinear angebotene TV-Inhalte würden deshalb nicht mehr weiter nur komplementär zu linearen TV-Dienstleistungen nachgefragt, sondern als Ersatz für diese wahrgenommen. Ausserdem würden die Grenzen zwischen VoD-Angeboten und linearen TV-Dienstleistungen zunehmend verschwimmen. Dies sei namentlich auch eine Folge der sog. «Comeback-Funktion», mittels derer an und für sich lineare TV-Dienstleistungen während eines gewissen Zeitraums (z.B. für sieben Tage) zu einem beliebigen Zeitpunkt und unabhängig von einer Programmstruktur bezogen werden könnten. Zudem würden lineare TV-Sender ihre Inhalte zunehmend in nichtlinearer Form über das Internet anbieten. […]. Soweit bekannt würden die weiteren im Markt tätigten Anbieter vergleichbare «Recommendation-Services» anbieten. Eine Abgrenzung separater Teilmärkte für Plattformen, die (ausschliesslich oder unter anderem) lineares Fernsehen übertragen, und Plattformen, die (ausschliesslich oder unter anderem) VoD übertragen, rechtfertigt sich deshalb aus Sicht der beteiligten Unternehmen nicht.[171]

188. VoD ermöglicht den Bezug eines bestimmten Videoinhalts zu einem beliebigen Zeitpunkt. Demgegenüber handelt es sich beim linearen Fernsehen um eine Folge von Sendungen, die im Rahmen einer festen Programmstruktur angeboten werden und zeitlich angesetzt sind.[172] Auch wenn mittels der Replay-Funktion Sendungen zwar grundsätzlich zu einem beliebigen Zeitpunkt nach der Erstausstrahlung in der ursprünglichen Programmstruktur gestartet werden können, lässt dies nicht automatisch auf die Substituierbarkeit von VoD-Angeboten mit linearen TV-Diensten schliessen. Zum einen setzt die Replay-Funktion überhaupt eine Erstausstrahlung voraus und zum anderem kann sie in der Regel nur in einem limitierten Zeitfenster von max. 7 Tagen[173] gestartet werden. Dies hat zur Folge, dass auch die Replay-Funktion stark an die Programmstruktur des linearen Fernsehens gebunden ist. Umgekehrt bietet lediglich lineares Fernsehen dem Zuschauer die Möglichkeit des sog. Zappens innerhalb des aktuellen Programms an, während VoD die Auswahl einer bestimmten Sendung voraussetzt. Nicht ersichtlich ist hier, inwiefern – wie in der Stellungnahme von Sunrise geltend gemacht wird –[174] eine Video-Vorschau die Möglichkeit des Zappens innerhalb des linearen Fernsehprogramms ersetzen könnte.

189. An der Unterscheidung von linearem Fernsehen und VoD ändert zudem auch die von Sunrise geltend gemachte Aufnahmefunktion, mit der linear ausgestrahlte Inhalte einfach in VoD-Inhalte umgewandelt und zeitlich grundsätzlich unbeschränkt gespeichert und konsumiert werden könnten,[175] nichts. Zwar kann eine solche Aufnahme auch für die Zukunft programmiert werden, doch muss auch hier – entgegen den Ausführungen von Sunrise[176] – , die Sendung zuerst ausgestrahlt werden, bevor sie aufgenommen bzw. konsumiert werden kann. Gleiches gilt für den geltend gemachten Umstand, dass viele ursprünglich lineare TV-Sender ihre Inhalte parallel auch in Form von VoD-Angeboten anbieten würden.[177] Dabei handelt es sich lediglich um eine Möglichkeit, eine verpasste Sendung auf der Webseite eines Fernsehsenders später noch konsumieren zu können. […]. Das Angebot eines TV-Anbieters kann hier nichts über die grundsätzliche Austauschbarkeit aussagen. Relevant ist vielmehr, was nachfrageseitig als austauschbar erachtet wird. Darüberhinaus wäre dies höchstens ein Argument dafür, dass sich VoD durch lineares Fernsehen austauschen liesse, nicht aber umgekehrt.

190. Insgesamt ist daher eine Substituierbarkeit zwischen linearem Fernsehen und VoD-Angeboten endkundenseitig aus Sicht der WEKO nicht gegeben, weshalb die Übertragung von linearem TV und die Übertragung von VoD separat abzugrenzen sind.

B.4.1.5.2. Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

191. Auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV stehen zuschauerseitig die TV-Plattformen als Anbieter von Übertragungsdienstleistungen für Fernsehprogramme den TV-Zuschauern gegenüber, welche diese Übertragungsdienstleistungen nachfragen um die von ihnen gewünschten TV-Programme anschauen zu können.

192. Aufgrund der heutigen technischen Entwicklung kann ein OTT-TV-Angebot, welches (auch) lineares Fernsehen überträgt wie dies etwa bei Zattoo, Teleboy und Wilmaa der Fall ist, ein Substitut zur leitungsgebundenen Übertragung von linearem Digital-TV darzustellen. Dennoch erfordert dies ein gewisses technisches Verständnis, um die entsprechenden Programme auf einer eigenen Set-Top-Box zu installieren. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann an dieser Stelle allerdings offengelassen werden, ob OTT-TV-Angebote zum Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV hinzuzuzählen sind.

193. Insgesamt rechtfertigt es sich für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens einen Markt für die Übertragung von linearem Digital-TV abzugrenzen, welcher sowohl die leitungsgebundene Übertragung umfasst als auch das lineare OTT-Angebot umfasst.

194. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis bezüglich CATV-Anbietern den Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV räumlich anhand des Gebiets des vom jeweiligen Plattformanbieter genutzten Leitungsnetzes abgegrenzt. Bei den IPTV-Anbietern entspricht dies der Ausdehnung des VDSL-Netzes von Swisscom beziehungsweise der

[170] Vgl. RPW 2016/4, 980 f, Rz 480, *Sport im Pay-TV*.
[171] Vgl. act. 21, Rz 312.
[172] Vgl. RPW 2016/4, 928 Rz 72, *Sport im Pay-TV*.
[173] Vgl. https://www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/bundles.html; https://www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/tv/; https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/hilfe/swisscom-tv/swisscom-tv-funktionen.html#replay; zuletzt besucht am 14.05.2019.
[174] Vgl. act. 218, Rz 163.
[175] Vgl. act. 218, Rz 161.
[176] Vgl. act. 218, Rz 161.
[177] Vgl. act. 21, Rz 312; act. 218, Rz 162.

Glasfasernetze, welche den IPTV-Anbietern zur Verfügung stehen.[178] In Bezug auf UPC wäre somit der Markt für die Übertragung von Digital-TV grundsätzlich auf die räumliche Ausdehnung der Netzwerkinfrastruktur von UPC zu begrenzen. Sunrise macht hier jedoch geltend, dass um auf das OTT-TV-Angebot von UPC zugreifen zu können, bereits ein Mobilfunkabonnement genüge. Dieses werde völlig unabhängig von Festnetzprodukten und der Festnetzinfrastruktur von UPC schweizweit vertrieben. Entsprechend der schweizweiten Tätigkeit von UPC im Mobilfunkbereich sei UPC schweizweit im Plattform-Markt für TV-Dienstleistungen tätig. Auch deshalb sei der Markt in räumlicher Hinsicht national abzugrenzen und nicht auf das UPC-Netz zu beschränken.[179]

195. Da der Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV für die vorliegende Beurteilung auch OTT-TV-Angebote umfasst, erübrigt sich entsprechend den Ausführungen von Sunrise grundsätzlich eine regionale Abgrenzung. Es ist allerdings fraglich, wie viele Kunden tatsächlich lediglich über ein Mobilfunkabonnement – ohne Internetabonnement – von UPC verfügen und darüber lineares Fernsehen konsumieren. So kostet aktuell bspw. das Mobilfunkabonnement «Mobile Unlimited Swiss» für Kunden, welche gleichzeitig einen Internetvertrag mit UPC haben, monatlich Fr. 29.– und für Kunden ohne einen solchen Internetvertrag im ersten Jahr Fr. 29.– und danach Fr. 69.– im Monat.[180] Dies zeigt, dass das Interesse von UPC als traditioneller Kabelnetzbetreiber ohne eigenes Mobilfunknetz in erster Linie darin liegt, mittels des Mobilfunkangebots Internet- und TV-Kunden zu gewinnen. UPC verfügt aktuell über rund […] Mobilfunkkunden und damit über einen Marktanteil von gut [0-10] % (vgl. Tabelle 4 und Tabelle 5). Davon verfügen aber lediglich ca. […] % der Kunden über ein Mobilfunkabonnement ohne zusätzliche Leistungen wie Internet, Festnetz oder TV.[181]

B.4.1.5.3. Plattformmarkt für die Übertragung von Video on Demand (VoD)

196. Auf dem Markt für die Übertragung von VoD-Angeboten stehen TV- bzw. VoD-Plattformen anbieterseitig den Zuschauern nachfrageseitig gegenüber. Grundsätzlich kann auch dieser Markt als zweiseitig qualifiziert werden, unter Einbezug der VoD-Content-Lieferanten.[182]

197. Räumlich ist der Plattformmarkt für die Übertragung von VoD sowohl auf die räumliche Ausdehnung der Netzwerkinfrastruktur von UPC zu begrenzen als auch national abzugrenzen (vgl. dazu oben Rz 194 ff.).

B.4.1.5.4. Märkte für die Bereitstellung von Premium Content

198. Neben den Märkten für TV-Plattformen (für lineares Fernsehen und VoD) sind zudem Märkte für die Bereitstellung von TV-Inhalten abzugrenzen. Bei den Märkten für die Bereitstellung von TV-Inhalten stehen sich jeweils TV-Programmveranstalter und TV-Plattformanbieter gegenüber.[183] Die Märkte werden sodann nach dem konkreten Inhalt weiter unterteilt, wobei vordergründig zwischen Premium Content und nicht Premium Content zu unterscheiden ist. Als Premium Content gelten Inhalte, welche exklusiv oder zeitlich aktuell verbreitet werden. Dies sind etwa attraktive Sport- und Kulturereignisse sowie Blockbuster-Filme, die einen «Superstar-Effekt» aufweisen.[184] Diese Inhalte weisen für den Konsumenten in der Regel einen erhöhten Mehrwert auf, weshalb die Zahlungsbereitschaft für diese Inhalte höher ist. Premium Content wird daher von Anbietern in der Regel als separates Produkt angeboten. Nicht Premium Inhalte sind demgegenüber in der Regel kostenlos verfügbar und können für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausser Acht gelassen werden.

199. Weiter stellen die einzelnen Kategorien von Premium Content jeweils separate Märkte dar, wobei sinnvolle Aggregationen vorgenommen werden können, wenn sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den einzelnen Märkten nicht wesentlich unterscheiden.

200. Nach Ansicht der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ist ein Markt für Premium Content abzugrenzen, welcher nicht weiter nach verschiedenen Kategorien zu unterteilen ist.[185] Gemäss aktueller Praxis der WEKO sind jedoch vor allem Sportinhalte nicht durch andere TV-Inhalte (Spielfilme etc.) substituierbar. Innerhalb der Sportarten liegen zumindest für Fussball und Eishockey getrennte Märkte vor, sodass Fussball und Eishockey weder untereinander noch durch andere Sportarten substituierbar sind. Es ist zudem danach zu unterscheiden, ob ein Einzelereignis oder ein Ligaprodukt, d.h. mehrere Einzelereignisse zu einer Meisterschaft über eine ganze Saison zusammengefasst, übertragen wird. Schliesslich ergab sich auch eine Abgrenzung zwischen Schweizer und ausländischen Ligen sowie zwischen Pay-TV und Free-TV.[186] Gemäss Meldung ist demgegenüber nicht zwischen Free-TV und Pay-TV zu unterscheiden. Die traditionelle Unterscheidung zwischen Free-TV- und Pay-TV-Inhalten habe sich im Laufe der Zeit verwässert. Die SRG sei insbesondere mit ihren Fernsehkanälen SRF, RTS und RSI in allen Regionen der Schweiz mit eigens zugeschnittenen Programmangeboten vertreten. Darüber hinaus würden die SRG-Gruppe und ihre Tochtergesellschaften über ein reichhaltiges und weiterhin wachsendes VoD-Angebot verfügen, auch hinsichtlich Premium Content. Namentlich übertrage die SRG regelmässig live Sportveranstaltungen wie bspw. Fussballspiele der Super und Champions League, die eindeutig zum Premium Content gehörten. Auf diese könne innerhalb der Schweiz über das Internet gratis zugegriffen werden.[187] Für die Marktabgrenzung stellt sich nicht die Frage, ob beispielsweise bei einem einzelnen Eishockeyspiel, das sowohl im Free-TV als auch im Pay-TV live übertragen wird, diese Übertragungswege hinreichende Substitute darstellen (höchstwahrscheinlich würden praktisch alle Zuschauer das

[178] Vgl. RPW 2016/4, 982 Rz 494, *Sport im Pay-TV*.
[179] Vgl. act. 218, Rz 166.
[180] https://www.upc.ch/de/mobile/handy-abo-kaufen/?intcmp=mobilelearn_stickybar_de_default, zuletzt besucht am 02.07.2019.
[181] Vgl. Act. 171, Beilage B.1-7.
[182] Vgl. RPW 2019/1, 182 Rz 51, *Tamedia/ Zattoo International*.
[183] Vgl. RPW 2016/4, 970, Rz 402, *Sport im Pay-TV*.
[184] Vgl. RPW 2016/4, 964, Rz 369, *Sport im Pay-TV*.
[185] Vgl. act. 21, Rz 324; act. 218, Rz 52.
[186] Vgl. RPW 2017/3, 413 Rz 34 f., *Eishockey im Pay-TV*, m.w.H.
[187] Vgl. act. 21, Rz 324.

Spiel im Free-TV schauen, wenn die Free-TV-Übertragung qualitativ der Pay-TV-Übertragung entspricht), sondern, ob von den dem Free-TV überlassenen Inhalten ein disziplinierender Effekt auf die Nachfrage nach Pay-TV-Inhalten ausgeht. Eishockey wird beispielsweise grundsätzlich nur während den Playoffs im Free-TV übertragen. Ein solch begrenztes Free-TV Angebot kann kein Substitut zu einem umfassenden Sportpaket, welches sämtliche Spiele überträgt, darstellen.[188] Dies führt zur Abgrenzung separater Pay-TV-Märkte.

201. Gemäss Meldung ist Sunrise auf dem Markt für die Bereitstellung von Premium Content weder auf der Angebots- noch auf der Nachfrageseite tätig. Entsprechend führe das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen in diesem Bereich.[189]

202. UPC ist gemäss Meldung im Rahmen der Bereitstellung von Premium Content lediglich im Bereich Sport tätig.[190] Hier verfüge sie über verschiedene Exklusivrechte an Kanälen und an Inhalten. […]

Art	Anbieter	Beschreibung	Zeitraum
Eishockey	[…]	[…]	[…]
Eishockey	[…]	[…]	[…]
Eishockey	[…]	[…]	[…]
Fussball	[…]	[…]	[…]
Fussball	[…]	[…]	[…]
Handball	[…]	[…]	[…]
Handball	[…]	[…]	[…]
Basketball	[…]	[…]	[…]
Beachvolleyball	[…]	[…]	[…]
Formula E	[…]	[…]	[…]
Reitsport	[…]	[…]	[…]
Kickboxen	[…]	[…]	[…]
Basketball	[…]	[…]	[…]
Beachvolleyball	[…]	[…]	[…]
Mountainbiking	[…]	[…]	[…]
Motorsport	[…]	[…]	[…]

Tabelle 3: Übersicht exklusive Rechte an Inhalten, die von UPC genutzt werden

203. […]

204. Das Paket bestehe aus 18 Kanälen, einschliesslich dem Kanal Sky Sports Bundesliga 1 HD und 8 co-branded MySports / Sky Sport Kanälen (2-9), die keine regulären 24/7 Fernsehsender seien, sondern genutzt würden, um parallel stattfindende Veranstaltungen an Matchtagen zu übertragen. Diese co-branded Kanäle würden einen Mix aus UPCs eigenen MySports-Inhalten und Drittpartei-Inhalten von Sky beinhalten.

205. Im Hinblick auf den Vertrieb wichtiger Sportrechte in der Schweiz: Sowohl die National League und Swiss League für Eishockey als auch die Bundesliga Matches würden über MySports One[191], Sky Sport Bundesliga 1 HD und die MySports / Sky Sport Kanäle (2-9) vertrieben. Es sei nicht möglich, spezifische Sportinhalte oder einzelne MySports-Kanäle auf einer individuellen Basis zu erwerben. Jedoch könnten die entsprechenden Abonnenten das gesamte MySports-Kanalpaket auf der Basis eines Tages- oder Monatsabonnements erwerben.[192]

[188] Zum Ganzen vgl. RPW 2016/4, 975 f., Rz 439 ff., *Sport im Pay-TV*.
[189] Vgl. act. 21, Rz 325.
[190] Vgl. act. 21, Rz 331.
[191] Im Gegensatz zu MySports Pro, welches das soeben umschriebene Kanalpaket beinhaltet, bietet MySports One das Beste vom Live-sport auf einem Kanal und ist in allen Happy Home Paketen inklusive (vgl. https://www.upc.ch/de/fernsehen/tv-sender/mysports/; zuletzt besucht am 16.05.2019.
[192] Vgl. act. 21, Rz 338 ff.

206. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die verschiedenen Sportarten aus Endkundensicht verschiedenen Märkten zuzuordnen sind.[193] Ebenso scheinen aus Zuschauersicht ausländische Ligen im Allgemeinen keine hinreichenden Substitute für Schweizer Ligen darzustellen.[194] Entsprechend ist für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens für die in Tabelle 3 aufgeführten exklusiven Inhalte jeweils von separaten Märkten auszugehen. Aus verfahrensökonomischen Gründen rechtfertigt es sich jedoch, diese Märkte unter dem Titel «Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV» nachfolgend jeweils zusammengefasst zu beurteilen.

207. In räumlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass Content Rechte in der Regel landesabhängig vergeben werden. Bereitstellungsmärkte sind daher grundsätzlich national abzugrenzen.[195]

B.4.1.5.5. Märkte für den Bezug von Premium Content

208. Auf den Märkten für den Bezug von TV-Inhalten stehen sich der TV-Plattformanbieter und Endkunden gegenüber (Endkundenmarkt).

209. Gemäss Meldung ist die Bereitstellung von Premium Content auf einer TV-Plattform notwendige Voraussetzung für deren Bezug durch die Endkunden dieser Plattform.[196] In der Regel könne es nur dann zu einer Transaktion zwischen TV-Programmveranstalter und Endkonsumenten, d.h. einem Bezug kommen, wenn der TV-Programmveranstalter und der Fernsehzuschauer Kunde der gleichen Plattform seien. Da sich die Nachfrage der TV-Plattformen direkt aus der Nachfrage der Endkunden ableite, seien diese Märkte kongruent. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens komme dem Markt für den Bezug von Premium Content daher keine eigenständige Bedeutung zu.[197]

210. Entgegen der Ansicht der beteiligten Unternehmen sind diese beiden Märkte nicht in jedem Fall deckungsgleich. So beziehen die Plattformen den Content von verschiedenen Anbietern und die Anbieter werden in der Regel versuchen, den Content auf möglichst vielen Plattformen zur Verfügung zu stellen. Für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann jedoch in Bezug auf die hier in Rede stehenden Übertragungen von Sportinhalten aufgrund derer Exklusivität auf eine separate Darstellung der Märkte für den Bezug von Premium Content verzichtet werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

211. 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.

212. Hinsichtlich der Wettbewerbsanalyse lässt sich allgemein feststellen, dass diesbezüglich nicht einzig auf die Marktanteile abzustellen ist. So folgert die Praxis und Lehre in der Schweiz im Gegensatz zur Praxis in der EU aus einem hohen Marktanteil nicht per se eine marktbeherrschende Stellung.[198] Allerdings bildet ein Marktanteil von 50 % Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.[199] Mit anderen Worten bestehen bei einem Marktanteil von 50 % und mehr Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung.

213. Weiter ist festzuhalten, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht bloss durch Verschmelzung beziehungsweise Addition von Marktanteilen entstehen oder verstärkt werden kann. Möglich ist beispielsweise auch, dass eine Marktbeherrschung durch den zusammenschlussbedingten Wegfall potenzieller Konkurrenz begründet oder verstärkt.

214. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es aufgrund von Marktverhalten (z. B. einer Preiserhöhung) des allenfalls marktbeherrschenden Unternehmens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d. h. innerhalb von zwei bis drei Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren zu erwarten oder nur von geringer Bedeutung, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten des eingesessenen Unternehmens, da diesem nur beschränkt ausgewichen werden kann.[200] In schrumpfenden Märkten sind Marktzutritte zudem weniger wahrscheinlich als in Märkten, in welchen in Zukunft mit hohem Wachstum gerechnet werden kann.[201]

B.4.2.1 Bestimmung der betroffenen Märkte

215. Gemäss den Angaben von Sunrise ergeben sich die in den nachfolgenden Abschnitten ausgewiesenen Marktanteile für das Jahr 2018.

[193] Vgl. RPW 2016/4, 977, Rz 451, *Sport im Pay-TV*.
[194] Vgl. RPW 2016/4, 974 f., Rz 430 ff., *Sport im Pay-TV*.
[195] Vgl. RPW 2017/3, 413 Rz 34, *Eishockey im Pay-TV*; RPW 2016/4, 982, Rz 491 ff., *Sport im Pay-TV*.
[196] Vgl. act. 21, Rz 322.
[197] Vgl. act. 21, Rz 322.
[198] Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 129 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[199] Vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2 (= RPW 2013/1, 130 E. 9.3.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; NEVEN J. DAMIEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit. NEVEN, Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control), S. 205.
[200] Vgl. RPW 2015/3, 501 Rz 203, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2014/1, 236 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5.2.2004 (nachfolgend: EU-Horizontalleitlinien), S. 12 f., Rz 68 ff.
[201] Vgl. EU-Horizontalleitlinien, Rz 72 (Fn 200).

B.4.2.1.1. Märkte im Bereich Mobiltelefonie

B.4.2.1.1.1. Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen

216. Sunrise schätzt die Anzahl von Mobilfunkkunden basierend auf der Anzahl Kunden im Gesamtmarkt, welche vom BAKOM bereitgestellt werden. Dennoch kommt Sunrise auf eine um ca. [0-10] % höhere Gesamtkundenzahl als das BAKOM für das Jahr 2017 angibt, obwohl die Anzahl Gesamtkunden im Markt seit 2015 leicht rückläufig ist.[202] Das BAKOM gibt die Gesamtkundenanzahl im Jahr 2017 mit 11'088'598 Kunden[203] an. Sunrise schätzt das Gesamtmarktvolumen auf […][204]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen	Marktanteil			Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National (Basis Sunrise)	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[20-30] %	[0-10] %		

Tabelle 4: Marktanteil im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (auf Basis von Zahlen Sunrise)

Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen	Marktanteil			Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National (Basis BAKOM)	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[20-30] %	[0-10] %		

Tabelle 5: Marktanteil im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (auf Basis von Zahlen BAKOM)

217. Sunrise weist zudem die Zahlen für Geschäftskunden aus und schätzt den Gesamtmarktanteil im Geschäftskundenbereich auf insgesamt […] Anschlüsse. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:[205]

Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 6: Marktanteil im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (Geschäftskundenbereich)

218. In der bisherigen Praxis hat die WEKO den Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen nicht in einen Privatkunden- und Geschäftskunden-Markt aufgeteilt. An dieser Praxis wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens festgehalten. Aufgrund dieser Marktanteilszahlen ist beim Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen (Privat- und Geschäftskunden zusammen) von einem betroffenen Markt auszugehen.

B.4.2.1.1.2. Märkte für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

219. Sunrise schätzt die Marktanteile für den Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen aufgrund von eigenen Zahlen und den Zahlen von UPC sowie ihren Einschätzungen zu möglichen Marktanteilen. Den Gesamtmarkt schätzt Sunrise auf […] abgeschlossene Verträge im Jahr 2018. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:[206]

[202] Vgl. act. 21, Beilage 28, Blatt 4.
[203] Vgl. https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/tele kommunikation/zahlen-und-fakten/sammlung-statisticher-daten/mobilfunk/anzahl-mobilfunkkundinnen-und-kunden. html, zuletzt besucht am 27.06.2019.
[204] Vgl. act. 21, Rz 256 und Beilage 28, Blatt 4.
[205] Vgl. act. 21, Rz 257 und Beilage 28, Blatt 4.
[206] Vgl. act. 21, Rz 264 und Beilage 28, Blatt 14.

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 7: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

220. Praxisgemäss wird der Markt für Mobilfunkdienstleistungen weiter unterteilt in «Direct Channel» und «Street Channel» (vgl. Rz 75 ff.). Dazu hat Sunrise die in den nachfolgenden Tabellen angeführten Marktanteile bekanntgegeben.

221. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direct Channel) schätzt Sunrise auf […] Kundenverträge im Jahr 2018. Hieraus ergeben sich die folgende Marktanteile:[207]

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direct Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 8: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direkt Channel)

222. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel) hat Sunrise gestützt auf die Anzahl Verkaufsstellen geschätzt und ist für das Jahr 2019 von insgesamt […] Verkaufsstellen ausgegangen. Hieraus schätzt Sunrise die folgenden Marktanteile für das Jahr 2018:[208]

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 9: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel)

223. Gemäss Angaben von Sunrise wird ein bedeutender Anteil der Mobilfunkdienstleistungen über Drittanbieter wie Mobilezone verkauft, so dass eine Differenz zwischen der Summe der Marktanteile von Direct- und Street Channel sowie dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen entsteht. Aufgrund der von Sunrise angegebenen Marktanteilszahlen liegen im Bereich für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Die Marktanteilsberechnungen sind jedoch insbesondere für den Bereich des Street Channels mit diversen Unsicherheiten verbunden. So wäre der Marktanteil eher gestützt auf den in den Verkaufsstellen erzielten Umsatz zu berechnen und nicht gestützt auf die Anzahl existierender Verkaufsstellen. Aufgrund der kaum relevanten Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens im diesem Bereich kann jedoch auf weitergehende Marktanteilsberechnungen verzichtet werden.

B.4.2.1.1.3. Märkte für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten

224. Auch auf dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten schätzt Sunrise die Gesamtmarktanteile ausgehend von ihren eigenen Umsätzen und einem angenommenen Marktanteil, den Sunrise erzielt. Sunrise geht von einem Gesamtmarktvolumen von mindestens CHF […] aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:[209]

[207] Vgl. act. 21, Rz 268 und Beilage 28, Blatt 14b.
[208] Vgl. act. 21, Rz 268 und Beilage 28, Blatt 14a.
[209] Vgl. act. 21, Rz 273 und Beilage 28, Blatt 15.

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 10: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten

225. Praxisgemäss wird der Markt für Mobilfunkgeräten weiter unterteilt in «Direct Channel» und «Street Channel» (vgl. Rz 79.). Dazu hat Sunrise die in den nachfolgenden Tabellen angeführten Marktanteile bekanntgegeben. Die Berechnung wurde dabei gestützt auf die Anzahl verkaufter Mobilfunkgeräte vorgenommen.[210]

226. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direct Channel) schätzt Sunrise auf […] verkaufte Mobilfunkgeräte im Jahr 2018. Hieraus ergeben sich die folgenden Marktanteile:[211]

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direct Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 11: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direkt Channel)

227. Den Gesamtmarkt beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel) schätzt Sunrise auf […] verkaufte Mobilfunkgeräte im Jahr 2018. Hieraus ergeben sich die folgenden Marktanteile:[212]

Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 12: Marktanteil im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel)

228. Aufgrund der von Sunrise angegebenen Marktanteilszahlen liegen im Bereich für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Die Marktanteilsberechnungen sind jedoch mit diversen Unsicherheiten verbunden. So wäre der Marktanteil eher gestützt auf den erzielten Umsatz zu berechnen und nicht gestützt auf die Anzahl verkaufter Geräte. Da sich daraus jedoch kaum relevante Änderungen ergeben würden, kann auf weitergehende Marktanteilsberechnungen verzichtet werden.

B.4.2.1.1.4. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

229. Auf dem Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze schätzt Sunrise das Gesamtmarktvolumen basierend auf eigenen Zahlen und einem Marktanteil von weniger als [10-20] %. Hieraus errechnet Sunrise einen Gesamtmarktumsatz in Höhe von mindestens CHF […]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:[213]

[210] Vgl. act.21, Rz 277.
[211] Vgl. act.21, Rz 277 und Beilage 28, Blatt 15b.
[212] Vgl. act.21, Rz 277 und Beilage 28, Blatt 15a.
[213] Vgl. act. 21, Rz 283 und Beilage 28, Blatt16.

Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[…]	[…]	Nein	Nein
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 13: Marktanteil im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

230. In der Meldung werden die Marktanteile zudem gestützt auf der Anzahl Kundenverträge berechnet. Daraus resultiert ein Marktanteil von Sunrise von rund 6 % und einer von UPC von 0 %.[214]

231. Aufgrund der von Sunrise angegebenen Marktanteilen liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.1.5. Markt für Mobilfunkterminierung

232. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Mobilfunknetzbetreiber auf dem Markt für Mobilfunkterminierung einen Marktanteil von 100 %. Sunrise macht einen Mobilfunkterminierungsumsatz in Höhe von CHF […] pro Jahr und UPC macht einen solchen von CHF […].[215] Es liegen somit zwei betroffene Märkte (Markt für Mobilfunkterminierung in das Mobilfunknetz von Sunrise und Markt für Mobilfunkterminierung in das Mobilfunknetz von UPC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.1.6. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

233. Für den Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt) errechnet Sunrise das Gesamtmarktvolumen basierend auf ihrem eigenen Umsatz und dem eigenen geschätzten Marktanteil. Auf diese Weise schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von mindestens CHF […]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für die beteiligten Unternehmen:[216]

Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[…]	[…]	Nein	Nein
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 14: Marktanteil im Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

234. Aufgrund der von Sunrise angegebenen Marktanteilen liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.2. Märkte im Bereich Festnetztelefonie

B.4.2.1.2.1. Markt für Festnetztelefonie

235. Sunrise basiert ihre Berechnung des Gesamtmarktvolumens im Markt für Festnetztelefonie auf den Erhebungen des BAKOM. Hierbei rechnet Sunrise die Telefondienste, die von einem Fernmeldedienstanbieter direkt bereitgestellt werden (PSTN und ISDN), die Telefondienste, die von einem Fernmeldedienstanbieter über einen VoIP-Zugang bereitgestellt werden sowie Telefondienste, die über einen indirekten Zugang (Call by Call bzw. automatische Betreibervorwahl) genutzt werden, dem Marktvolumen hinzu. Richtigerweise werden keine OTT-Dienste hinzugerechnet.[217] Auf diese Weise schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von ungefähr […] Kundenverträge. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[218]

[214] Vgl. act. 21, Rz 285.
[215] Vgl. act. 21, Rz 291.
[216] Vgl. act. 21, Rz 297 und Beilage 28, Blatt 18.
[217] Vgl. act. 21, Rz 107 und Beilage 28, Blatt 2.
[218] Vgl. act. 21, Rz 107 und Beilage 28, Blatt 2.

Markt für Festnetztelefonie		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[10-20] %		

Tabelle 15: Marktanteil im Markt für Festnetztelefonie mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

236. Bei einer nationalen räumlichen Ausdehnung schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von ungefähr […] Kundenverträge. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[219]

Markt für Festnetztelefonie		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[10-20] %		

Tabelle 16: Marktanteil im nationalen Markt für Festnetztelefonie

237. Demnach liegt unabhängig von der konkreten räumlichen Ausdehnung beim Markt für Festnetztelefonie ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.2.2. Markt für die Terminierung von Anrufen in Festnetze

238. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Festnetzbetreiber auf dem Markt für Terminierung von Anrufen in Festnetze einen Marktanteil von 100 %. Gemäss Meldung schätzt UPC ihr Marktvolumen in Höhe von ca. CHF […]. […].[220] Aufgrund der Marktanteile liegen jedoch ohnehin zwei betroffene Märkte (Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von Sunrise und Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von UPC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.2.3. Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe

239. Gemäss Meldung sieht sich Sunrise mangels öffentlich verfügbarer Daten zu den Umsätzen der Wettbewerber und dem Gesamtmarktvolumen ausser Stande, das Gesamtmarktvolumen und die Marktanteile für diesen Markt anhand von Umsätzen zu ermitteln (auch nicht näherungsweise). Bereits die niedrigen Umsätze der beteiligten Unternehmen für die Geschäftstätigkeit in diesem Markt (UPC CHF […] und Sunrise CHF […]) würden allerdings auf deren unbedeutende Stellung in diesem Markt hinweisen. Auch aufgrund der starken Marktposition von Swisscom, der Vielzahl an Wettbewerbern und aufgrund der Anzahl aktuell bestehender Interkonnektionsverträge (Swisscom: 33; Verizon Switzerland AG: 27; Calltrade Carrier Services: 17; Sunrise: 16; COLT Telecom Services: 12; UPC 4) sei nicht von einem betroffenen Markt auszugehen.[221]

240. Entsprechend diesen Ausführungen kann beim Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe davon ausgegangen werden, dass kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.2.1.2.4. Markt für Global Telecommunication Services (GTS)

241. Die Marktanteile im Markt für GTS werden von Sunrise anhand der damit erzielten Umsätze geschätzt. Dabei geht Sunrise von einem Gesamtmarktumsatz in der Höhe von mindestens CHF […] aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[222]

[219] Vgl. act. 21 Rz 107 und Beilage 28, Blatt 2.
[220] Vgl. act. 21, Rz 115.
[221] Vgl. act. 21, Rz 133 f. und Beilage 28a.
[222] Vgl. act. 21 Rz 143 und Beilage 28, Blatt 9.

Markt für GTS		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
International	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 17: Marktanteil für GTS

242. Entsprechend diesen Ausführungen liegt beim Markt für Global Telecommunication Services kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.3. Märkte für Mehrwertdienste

B.4.2.1.3.1. Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern

243. Im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern schätzt Sunrise die Marktanteile gestützt auf die Anzahl Verbindungen mit Dienstnummern. Dabei geht sie von einem Gesamtmarktvolumen von ungefähr […] Verbindungen aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[223]

Markt für Mehrwertdienste bzw. nummern		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[0-10] %		

Tabelle 18: Marktanteil im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern

244. Aufgrund der Marktanteilszahlen von Sunrise ist beim Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern von einem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auszugehen.

B.4.2.1.3.2. Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS)

245. Im Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS) schätzt Sunrise die Marktanteile gestützt auf die Anzahl verrechneter Mehrwert-SMS und -MMS. Dabei geht sie für das Jahr 2017 gestützt auf BAKOM-Zahlen von einem Gesamtmarktvolumen von ungefähr […] verrechneter SMS/MMS aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[224]

Markt für mobile Mehrwert-dienste		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Nein
	%	[50-60] %	[0-10] %		

Tabelle 19: Marktanteil im Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS)

246. Aufgrund der Marktanteilszahlen von Sunrise ist beim Markt für mobile Mehrwertdienste (SMS und MMS) von einem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU auszugehen. Sunrise weist jedoch darauf hin, dass die der Marktanteilsberechnung zu Grunde liegenden BAKOM-Zahlen, im Gegensatz zu anderen, vom BAKOM für grössere bzw. bedeutendere Märkte erhobenen Zahlen, aus Sicht der beteiligten Unternehmen keine verlässliche Grundlage für eine Gesamtmarktschätzung darstellen würden. Grund hierfür sei, dass diese Zahlen durch das BAKOM kaum überprüft würden, eine klare Basis zu deren Erhebung zu fehlen scheine und diese daher sehr fehleranfällig seien. Auch im Vergleich zu früheren Entscheiden der WEKO würden die auf Grundlage der BAKOM-Zahlen resultierenden Marktanteile von Sunrise und UPC vollkommen unplausibel erscheinen.[225]

[223] Vgl. act. 21 Rz 124 und Beilage 28, Blatt 7.
[224] Vgl. act. 21 Rz 126 und Beilage 28, Blatt 7.
[225] Vgl. act. 21, Rz 127.

B.4.2.1.3.3. Markt für Mehrwertdienste (Gesamtmarkt)

247. Wie oben erwähnt (vgl. Rz 113) ist nach Ansicht von Sunrise von einem Gesamtmarkt auszugehen und es ist nicht zwischen Mehrwertnummern und mobilen Mehrwertdiensten zu unterscheiden. Der Übersicht halber werden auch die Marktanteile für diese theoretische Marktabgrenzung dargestellt.

248. Im Markt für Mehrwertdienste schätzt Sunrise das gesamte Marktvolumen auf über CHF […]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen.[226] Sie geht bei der Schätzung von ihren Marktanteilen aus und versuchen hieraus auf ein Gesamtmarktvolumen zu schätzen.

Markt für Mehrwertdienste		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 20: Marktanteil im Markt für Mehrwertdienste

249. Nach den Berechnungen von Sunrise läge bei der Abgrenzung eines Marktes für Mehrwertdienste kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. b VKU vor.

B.4.2.1.4. Märkte im Bereich Breitbandinternet im Privatkundenbereich

B.4.2.1.4.1. Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

250. Sunrise basiert ihre Berechnung des Gesamtmarktvolumens im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden grundsätzlich auf den Erhebungen des BAKOM, wobei für das Jahr 2018 noch keine Zahlen verfügbar sind. Auf diese Weise schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von ungefähr […] Kundenverträgen. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[227]

Endkundenmarkt für Breitbandinternet		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[20-30] %		

Tabelle 21: Marktanteil im Endkundenmarkt für Breibandinternet für Privatkunden mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

251. Zur Beurteilung ob ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt, kann auf eine Unterscheidung zwischen denjenigen Regionen, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur vorhanden ist, und denjenigen Regionen, in denen keine solche vorhanden ist, verzichtet werden.

252. Bei einer nationalen räumlichen Ausdehnung schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von ungefähr […] Kundenverträge. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[228]

Endkundenmarkt für Breitbandinternet		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[10-20] %	[10-20] %		

Tabelle 22: Marktanteil im nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

[226] Vgl. act. 21 Rz 121 und Beilage 28, Blatt 7.
[227] Vgl. act. 21 Rz 154 und Beilage 28, Blatt 1.
[228] Vgl. act. 21 Rz 154 und Beilage 28, Blatt 1.

253. Demnach liegt unabhängig von der konkreten räumlichen Ausdehnung beim Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.4.2. Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)

254. Auf der Angebotsseite des Wholesale-Marktes für Breitbandinternet für Privatkunden ist UPC gemäss Meldung gar nicht und Sunrise nur marginal präsent.[229] Sunrise ist jedoch eine sehr bedeutende Nachfragerin von entsprechenden Vorleistungsprodukten auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet. Es stellt sich daher die Frage, ob der Zusammenschluss und damit der Übergang von Sunrise auf die Infrastruktur von UPC angebotsseitig Auswirkungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte zeitigt (vgl. dazu hinten Rz 431 ff.). Dementsprechend werden nachfolgend die Marktanteile nachfrageseitig dargestellt.

255. Sunrise schätzt die Marktanteile im Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden aufgrund der Anzahl Anschlüsse. Im Jahr 2018 habe das Gesamtmarktvolumen ungefähr […] Anschlüsse betragen. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:[230]

Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Nein
	%	[70-80] %	[0-10] %		

Tabelle 23: Marktanteil im Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)

256. Sunrise gibt in der Meldung ebenfalls eine Schätzung der Marktanteile für die Situation nach dem Zusammenschlussvorhaben bekannt. Dabei geht sie von einem Gesamtmarktvolumen von […] Anschlüssen aus. Hieraus ergeben sich folgende Marktanteile:[231]

Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)		Marktanteil Sunrise und UPC	Betroffen	Marktanteilsaddition
National	#	[…]	Ja	Nein
	%	[70-80] %		

Tabelle 24: Marktanteil im Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)

257. Demgemäss würde es sich beim Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handeln.

B.4.2.1.4.3. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)

258. Auf der Angebotsseite des Marktes für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist lediglich Swisscom als Anbieterin tätig (vgl. oben Rz 151). Es stellt sich daher die Frage, ob der Zusammenschluss und damit der Übergang von Sunrise – als bisher möglicherweise disziplinierende Nachfragerin von Swisscom – auf die Infrastruktur von UPC, angebotsseitig Auswirkungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte zeitigt (vgl. dazu hinten Rz 431 ff.). Dementsprechend werden nachfolgend die Marktanteile nachfrageseitig dargestellt.

259. Sunrise schätzt die Marktanteile im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten aufgrund der Anzahl vollständig entbündelter Teilnehmeranschlüsse. Im Jahr 2018 habe das Gesamtmarktvolumen ungefähr […] Anschlüsse betragen. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:[232]

[229] Vgl. act. 21, Rz 146.
[230] Vgl. act. 21, Rz 223, Beilage 28, Blatt 20.
[231] Vgl. act. 21, Rz 223, Beilage 28, Blatt 20.
[232] Vgl. act. 21, Rz 237, Beilage 28, Blatt 22.

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[80-90] %	[10-20] %		

Tabelle 25: Marktanteil im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)

260. Sunrise gibt in der Meldung ebenfalls eine Schätzung der Marktanteile für die Situation nach dem Zusammenschlussvorhaben bekannt. Dabei geht sie von einem Gesamtmarktvolumen von […] Anschlüssen aus. Hieraus ergeben sich folgende Marktanteile:[233]

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)		Marktanteil Sunrise und UPC	Betroffen	Marktanteilsaddition
National	#	[…]	Ja	Nein
	%	[90-100] %		

Tabelle 26: Marktanteil im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)

261. Demgemäss handelt es sich beim Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.4.4. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

262. Auf der Angebotsseite des Marktes für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten sind lediglich Swisscom und die Elektrizitätsversorgungsunternehmen tätig (vgl. oben Rz 153). Es stellt sich daher die Frage, ob der Zusammenschluss und damit der Übergang von Sunrise – als bisher möglicherweise disziplinierende Nachfragerin von Swisscom – auf die Infrastruktur von UPC, angebotsseitig Auswirkungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte zeitigt (vgl. dazu hinten Rz 431 ff.). Dementsprechend werden nachfolgend die Marktanteile nachfrageseitig dargestellt.

263. Sunrise schätzt die Marktanteile im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten aufgrund der Anzahl Anschlüsse. Im Jahr 2018 habe das Gesamtmarktvolumen ungefähr […] Anschlüsse betragen. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:[234]

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[30-40] %	[0-10] %		

Tabelle 27: Marktanteil im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)

[233] Vgl. act. 21, Rz 237, Beilage 28, Blatt 22.
[234] Vgl. act. 21, Rz 242, Beilage 28, Blatt 23.

264. Sunrise gibt in der Meldung ebenfalls eine Schätzung der Marktanteile für die Situation nach dem Zusammenschlussvorhaben bekannt. Dabei geht sie von einem Gesamtmarktvolumen von ebenfalls […] Anschlüssen aus. Hieraus ergeben sich folgende Marktanteile:[235]

Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)		Marktanteil Sunrise und UPC	Betroffen	Marktanteilsaddition
National	#	[…]	Ja	Ja
	%	[40-50] %		

Tabelle 28: Marktanteil im Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)

265. Demgemäss handelt es sich beim Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig) um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.5. Märkte für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

B.4.2.1.5.1. Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

266. Im Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen basiert sich Sunrise auf Schätzungen von UPC. Insgesamt geht Sunrise von einem Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF […] aus. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für die beteiligten Unternehmen:[236]

Endkundenmarkt für Breitbandanbindung		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[10-20] %		

Tabelle 29: Marktanteil im Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (Netzwerk von UPC)

267. Bei einer nationalen räumlichen Ausdehnung schätzt Sunrise ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF […]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[237]

Endkundenmarkt für Breitbandanbindung		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 30: Marktanteil im nationalen Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich

268. Sunrise gibt zusätzlich die Marktanteile ohne die Bereiche KMU und SOHO[238] an. Hierbei beläuft sich gemäss Schätzungen von Sunrise der Gesamtmarktumsatz auf CHF […] Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:[239]

[235] Vgl. act. 21, Rz 242, Beilage 28, Blatt 23.
[236] Vgl. act. 21, Rz 163, Beilage 28, Blatt 10.
[237] Vgl. act. 21 Rz 163 und Beilage 28, Blatt 10.
[238] SOHO = Small Office, Home Office (Kleinbüro, Heimbüro).
[239] Vgl. act. 21 Rz 164 und Beilage 28, Blatt 10.

Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich exkl. KMU und SOHO		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk UPC	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[10-20] %		

Tabelle 31: Marktanteil im Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich exkl. KMU und SOHO (Netzwerk UPC)

269. Sunrise gibt zusätzlich die Marktanteile ohne die Bereiche KMU und SOHO an. Hierbei beläuft sich gemäss Schätzungen von Sunrise der Gesamtmarktumsatz auf CHF […]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile.[240]

Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich exkl. KMU und SOHO		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[10-20] %		

Tabelle 32: Marktanteil im nationalen Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich exkl. KMU und SOHO

270. Gemäss den Schätzungen ergeben sich damit in den diversen Märkten für Breitbandanbindung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.5.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)

271. Auf der Angebotsseite des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich ist UPC gemäss Meldung gar nicht und Sunrise nur marginal präsent.[241] Sunrise ist jedoch eine sehr bedeutende Nachfragerin von entsprechenden Vorleistungsprodukten auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich. Es stellt sich daher die Frage, ob der Zusammenschluss und damit der Übergang von Sunrise auf die Infrastruktur von UPC, angebotsseitig Auswirkungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte zeitigt (vgl. dazu hinten Rz 431 ff.). Dementsprechend werden nachfolgend die Marktanteile nachfrageseitig dargestellt.

272. Sunrise schätzt die Marktanteile im Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich aufgrund der damit erzielten Umsätze. Im Jahr 2018 habe das Gesamtmarktvolumen ungefähr CHF […] betragen. Hieraus resultieren die folgenden Marktanteile:[242]

Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[40-50] %	[0-10] %		

Tabelle 33: Marktanteil im Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)

273. Sunrise gibt in der Meldung ebenfalls eine Schätzung der Marktanteile für die Situation nach dem Zusammenschlussvorhaben bekannt. Dabei geht sie von einem Gesamtmarktvolumen von ebenfalls CHF […] aus. Hieraus ergeben sich folgende Marktanteile:[243]

[240] Vgl. act. 21 Rz 164 und Beilage 28, Blatt 10.
[241] Vgl. act. 21, Rz 227.
[242] Vgl. act. 21, Rz 231, Beilage 28, Blatt 21.
[243] Vgl. act. 21, Beilage 28, Blatt 21.

Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich nach dem Zusammenschluss nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)		Marktanteil Sunrise und UPC	Betroffen	Marktanteilsaddition
National	#	[…]	Nein	Ja
	%	[10-20] %		

Tabelle 34: Marktanteil im Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich nach dem Zusammenschluss (nachfrageseitig)

274. Demgemäss handelt es sich beim Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig) vor dem Zusammenschlussvorhaben um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Die Zusammenschlussparteien geben die Kosteneinsparungen bei Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich im ca. […] CHF für Sunrise an, so dass nach dem Zusammenschlussvorhaben kein betroffener Markt mehr vorliegen würde.

B.4.2.1.5.3. Markt für Mietleitungen

275. Auf dem Markt für Mietleitungen schätzt Sunrise das Gesamtmarktvolumen auf über CHF […]. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile für die Zusammenschlussparteien:[244]

Markt für Mietleitungen		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	CHF	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 35: Marktanteil im Markt für Mietleitungen

276. Demgemäss handelt es sich beim Markt für Mietleitungen nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.5.4. Märkte für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC

277. Auf den Märkten für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC haben die jeweiligen Akteure, wie auch in den Terminierungsmärkten, einen Marktanteil von 100 %. Es liegen daher bei den beiden Märkten für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von UPC betroffene Märkte vor.

B.4.2.1.5.5. Wholesale-Markt für Transit-Zugang

278. Auf dem Wholesale-Markt für Transit-Zugang geht Sunrise von einem weltweiten Gesamtmarktvolumen in Höhe von CHF […] aus. In einem solchen Markt haben die beteiligten Unternehmen die nachfolgenden Marktanteile:[245]

Wholesale-Markt für Transit-Zugang		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
International	CHF	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[0-10] %		

Tabelle 36: Marktanteil im Wholesale-Markt für Transit-Zugang

[244] Vgl. act. 21, Rz 174, Beilage 28, Blatt 11.
[245] Vgl. act. 21, Rz 188, Beilage 28, Blatt 12.

279. Aufgrund der sehr geringen Marktanteile der Zusammenschlussparteien liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.6. Märkte im Bereich Fernsehen

B.4.2.1.6.1. Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

280. Sunrise basiert ihre Berechnung des Gesamtmarktvolumens im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV auf der Abonnentenzahl. Auf diese Weise schätzt Sunrise ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von ungefähr […] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[246]

Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[0-10] %	[30-40] %		

Tabelle 37: Marktanteil im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

281. Bei einer nationalen räumlichen Ausdehnung schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von ungefähr […] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[247]

Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[0-10] %	[20-30] %		

Tabelle 38: Marktanteil im nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

282. Demnach liegt unabhängig von der konkreten räumlichen Ausdehnung beim Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.1.6.2. Plattformmarkt für die Übertragung von VoD

283. Sunrise basiert ihre Berechnung des Gesamtmarktvolumens im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD auf der Abonnentenzahl. Auf diese Weise schätzt Sunrise ein Gesamtmarktvolumen in Höhe von ungefähr […] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[248]

Plattformmarkt für die Übertragung von VoD		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
Netzwerk von UPC	#	[…]	[…]	Ja	Ja
	%	[0-10] %	[20-30] %		

Tabelle 39: Marktanteil im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

[246] Vgl. act. 21 Rz 316 und Beilage 28, Blatt 3a.
[247] Vgl. act. 21 Rz 309 und Beilage 28, Blatt 3.
[248] Vgl. act. 21 Rz 320 und Beilage 28, Blatt 3b.

284. Bei einer nationalen räumlichen Ausdehnung schätzt Sunrise einen Gesamtmarktanteil in Höhe von ungefähr […] Abonnenten. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden Marktanteilszahlen:[249]

Plattformmarkt für die Übertragung von VoD		Marktanteil		Betroffen	Marktanteilsaddition
		Sunrise	UPC		
National	#	[…]	[…]	Nein	Ja
	%	[0-10] %	[10-20] %		

Tabelle 40: Marktanteil im nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von VoD

285. Demnach handelt es sich beim regionalen (Netzwerk von UPC) Plattformmarkt für die Übertragung von VoD um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.6.3. Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV

286. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung stellen die verschiedenen Sportarten – jeweils aufgeteilt in in- und ausländische Ligen – separate Märkte dar. Entsprechend verfügt UPC bei sämtlichen diesen Märkten, bei denen sie über die exklusiven Übertragungsrechte verfügt, über einen Marktanteil von 100 %. Dementsprechend handelt es sich bei den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.1.7. Zusammenfassung der betroffenen Märkte

287. Aus den obigen Ausführungen lassen sich die Marktanteile wie folgt zusammenfassen:

Märkte	Marktanteile		Betroffen	MA-Addition
	Sunrise	UPC		
Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen	[20-30] %	[0-10] %	Ja	Ja
	[20-30] %	[0-10] %	Ja	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (gesamt)	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Direct Channel)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen (Street Channel)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (gesamt)	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Direct Channel)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkgeräten (Street Channel)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja

[249] Vgl. act. 21 Rz 320 und Beilage 28, Blatt 3b.

Märkte	Marktanteile		Betroffen	MA-Addition
	Sunrise	UPC		
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Nein
Markt für Mobilfunkterminierung auf das Netz von Sunrise	100 %	0 %	Ja	Nein
Markt für Mobilfunkterminierung auf das Netz von UPC	0 %	100 %	Ja	Nein
Wholesale-Markt für internationales Roaming	[20-30] %	[0-10] %	Nein	Nein
Markt für Festnetztelefonie national	[10-20] %	[10-20] %	Ja	Ja
Markt für Festnetztelefonie Netz von UPC	[10-20] %	[10-20] %	Ja	Ja
Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von Sunrise	100 %	0 %	Ja	Nein
Markt für die Terminierung in das Festnetz von UPC	0 %	100 %	Ja	Nein
Wholesale-Markt für Transit-Dienste für inländische Anrufe	n/a	n/a	Nein	Ja
Markt für Global Telecommunication Services	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern	[10-20] %	[0-10] %	Ja	Ja
Markt für mobile Mehrwertdienste	[50-60] %	[0-10] %	Ja	Nein
Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden national	[10-20] %	[10-20] %	Ja	Ja
Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden Netz von UPC	[10-20] %	[20-30] %	Ja	Ja
Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden (nachfrageseitig)	[70-80] %	[0-10] %	Ja	Nein
Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich (nachfrageseitig)	[40-50] %	[0-10] %	Ja	Ja
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)	[80-90] %	[10-20] %	Ja	Ja

Märkte	Marktanteile		Betroffen	MA-Addition
	Sunrise	UPC		
Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (nachfrageseitig)	[30-40] %	[0-10] %	Ja	Ja
Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich national	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Endkundenmarkt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich Netz UPC	[0-10] %	[10-20] %	Nein	Ja
Wholesale-Markt für Mietleitungen	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Wholesale-Markt für IP-Interkonnektion (Transitzugang)	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja
Markt für IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden Sunrise	100 %	0 %	Ja	Nein
Markt für IP-Interkonnektionszugang zu Endkunden UPC	0 %	100 %	Ja	Nein
Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV national	[0-10] %	[20-30] %	Ja	Ja
Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV Netz UPC	[0-10] %	[30-40] %	Ja	Ja
Plattformmarkt für die Übertragung von VoD national	[0-10] %	[10-20] %	Nein	Ja
Plattformmarkt für die Übertragung von VoD Netz UPC	[0-10] %	[20-30] %	Ja	Ja
Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV	[0-10] %	[90-100] %	Ja	Nein
Anzahl betroffene Märkte			21	
Davon mit Marktanteilsadditionen				12

288. Hieraus ergeben sich die nachfolgenden betroffenen Märkte:

- Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen
- Markt für Mobilfunkterminierung in das Netz von Sunrise
- Markt für Mobilfunkterminierung in das Netz von UPC
- Markt für Festnetztelefonie national
- Markt für Festnetztelefonie Netz UPC
- Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von Sunrise
- Markt für die Terminierung von Anrufen in das Festnetz von UPC
- Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern
- Markt für mobile Mehrwertdienste
- Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden national
- Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden Netz UPC
- Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise
- Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von UPC

- Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV national
- Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV Netz UPC
- Plattformmarkt für die Übertragung von VoD Netz UPC
- Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV

289. Nachfrageseitig ergeben sich zudem die folgenden betroffenen Märkte:

- Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich
- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten
- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

290. Nachfolgend wird die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung analysiert.

291. Hinsichtlich eine möglichen Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung wird auf die Prüfung einer möglichen Nachfragemacht auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich, dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich, dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten verzichtet.

B.4.2.2 Einzelmarktbeherrschung

292. Nachfolgend wird die Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung analysiert. Dabei wird für die einzelnen betroffenen Märkte jeweils die Entwicklung der eigenen Marktanteile sowie die Entwicklung der Marktanteile der drei wichtigsten Konkurrenten ausgewiesen.

B.4.2.2.1. Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen

293. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[250]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Salt	M-Budget Mobile
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[40-50] %	[10-20] %	[0-10] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[40-50] %	[10-20] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[40-50] %	[10-20] %	[0-10] %

Tabelle 41: Marktanteilsentwicklung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen

294. Im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen wird Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von [20-30] % verfügen. Der mit Abstand grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von [40-50] %. Der dritte MNO – Salt – verfügt über einen konstanten Marktanteil von rund [10-20] %. Daneben existieren zahlreiche MVNOs und Wiederverkäufer mit Marktanteilen von bis zu [0-10] %. Aufgrund dieser Ausgangslage und aufgrund des Umstandes, dass der Zusammenschluss lediglich zu einer marginalen Marktanteilsaddition von rund [0-10] % führt, bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von UPC durch Sunrise eine Einzelmarktbeherrschung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.2. Märkte für Mobilfunkterminierung

295. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Mobilfunknetzbetreiber (auch virtuelle) auf dem Markt für Mobilfunkterminierung einen Marktanteil von 100 % (vgl. Rz 232). Andere Anbieter können nicht in das Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist. Der Zusammenschluss ändert nichts an dieser grundsätzlichen Marktstruktur.

[250] Vgl. act. 21, Rz 512 sowie Beilage 28, Blatt 4.

So kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsverschiebungen. Zudem sind die Preise in den Märkten für Mobilfunkterminierung in den letzten Jahren gesunken.[251] Damit bestehen insgesamt keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für Mobilfunkterminierung zu einer Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung führt.

B.4.2.2.3. Markt für Festnetztelefonie

296. Im Markt für Festnetztelefonie (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[252]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Salt	n/a
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	-	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[60-70] %	0 %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	-	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[60-70] %	0 %	[0-10] %

Tabelle 42: Marktanteilsentwicklung im Markt für Festnetztelefonie (Netzwerk UPC)

297. Im Markt für Festnetztelefonie (national) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[253]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Quickline	Net+
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[60-70] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 43: Marktanteilsentwicklung im Markt für Festnetztelefonie (national)

298. Im regionalen (Netzwerk von UPC) Markt für Festnetztelefonie wird Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von rund [30-40] % verfügen. Der mit Abstand grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von über [50-60] %. Daneben existiert als weiterer Konkurrent Salt mit einem geschätzten Marktanteil von unter [0-10] %. Weitere Konkurrenten konnten von Sunrise nicht namentlich genannt werden.

299. Auf dem nationalen Markt für Festnetztelefonie präsentiert sich die Situation ähnlich: Hier wird Sunrise nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügen. Als erwähnenswerten Konkurrenten ist hier zudem Quickline mit einem Marktanteil von rund [0-10] % zu nennen.

300. Aufgrund dieser Ausgangslage und insbesondere aufgrund der starken Stellung von Swisscom bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von UPC durch Sunrise eine Einzelmarktbeherrschung im Markt für Festnetztelefonie begründet oder verstärkt.

[251] Vgl. act. 21, Rz 529 mit Hinweis auf die Studie des BAKOM, *Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich*, S. 19.
[252] Vgl. act. 21, Rz 399 sowie Beilage 28, Blatt 2.
[253] Vgl. act. 21, Rz 399 sowie Beilage 28, Blatt 2.

B.4.2.2.4. Markt für Terminierung von Anrufen ins Festnetz

301. Aufgrund der von der WEKO vorgenommenen Marktabgrenzung hat jeder Festnetzbetreiber auf dem Markt für Terminierung von Anrufen ins Festnetz einen Marktanteil von 100 %. Andere Anbieter können nicht in das Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist. Der Zusammenschluss ändert zudem nichts an dieser grundsätzlichen Markstruktur. So kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsverschiebungen. Zudem sind die Preise in den Märkten für die Terminierung von Anrufen ins Festnetz reguliert.[254] Damit bestehen insgesamt keine Anhaltpunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für die Terminierung von Anrufen ins Festnetz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

B.4.2.2.5. Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern

302. Auf dem Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Verbindungen in den letzten drei Jahren nach Angaben von Sunrise wie folgt:[255]

		Total	Parteien		Wettbewerber
			Sunrise	UPC	Andere[256]
2018	#	[…][257]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[0-10] %	[70-80] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[20-30] %	[0-10] %	[70-80] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[0-10] %	[70-80] %

Tabelle 44: Marktanteilsentwicklung im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern

303. Im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern wird Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügen. Gemäss Meldung seien auf dem Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern eine Vielzahl von Unternehmen tätig. Deren Marktanteile könnten aber mangels öffentlich verfügbarer Daten nicht geschätzt werden. Es könne aber davon ausgegangen werden, dass Swisscom über die bei weitem höchsten Marktanteile verfüge.[258] Der Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern sei zudem rückläufig. Grund hierfür sei, dass viele Mehrwertdienste, die bislang über Dienstnummern abgewickelt und/oder bezahlt worden seien, mittlerweile von den Endkunden direkt über das Internet sowie über andere Zahlungsmittel wie bspw. Kreditkarten bezogen würden. Aufgrund dieser Ausgangslage bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von UPC durch Sunrise eine Einzelmarktbeherrschung im Markt für Mehrwertdienste bzw. -nummern begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.6. Markt für mobile Mehrwertdienste

304. Auf dem Markt für mobile Mehrwertdienste präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung in den letzten drei Jahren nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[259]

[254] Vgl. act. 21, Rz 529 mit Hinweis auf die Studie des BAKOM, *Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich*, S. 19.
[255] Vgl. act. 21, Rz 418 sowie Beilage 28, Blatt 7.
[256] Gemäss Sunrise könnten die Marktanteile der übrigen Marktteilnehmer mangels öffentlich verfügbarer Daten nicht geschätzt werden (vgl. act. 21, Rz 419).
[257] Gemäss Sunrise liegen die Zahlen für das Jahr 2018 noch nicht vor. Entsprechend sei auf die Zahlen von 2017 angestellt worden (vgl. act. 21, Fn 304).
[258] Vgl. act. 21, Rz 419.
[259] Vgl. act. 21, Rz sowie Beilage 28, Blatt.

		Total	Sunrise
2018	#	*unbekannt*	[…]
	%	100 %	*Unbekannt %*
2017	#	[…]	[…]
	%	100 %	[50-60] %
2016	#	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %

Tabelle 45: Marktanteilsentwicklung im Markt für mobile Mehrwertdienste

305. Gemäss Meldung seien auf dem Markt für mobile Mehrwertdienste nach dem Kenntnisstand der beteiligten Unternehmen einzig Swisscom, Salt und Sunrise tätig. Grund hierfür sei, dass im eng abgegrenzten Markt für mobile Mehrwertdienste grundsätzlich ein Mobilfunknetz benötigt werde. UPC als MVNO biete entsprechend keine Mehrwertdienste per SMS/MMS an. Marktanteilsadditionen infolge des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens seien daher im Vornherein ausgeschlossen.[260] Wie bereits dargestellt, würden die auf Basis der BAKOM-Zahlen berechneten Marktanteile von Sunrise aus Sicht der beteiligten Unternehmen zudem bei weitem zu hoch und unplausibel erscheinen. Andere Datenquellen, die eine Gesamtmarktschätzung erlauben würden, seien allerdings nicht bekannt.[261]

306. Gemäss den Ausführungen von Sunrise befindet sich der Markt für mobile Mehrwertdienste in einer rückläufigen Phase, was aber durch die aufgeführten Zahlen nicht bestätigt werden kann. Grund hierfür sei, dass viele Mehrwertdienste, die bislang per SMS/MMS angefordert und/oder bezahlt worden seien, mittlerweile von den Endkunden direkt über das Internet sowie über andere Zahlungsmittel wie bspw. Kreditkarten bezogen würden.[262]

307. Da es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen kommt und zum jetzigen Zeitpunkt nicht ersichtlich ist, dass durch die Übernahme von UPC die Angebotspalette oder die Kundenbasis auf dem Markt für mobile Mehrwertdienste in einem relevanten Umfang erweitert werden könnte, erscheint das Zusammenschlussvorhaben nicht ursächlich für eine allfällige Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung.

B.4.2.2.7. Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

308. Im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Endkundenverträge nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[263]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Salt	n/a
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a
	%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	-	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	0 %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	-	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	0 %	[0-10] %

Tabelle 46: Marktanteilsentwicklung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (Netzwerk UPC)

[260] Vgl. act. 21, Rz 410.
[261] Vgl. act. 21, Rz 412.
[262] Vgl. act. 21, Rz 414.
[263] Vgl. act. 21, Rz 423 sowie Beilage 28, Blatt 1.

309. Auf eine Unterteilung der Regionen, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht bzw. nicht besteht, kann vorliegend verzichtet werden, da sich die Marktanteile nur unwesentlich unterscheiden.

310. Auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[264]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Quickline	Net+
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	n/a
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[50-60] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 47: Marktanteilsentwicklung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden (national)

311. Im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden wird Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben auf der räumlichen Ausdehnung des Netzgebiets von UPC über einen Marktanteil von rund [30-40] % verfügen. Der mit Abstand grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von aktuell knapp [50-60] %. Daneben wird von Sunrise als weiterer Konkurrent Salt mit einem Marktanteil von unter [0-10] % angegeben.

312. Auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden präsentiert sich die Situation ähnlich: Hier wird Sunrise nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von knapp [20-30] % verfügen. Swisscom verfügt über einen Marktanteil von ca. [50-60] %. Als nächstgrösseren Konkurrenten gibt Sunrise zudem Quickline mit einem Marktanteil von etwas über [0-10] % an. Aufgrund dieser Ausgangslage und insbesondere der starken Marktstellung von Swisscom bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von UPC durch Sunrise eine Einzelmarktbeherrschung im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.8. Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC

313. Da die Märkte für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und denjenigen von UPC als jeweils eigenständige Märkte abgegrenzt werden, haben sowohl Sunrise als auch UPC einen Marktanteil von 100 % und wären daher grundsätzlich als marktbeherrschend anzusehen. […].[265]

314. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird allerdings die Kundenbasis von Sunrise und UPC zusammengelegt, so dass sie neu über einen Kundenstamm von […] Endkunden (vgl. Tabelle 47) verfügen. Aufgrund der Ausweitung des Kundenstamms erhöht sich damit die Attraktivität des Netzes der Zusammenschlussparteien für Content-Lieferanten. Je nachdem, welche Bedeutung den Endkunden der Zusammenschlussparteien beigemessen wird, erhöht sich damit die Verhandlungsmacht der Zusammenschlussparteien hinsichtlich des Zugangs zu den Endkunden in ihrem Netz. Dies könnte sich in einer restriktiveren Peering-Policy und der verstärkten Nutzung von Paid-Peering zeigen.

315. In ihrer Stellungnahme vom 12. Juni 2019 macht Sunrise diesbezüglich geltend, es könne nach Ansicht der beteiligten Unternehmen ausgeschlossen werden, dass infolge des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens in den Märkten für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC eine einzelmarktbeherrschende Stellung von Sunrise begründet oder verstärkt werde. Auch nach dem Zusammenschluss würden die Zusammenschlussparteien nicht auf eine restriktive Peering-Policy setzen können, […]. Die Zusammenschlussparteien würden auch nach dem Vollzug nicht in der Lage sein, zu diskriminieren. […]. Die Position der Zusammenschlussparteien werde sich aufgrund des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens damit nicht ändern. […].[266]

316. Bezüglich den Vorbringen der Zusammenschlussparteien kann auf die Stellungnahme von Init7 verwiesen werden.[267] Init7 bringt vor, dass mit Sunrise ausreichende Peering-Kapazitäten bestehen, um IP-Peering mit Sunrise zu betreiben. Gegenüber UPC seien allerdings die Peering-Kapazitäten in den vergangenen Jahren nicht ausgebaut worden. UPC würde dabei eine schlechte Datenverbindung ihrer Endkunden in Kauf nehmen, um von Init7 Geld für zusätzliche Interkonnektion zu erzwingen. Aus Sicht der WEKO spielen verschiedene Faktoren eine Rolle, ob das Verschliessen oder die Einschränkung einer IP-Interkonnektionsbeziehung eine rationale Strategie darstellt. Wird beispielsweise eine

[264] Vgl. act. 21, Rz 423 sowie Beilage 28, Blatt 1.
[265] Vgl. act. 21, Rz 197 f.
[266] Vgl. act. 218; Rz 46.
[267] Vgl. act. 162, S. 11.

durch eine eingeschränkte IP-Interkonnektion schlechtere Internetverbindung zu einzelnen Internetseiten von den Kunden des Netzbetreibers nicht auf die Netzqualität, sondern auf die Qualität der Inhalte des Webseitenbetreibers zurückgeführt, kann es durchaus eine rationale und gewinnmaximierende Strategie sein, die IP-Interkonnektion einzuschränken.

317. Gemäss den weiteren Ausführungen von Sunrise habe im Netzzugangsverfahren, welches das Verfahren «Interconnect Peering» ausgelöst habe, die WEKO die Marktbeherrschung von Swisscom beurteilen müssen. Aufgrund der verschiedenen Möglichkeiten, die Endkunden von Swisscom zu erreichen, sei Swisscom als offensichtlich nicht marktbeherrschend erachtet worden, weshalb der Endkundenzugang auch nicht reguliert worden sei. Selbst nach dem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sei die Kundenbasis der Zusammenschlussparteien immer noch deutlich kleiner als diejenige von Swisscom, die von der WEKO im Netzzugangsverfahren nicht für marktbeherrschend befunden worden sei. Bei zutreffender Marktabgrenzung sei damit ausgeschlossen, dass die Zusammenschlussparteien jeweils 100 % Marktanteil hätten oder in Zukunft haben würden und marktbeherrschend seien. Im Ergebnis könne die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Zusammenschlussparteien infolge des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens im Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Zusammenschlussparteien schon deshalb ausgeschlossen werden.[268]

318. Im Verfahren «Interconnect Peering» wurde die Frage einer möglichen Marktbeherrschung von Swisscom nicht thematisiert. Somit hat sich die WEKO nicht zu einer möglichen Marktbeherrschung auf den Märkten für IP-Interkonnektion geäussert. Hieraus kann aber in keinem Fall abgeleitet werden, dass die WEKO eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom verneint hat. Auch wenn die Zusammenschlussparteien nicht mit der Marktabgrenzung einverstanden sind, ändert dies bei vorliegender Marktabgrenzung nichts daran, dass die Zusammenschlussparteien einen Marktanteil von 100 % auf sich vereinigen und damit als marktbeherrschend zu qualifizieren sind.

319. Durch das Zusammenschlussvorhaben kontrollieren die Zusammenschlussparteien gemeinsam den Zugang zu einer grösseren Anzahl Kunden, wodurch sich ihre relative Verhandlungsmacht gegenüber FDA, die einen Zugang zu den Endkunden der Zusammenschlussparteien nachfragen vergrössert. Dennoch geht die WEKO davon aus, dass dies nur geringfügige Auswirkungen auf die Verhandlungsposition haben wird. Zudem hat das BAKOM den Zugang zu den Endkunden von Swisscom als einen Interkonnektionssachverhalt anerkannt, wodurch FDA, die einen Zugang zu den Endkunden nachfragen, ein Interkonnektionsverfahren als Alternative zur Verfügung steht.[269]

320. Daher kann offengelassen werden, ob durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Aufgrund der Möglichkeit, ein Interkonnektionsverfahren einzuleiten, besteht grundsätzlich für interessierte Fernmeldedienstanbieter eine Ausweichmöglichkeit, durch die einer Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen vorgebeugt werden kann. Deshalb ist nicht damit zu rechnen, dass sich die Wettbewerbssituation durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden der Zusammenschlussparteien verändern wird.

B.4.2.2.9. Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV

321. Im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Abonnenten nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[270]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Zattoo	Salt
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[30-40] %	[40-50] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[40-50] %	[40-50] %	n/a	n/a
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[40-50] %	[40-50] %	n/a	n/a

Tabelle 48: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk von UPC)

[268] Vgl. act. 218, Rz 47.

[269] Vgl. Zwischenverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 11. Juni 2013, S. 4 f., abrufbar unter: https://www.comcom.admin.ch/dam/comcom/de/dokumente/entscheide/2013/Interconnect%20Peering%20(vorsorgliche%20Massnahme).%20Zwischenverf%C3%BCgung.%20Init7%20vs.%20Swisscom.pdf.download.pdf/Interconnect%20Peering%20(vorsorgliche%20Massnahme).%20Zwischenverf%C3%BCgung.%20Init7%20vs.%20Swisscom.pdf, zuletzt besucht am 2. Juli 2019.

[270] Vgl. act. 21, Rz 547 sowie Beilage 28, Blatt 3a.

322. Auf dem nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[271]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	Andere Kabelnetzbetreiber	Zattoo
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[20-30] %	[0-10] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[20-30] %	n/a
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[20-30] %	n/a

Tabelle 49: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (national)

323. Im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV (Netzwerk von UPC) wird Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von knapp [40-50] % verfügen. Der grösste Wettbewerber im Markt bleibt Swisscom mit einem Marktanteil von aktuell [40-50] %. Als weitere Konkurrenten werden Zattoo mit einem Marktanteil von knapp [0-10] % und Salt mit einem solchen von knapp [0-10] % genannt.

324. Auf dem nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV präsentiert sich die Ausgangslage etwas anders: Hier wird Sunrise nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von rund [30-40] % verfügen. Als grössten Konkurrenten – nach Swisscom mit einem geschätzten Marktanteil von rund [30-40] % – nennen die Zusammenschlussparteien die anderen Kabelnetzbetreiber, welche gemeinsam über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügen. Als weiterer Konkurrent wird sodann Zattoo mit einem Marktanteil von rund [0-10] % genannt. Obwohl Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben über beträchtliche Marktanteile verfügen wird, bestehen insbesondere aufgrund des Umstandes, dass Swisscom die stärkste Markteilnehmerin bleibt, keine Anhaltspunkte, dass die Übernahme von UPC durch Sunrise eine Einzelmarktbeherrschung im Plattformmarkt für die Übertragung von linearem Digital-TV begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.10. Plattformmarkt für die Übertragung von VoD

325. Im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (Netzwerk von UPC) präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung gestützt auf die Anzahl Abonnenten nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[272]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	iTunes	Netflix
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-10] %

Tabelle 50: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (Netzwerk von UPC)

[271] Vgl. act. 21, Rz 547 sowie Beilage 28, Blatt 3a.
[272] Vgl. act. 21, Rz 549 sowie Beilage 28, Blatt 3b.

326. Auf dem nationalen Plattformmarkt für die Übertragung von VoD präsentiert sich die Marktanteilsentwicklung nach Angaben der Zusammenschlussparteien wie folgt:[273]

		Total	Parteien		Wettbewerber		
			Sunrise	UPC	Swisscom	iTunes	Netflix
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %	[10-20] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-10] %

Tabelle 51: Marktanteilsentwicklung im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (national)

327. Im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD (Netzwerk von UPC) wird Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben über einen Marktanteil von rund [20-30] % verfügen. Sie wird damit die stärkste Teilnehmerin im Markt, gefolgt von Swisscom mit rund [20-30] %, iTunes mit rund [20-30] % und Netflix mit rund [10-20] % Marktanteil Die Analyse der Marktanteile liefert vorliegend keine Anhaltspunkte dafür, dass die Übernahme von UPC durch Sunrise eine Einzelmarktbeherrschung im Plattformmarkt für die Übertragung von VoD begründet oder verstärkt.

B.4.2.2.11. Märkte für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV

328. Auf den diversen Märkten für die Bereitstellung für Sportübertragungen im Pay-TV, auf welchen UPC über die exklusiven Übertragungsrechte verfügt, hat UPC einen Marktanteil von jeweils 100 %.

329. Sunrise macht in diesem Zusammenhang geltend, dass eine solche allfällige Einzelmarktbeherrschung von UPC – wenn überhaupt – schon vor und unabhängig vom Zusammenschluss bestehen würde. Die Frage der marktbeherrschenden Stellung von UPC werde in jedem Fall durch das Zusammenschlussvorhaben weder begründet noch verstärkt. Entsprechend sei ein Eingriff in diesen Markt im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlusses ausgeschlossen.[274] Gemäss vorläufiger Prüfung verfüge UPC in den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV, in denen sie über exklusive Übertragungsrechte verfüge, über einen Marktanteil von 100 %. Der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens führe zu keinen Marktanteilsadditionen. Die Zusammenschlussparteien würden nach Ansicht der vorläufigen Prüfung aufgrund der miterworbenen exklusiven Übertragungsrechte auf diesen Märkten ebenfalls über einen Marktanteil von 100 % verfügen. Der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens führe damit zu keinen Wettbewerbswirkungen auf den in der vorläufigen Prüfung abgegrenzten Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV. Dementsprechend sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Eingriff in diesen Markt ausgeschlossen.[275]

330. Die Zusammenschlussparteien werden auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV sowohl vor als auch nach dem Zusammenschlussvorhaben über Marktanteile von jeweils 100 % verfügen. Dennoch muss berücksichtigt werden, dass der Marktanteil von 100 % der Zusammenschlussparteien eine grössere Kundenbasis repräsentiert. Durch den Zusammenschluss sind in diesen Märkten nur sehr geringe Wettbewerbswirkungen zu erwarten, da diejenigen Kunden, für die der exklusive Premium-Content von UPC bereits zu einem Wechsel geführt hat, bei den Zusammenschlussparteien verbleiben. Gleichzeitig hatte der Premium-Content auf diejenigen Kunden, die bei Sunrise verblieben sind, keine entsprechende Anreizwirkung, welche diese Kunden zu einem Wechsel veranlasst hätte. Dementsprechend dürften die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Bereich vernachlässigbar sein. Insgesamt ist daher nicht zu erwarten, dass der Zusammenschluss zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (vgl. dazu nachfolgend Rz 331 ff), auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV führen wird.

B.4.2.2.12. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

331. Gemäss Bundesgericht liegt Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es müsse demnach über

[273] Vgl. act. 21, Rz 549 sowie Beilage 28, Blatt 3b.
[274] Vgl. act. 21, Rz 551.
[275] Vgl. act. 218, Rz 55.

die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten würden. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung müsse somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setze in diesem Sinne eine mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Fusionsprojekt voraus. Gerade auf dieses Kriterium habe der Gesetzgeber grosses Gewicht gelegt. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verwende mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission gehe, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stelle.[276]

332. Bestehe auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehle es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen seien diesfalls unzulässig. Entscheidend sei demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch – aus einer dynamischen Sichtweise – wenigstens potenzieller Wettbewerb bestehe.[277]

333. Das heisst, dass trotz Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG eine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG gemäss Definition des Bundesgerichts nur dann massgeblich ist, wenn festgestellt wird, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs droht. Folglich ist im Rahmen von Art. 33 KG zu prüfen, ob durch die allenfalls marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

334. Bereits aus der Botschaft KG 1994 geht hervor, dass im Gegensatz zu Art. 7 KG über unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert wird. Das Kriterium «entspricht der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen. Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein.»[278]

335. Nach der Praxis der WEKO ist aus der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu folgern, dass das blosse Vorliegen von Konkurrenz die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausschliesst. Danach kann wirksamer Wettbewerb auf dem fraglichen Markt bereits beseitigt werden, wenn sich die restlichen Marktteilnehmer (Randwettbewerber) nach dem Zusammenschluss nicht mehr als Konkurrenten verhalten können oder keinen massgeblichen disziplinierenden Einfluss im Markt etablieren können.[279] Auch das Bundesverwaltungsgericht scheint mit seinem jüngsten Urteil dieser Sichtweise zu folgen.[280] Somit kann ein marktbeherrschendes Unternehmen selbst bei einem Restwettbewerb die Möglichkeit haben wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.[281] Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt, ohne dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussparteien beabsichtigt ist.[282]

336. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist nach der Praxis der WEKO gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedenfalls dann gegeben, wenn der Zusammenschluss den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bestehende Wettbewerber aus dem Markt zu drängen oder Marktzutritte zu verhindern. Nicht erforderlich ist hingegen der Nachweis, dass dies tatsächlich (oder schon nur wahrscheinlich) erfolgen wird.[283]

337. Zudem sind gemäss Art. 10 Abs. 4 KG bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen.

338. Wie soeben eruiert, kann das Zusammenschlussvorhaben auf den Märkten für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC als auch auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV zu einer Verstärkung einer Einzelmarktbeherrschung führen.

339. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass nach Schweizer Recht ein qualifizierter Marktbeherrschungstest durchzuführen ist und der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG eine sehr hohe Schwelle für regulatorische Eingriffe setze.[284] Hierbei

[276] Vgl. BGE 133 II104 E. 6.3 (= RPW 2007/2, 327 f. E. 6.3), *Swissgrid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

[277] Vgl. BGE 133 II 104 E. 6.4 (= RPW 2007/2, 328 E. 6.4), *Swissgrid/WEKO*; Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.5, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

[278] Vgl. BBl 1995 I 468, 583 f. Ziff. 234.2.

[279] Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.2.2007, RPW 2007/2, 335 E. 6.4, *BZ-20 Minuten/WEKO*.

[280] Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-831/2011 vom 18. Dezember 2018,Rz 1169, *Sanktionsverfügung - Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

[281] Vgl. RPW 2015/3, 503 Rz 220, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2009/4, 405 Rz 242 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2008/1, 185 Rz 462, *Migros/Denner*.

[282] Vgl. RPW 2009/4, 405 Rz 244, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

[283] Vgl. RPW 2009/4, 436 f. Rz 395 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*.

[284] Act. 438, rz 51 f.

nehmen die Zusammenschlussparteien auf den Entscheid *Swissgrid* Bezug und halten fest, dass ein behördliches Eingreifen nur dann möglich sei, wenn ein Unternehmenszusammenschluss den Markt derart verändere, dass wirksamer Wettbewerb bereits aus strukturellen Gründen beseitigt werden könne.

340. Hierzu ist anzumerken, dass in Zusammenschlussvorhaben immer eine in die Zukunft gerichtete Beurteilung vorzunehmen ist. Für die Eingriffsvoraussetzungen sind hierbei die beiden Kriterien «wirksamer Wettbewerb» und die «Möglichkeit der Beseitigung» relevant.

341. Gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt wirksamer Wettbewerb dann vor, wenn Unternehmen über keinen besonderen Verhaltensspielraum verfügen, weil andere Unternehmen diese durch ausreichendem Wettbewerbsdruck in ihrem Verhalten disziplinieren.[285] Damit dies möglich ist, müssen Konkurrenten in der Lage sein, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben.[286] Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass andere Unternehmen, die in einem Markt bislang noch nicht tätig sind, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten können, wenn hiervon eine disziplinierende Wirkung ausgeht.[287] Damit von einer hinreichenden Konkurrenzwirkung ausgegangen werden kann, müssen der Marktgegenseite ausreichende Ausweichmöglichkeiten offen stehen.[288] Dies ist nur dann der Fall, wenn eine solche Anzahl an Marktteilnehmern die neuen bzw. alternativen Produkte erlangen kann, dass das jeweilige Unternehmen dieses Ausweichen nicht hinnehmen kann, da andernfalls für das jeweils marktbeherrschende Unternehmen bzw. die jeweils marktbeherrschenden Unternehmen keine Notwendigkeit für die Änderung des eigenen Verhaltens besteht, weil die Marktgegenseite mangels tatsächlich vorhandener Alternativen auch weiterhin ganz überwiegend auf die Abnahme seiner Produkte angewiesen ist.[289]

342. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs auf einem Markt liegt mit anderen Worten dann vor, wenn ein Markt seine Funktionen wahrnehmen kann. Dies sind insbesondere die Preisbildungs- und Koordinationsfunktion, die Markträumung, die Allokation von Gütern und Produktionsfaktoren, die Rentenbildung, die Effizienzverbesserung und die Innovationsförderung. Besteht allerdings das Risiko, dass aufgrund fehlenden Wettbewerbs ein Markt seine Funktionen nicht mehr richtig wahrnehmen kann, so ist damit die Wirksamkeit des Wettbewerbs nicht mehr gegeben. Ist beispielsweise die Preisbildungsfunktion eines Marktes aufgrund fehlenden Wettbewerbs gestört, so kann der Markt einen Teil seiner Funktionen nicht mehr wahrnehmen. Damit ist die Wirksamkeit des Wettbewerbs auf dem Markt beseitigt. Ausgehend von diesen Überlegungen ist bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens, ob gemäss Art. 10 Abs. 2 KG wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, auf die Möglichkeit des Marktes, seine Funktionen wahrzunehmen, abzustellen. Es genügt daher nicht einfach festzustellen, ob und in wieweit weiterhin Wettbewerber bestehen, sondern es ist zu analysieren, ob und in wieweit marktbeherrschende Marktteilnehmer die Marktfunktionen beeinträchtigen können. Nur wenn der Markt weiterhin sämtliche seiner Funktionen wahrnehmen kann, ist wirksamer Wettbewerb nicht beseitigt.

343. Die Zusammenschlussparteien vertreten die Meinung, dass im Rahmen der Prüfung hinsichtlich der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nachgewiesen werden müsse, dass der jeweils sachlich relevante Markt seine zentralen Funktionen (Allokation, Anpassung und Innovation) nicht mehr erfüllen könne.[290] Hierbei schiessen die Zusammenschlussparteien über das Ziel hinaus, auch wenn sie richtigerweise auf das Funktionieren des Marktes abstellen. Sie verkennen, dass der Gesetzgeber nur die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und nicht eine notwendige Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vorgesehen hat. Letzteres wäre in einer in die Zukunft gerichteten Analyse auch nicht möglich.

344. Sunrise macht in diesem Zusammenhang lediglich geltend, dass selbst wenn die WEKO im Rahmen der vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG wider Erwarten zur Auffassung gelangen sollte, dass infolge des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens eine (individuell oder kollektiv) marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussparteien begründet oder verstärkt würde, sei ausgeschlossen, dass in einem der fraglichen Märkte durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens der Wettbewerb beseitigt werden könne. In den Märkten für IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC sowie den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV würde eine Einzelmarktbeherrschung der Zusammenschlussparteien vorbestehend sein.[291]

345. Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. Aufgrund der bereits vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens bestehenden allfälligen Marktbeherrschung und aufgrund der geringen Wettbewerbswirkungen des Zusammenschlusses in diesen Bereichen, ist die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs auf den Märkten für den IP-Interkonnektionszugang zu den Endkunden von Sunrise und UPC und auf den Märkten für die Bereitstellung von Sportübertragungen im Pay-TV zu verneinen.

B.4.3 Kollektive Marktbeherrschung

346. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Hierbei ist zu prüfen, ob Anreize zu koordiniertem Verhalten gegeben

[285] Entscheid des BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, Rz 402.
[286] Entscheid des BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, Rz 439.
[287] Entscheid des BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, Rz 459.
[288] Entscheid des BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, Rz 466.
[289] Entscheid des BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, Rz 466.
[290] Act. 438, Rz 54.
[291] Vgl. act. 218, Rz 343 f.

sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die aus einem Zusammenschluss resultierenden Effekte, die zu einer solchen Anreizkonstellation führen können, werden nachfolgend als «koordinierte Effekte» bezeichnet. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in früheren Entscheiden behandelt.[292]

347. Das Bundeskartellamt beschreibt das Konzept der gemeinsamen Marktbeherrschung im Oligopol als eine Marktsituation mit wenigen Unternehmen, die sich am Markt in einer Weise parallel verhalten, die wesentlichen Wettbewerb zwischen ihnen nicht erkennen lässt, obwohl sie individuell durchaus über ein erhebliches Potential für Wettbewerb verfügen.[293] Durch einen horizontalen Zusammenschluss können sich für die Unternehmen im betroffenen Markt Möglichkeiten und Anreize ergeben, ihr Verhalten (zukünftig) zu koordinieren (Entstehung einer gemeinsamen Marktbeherrschung) oder eine bestehende Verhaltenskoordination zu erleichtern bzw. zu stabilisieren (Verstärkung gemeinsamer Marktbeherrschung).[294] Gemäss Bundeskartellamt liegt eine gemeinsame Marktbeherrschung vor, wenn es zum einen an wesentlichem Wettbewerb im Innenverhältnis der Oligopolisten und zum anderen an wesentlichem Wettbewerb durch Aussenseiter fehlt.[295] Zentral ist hierbei, dass sich die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen nicht weiterhin als Konkurrenten verhalten[296], obwohl sie aufgrund ihrer Marktstellung unter Ausnutzung sämtlicher Wettbewerbsparameter Konkurrenzdruck aufbauen und sich gegenseitig disziplinieren könnten.

348. Koordiniertes Verhalten kann explizit unter Marktteilnehmern vereinbart werden oder es kann implizit bzw. stillschweigend stattfinden. Aus ökonomischer Sicht ist es für die Prüfung einer kollektiven Marktbeherrschung irrelevant, ob koordiniertes Verhalten explizit begründet ist oder stillschweigend stattfindet; eine Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs findet in beiden Fällen statt. So kann sich ein Unternehmen explizit vehement gegen kollusives Verhalten aussprechen, wenngleich es sich durch sein Marktverhalten unter der Antizipation des Verhaltens der anderen Marktteilnehmer an einem hierdurch koordinierten Verhalten aktiv beteiligt, insbesondere, wenn es sich trotz hohen Gewinnmargen an die Preissetzung eines im Markt führenden Unternehmens anpasst. Für das Zustandekommen von koordinierten Effekten ist nicht notwendig, dass die an der Koordination beteiligten Unternehmen vereinbaren, sich nicht mehr als Wettbewerber zu verhalten. Relevant ist vielmehr, dass die an der Koordination beteiligten Unternehmen ein Verhalten an den Tag legen, welches einem abgestimmten Verhalten gleichkommt.

349. Dabei können auch Konstellationen vorkommen, in welchen ein Unternehmen im Markt eine stärkere Marktstellung hat als andere im Markt tätige Unternehmen und sich dieses daher bis zu einem gewissen Grad unabhängig verhalten kann. Dennoch muss nicht notwendigerweise eine Einzelmarktbeherrschung vorliegen, wenn das stärkere Unternehmen dennoch darauf achten muss, dass die Preisdifferenz zum weniger starken Marktteilnehmer nicht zu gross wird.

350. Wenn der weniger starke Marktteilnehmer in tatsächlicher Hinsicht keine oder kaum Möglichkeiten hat, über die ihm zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter Marktanteile zu Lasten des stärkeren Marktteilnehmers hinzuzugewinnen, weil letzterer aufgrund seiner Marktstärke auf jede mögliche Aktion des schwächeren Marktteilnehmers schnell und umfassend reagieren kann, werden dem schwächeren Marktteilnehmer die Möglichkeiten genommen, sich im Markt weiterhin als Wettbewerber zu verhalten.[297] Eine solche Fallkonstellation kann auch dann auftreten, wenn der stärkere Marktteilnehmer nicht einzelmarktbeherrschend ist, beispielsweise weil sich der stärkere Marktteilnehmer hinsichtlich der ihm zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter gegenüber dem schwächeren Marktteilnehmer nicht vollkommen unabhängig verhalten kann.

351. Ein solches Verhalten kann durchaus unilateral erfolgen. Dies ist insbesondere immer dann der Fall, wenn ein dominantes aber nicht einzelmarktbeherrschendes Unternehmen im Markt als Preisführer unilateral einen Preis vorgibt, an den sich die anderen Marktteilnehmer dann unilateral anpassen. Ein solches Verhalten wird in der ökonomischen Standardtheorie als Stackelberg-Oligopol bezeichnet.[298]

352. Dies bedeutet auch, dass der Umstand, dass der Marktanteil von Swisscom auch nach dem Zusammenschlussvorhaben in sämtlichen Bereichen über demjenigen der Zusammenschlussparteien bleiben wird,[299] nicht automatisch gegen die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung spricht.

353. In der ökonomischen Literatur werden koordinierte Effekte, welche bei einer kollektiven Marktbeherrschung möglich sind, immer dann angenommen, wenn der zu erwartende Gewinn durch koordiniertes Verhalten grösser ist als die zu erwartenden Gewinne, gesetzt den Fall,

---

[292] Vgl. RPW 2018/4, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2017/3, 483 Rz 132, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2016/1, 121 f. Rz 424 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2016/1, 281 f. Rz 148, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2016/1, 330 Rz 254 f., 333 Rz 272, 334 Rz 281 und 336 Rz 309, *SRG/Swisscom/Ringier*; RPW 2015/4, 751 Rz 62, *Saint-Gobain/Sika*; RPW 2015/3, 495 Rz 158, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2013/4, 685 Rz 84, *BLS AG/BLS Cargo AG*; RPW 2010/3, 528 Rz 224, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 630 Rz 247, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/3, 450 f. Rz 252, *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 184 Rz 455, *Migros/Denner*.

[293] Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Rz 81, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=12.

[294] Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 293), Rz 81.

[295] Vgl. Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 293), Rz 82.

[296] Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, in Sachen WEKO gegen Berner Zeitung AG und Tamedia, E. 6.4.

[297] Vgl. RPW 2010/3, S. 556 Rz 385 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*; MAS-COLELL, WHINSTON, GREEN, Microeconmic Theory, 1995, S. 426 f., Urteil des BGer vom 22. Februar 2007 i.S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG und Tamedia AG, E. 6.4.

[298] ANDREU MAS-COLELL, MICHAEL D. WHINSTON, JERRY R. GREEN, Microeconomic Theory, 1995, S. 426 f., GEOFFREY A. JEHLE, PHILIP J RENY, Advanced Microeconomic Theory, Third Edition, 2011, S. 189.

[299] […].

dass der Konkurrent bzw. die Konkurrenten vom koordinierten Verhalten abweichen.[300] Aus ökonomischer Sicht ist relevant, ob Unternehmen durch koordiniertes Verhalten die Preise derart beeinflussen, dass sie gegenüber dem kompetitiven Gleichgewicht erhöht sind.[301]

354. Als stillschweigend koordiniertes Verhalten von Unternehmen werden rechtlich formlose Aktivitäten der Koordination und Kooperation bezeichnet, die zum Ziel haben, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken. Insbesondere wenn Unternehmen in einer Folge von Perioden im Markt aktiv sind, erhält die Konkurrenzsituation eine zeitliche Dimension, die eine dynamische Betrachtung des Wettbewerbs erfordert. Durch die zeitliche Dimension und die damit verbundenen Reaktionsmöglichkeiten des jeweiligen Konkurrenten ergeben sich Anreize, welche stillschweigend koordiniertes Verhaltensweisen stabilisieren können.[302]

355. Zur Klärung der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es daher einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf den relevanten Märkten. In diesem Zusammenhang sind die koordinationshemmenden oder -fördernden Marktcharakteristika jeweils zu untersuchen. Hierbei ist eine kollektive Marktbeherrschung und ein damit einhergehendes Parallelverhalten dann zu erwarten, wenn die Koordinierung aus sich selbst heraus hinreichend stabil ist.[303] Dies ist dann der Fall, wenn die Unternehmen keinen Anreiz haben, vom Koordinierungsergebnis einseitig abzuweichen. Zudem ist koordiniertes Verhalten nur möglich, wenn die Rahmenbedingungen dies zulassen. Im Zuge eine Gesamtbetrachtung genügt es daher nicht, die herangezogenen Kriterien einzeln zu bewerten und dann im Durchschnitt zu schauen, ob eine kollektive Marktbeherrschung wahrscheinlich ist. Dies würde dem Grundsatz «judex non calculat» widersprechen. Vielmehr fliessen die Feststellungen der einzelnen Kriterien in eine Gesamtbetrachtung ein. Selbst, wenn sich in sämtlichen Kriterien eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation ergeben kann, bedeutet dies nicht zwingend, dass eine kollektiv marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, realisiert werden muss. Gleichzeitig kann wegen einer Verbesserung der Wettbewerbssituation in einigen der Bewertungskriterien nicht zwingend eine kollektive Marktbeherrschung ausgeschlossen werden.

356. Zentral bei der Analyse von koordinierten Effekten im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben ist, ob und inwiefern sich das Zusammenschlussvorhaben auf die Anreizbedingungen zu koordiniertem Verhalten auswirkt. Entscheidend ist hierbei, wie sich die Wettbewerbssituation verändert (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) und ob diese zur Möglichkeit führt, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.[304] So muss sich die Wettbewerbssituation so verändern, dass das bzw. die marktbeherrschenden Unternehmen wirksamen Wettbewerb dadurch beseitigen können, dass beispielsweise vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb gedrängt werden oder verhindert wird, dass sich solche weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen.

357. Damit ein koordiniertes Verhalten überhaupt entstehen und aufrechterhalten werden kann, genügt es, wenn die Kollusionspartner ein gemeinsames Verständnis hinsichtlich des gemeinsam zu erreichenden Kollusionsziels haben, um sich entsprechend koordinieren zu können.[305] In der bisherigen Praxis hat die WEKO zur Beurteilung folgende Indikatoren herangezogen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile der beteiligten Unternehmen, Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz.[306]

358. Das von Liberty Global eingereichte Gutachten von Oxera vom 3. Juli 2019 (nachfolgend: Gutachten Oxera) […].[307]

359. Diesen Ausführungen ist insoweit zuzustimmen, als dass […] bedeutet dies jedoch auch, dass es sich nicht in dem Sinne um kumulative Kriterien handelt, als dass sie alle vollumfänglich erfüllt sein müssten, damit von kollektiver Marktbeherrschung ausgegangen werden kann. Vielmehr sind die einzelnen Kriterien und deren Wechselwirkungen untereinander anhand des konkreten Einzelfalls zu betrachten und zu gewichten. Dies hat zur Folge, dass selbst wenn ein Kriterium nicht explizit für kollusives Verhalten spricht, eine kollektive Marktbeherrschung aufgrund der Gesamtbetrachtung dennoch vorliegen kann. In diesem Sinne kann eine Orientierung an den von Oxera vorgebrachten Airtours-Kritieren angebracht sein.[308] Demnach kann eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegen, wenn erstens im Markt

[300] RPW 2010/3, S. 529 Rz 230, *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*.
[301] Vgl. auch KÜHN KAI-UWE, An Economists' Guide through the Joint Dominance Jungle, John M. Olin Center for Law & Economics, Paper #02-014, pdf-Seite 8, https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2002/Documents/Kuhn%2002014.pdf, zuletzt besucht am 21.05.2019.
[302] Vgl. RPW 2010/3, S. 529 Rz 231, *France Télécom SA/Sunrise Communications SA*.
[303] Leitfaden des BUNDESKARTELLAMTES zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 293), Rz 84.
[304] Vgl. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, E. 6.4.
[305] Vgl. RPW 2018/4, 970 Rz 185, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, S 530 Rz 234, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[306] RPW 2018/4, 971 Rz 186, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, 530 Rz 233, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/3, 498 ff. Rz 198 ff., *Heineken/Eichhof*; RPW 2008/1, 186 ff. Rz 470 ff., *Migros/Denner*; KÜHN KAI-UWE, The Coordinated Effects of Mergers, in: Handbook of Antitrust Economics, Herausgeber Buccirossi Paolo, 2008 (zit : KÜHN, The Coordinated Effects of Mergers), S. 105 – 144 oder MOTTA MASSIMO, Competition Policy – Theory and Practice, 2004 (zit. MOTTA, Competition Policy), S. 142 ff., wobei in der ökonomischen Literatur weitere Kriterien, die einen Hinweis auf kollektive Marktbeherrschung hindeuten können, diskutiert werden.
[307] Vgl. act. 244, Beilage 1. S. 6.
[308] Vgl. EuG, 06.06.2007, T-342/99, («Airtours»), Slg. 2002, II-2585, Rz 62.

eine ausreichende Transparenz herrscht, so dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit in Erfahrung bringen kann. Zweitens muss eine stillschweigende Koordination auf Dauer erfolgen können, was gleichbedeutend ist, dass es einen Anreiz geben muss, nicht vom gemeinsamen Verhalten auf dem Markt abzuweichen. Und drittens darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerber sowie der Marktgegenseite die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellen. Die von der WEKO herangezogenen Kriterien zur Prüfung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung (vgl. Rz 357) konkretisieren damit die Airtours-Kriterien.

360. Um die Wahrscheinlichkeit von koordiniertem Verhalten auf den einzelnen Märkten abschätzen zu können, muss aufgrund der Interdependenzen neben der Analyse einzelner Effekte auf den betroffenen Märkten auch eine Gesamtbeurteilung vorgenommen werden.[309] Zur Etablierung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es eines Zusammenwirkens der im Markt bzw. den Märkten agierenden Akteure, welche gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung einnehmen können.[310] Eine Koordination fällt bei einer Einzelmarktbeherrschung naturgemäss weg, da nur ein einzelner Akteur den Markt beherrscht und keine Koordination mit weiteren Akteuren stattfinden muss. Da allerdings bei einer kollektiven Marktbeherrschung im Vergleich zur Einzelmarktbeherrschung zusätzlich die mögliche Koordination zwischen den daran beteiligten Unternehmen nachgewiesen werden muss, werden an die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung erhöhte Anforderungen gestellt.

361. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass sich die Parteien, die sich stillschweigen absprechen könnten, auf eines von mehreren möglichen Gleichgewichten einigen müssten, um ein stabiles kollusives Verhalten zu erreichen.[311] Dies sei gemäss den Zusammenschlussparteien nicht einfach zu erreichen, da die Auswahl eines Gleichgewichts bereits eine Form der Koordination bzw. ein Verhandeln oder einen Fokuspunkt (sog. Focal Point) erfordere. Daher sei ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit koordinierter Effekte, ob es möglich wäre, sich über die Bedingungen der kollusiven Koordination im Markt zu einigen.

362. Als weiteres Kriterium muss gemäss den Zusammenschlussparteien kollusives Verhalten nach dem Zusammenschluss dauerhaft aufrecht erhalten werden können.[312] Dies könne der Fall sein, wenn glaubwürdige Sanktionsmechanismen zur Verfügung stehen würden und es keine exogenen destabilisierenden Faktoren wie eine (mächtige) Marktgegenseite oder Markteintritte neuer Konkurrenten gebe. Zudem könne es endogene und exogene Verschiebungen von Angebot und Nachfrage geben, was eine nachhaltige kollusive Verhaltensweise unwahrscheinlich mache.

363. Insgesamt kommen die Zusammenschlussparteien zu dem Schluss, dass eine kollektive Dominanz der Zusammenschlusspartien mit Swisscom sehr unwahrscheinlich sei und das Zusammenschlussvorhaben die Wahrscheinlichkeit stillschweigender Kollusion in den betroffenen Märkten eher verringere als erhöhe.[313]

364. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden insbesondere die Auswirkungen auf den Märkten für leitungsgebundene Fernmeldedienste analysiert. Die Zusammenschlussparteien und Swisscom verfügen jeweils über ein leitungsgebundenes Netzwerk und bieten hierüber Fernmeldedienste an. Zudem können bei weiteren Fernmeldediensten verschiedene Synergien entstehen, welche koordiniertes Verhalten erleichtern. Daher ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom zu prüfen.

365. Im Bereich mobile Fernmeldedienste sind hingegen nur marginale Wettbewerbsveränderungen zu erwarten. Dennoch können durch die Akquisition des leitungsgebundenen Netzwerks von UPC Wechselwirkungen entstehen, die einen Einfluss auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung haben können. Dies insbesondere, weil die Zusammenschlussparteien nach erfolgtem Zusammenschluss wie Swisscom sowohl über ein eigenes Mobilfunknetz als auch über ein eigenes Festnetz verfügen werden.

366. Die Märkte für Fernmeldedienstleistungen im Bereich leitungsgebundener Fernmeldedienste weisen regional unterschiedliche Strukturen auf. So bestehen einige Regionen, in welchen Elektrizitätsversorgungsunternehmen alleine oder zusammen mit Swisscom eine Glasfasernetzwerkinfrastruktur aufgebaut haben. In diesen Regionen bestehen sowohl ein Kupferkabelnetz, ein Koaxialkabelnetz als auch ein Glasfasernetz bis in die einzelnen Haushalte. Weiter bestehen Regionen, in welchen lediglich das Kupferkabelnetz von Swisscom und das Koaxialkabelnetz von UPC oder einem anderen Kabelnetzunternehmen zur Verfügung stehen. In wiederum anderen Regionen besteht nur das Kupferkabelnetz von Swisscom (vgl. Rz 135 ff.).

367. Über diese leitungsgebundenen Netzwerke werden insbesondere Breitbandinternetangebote (inklusive Festnetztelefonie) und TV-Angebote bereitgestellt. Eine kollektive Marktbeherrschung ist daher insbesondere in diesen Bereichen zu prüfen.

B.4.3.1 Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

368. Nachfolgend werden die Marktanteile und die Marktkonzentration für die Bereiche leitungsgebundene Fernmeldedienste und TV-Angebote hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung mit Swisscom analysiert.

[309] RPW 2018/4, 971 Rz 186, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, S. 530 Rz 235, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[310] RPW 2010/3, S. 530 Rz 237, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[311] Act. 21, Rz 574.
[312] Act. 21, Rz 576 f.
[313] Act. 21, Rz 578 sowie Rz 587 ff.

B.4.3.1.1. Endkundenmärkte für Breitbandinternet für Privatkunden

369. Auf dem Markt für Breitbandinternet für Privatkunden bei einer schweizweiten räumlichen Marktabgrenzung vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom die nachfolgenden Marktanteile auf sich (vgl. auch Rz 251):

Nationaler Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden*									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			Quick-line	Net+	Impro Ware
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	n/a	n/a
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

* in Anzahl Endkundenverträgen

Tabelle 52: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden

370. Bei einer räumlichen Marktausdehnung, welche dem Netzwerk von UPC entspricht, ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden - Netzwerk von UPC									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			Salt	Others	
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	
	%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	[90-100] %	[0-10] %	[0-10] %	
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	[…]	
	%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	[90-100] %	n/a	[0-10] %	
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	[…]	
	%	100 %	[10-20] %	[20-30] %	[50-60] %	[90-100] %	n/a	[0-10] %	

Tabelle 53: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

371. Die Marktanteilsbetrachtung zeigt, dass die Zusammenschlussparteien und Swisscom im Falle eines Zusammenschlusses einen gemeinsamen Marktanteil von über [80-90] % auf sich vereinen würden. Zudem zeigt sich, dass Sunrise im Durchschnitt pro Jahr knapp […] Prozent Marktanteil hinzugewinnt. Swisscom hat seit 2016 etwas an Marktanteil verloren, wobei Swisscom ihren Marktanteil im Jahr 2018 leicht gegenüber dem Vorjahr steigern konnte. Hingegen hat UPC in den zwei Jahren zwischen […] Prozent an Marktanteilen […]. Auf dem regionalen Markt, welcher das Netz von UPC einschliesst, erreichen die Zusammenschlussparteien und Swisscom gar einen gemeinsamen Marktanteil von über [90-100] %.

372. Sunrise macht geltend, dass in der vorläufigen Prüfung unbeachtet geblieben sei, dass (nebst einer Vielzahl weiterer Wettbewerber) mit Salt der Maverick auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens im Markt verbleiben werde. Salt sei damit zusammen mit einer Vielzahl weiterer Wettbewerber nicht bloss aufgrund des sehr erfolgreich gestarteten leitungsgebunden Breitbandinternetangebots eine starke wettbewerbstrei-

bende Kraft im Endkundenmarkt für Breitbandinternet, sondern auch über deren Mobilfunknetz.[314]

373. Hierzu ist auf die Ausführungen in Rz 125 zu verweisen. Salt führt in diesem Zusammenhang aus, dass es aufgrund der beschränken Kapazität der Mobilnetze nicht möglich sein werde, diese Technologie grossflächig auszurollen. Auch die sogenannte Dienste-Qualität könne auf einem Mobilnetz nicht garantiert werden, denn diese ist abhängig von der Anzahl Nutzer auf der Antenne. Wenn es auf die Dienste-Qualität bei Retailkunden ankomme, werde und bleibe ein moderner Festnetzanschluss über Glasfaser das Mass aller Dinge.[315]

374. Berechnet man für den Markt das Konzentrationsmass nach dem Hirschmann-Herfindahl-Index (nachfolgend: HHI)[316], so erhält man die nachfolgenden Werte:

Endkundenmarkt für Breitbandinternet	HHI vor Zusammenschluss	HHI nach Zusammenschluss	HHI Kollektiv
2016	[3000-4000]	[3000-4000]	[6000-7000]
2017	[3000-4000]	[3000-4000]	[6000-7000]
2018	[3000-4000]	[3000-4000]	[6000-7000]
2018 (Netz UPC)	[…]	[…]	[…]

Tabelle 54: Konzentration im Endkundenmarkt für Breitbandinternet.

375. Sunrise macht geltend, der HHI sei für die Prüfung einer allfälligen kollektiven marktbeherrschenden Stellung schlicht kein aussagekräftiges Instrument.[317] Ein hoher Konzentrationsgrad gemäss HHI sage betreffend die Möglichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung nichts aus. Der HHI stelle primär ein Selektionsinstrument dar, um Zusammenschlussvorhaben auszuschliessen, die von vornherein keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen (koordinierte oder nicht-koordinierte Effekte) zeitigten. Keinesfalls stelle die Berechnung des HHI aber ein eigenständiges Prüfkriterium oder Indiz im Rahmen der nachgelagerten Abklärungen dar, ob ein Zusammenschluss allenfalls zu einer kollektiven Marktbeherrschung führe. Insbesondere lasse sich von den in der vorläufigen Prüfung enthaltenen HHI-Werten keinesfalls der Schluss ableiten, dass durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens das Potenzial für eine kollektive Marktbeherrschung entstehe. Letztlich bilde der in der vorläufigen Prüfung berechnete «HHI kollektiv» vor allem die starke Marktposition von Swisscom ab und sage nichts über die für eine kollektive Marktbeherrschung notwendige Prüfung der entsprechenden Kriterien. Ausserdem sei es aus Sicht der beteiligten Unternehmen problematisch, wenn zur Bemessung des Konzentrationsgrades der Zusammenschlussparteien und Swisscom als ein Unternehmen behandelt würden. Die HHI Berechnung fasse im Kontext von Zusammenschlussprüfungen immer nur die sich zusammenschliessenden Parteien zusammen, somit Sunrise und UPC, nicht jedoch am Zusammenschlussvorhaben unbeteiligte Dritte.[318]

376. Der HHI ist ein mathematisch berechneter Index, welcher basierend auf prozentualen Anteilen ein Konzentrationsmass indiziert. Praxisgemäss bildet die Berechnung des HHI innerhalb des ersten Prüfungspunktes «Anzahl beteiligte Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration» einen von zahlreichen Kriterien für die Evaluierung, ob durch den Zusammenschluss eine kollektive Marktbeherrschung begründet oder verstärkt wird. Insbesondere bei einer Gesamtbeurteilung, ob eine kollektive Marktbeherrschung vorliegt, ist die Anzahl der im Markt tätigen Unternehmen sowie deren Bedeutung im Markt ein aussagekräftiges Evaluationskriterium. Worauf sich die Zusammenschlussparteien stützen, wenn sie vorbringen, dass die Berechnung des HHI keinesfalls ein eigenständiges Prüfkriterium oder ein Indiz im Rahmen der nachgelagerten Abklärungen darstellen würde, ob ein Zusammenschluss allenfalls zu einer kollektiven Marktbeherrschung führt, ist nicht ersichtlich. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Das Konzentrationsmass in einem Markt kann durchaus wertvolle Hinweise auf die Möglichkeiten einer kollektiven Marktbeherrschung geben. Sunrise begründet denn auch nicht konkret, weshalb der HHI vorliegend nicht aussagekräftig sein soll. Vorliegend zeigt die Berechnung des HHI auch auf, dass der Zusammenschluss zu einer hohen Marktkonzentration führt, was auch bereits aus den Marktanteilsadditionen erkennbar ist (Spalte HHI nach Zusammenschluss). Bei der Berechnung an sich versteht es sich sodann von selbst, dass wenn es – im Unterschied zu einer Einzelmarktbeherrschung – um eine kollektive Marktbeherrschung geht, nebst den Zusammenschlussparteien auch die übrigen potentiell an der kollektiven

[314] Vgl. act. 218, Rz 87.
[315] Vgl. act. 160, Antwort zu Frage 8.
[316] Der Hirschmann-Herfindahl-Index ist ein mathematisches Konzentrationsmass, welches aus der Summe der quadrierten Marktanteile der in einem Markt tätigen Unternehmen berechnet wird. Je höher der HHI ist, desto stärker ist der Markt konzentriert. Bei einem Monopol mit 100 % Marktanteil eines einzelnen Unternehmens ergibt sich somit ein HHI von 10 000. Die Europäische Kommission sieht in ihrer Leitlinie vom 6. Februar 2004 zur Bewertung von horizontalen Zusammenschlüsse HHI von unter 1 000 grundsätzlich als unbedenklich an. HHI bis 2 000 werden als unbedenklich angesehen, wenn die Änderung des HHI durch das Zusammenschlussvorhaben weniger als 250 Punkte beträgt und HHI von über 2 000 werden als unbedenklich angesehen, wenn die Änderung des HHI durch das Zusammenschlussvorhaben weniger als 150 Punkte beträgt.
[317] Act. 348, Rz 65.
[318] Vgl. act. 218, Rz 79 ff.

Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen mitberücksichtigt werden müssen (Spalte HHI kollektiv). Die kollektive Marktbeherrschung zeichnet sich ja gerade dadurch aus, dass sich die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen mutmasslich keinen Wettbewerb liefern, sondern es wahrscheinlich ist, dass sie sich implizit oder explizit im Markt koordiniert oder zumindest in einem solchen Masse gleichgerichtet verhalten, dass der Wettbewerb zwischen ihnen beseitigt ist. Um daher beurteilen zu können, ob ein möglicher Restwettbewerb der verbleibenden Marktteilnehmer eine ausreichend disziplinierende Wirkung entfalten kann, damit dieser Restwettbewerb als wirksam bezeichnet werden kann, liefert der gemeinsame HHI (Spalte HHI kollektiv) wertvolle Hinweise.

377. Bei einer solchen Betrachtung werden die Zusammenschlussparteien und Swisscom denn auch nicht als ein Unternehmen behandelt, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen.[319] Vielmehr trägt der gemeinsame HHI den sich aus einem möglichen koordinierten Verhalten der Zusammenschlussparteien und Swisscom ergebenden Möglichkeiten im Markt zu agieren Rechnung.

378. Ein weiterer wichtiger Punkt bei der Betrachtung des Konzentrationsmasses ist, dass durch das Zusammenschlussvorhaben die Anzahl der Marktteilnehmer, die über [80-90] % (bei einer nationalen Betrachtung) bzw. über [90-100] % (bei einer regionalen Betrachtung) des Marktvolumens auf sich vereinigen, von drei auf zwei sinkt. Damit wird durch das Zusammenschlussvorhaben die Etablierung und Aufrechterhaltung einer kollektiven Marktbeherrschung bedeutend erleichtert. Alleine schon aus diesem Grund liefert der HHI einen wichtigen Indikator hinsichtlich der Marktkonzentration in den drei verschiedenen Situationen: vor dem Zusammenschlussvorhaben, nach dem Zusammenschlussvorhaben, unter der Hypothese, dass keine kollektive Marktbeherrschung resultiert, und nach dem Zusammenschlussvorhaben, unter der Hypothese, dass eine kollektive Marktbeherrschung resultiert. Die implizite Forderung der Zusammenschlussparteien, die Berechnung des HHI für diese verschiedenen Szenarien bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens unberücksichtigt zu lassen,[320] erweist sich daher als unbegründet und würde zu einer unvollständigen Sachverhaltsabklärung führen.

379. Sunrise macht weiter geltend, dass nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nebst einer Vielzahl weiterer Wettbewerber mit Salt der Maverick auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens im Markt verbleiben würde.[321] Salt ist gemäss Meinung der Zusammenschlussparteien mit einer Vielzahl weiterer Wettbewerber nicht bloss aufgrund des sehr erfolgreich gestarteten leitungsgebundenen Breitbandinternetangebots eine starke wettbewerbstreibende Kraft im Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden, sondern auch über deren Mobilfunknetz.

380. Hinsichtlich der vernachlässigbaren zu erwartenden Auswirkungen des Mobilfunkbereichs kann auf die Ausführungen in Rz 130 und 373 verwiesen werden. Hinsichtlich Salt ist zu bemerken, dass Salt erst kürzlich in den Markt für Breitbandinternet im Privatkundenbereich eingestiegen ist. Ob sich Salt letztendlich in diesem Marktsegment wird etablieren können und tatsächlich bedeutenden Wettbewerbsdruck aufbauen kann, ist heute noch nicht absehbar. Insgesamt bleibt der Marktanteil von Salt per Ende 2018 allerdings bescheiden. In einer mittelfristigen Betrachtung (3 bis 5 Jahre) könnte Salt allerdings in denjenigen Gebieten, in welchen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, an Marktanteilen hinzugewinnen. Aufgrund der unbedeutenden Anzahl an Endkunden, welche Salt heute hat, ist aber derzeit nicht von einem starken Wettbewerbsdruck seitens Salt auszugehen. Zudem ist zu beachten, dass der mögliche von Salt ausgehende Wettbewerbsdruck auf diejenigen Regionen beschränkt bleibt, in welchen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht (vgl. dazu nachfolgend Rz 381 ff.).

B.4.3.1.1.1. Bedeutung der Glasfasernetzwerkinfrastrukturen

381. Betrachtet man die Entwicklung der Anzahl Endkunden von UPC in den Bereichen, in denen keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, […] (Abbildung 1, graue Linie), […] (Abbildung 1, blaue Linie).

[…]

Abbildung 1: Entwicklung Anzahl Endkunden UPC im Zeitraum von Januar 2015 bis Dezember 2018.

382. […], dass in den räumlichen Gebieten, in welchen alternative Glasfasernetzwerkinfrastrukturen bestehen, andere Wettbewerbsverhältnisse bestehen, als in denjenigen Gebieten, in welchen keine alternativen Glasfasernetzwerkinfrastrukturen bestehen. Daher wird nachfolgend eine regional unterschiedliche Betrachtung angestellt (vgl. auch vorne Rz 135 ff.).

B.4.3.1.1.2. Wettbewerbsverhältnisse bei bestehender Glasfasernetzwerkinfrastruktur

383. Die Kundenzahlen von Swisscom zeigen, dass Swisscom zwischen […] und […].

[…]

Abbildung 2: Entwicklung Kunden Swisscom im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden

384. Betrachtet man lediglich die Anzahl Kunden mit einem Glasfaseranschluss, so ergibt sich für Swisscom das nachfolgende Bild:

[…]

Abbildung 3: Entwicklung Kunden Swisscom im Bereich Glasfaseranschlüsse für Privatkunden

385. Diese Entwicklung zeigt ein sich […] an Endkunden mit Glasfaseranschlüssen auf.

[319] Vgl. act. 218, Rz 82.
[320] Vgl. act. 218, Rz 82.
[321] Act. 218, Rz 87.

386. Sunrise verzeichnet im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden in den letzten Jahren ein konstantes Wachstum.

[…]

Abbildung 4: Entwicklung Kunden Sunrise im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden

387. Betrachtet man lediglich die Anzahl Kunden mit einem Glasfaseranschluss, so ergibt sich für Sunrise das nachfolgende Bild:

[…]

Abbildung 5: Entwicklung Kunden Sunrise im Bereich Glasfaseranschlüsse für Privatkunden

388. Sunrise weist ein fast lineares Wachstum auf, ohne dass sich hierbei Abflachungstendenzen zeigen würden.

389. Die Kundenentwicklung bei UPC präsentiert sich wie folgt:

[…]

Abbildung 6: Entwicklung Kunden UPC im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden

390. Es zeigt sich, dass UPC in denjenigen Gebieten, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht, […].

391. Die Kundenentwicklung zeigt auf, dass das Kundenwachstum im Bereich Glasfaseranschlüsse bei Swisscom […]. Gleichzeitig […]. […].

392. Gleichzeitig muss beachtet werden, dass basierend auf den Glasfasernetzwerkinfrastrukturen verschiedene Breitbandinternetdienstanbieter in den Markt eingetreten sind. Diese Ausführungen zeigen auf, dass UPC wahrscheinlich einem starken Wettbewerbsdruck seitens der FDA, welche Dienstleistungen basierend auf einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur anbieten, ausgesetzt ist. Gleichzeitig ist erkennbar, dass Swisscom trotz der aufkommenden alternativen Angebote von FDA, welche auf der Glasfasernetzwerkinfrastruktur basieren, weiter an Kunden gewinnen kann.

393. Damit ist in denjenigen Gebieten, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht, davon auszugehen, dass ein gewisser Wettbewerb besteht. Da die Glasfasernetzwerkinfrastruktur hinsichtlich Übertragungsqualität und Bandbreiten einer HFC-Netzwerkinfrastruktur überlegen ist, ist insbesondere UPC einem starken Wettbewerbsdruck durch die Glasfasernetzwerkinfrastruktur ausgesetzt, was die Kundenentwicklungen zeigen.

394. Weiter ist zu beachten, dass im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden Sunrise neben Swisscom und UPC der drittstärkste Wettbewerber ist. Während sich Swisscom, was die Anzahl Endkunden anbelangt, dem Wettbewerbsdruck durch alternative Glasfaseranbieter weitgehend entziehen kann, ist der Druck der alternativen Glasfaseranbieter auf UPC sehr stark ausgeprägt. Betrachtet man die Kundenzahlen der alternativen Glasfaseranbieter, die jeweils Marktanteile von weniger als [0-10] Prozent haben, ist ersichtlich, dass der Hauptwettbewerber von UPC Sunrise ist.[322]

395. Damit würde durch das Zusammenschlussvorhaben ein bedeutender Teil des Wettbewerbs im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden in denjenigen Gebieten geschwächt, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht.

396. Die Zusammenschlussparteien und Swisscom vereinigen nach dem Zusammenschlussvorhaben auf dem nationalen Endkundenmarkt für Breitbandinternet für Privatkunden einen Marktanteil von über [80-90] %. Quickline als nächstgrösserer Konkurrent mit einem Marktanteil von unter [0-10] % entfaltet nur eine marginale Geschäftstätigkeit im Gebiet, in dem UPC ihre Netzwerkinfrastruktur betreibt. Zudem verfügt Quickline lediglich über weniger als […] Glasfaseranschlüsse und arbeitet im Bereich FTTH lediglich mit EWB zusammen Dabei ist zudem zu berücksichtigten, dass aufgrund des Umstandes, dass es so gut wie keine parallelen Kabelnetze gibt, zwischen den verschiedenen Kabelnetzbetreibern kaum Konkurrenz besteht.

397. Aufgrund der überragenden Marktanteile der Zusammenschlussparteien und der eher geringen Konkurrenz in den Gebieten, in denen alternative Glasfasernetzwerkinfrastrukturen bestehen, kommt es durch das Zusammenschlussvorhaben zu einer Schwächung des Wettbewerbs. Dennoch bleibt ein gewisser Wettbewerbsdruck durch alternative Glasfaseranbieter auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens weiterhin vorhanden.

B.4.3.1.1.3. Wettbewerbsverhältnisse in den Gebieten der HFC-Netzwerkinfrastruktur von UPC, in denen keine Glasfasernetzwerkinfrastruktur vorhanden ist

398. Betrachtet man lediglich die Anzahl Kunden in den Postleitzahlgebieten, in welchen sowohl Swisscom als auch UPC tätig sind und in denen der Anteil an Glasfaseranschlüssen weniger als 1 % beträgt, so ergibt sich für Swisscom das nachfolgende Bild:

[…]

Abbildung 7: Entwicklung Anzahl Endkunden von Swisscom auf Basis der Kupferkabelinfrastruktur in den Postleitzahlen, in denen UPC ebenfalls tätig ist und der Anteil Glasfaseranschlüsse weniger als 1 % beträgt.

399. Die Graphik zeigt, dass die Anzahl Endkunden von Swisscom im Zeitraum zwischen […] und […] mit Schwankungen […]. Swisscom hat allerdings im Zeitraum zwischen […] und […] Kunden […]. Seit […] […] die Anzahl Endkunden von Swisscom […].

400. Betrachtet man die Entwicklung von Sunrise, so ergibt sich nachfolgendes Bild:

[…]

Abbildung 8: Entwicklung Anzahl Endkunden von Sunrise auf Basis der Kupferkabelinfrastruktur in den Postleitzahlen, in denen UPC ebenfalls tätig ist und der Anteil Glasfaseranschlüsse weniger als 1 % beträgt.

[322] Act. 21, Beilage 28, Tabellenblatt «1 Retail Fixed Internet».

401. Sunrise verzeichnet im Zeitraum zwischen […] und […] […] im Bereich der Kupferkabelinfrastruktur in den Gebieten, in denen UPC tätig ist und in denen keine oder kaum alternative Glasfasernetzwerkinfrastrukturen zur Verfügung stehen.

402. Betrachtet man die Entwicklung von UPC in denjenigen Gebieten, in denen UPC ihre eigene HFC-Infrastruktur betreibt und in denen der Anteil an Glasfaseranschlüssen unter 1 % liegt, so ergibt sich folgendes Bild:

[…]

Abbildung 9: Entwicklung Anzahl Endkunden von UPC in denjenigen Gebieten, in denen UPC ihre eigene HFC-Infrastruktur betreibt und der Anteil Glasfaseranschlüsse weniger als 1 % beträgt.

403. Insgesamt zeigt sich, dass UPC bis […] in ihrem Gebiet […]. Seit […] ist UPC […]. Gleichzeitig […] Sunrise und Swisscom in dieser Zeit in denjenigen Regionen, in denen UPC über eine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügt, […].

404. Um auf Basis der Kundenentwicklungen abschätzen zu können, wie stark die drei wichtigsten Marktteilnehmer Sunrise, Swisscom und UPC, die im Gebiet der HFC-Netzwerkinfrastruktur von UPC einen Marktanteil von über [80-90] % auf sich vereinigen, in Wettbewerb stehen, wurden über sämtliche Postleitzahlen des UPC-Netzwerkgebiets hinweg, in denen der Anteil Glasfaseranschlüsse weniger als 1 % beträgt, die Korrelationen der Kundenentwicklung von Sunrise, Swisscom und UPC berechnet.

405. Hinsichtlich der Periode von […] bis […] wurde eine Korrelationsanalyse durchgeführt, indem die Kundendifferenz zwischen […] und […] für die Unternehmen UPC, Sunrise und Swisscom und basierend hierauf die Korrelation für die einzelnen Postleitzahlgebiete berechnet wurden.

406. Die nachfolgende Tabelle (Tabelle 55) zeigt die Korrelationsanalyse für die Regionen, in denen der Anteil Glasfaseranschlüsse unter einem Prozent lag. Es wurden die Korrelation nach Spearman berechnet und mit ihren jeweiligen P-Werten angegeben.[323]

	Kundenänderung Sunrise	**Kundenänderung UPC**	**Kundenänderung SCS**
Kundenänderung Sunrise	1	[…] < […]	[…] <.[…]
Kundenänderung UPC		1	[…] < […]

Tabelle 55: Korrelationsanalyse für Kundenveränderung zwischen Juni 2017 bis Dezember 2018 in Regionen ohne FTTH (bzw. weniger als 1 % FTTH)

407. Tabelle 55 zeigt, dass eine negative Korrelation zwischen Sunrise und UPC besteht. Mit anderen Worten, wenn UPC Kunden verliert, gewinnt Sunrise Kunden hinzu und umgekehrt. Es existiert auch eine negative Korrelation zwischen UPC und Swisscom. Der Korrelationskoeffizient ist allerdings […] derjenige zwischen UPC und Sunrise. Der Korrelationskoeffizient zwischen Swisscom und Sunrise ist […]. […]. Hieraus kann mit einer hohen Wahrscheinlichkeit abgeleitet werden, dass die Zusammenschlussparteien in Wettbewerb stehen und dass dieser Wettbewerb durch das Zusammenschlussvorhaben dahinfallen würde.

408. Die nachfolgende Tabelle (Tabelle 56) zeigt die Ergebnisse der Korrelationsanalyse für den Zeitraum zwischen […] und […] in den Gebieten, die mit der Glasfasernetzwerkinfrastruktur erschlossen wurden. Im Wesentlichen können vergleichbare Ergebnisse gefunden werden, wie in den Regionen, in denen der Anteil Glasfaseranschlüsse weniger als ein Prozent beträgt. Hierbei zeigt sich allerdings, dass der Korrelationskoeffizient nach Spearman zwischen […]. Es ist allerdings zu beachten, dass in denjenigen Gebieten, in denen eine alterative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht, weitere Wettbewerber tätig sind und mit Salt ein Wettbewerber in den Markt eingetreten ist, der in diesen Regionen auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens eine disziplinierende Wirkung entfalten kann. Dieses Resultat wird auch durch die graphische Analyse bestätigt, welche zeigt, dass UPC in denjenigen Regionen, in denen eine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht, stärker an Kunden verliert und […].

[323] Es wurde die Korrelation nach Spearman gewählt, weil die zugrundeliegenden Variablen nicht normalverteilt sind und Ausreisser so besser abgefangen werden können. Dennoch wurden zur Überprüfung auch die Korrelationskoeffizienten nach Pearson berechnet. Beide Berechnungsweisen kommen zu vergleichbaren Resultaten, so dass aus beiden Berechnungsweisen dieselben Schlussfolgerungen gezogen werden können.

	Kundenänderung Sunrise	Kundenänderung UPC	Kundenänderung SCS
Kundenänderung Sunrise	1	[…] < […]	[…] < […]
Kundenänderung UPC		1	[…] < […]

Tabelle 56: Korrelationsanalyse für Kundenveränderung zwischen […] bis […] in Regionen mit FTTH

409. Auch wenn die Korrelationsanalyse auf den Zeitraum zwischen […] und […] ausgeweitet wird, ändern sich die Ergebnisse vom Grundsatz her nicht, was die Ergebnisse der Korrelationsanalyse für den Zeitraum […] und […] bestätigt. Die Korrelationskoeffizienten zwischen UPC und Sunrise sowie Swisscom sind jeweils […], zudem ist der Korrelationskoeffizient zwischen UPC und Sunrise […] als derjenige zwischen UPC und Swisscom. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass sich Sunrise und UPC seit mindestens […] in Wettbewerb zueinander befinden. Der Korrelationskoeffizient zwischen UPC und Swisscom ist […]. Die Korrelationsanalyse lässt daher auf das grösste Wettbewerbspotenzial zwischen […] schliessen.

	Kundenänderung Sunrise	Kundenänderung UPC	Kundenänderung SCS
Kundenänderung Sunrise	1	[…] < […]	[…] < […]
Kundenänderung UPC	[…] < […]	1	[…] < […]

Tabelle 57: Korrelationsanalyse für Kundenveränderung zwischen Januar 2016 bis Dezember 2018 in Regionen ohne FTTH (bzw. weniger als 1 % FTTH)

	Kundenänderung Sunrise	Kundenänderung UPC	Kundenänderung SCS
Kundenänderung Sunrise	1	[…] < […]	[…] < […]
Kundenänderung UPC	[…] < […]	1	[…] < […]

Tabelle 58: Korrelationsanalyse für Kundenveränderung zwischen Januar 2016 bis Dezember 2018 in Regionen mit FTTH

410. Diese Auswertungen indizieren, dass in denjenigen Gebieten, in denen keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur besteht, UPC […] von Sunrise konkurrenziert wird als von Swisscom. Durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens würde dieser Wettbewerb wegfallen. Da in den Gebieten, in denen UPC tätig ist und in denen keine oder kaum alternative Glasfasernetzwerkinfrastrukturen zur Verfügung stehen und neben den Zusammenschlussparteien und Swisscom kaum Wettbewerber ersichtlich sind, führt das Zusammenschlussvorhaben insgesamt zu einer bedeutenden Schwächung des Wettbewerbs.

411. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass eine Korrelationsanalyse nicht der etablierten internationalen Praxis entsprechen würde und eher mit Diversion Ratios zu arbeiten wäre.[324] Da die Zusammenschlussparteien keine belastbaren Angaben zu Kundenwanderungen machen konnten, ist die Kalkulation von Diversion Ratios nicht möglich. Daher kann aufgrund des hohen gemeinsamen Marktanteils näherungsweise auf die Korrelationsanalyse abgestellt werden.

412. Es wird von den Zusammenschlussparteien an verschiedenen Stellen ausgeführt, dass im Schweizer Festnetzmarkt heute eine hohe Wettbewerbsdynamik, auch auf der Ebene der Endkundenmärkte, bestehe.[325] Hierzu ist anzumerken, dass diese Wettbewerbsdynamik vor allem in Gebieten zu beobachten ist, in denen alternative Glasnetzwerkinfrastrukturen zur Verfügung stehen und damit für alternative FDA Vorleistungsprodukte zu vergleichsweise günstigen Preisen bezogen werden können. Darüber hinaus wird auch nicht bestritten, dass in Gebieten, in denen keine alternativen Glasnetzwerkinfrastrukturen zur Verfügung stehen, heute ein gewisser Wettbewerb spielt. Aber im Gegensatz zu den Parteien geht die WEKO – wie nachfolgend noch konkreter aufgezeigt wird – davon aus, dass dieser Wettbewerb

[324] Act. 348, Rz 65.
[325] Vgl. etwa act. 244, Rz 9, Beilage 2, S. 6 ff.

durch den Zusammenschluss in bedeutendem Ausmasse geschwächt werden würde. Mit anderen Worten geht die WEKO nicht davon aus, dass bereits heute eine kollektive Marktbeherrschung zwischen Sunrise, UPC und Swisscom besteht, sondern dass eine solche erst durch den vorliegenden Zusammenschluss möglich werden würde.

B.4.3.1.2. Markt für Festnetztelefonie

413. Der Markt für Festnetztelefonie ist analog zum Markt für Breitbandinternet für Privatkunden zu betrachten, da heutzutage ein Festnetztelefonieanschluss in der Regel nur noch zusammen mit einem Breitbandinternetanschluss vertrieben wird. Daher kann auf die Ausführungen in Kapitel B.4.3.1.1 verwiesen werden.

Nationaler Endkundenmarkt für Festnetztelefonie									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			Quick-line	Net-stream	Net+
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a	n/a
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	n/a	n/a
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[60-70] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

* in Anzahl Endkundenverträgen

Tabelle 59: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem nationalen Endkundenmarkt für Festnetztelefonie

Endkundenmarkt für Festnetztelefonie – Netzwerk von UPC								
	Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
		Sunrise	UPC			Salt		
#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
%	100 %	[10-20] %	[10-20] %	[50-60] %	[90-100] %	[0-10] %	n/a	n/a

Tabelle 60: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem Endkundenmarkt für Festnetztelefonie mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

414. Die Marktanteilsbetrachtung zeigt, dass die Zusammenschlussparteien und Swisscom im Falle eines Zusammenschlusses einen gemeinsamen Marktanteil von über 80 % auf sich vereinen würden. Zudem zeigt sich, dass Sunrise und UPC ihre Marktanteile leicht ausbauen konnten. Swisscom hat seit 2016 leicht an Marktanteilen verloren. Auf dem regionalen Markt, welcher das Netz von UPC umfasst, erreichen die Zusammenschlussparteien und Swisscom gar einen gemeinsamen Marktanteil von knapp [90-100] %.

415. Berechnet man für den Markt das Konzentrationsmass nach dem Hirschmann-Herfindahl-Index (nachfolgend: HHI), so erhält man die nachfolgenden Werte:

Endkundenmarkt für Festnetztelefonie	HHI vor Zusammenschluss	HHI nach Zusammenschluss	HHI Kollektiv
2016	[3000-4000]	[4000-5000]	[7000-8000]
2017	[3000-4000]	[3000-4000]	[7000-8000]
2018	[3000-4000]	[3000-4000]	[6000-7000]
2018 (Netz UPC)	[…]	[…]	[…]

Tabelle 61: Konzentration im Endkundenmarkt für Festnetztelefonie.

416. Durch das Zusammenschlussvorhaben würde damit erst das Potenzial für eine kollektive Marktbeherrschung entstehen. Dies führt dazu, dass die Marktkonzentration auf dem Markt für Festnetztelefonie durch den Zusammenschluss nochmals stark zunimmt.

B.4.3.1.3. Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten

417. Auf dem Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom bei einer schweizweiten räumlichen Marktabgrenzung die nachfolgenden Marktanteile auf sich:

Nationaler Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			Kabler	Zattoo	Salt
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %	[20-30] %	n/a	n/a
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	n/a	n/a
	%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %	[20-30] %	n/a	n/a

* in Anzahl Endkundenverträgen

Tabelle 62: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem nationalen Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten

418. Bei einer räumlichen Marktausdehnung, welche dem Netzwerk von UPC entspricht, ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

Auf die Netzausdehnung von UPC beschränkter Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten								
	Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
		Sunrise	UPC			Zattoo	Salt	Teleboy
#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
%	100 %	[0-10] %	[40-50] %	[40-50] %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 63: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

419. Bei der Betrachtung der Marktanteilsentwicklung zeigt sich, dass die Zusammenschlussparteien und Swisscom bei einer nationalen Abgrenzung im Bereich TV einen hohen Marktanteil halten können bzw. nur mit leichten Marktanteilsverlusten konfrontiert sind. […].

420. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass eine schweizweite Marktabgrenzung wenig aussagekräftig ist, da UPC nicht mit anderen Kabelnetzbetreibern konkurriert, weil sie in den Gebieten der anderen Kabelnetzbetreiber nicht tätig ist. Hier ist lediglich Sunrise ein Wettbewerber. Hingegen ist der räumliche Markt, der die Netzausdehnung von UPC umfasst, dahingehend aussagekräftiger, indem nur diejenigen Unternehmen erscheinen, die tatsächlich mit den Zusammenschlussparteien und Swisscom in Wettbewerb treten können. Auf diesem Markt vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom einen Marktanteil von [80-90] % auf sich.

421. Sunrise macht in Bezug auf die Marktanteile geltend, sie sei im Plattform-Markt für TV-Dienstleistungen zwar eine kompetitive Kraft […]. Betrachte man jedoch ihren aktuellen Marktanteil, so sei dieser selbst bei der allzu engen und unzutreffenden Marktabgrenzung unter [0-10] % bzw. [0-10] % und damit sehr klein. Gehe man von der nach Ansicht der beteiligten Unternehmen zutreffenden Marktabgrenzung für den Plattform-Markt für TV-Dienstleistungen aus, habe Sunrise sogar lediglich einen Marktanteil von nur circa [0-10] %. Es komme daher infolge des Vollzugs des Zusammenschlussvor-

habens lediglich zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition bzw. zusätzlichen Marktkonzentration. Schon allein deshalb gäbe es keinerlei Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung der Zusammenschlussparteien und Swisscom begründet und ohnehin nicht verstärkt werden könne.[326] Zur Beurteilung der vorliegend zur Diskussion stehenden kollektiven Marktbeherrschung der Zusammenschlussparteien und Swisscom ist der Marktanteil von Sunrise alleine wenig aussagekräftig. Entscheidend ist vielmehr, dass es durch den Zusammenschluss zu einer Marktanteilsaddition kommt und dass die Marktanteile von Sunrise/UPC und Swisscom dadurch symmetrischer werden. Darüberhinaus ist eine Marktanteilsaddition von […] % nicht als unbeachtlich zu qualifizieren.

422. Bezugnehmend auf die Marktanteile macht Sunrise zudem geltend, dass allein aufgrund der agilen OTT-TV-Anbieter Teleboy, Wilmaa und Zattoo auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens genügend Wettbewerb bestehe, um jede Möglichkeit einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung im Keime zu ersticken. Hierbei sei zu beachten, dass diese OTT-TV-Anbieter lineares Fernsehen bereits heute kostenlos anbieten und dies auf allen Netzen, somit auch im UPC-Netz tun würden. Darüber hinaus würden diese Anbieter zu einem äusserst kompetitiven Preis sehr leistungsfähige TV-Produkte anbieten. Unter diesen Umständen sei eine kollektive Marktbeherrschung der Zusammenschlussparteien und Swisscom unmöglich.[327] Dazu ist anzumerken, dass einzig Zattoo über einen Marktanteil von über einem Prozent verfügt. Alle anderen genannten aktuellen Wettbewerber verfügen lediglich über Marktanteile von deutlich unter einem Prozent. Es stellt sich daher die Frage, ob von diesen Wettbewerbern überhaupt genügend Wettbewerbsdruck aufgebaut werden kann, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten.

423. Berechnet man für den Markt das Konzentrationsmass nach dem Hirschmann-Herfindahl-Index (nachfolgend: HHI), so erhält man die nachfolgenden Werte:

Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten	HHI vor Zusammenschluss	HHI nach Zusammenschluss	HHI Kollektiv
2016	[2000-3000]	[3000-4000]	[5000-6000]
2017	[2000-3000]	[3000-4000]	[5000-6000]
2018	[2000-3000]	[3000-4000]	[5000-6000]
2018 (Netz UPC)	[…]	[…]	[…]

Tabelle 64: Konzentration in dem Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten.

424. Durch das Zusammenschlussvorhaben würde damit erst das Potenzial für eine kollektive Marktbeherrschung entstehen. Dies führt dazu, dass die Marktkonzentration auf dem Plattform-Markt für die Übertragung von linearen TV-Inhalten durch den Zusammenschluss nochmals stark zunimmt.

B.4.3.1.4. Plattform-Markt für die Übertragung von VoD

425. Auf dem Plattform-Markt für die Übertragung von VoD vereinen die Zusammenschlussparteien und Swisscom gemäss eigenen Angaben bei einer schweizweiten räumlichen Marktabgrenzung die nachfolgenden Marktanteile auf sich:

Nationaler Plattform-Markt für die Übertragung von VoD									
		Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
			Sunrise	UPC			iTunes	Netflix	Google
2018	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[40-50] %	[30-20] %	[10-20] %	[0-10] %
2017	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[40-50] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	%	100 %	[0-10] %	[10-20] %	[20-30] %	[40-50] %	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %

* in Anzahl Endkundenverträgen

Tabelle 65: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem nationalen Plattform-Markt für die Übertragung von VoD

[326] Vgl. act. 218, Rz 170.

[327] Vgl. act. 218, Rz 172.

426. Bei einer räumlichen Marktausdehnung, welche dem Netzwerk von UPC entspricht, ergeben sich die nachfolgenden Marktanteile:

Auf die Netzausdehnung von UPC beschränkter Plattform-Markt für die Übertragung von VoD-Inhalten								
	Total	Parteien		Swisscom	Kollekt.	Wettbewerber		
		Sunrise	UPC			iTunes	Netflix	Google
#	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
%	100 %	[0-10] %	[20-30] %	[20-30] %	[50-60] %	[20-30] %	[20-30] %	[0-10] %

Tabelle 66: Marktanteile und Anzahl Kunden auf dem Plattform-Markt für die Übertragung von VoD mit der regionalen Netzausdehnung von UPC

427. Die von den Zusammenschlussparteien gelieferten Zahlen weisen Unsicherheiten auf. Insbesondere erscheinen die Anzahl Endkundenverträge für VoD-Inhalte bei iTunes deutlich überhöht. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Zahlen nicht eher nach Umsätzen zu berechnen wären. Dies gilt insbesondere, weil Apple erst im März 2019 in das Streaming-Geschäft eingestiegen ist. Über iTunes konnten bzw. können soweit ersichtlich nur einzelne Inhalte abgerufen und keine Streaming-Abos gelöst werden. Gleiches gilt soweit ersichtlich für die VoD-Dienste von Google. Werden die Marktanteile entsprechend bereinigt kommen die Zusammenschlussparteien und Swisscom auf Marktanteile von zwischen [50-60] % bei einer nationalen Marktabgrenzung und auf Marktanteile um [60-70] % bei einer auf die Reichweite des Netzwerks von UPC beschränkte räumliche Marktabgrenzung. Für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann dies allerdings offengelassen werden.

428. Zum Argument, der Marktanteil von Sunrise sei sehr klein[328] kann auf die Ausführungen in Rz 421 verwiesen werden.

429. Sunrise macht geltend, nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werde es auf dem Markt für TV-Dienstleistungen eine Vielzahl von Wettbewerbern geben, deren Präsenz eine kollektive Dominanz der Zusammenschlussparteien und Swisscom höchst unwahrscheinlich machen würden. Gerade die fortbestehende Marktpräsenz internationaler Wettbewerber im VoD-Bereich mit im Vergleich viel grösseren Ressourcen wie z.B. Netflix, Sky Sport, Amazon Prime würden eine kollektive Marktbeherrschung der Zusammenschlussparteien und Swisscom ausschliessen.[329]

430. Die auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von VoD vorhandene aktuelle Konkurrenz spricht eher gegen mögliches kollusives Verhalten der Zusammenschlussparteien und Swisscom.

B.4.3.2 Mögliche Veränderung der aktuellen Konkurrenz aufgrund Wegfall der Nachfrage von Sunrise im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden

431. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass sich seit dem Markteintritt der EVU im Jahr 2012 der Wettbewerb auf der Stufe des Netzzugangs auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet für Privatkunden verschärft habe.[330] Sowohl Swisscom als auch die EVU würden mindestens eine Glasfaser kontrollieren und folglich vollkommen unabhängig agieren. So seien die EVU mit wettbewerbsfähigen Wholesale-Angeboten in den Markt eingetreten, da sie weder über einen Kundenstamm noch über ein eigenes Endkundengeschäft verfügen würden. […]. Hieraus leiten die Zusammenschlussparteien ab, dass auf der Wholesale-Stufe wirksamer Wettbewerb herrsche.[331] Dies habe sich gemäss Sunrise darin gezeigt, dass […].

432. Die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass der verstärkte Wettbewerbsdruck Swisscom aufgrund ihrer nationalen Preisgestaltung in der ganzen Schweiz zur Senkung ihrer Wholesale- und Retail-Preise gezwungen habe.[332] Gleiches gelte für Kabelnetzbetreiber die ebenfalls einer einheitlichen Preissetzungsstrategie folgen würden. Aufgrund der Preissetzungsstrategie seien sie auch ausserhalb des Glasfaser-Verbreitungsgebiets unter Druck. Dies würde zeigen, dass auch regionale Mitbewerber einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf nationaler Ebene ausüben würden.[333]

433. Im Widerspruch hierzu machen die Zusammenschlussparteien aber auch geltend, dass Swisscom und Sunrise auf den Wettbewerbsdruck reagiert hätten, indem sie eine Anpassung ihrer Kernangebote vorgenommen hätten und zwar unter anderem durch die Gründung (Swisscom) oder Stärkung (Sunrise) von speziellen Günstigmarken.[334] Im Jahr 2015 habe Swisscom ihre «Glasfasermarke» Wingo auf den Markt gebracht, deren hauptsächliche Zielgruppe aus jungen und urbanen Internetnutzern in den FTTH-Regionen bestehe. Als Reaktion darauf habe Sunrise ein vergleichbares mobiles Breitbandangebot für ihre Marke Yallo auf den Markt gebracht.

[328] Vgl. act. 218, Rz 217.
[329] Vgl. act. 218, Rz 218 f.
[330] Vgl. act. 21, Rz 595 ff.; act. 218, Rz 83.
[331] Vgl. act. 21, Rz 602.
[332] Vgl. act. 21, Rz 603, sowie act. 348, Rz 85.
[333] Vgl. act. 21, Rz 605.
[334] Vgl. act. 21, Rz 609.

434. Diese Beispiele sind vielmehr ein Beleg dafür, dass sich Swisscom und Sunrise einem möglichen Wettbewerbsdruck, der vorwiegend in den räumlichen Gebieten herrscht, in welchen eine alternative Glasfaserinfrastruktur besteht, effektiv und erfolgreich entzogen haben, indem sie eine konsequente Preisdifferenzierungsstrategie verfolgt haben. Hierbei haben sie in den Regionen, in welchen Glasfasernetzwerke zur Verfügung standen und in welchen möglicherweise Wettbewerbsdruck aufgebaut wurde, eine entsprechende Günstigmarke etabliert, um das Preisniveau in denjenigen Regionen, in welchen keine alternative Glasfaserinfrastruktur zur Verfügung steht, hoch zu halten. Alleine schon das Aufkommen von speziellen Glasfaserangeboten, die einen tieferen Preis als DSL-Angebote aufweisen, deutet darauf hin, dass in denjenigen Regionen, in denen keine alternative Glasfaserinfrastruktur zur Verfügung steht, effektiver Wettbewerb zumindest eingeschränkt ist.

435. Die Parteien machen in diesem Zusammenhang geltend, die Produkte (und die entsprechenden Rabattaktionen) von Sunrise seien in der ganzen Schweiz und damit auch ausserhalb des Glasfaser-Verbreitungsgebiets erhältlich.[335] Hier ist darauf hinzuweisen, dass Sunrise zwar schweizweit ihre Profile zu gleichen Preisen anbietet, diese Profile jedoch je nach Ort unterschiedliche Bandbreiten beinhalten und damit trotz gleichem Namen als unterschiedliche Produkte angesehen werden müssen. So beinhaltete das namengleiche Produkt in einem Glasfasergebiet höhere Bandbreiten als das gleiche Produkte ausserhalb eines Glasfasergebietes. Dies hat zur Folge, dass der Preis pro Mbit/s ausserhalb der Glasfasergebiete höher ist als in Glasfasergebieten, faktisch also in Glasfasergebieten andere – insbesondere preiswertere Produkte – angeboten werden als ausserhalb der Glasfasergebiete.[336]

436. Im Bereich des leitungsgebundenen Breitbandinternets stehen heute lediglich die regulierten Produkte des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Art. 3 Bst. d^{bis} i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG) und des schnellen Bitstrom-Zugangs (Art. 3 Bst. d^{ter} i.V.m. Art. 11 Abs. 2 Bst. b FMG) für eine Übergangsfrist von vier Jahren zur Verfügung. Beide Produkte werden heute aufgrund der Kosten fast ausschliesslich ab den Anschlusszentralen von Swisscom bezogen. Zudem sind die hierdurch erzielbaren Bandbreiten äusserst beschränkt und reichen kaum noch für die Erbringung einer ausreichenden Dienstleistung gegenüber Endkunden aus. Daher ist davon auszugehen, dass für alternative Fernmeldedienstanbieter quasi keine für sie nutzbaren regulierten Vorleistungsprodukte zur Verfügung stehen.

437. Gemäss eigenen Angaben ist Sunrise der mit Abstand grösste Nachfrager nach sowohl regulierten als auch kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom in den Bereichen, in denen keine alternativen Glasfaserinfrastrukturen zur Verfügung stehen. Gemäss eigenen Angaben zielt das Zusammenschlussvorhaben darauf ab, die Abhängigkeit von Swisscom im ländlichen Bereich zu reduzieren und die Kunden auf die Infrastruktur von UPC zu migrieren. Hierdurch fällt ein bedeutender Teil der Nachfrage nach kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom weg.

438. Durch den Wegfall von bis zu ca. […] % der Nachfrage nach Vorleistungsprodukten im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden stellt sich die Frage, ob und in welchem Ausmass Swisscom die jetzige Palette an Vorleistungsprodukten aufrecht hält.[337] Da es sich hierbei um ein Massengeschäft handelt, kann ein Wegfall eines solch bedeutenden Teils der Nachfrage nach Vorleistungsprodukten zu einer Preissteigerung führen, so dass in den Gebieten, in denen keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, kleinere alternative Fernmeldedienstanbieter vom Markt verdrängt werden könnten.

439. Dies würde in denjenigen Gebieten, in welchen nur die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom und diejenige von UPC zur Verfügung stehen, dazu führen, dass neben Swisscom und den Zusammenschlussparteien keine weiteren Fernmeldedienstanbieter mehr bestehen würden, die einen Wettbewerbsdruck ausüben könnten. Es besteht daher die Gefahr, dass es auf den nachgelagerten Märkten für Breitbandinternet für Privatkunden quasi zu einer Duopolsituation kommt.

440. Sunrise macht hier geltend, die geschätzte Abnahme von […] % der Gesamtnachfrage nach Vorleistungsprodukten von Swisscom im Bereich Breitbandinternet für Privatkunden infolge des Zusammenschlussvorhabens sei deutlich zu hoch.[338] […].

441. Um die Synergien des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bestmöglich nutzen zu können, haben die Zusammenschlussparteien ein Interesse daran, möglichst viele Kunden auf das Kabelnetz von UPC zu migrieren. Im besten Fall können sie danach auf den Bezug von teuren Vorleistungsprodukten von Swisscom verzichten, was dazu führen würde, dass die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten von Swisscom um diejenigen Kunden zurückgehen würde, die Sunrise zu UPC migriert. Basierend auf einem Abgleich der Postleitzahlen, der Kunden von Sunrise mit denjenigen Postleitzahlen, in denen UPC eine Netzwerkinfrastruktur hat, könnte Sunrise ca. […] Kunden zu UPC migrieren. Damit würde Swisscom zwischen […] % der verkauften Menge verlieren. Auch wenn der Nachfragerückgang nach den Vorleistungsprodukten von Swisscom geringer ausfallen wird, ist dennoch zu berücksichtigen, dass Sunrise mit Abstand der grösste Nachfrager nach Vorleistungsprodukten gegenüber Swisscom ist und dass ein bedeutender Nachfragerückgang immer Auswirkungen auf die Kostenstrukturen und die Kalkulationen des anbietenden Unternehmens (hier Swisscom) hat.

442. Sunrise führt weiter aus, Swisscom biete heute ihre Vorleistungsprodukte in erster Linie aufgrund des direkten und indirekten Wettbewerbs alternativer Infrastrukturen an. Zum einen stehe Swisscom in den FTTH-Regionen in direktem Wettbewerb mit den EVU. Aufgrund der nationalen Preissetzung der Vorleistungsprodukte habe dies schweizweit zu einem deutlichen Rückgang der BBCS-Preise geführt. Zum anderen stehe

[335] Vgl. act. 244, Beilage 2, S. 7.
[336] Vgl. etwa https://www.sunrise.ch/de/privatkunden/internet-tv/internet.html, zuletzt besucht am 22.07.2019.
[337] Vgl. act. 21, Rz 223.
[338] Vgl. act. 218, Rz 85 f.

Swisscom mit den Kabelnetzbetreibern im Wettbewerb um die Auslastung der Infrastruktur. Dieser Wettbewerb diszipliniere Swisscom auf dem Vorleistungsmarkt indirekt über den Endkundenmarkt: Seien die Vorleistungspreise von Swisscom zu hoch, so würden die Endkunden der auf dem Netz von Swisscom operierenden Anbieter nicht nur zu Swisscom, sondern auf Angebote, die auf alternativen Infrastrukturen basieren, wechseln. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben werde dieser indirekte Wettbewerbsdruck eher noch gestärkt.[339]

443. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Angebote der EVU höchstens in den FTTH-Regionen eine Alternative zum Bezug von Vorleistungsprodukten von Swisscom darstellen können. Diese Ausweichmöglichkeit besteht daher nur punktuell und ist nicht annäherungsweise flächendeckend. In allen übrigen Regionen und damit im einem Grossteil der Schweiz stellen die Vorleistungsprodukte von Swisscom für FVNOs jedoch die einzige Möglichkeit dar, um im Retail-Markt für Breitbandinternet tätig zu werden. Die Netzwerkinfrastrukturen der klassischen HFC-Anbieter stellen hier ebenfalls keine Option für alternative Anbieter ohne eigene Infrastruktur dar, da die HFC-Anbieter keine Vorleistungsprodukte im Markt anbieten und daher im Vorleistungsmarkt nicht tätig sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es als wahrscheinlich, dass wenn Sunrise in Zukunft auf den Bezug eines beträchtlichen Teils der Vorleistungsprodukte von Swisscom verzichtet, diese versuchen wird, den dadurch entstehenden Umsatzrückgang durch Preiserhöhungen zu kompensieren.[340]

444. Aus einer Anreizoptik heraus betrachtet erscheint zudem ausgeschlossen, dass Swisscom die Vorleistungspreise für BBCS, welcher nicht über die Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur erbracht wird, aufgrund des Weggangs von Sunrise bedeutend senken würde. Dies hätte nämlich zur Folge, dass sich Swisscom durch andere Wettbewerber als die Zusammenschlussparteien zusätzlichem Wettbewerbsdruck aussetzen würde. Daher ist ein solches Verhalten unwahrscheinlich.

445. Salt gibt darüberhinaus zu bedenken, dass sogar der Ausbau von FTTH von den beiden grössten Anbietern Swisscom und Sunrise/UPC nicht mehr vorangetrieben oder gar verzögert werden könnte, dies insbesondere in Regionen, in welchen UPC mit ihrem eigenen Kabelnetz und Swisscom mit FTTS präsent seien. Dies um den Status Quo zu sichern und Salt und andere Dritte daran zu hindern, konkurrierende Produkte über Glasfaser anbieten zu können.[342]

446. Schliesslich besteht auch der von Sunrise geltend gemachte Wettbewerb um die Auslastung der Infrastruktur nur beschränkt. In erster Linie geht es darum, mit Hilfe der Infrastruktur den bestmöglichen Umsatz zu erzielen. Eine bessere Auslastung der Infrastruktur wird nur soweit angestrebt, als dass damit auch tatsächlich noch Kostenvorteile realisiert werden können. Folglich macht es für einen Netzbetreiber keinen Sinn, die Preise bis zur vollständigen Auslastung der Infrastruktur zu senken, wenn dadurch auf Wholesaleebene insgesamt weniger Umsatz erzielt wird und sie in einem weiteren Schritt auf Retailebene stärkerer Konkurrenz ausgesetzt sind.

447. Nur in beschränktem Umfang zu überzeugen vermag die Vorbringung, dass Swisscom eine Regulierung drohe, falls sie ihre Wholesale-Konditionen verschlechtere[342]. Die bestehenden und in der FMG-Revision vorgesehenen Regulierungsmöglichkeiten sind in keiner Weise darauf ausgerichtet, die Preise für BBCS-Angebote von Swisscom zu regulieren. Dies haben die verschiedenen angestrengten Interkonnektionsverfahren gezeigt. Zudem sind die beiden zur Verfügung stehenden regulierten Vorleistungsprodukte BSA und TAL den heutigen Anforderungen kaum noch gewachsen. Aufgrund der Einschränkung der Zugangsregulierung auf die Doppelader-Metallleitung (vgl. Art. 3 Bst. d^{bis} und d^{ter}) besteht zudem keine Regulierung im Bereich Glasfaser. Aufgrund der langen Dauer bei Gesetzgebungsprozessen ist daher tatsächlich in den nächsten Jahren nicht damit zu rechnen, dass in den Gebieten, in denen keine Glasfasertechnologie bis in die Haushalte (FTTH) vorhanden ist und in denen die regulierten Produkte TAL und BSA nicht mehr einsetzbar sind, irgendwelche Regulierungsvorgaben bestehen, die disziplinierend wirken könnten.

448. Die Zusammenschlussparteien bringen zudem vor, dass das grosse politische Interesse von Swisscom an einem florierenden Wholesale-Markt auch darin begründet liegen würde, dass Swisscom jüngst nur knapp und höchst umstritten einer Ausweitung der Zugangsregulierung auf Glasfaser und hybride Netze entgangen sei und der Gesetzgeber den Bundesrat mit dem neuen Art. 3a FMG damit beauftragt habe, periodisch (alle 3 Jahre) einen Evaluationsbericht vorzulegen, was sich gemäss Meinung der Zusammenschlussparteien alleine für sich disziplinierend auswirken dürfte.[343] Bei einer solchen Argumentation verkennen die Zusammenschlussparteien, dass eine mögliche drohende Regulierung auf den Wholesale-Märkten nicht zu wirksamem Wettbewerb auf diesen führt. Vielmehr könnte dies unter Umständen höchstens zu einer gewissen Disziplinierung von Swisscom führen. Das Verhalten von Swisscom in der Vergangenheit hat allerdings gezeigt, dass die Drohung einer möglichen Regulierung in keiner Weise dazu geführt hat, dass Swisscom Vorleistungsprodukte zu Preisen angeboten hat, die es Fernmeldedienstanbietern ermöglicht hätte, mit Swisscom ernsthaft in Wettbewerb zu treten. Auch in Zukunft ist ein solches Verhalten realistischerweise nicht zu erwarten. Hieran ändern auch die von den Zusammenschlussparteien zitierten strategischen Ziele des Bundesrates nichts.[344]

B.4.3.3 Symmetrien

449. In der Literatur wird Symmetrie als Faktor anerkannt, der kollusives Verhalten zwischen Marktteilnehmern begünstigt.[345] Je symmetrischer zwei Marktteilnehmer hinsichtlich der von ihnen am Markt angebotenen Produkte und Dienstleistungen sind, desto weniger

[339] Vgl. act. 218, Rz 86.
[340] Vgl. dazu auch act. 159, Antwort zu Frage 6.
[341] Vgl. act. 160, Antwort zu Frage 6.
[342] Vgl. act. 218, Rz 86.
[343] Vgl. act. 218, Rz 86.
[344] Vgl. act. 218, Rz 86.

[345] Vgl. RPW 2018/4, 906 Rz 276, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2010/3, S. 358 Rz 274, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

können sie sich über diese unterscheiden. Bei einer perfekten Symmetrie auf allen Ebenen ist das primär verbleibende Unterscheidungskriterium der Preis. Die einzige Möglichkeit, in einem solchen Fall eine wettbewerblich bedingte gegenseitige Preisunterbietung zu vermeiden, besteht in der (impliziten oder expliziten) Kollusion. In einer solchen Konstellation kann koordiniertes Verhalten unter sich ähnlicheren Unternehmen wahrscheinlicher sein. Zur Entscheidung, welche Unternehmen bei der Analyse von koordinierten Effekten relevant sind, kann daher auf die Ähnlichkeit der Unternehmen abgestellt werden.[346]

450. In seinem Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle führt das Bundeskartellamt aus, dass eine weitgehende Symmetrie der Oligopolmitglieder aufgrund ähnlicher Interessen und Anreize eine Verständigung auf die Koordinierungsmodalitäten erleichtert.[347] Die Symmetrie kann sich gemäss Bundeskartellamt auf verschiedene Faktoren beziehen, die im Einzelfall von unterschiedlicher Bedeutung sein können. Hierzu würde insbesondere das angebotene Produktportfolio, die verwendete Technologie, die Kostenstruktur, die verfügbaren Kapazitäten und finanziellen Ressourcen sowie der Grad vertikaler Integration zählen.[348]

451. Eigenschaften der Unternehmen, welche letztendlich zu einer weitgehenden Symmetrie hinsichtlich des Marktauftritts und der zur Verfügung stehenden Wettbewerbsparameter betreffend die angebotenen Produkte und Dienstleistungen bewirken, können verschiedene Dimensionen betreffen. Dabei handelt es sich um Dimensionen wie Technologie, Anzahl Varietäten im Produktportfolio, Marktanteile, Kapazitäten oder Kosten. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. So können Kosten bei Produkten und Dienstleistungen, die hohe Skalenerträge aufweisen (z.B. im Telekommunikationsmarkt, in welchem die Kosten für den Aufbau eines schweizweiten Netzwerkes unabhängig von der Anzahl Kunden für alle Wettbewerber ähnlich sind), eine grössere Bedeutung haben, als bei Produkten und Dienstleistungen, die konstante Skalenerträge aufweisen (wie z.B. in der Gesundheitspflege, bei welcher mit jeder zu pflegenden Person der Pflegeaufwand in durchschnittlich ähnlicher Grössenordnung steigt). Bei der Beurteilung des Einflusses der Symmetrie auf die Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeit, dass kollektiv marktbeherrschende Unternehmen gegenseitig in Wettbewerb treten, werden sowohl qualitative Unterscheidungsmöglichkeiten in der möglichen Ausgestaltung der angebotenen Produkte und Dienstleistungen (insbesondere die Dimensionen Technologie, Varietäten im Produktportfolio und Kosten) als auch Unterschiede in der Marktstellung (insbesondere die Dimensionen Marktanteile und Kapazitäten) und den damit zusammenhängenden Handlungsoptionen, die den einzelnen kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen, betrachtet.

B.4.3.3.1. Technologische Symmetrie

452. Unter der Dimension der technologischen Symmetrie werden die technologischen Kompetenzen der an einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung beteiligten Unternehmen evaluiert.[349] Sind zwei potenziell an einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung beteiligte Unternehmen, was ihre technologischen Kompetenzen anbelangt, unterschiedlich, so kann sich dies auf den Preis sowie die Qualität und Ausgestaltung der von ihnen angebotenen Produkte und Dienstleistungen derart auswirken, dass ein koordiniertes Verhalten als nicht mehr lohnenswert erscheint. Insbesondere bei differenzierten Produkten ist dies oft der Fall.

453. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass der Anreiz von einer hypothetischen koordinierten Preisstrategie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom abzuweichen, überwältigend sei. Dies durch die kurzfristige Ausnutzung von technisch bedingten Wettbewerbsvorteilen.[350] Um ein kollusives Gleichgewicht aufrecht erhalten zu können, müssten gemäss Zusammenschlussparteien die Zusammenschlussparteien und/oder Swisscom technische Vorteile nicht realisieren und darauf vertrauen, dass der jeweils andere eigene technologische Vorteile ebenfalls nicht ausnutzen würde. Würde von einem solchen Gleichgewicht abgewichen, wäre eine Vergeltung aufgrund des erlittenen Wettbewerbsnachteils schwierig. So würde das durch die asynchronen Technologiezyklen geforderte gegenseitige intertemporale Vertrauen von vornherein jeden Versuch destabilisieren, ein kollusives Gleichgewicht aufrechtzuerhalten.

454. Hierbei verkennen die Zusammenschlussparteien, dass es nicht darum geht, sich auf eine identische technologische Entwicklung zu einigen, sondern lediglich darum, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung gewinnbringend auszunutzen. So stehen unterschiedliche technologische Entwicklungen einer kollektiven Marktbeherrschnung nur dann entgegen, wenn der hierdurch zu erreichende Wettbewerbsvorteil und das damit verbundene Gewinnpotenzial so gross ist, dass dasjenige Gewinnpotenzial eines kollusiven Verhaltens übertroffen wird. Eine vollkommene technologische Koordination, wie dies die Zusammenschlussparteien fordern, ist daher für das Bestehen einer kollektiven Marktbeherrschung nicht notwendig.

455. Ebenfalls erscheint das Szenario der Zusammenschlussparteien unrealistisch, dass diese kurzfristig gegenüber Swisscom einen technologisch bedingten Wettbewerbsvorteil erzielen könnten, der für Swisscom uneinholbar sei. Gerade ein solcher technologisch bedingter nachhaltiger Wettbewerbsvorteil wäre aber notwendig, damit ein Abweichen von einem kollusiven Gleichgewicht gewinnbringend umzusetzen wäre. Alleine schon die Finanzkraft sowie die starke Marktstellung von

[346] Vgl. auch KÜHN KAI-UWE, An Economists' Guide through the Joint Dominance Jungle, John M. Olin Center for Law & Economics, Paper #02-014, 2001, pdf-Seite 16, https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2002/Documents/Kuhn%2002014.pdf, zuletzt besucht am 13.08.2018.

[347] Vgl. auch Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 293), Rz 95.

[348] Vgl. auch Leitfaden des Bundeskartellamtes zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (Fn. 293), Rz 95.

[349] Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy, 2004 S.147.

[350] Vgl. act. 21, Rz 650.

Swisscom, eröffnen ihr die Möglichkeit einen Netzausbau falls notwendig zu forcieren, um so allfällige Wettbewerbsnachteile schnell zu kompensieren. Es ist zudem fraglich, ob die Zusammenschlussparteien überhaupt über ausreichende Mittel verfügen, um einen Netzausbau auf der HFC-Infrastruktur soweit voranzutreiben, dass ein für Swisscom über einen längeren Zeitraum andauernder uneinholbarer Wettbewerbsvorsprung entsteht.

Im Bereich Breitbandinternet

456. Durch das Zusammenschlussvorhaben erhält Sunrise den Zugang zu einer leitungsgebundenen Festnetzinfrastruktur. Damit wird Sunrise mit Swisscom symmetrischer. Graphisch kann dies aufgrund des vom BAKOM bereitgestellten Breitbandatlasses gezeigt werden.[351]

457. Die folgende Darstellung zeigt die schweizweite Abdeckung mit Glasfasernetzwerk-Infrastruktur:

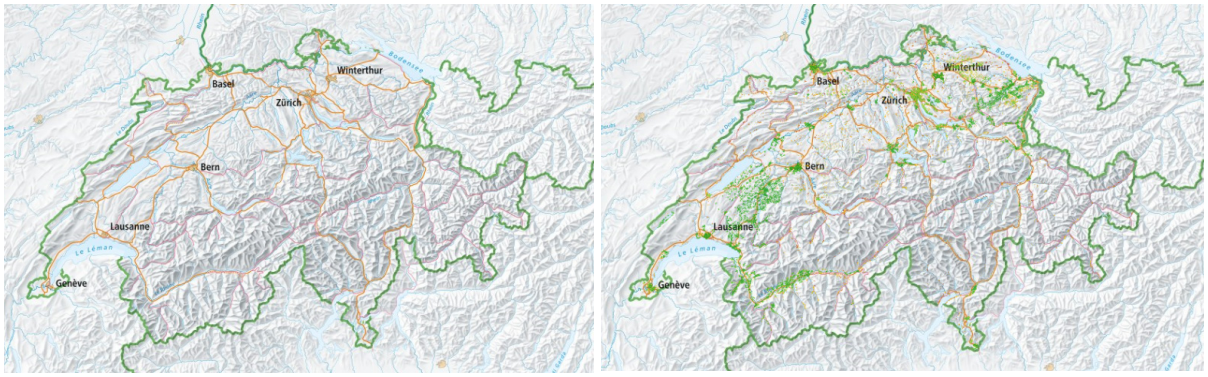


Abbildung 10: Abdeckung Glasfaser-Netzwerkinfrastruktur

458. Im Vergleich dazu zeigt die Abdeckung mit Koaxialkabel-Netzwerkinfrastruktur folgendes Bild:

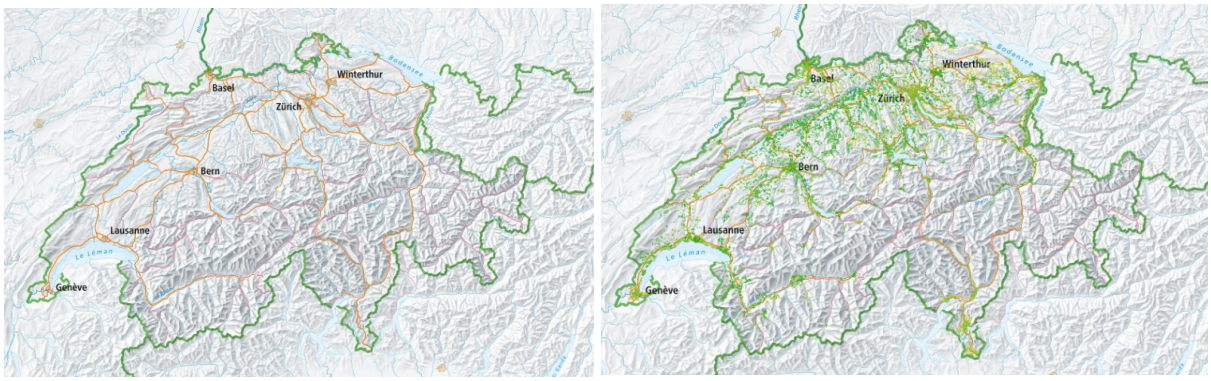


Abbildung 11: Unterschied Abdeckung ohne und mit Koaxialkabel-Netzwerkinfrastruktur

459. Betrachtet man zur Veranschaulichung einen regionalen Ausschnitt, aus welchem der Unterschied zwischen der Abdeckung mit Glasfaser-Netzwerkinfrastruktur und der Abdeckung mit Koaxialkabel-Netzwerkinfrastruktur (inkl. Glasfaser-Netzwerkinfrastruktur) hervorgeht, ergibt sich folgendes Bild:

[351] Vgl. https://map.geo.admin.ch/, zuletzt besucht am 18. Juli 2019.

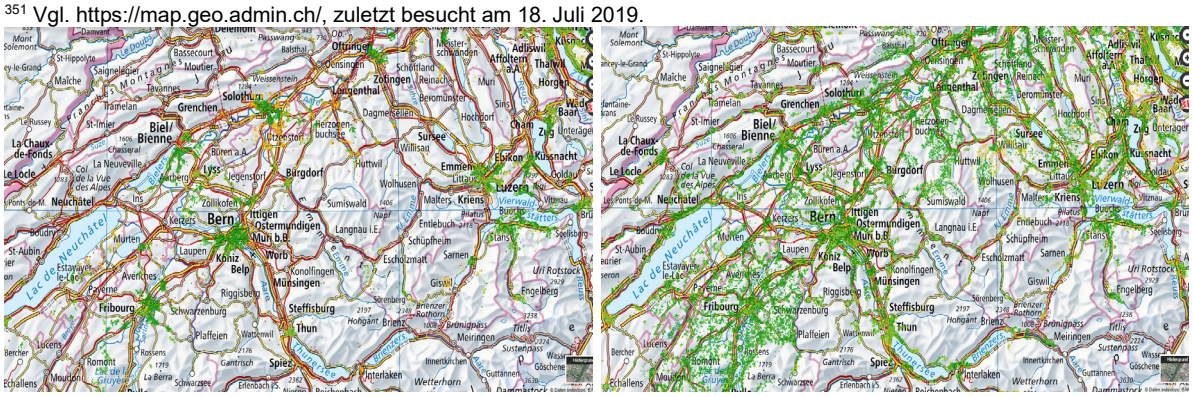


Abbildung 12: Abdeckung Glasfaser-Netzwerkinfrastruktur (links) im Vergleich zur Abdeckung Koaxialkabel-Netzwerkinfrastruktur (rechts) (regionaler Ausschnitt)

460. Wie sich aus der nachfolgenden Darstellung ergibt, ist die Kupferkabel-Netzwerkinfrastruktur nach wie vor die am meisten verbreitete Technologie.

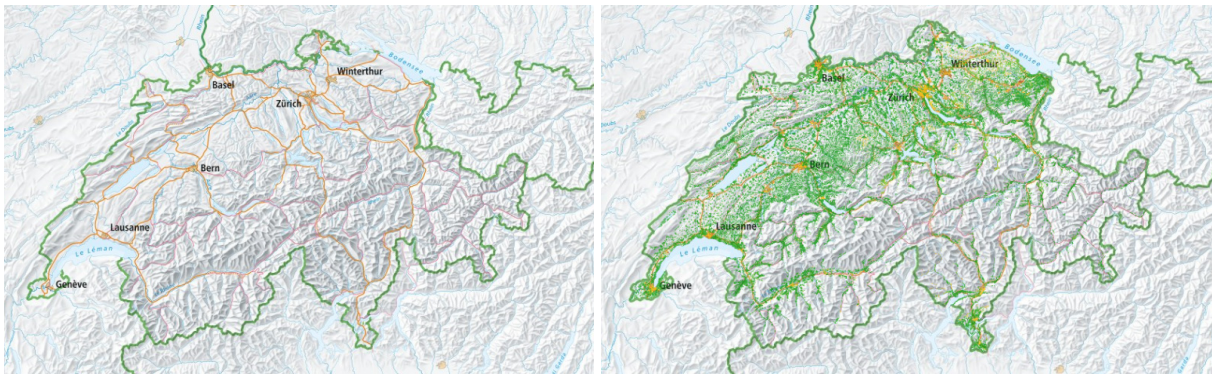


Abbildung 13: Abdeckung Kupferkabel-Netzwerkinfrastruktur

461. Hierbei ist zu beachten, dass das Netzwerk von UPC nicht sämtliche mit Koaxialkabel erschlossenen Regionen abdeckt. Zudem ist der Abdeckungsgrad des Koaxialkabelnetzwerks geringer als der Abdeckungsgrad des Kupferkabelnetzwerks. Dennoch kann Sunrise durch den Kauf von UPC den Abdeckungsgrad, in welchem ihr eine eigene Netzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, bedeutend erhöhen.

462. Die Zusammenschlussparteien haben hinsichtlich der Netzüberdeckung die nachfolgende alternative Grafik eingereicht:[352]

[…]

Abbildung 14: regionale Überschneidung der Netzwerktechnologien

463. Aus dieser Grafik gehen die mit blau markierten Gebiete hervor, in welchen eine Netzabdeckung von UPC (> 50% der Haushalte) besteht. In denjenigen Gebieten, in denen keine rot eingezeichneten Markierungen vorhanden sind, bestehen keine Überschneidungen zwischen dem HFC-Netz von UPC und der Glasfasernetzwerkinfrastruktur.

464. Gemäss Meldung verfügt UPC über eine schweizweite Netzabdeckung von ca. 60-65 %.[353] […][354]

465. Somit würde Sunrise nach dem Zusammenschluss in den Ballungsgebieten eine FTTH-Netzwerkinfrastruktur zur Verfügung stehen, welche mit derjenigen von Swisscom vergleichbar ist. Zudem würde in denjenigen Regionen, in welchen keine Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht, die aber über das Netz von UPC abgedeckt werden können, die Koaxialkabel-Netzwerkinfrastruktur von UPC zur Verfügung stehen. Hinsichtlich der Netzabdeckung würde es nur noch in den restlichen Regionen einen Unterschied hinsichtlich der leitungsgebundenen Netzwerkabdeckung von Sunrise und Swisscom geben. Damit würden sich bei einem Zusammenschluss hinsichtlich der leitungsgebundenen Netzwerkabdeckung die Symmetrien zwischen Swisscom und Sunrise bedeutend erhöhen.

[352] Vgl. act. 438, Abbildung F.
[353] Vgl. act. 21, Rz Rz 41.
[354] Vgl. act. 21, Rz Rz 598 f.

466. Hinsichtlich der verwendeten Übertragungstechnologie geht Sunrise in ihrer Meldung davon aus, dass das Koaxialkabelnetzwerk von UPC leistungsstärker sei als das Kupferkabelnetzwerk von Swisscom. Die Zusammenschlussparteien bringen in diesem Zusammenhang weiter vor, dass mit weiteren Breitband-Upgrades Geschwindigkeiten von theoretisch bis zu 10 Gbit/s erreicht werden können.[355] Zudem könne gemäss Sunrise durch den geplanten Ausbau auf den Standard DOCSIS 3.1 asymmetrische Bandbreiten erreicht werden, welche hinsichtlich Kapazitäten mit aktuellen Glasfasergeschwindigkeiten mithalten könnten.[356]

467. Hierbei ist allerdings darauf zu achten, dass gemäss heutigen technischen Anforderungen ein Haushalt eine Bandbreite von 40 bis 60 Mbit/s benötigt, um seine Bedürfnisse abzudecken. Alle darüber hinausgehenden angebotenen Bandbreiten dürften im Wesentlichen marketingtechnischer Natur sein und von den jeweiligen Nutzern kaum ausgereizt werden. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit dies den Konsumenten bewusst ist und inwieweit sie sich aufgrund der hohen angebotenen Bandbreiten, welche von ihnen kaum vollumfänglich genutzt werden können, in ihrer Konsumentscheidung beeinflussen lassen. Es ist zudem zu beachten, dass die HFC-Netzwerkinfrastruktur ein Shared Medium ist und hierbei das Problem auftreten kann, dass die für einen Haushalt benötigte Bandbreite von 40 bis 60 Mbit/s nicht durchwegs zur Verfügung steht. In diesem Sinne kann es hinsichtlich der Kapazitätsauslastung der HFC-Netzwerkinfrastruktur trotz nominal sehr hohen angebotenen Bandbreiten durchaus zu Engpässen kommen. Diesen Restriktionen unterliegt die Kupferkabel- und Glasfaserkabelnetzwerkinfrastruktur von Swisscom nicht.[357]

468. Es ist allerdings ebenfalls davon auszugehen, dass Swisscom ihre leitungsgebundene Netzwerkinfrastruktur sukzessive ausbauen wird, um gegenüber Endkunden mindestens eine gleichwertige leitungsgebundene Netzwerkinfrastruktur bereitzustellen. Dies geht nicht zuletzt auf die von Swisscom im Markt angewendete Qualitäts- und Hochpreisstrategie zurück.[358]

469. […], insbesondere aufgrund der Wholesale-Monopolstellung von Swisscom ausserhalb des Verbreitungsgebiets von Glasfaser. Damit würden Sunrise und Swisscom ihre Breitbanddienste auf dem technologisch identischen Netz anbieten. Nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werde Sunrise hingegen über ein eigenes HFC-Netz verfügen und ihre festnetzbasierten Angebote in einem wesentlichen Ausmass über ein in technologischer Hinsicht signifikant anderes Netz erbringen. Daraus werde klar ersichtlich, dass die technologische Symmetrie zu Swisscom mit dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens abnehme. Das zu erwerbende HFC-Netz unterscheide sich massgeblich vom Kupferkabelnetz der Swisscom.[359]

470. Mit dem Vollzug des Zusammenschlussverfahrens werde Sunrise (und innerhalb von Sunrise auch UPC) wesentlich unabhängiger von Vorleistungsprodukten von Swisscom. Das Netz von Swisscom bilde bis dahin in technologischer Sicht die Grundlage für die Leistungserbringung von Sunrise auf dem Endkundenmarkt. Mit einem eigenen Kabelnetz werde Sunrise wesentlich unabhängiger von Swisscom, was direkt auch zu einer sinkenden Symmetrie in so gut wie allen relevanten Dimensionen führe.[360] Vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gebe Swisscom die technologische Entwicklung des Festnetzes, auf dem Sunrise operiere, mit Ausnahme des Glasfasernetzes vollumfänglich vor. Sunrise habe keine Möglichkeit, sich in technologischer Hinsicht zu differenzieren, da die durch die Infrastruktur vorgegebenen technologischen Rahmenbedingungen durch Swisscom zu 100 % determiniert würden. Swisscom habe damit jederzeit 100 % Transparenz bezüglich der technologischen Möglichkeiten von Sunrise bzw. gebe diese vor. Nebst erheblichen Freiräumen in der Produktgestaltung, die allerdings durch die Möglichkeiten und Restriktionen des von Swisscom allein betriebenen Festnetzes begrenzt seien, finde der Wettbewerb hauptsächlich über den Preis statt. Nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werde Sunrise bezüglich Festnetzinfrastruktur wesentlich unabhängiger werden. Die technologische Entwicklung des Festnetzes werde nicht mehr von Swisscom vorgegeben, sondern könne aufgrund des HFC-Netzes von Sunrise selbst bestimmt werden. Die technologische Fortentwicklung des HFC-Netzes durch Sunrise sei durch Swisscom auch kaum beobachtbar. Swisscom könne z.B. eine durch Investitionen in das HFC-Netz erreichte Erhöhung der Breitbandgeschwindigkeiten erst im Markt beobachten, wenn es für sie zu spät sei, hierauf zu reagieren.[361]

471. Wie Sunrise in zutreffender Weise ausführt, würde das Zusammenschlussvorhaben dazu führen, dass Sunrise durch den Erwerb des HFC-Netzes gegenüber Swisscom unabhängiger würde. Dies bedeutet aber auch, dass sich die Zusammenschlussparteien und Swisscom in Bezug auf ihre technischen Möglichkeiten ähnlicher werden. Alleine dieser Umstand, dass nach dem Zusammenschlussvorhaben sowohl Swisscom als auch Sunrise/UPC über eine eigene Festnetzinfrastruktur verfügen würden, erhöht die Symmetrie. Dass es sich dabei in technischer Hinsicht nicht um das gleiche Netzwerk handelt, spielt in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle. Denn vordergründig geht es um die technologischen Möglichkeiten, die einem Unternehmen durch eine eigene Festnetzinfrastruktur eröffnet werden und nicht darum, dass diese Infrastrukturen auf der gleichen Technik beruhen müssen. Sunrise macht weiter geltend, dass selbst wenn sich die Zusammenschlussparteien und Swisscom hypothetisch kollusiv auf eine koordinierte Preisstrategie einigen wollten, hätten beide jederzeit einen überwältigenden Anreiz, sich auf Ebene der Infrastruktur und damit letztendlich der leistungsmässigen Produktgestaltung einen lange anhaltenden Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Der Wettbewerb zwischen Swisscom und den Zusammenschlussparteien

[355] Vgl. act. 438, Rz 96.
[356] Vgl. act. 21, Rz Rz 52.
[357] Vgl. hierzu auch act. 438, Rz 103 f.
[358] Vgl. act. 21, Rz Rz 392.
[359] Vgl. act. 218, Rz 93.
[360] Vgl. act. 218, Rz 90.
[361] Vgl. act. 218, Rz 96.

würde damit im Gegensatz zur Situation vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens, in welcher der Wettbewerb zwischen Sunrise und Swisscom «nur» auf der Ebene Produktgestaltung und Preisfestsetzung stattgefunden habe, nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens neu auch auf Ebene Infrastruktur stattfinden. Dies vergrössere mittelbar auch die Möglichkeiten der Zusammenschlussparteien, sich über die Produktgestaltung und Preisfestsetzung noch weiter zu differenzieren. Aus all diesen Überlegungen werde klar, dass die Zusammenschlussparteien und Swisscom niemals ein stillschweigend kollusives Gleichgewicht erreichen würden. Beide hätten einen überwältigenden Anreiz, mittels kaum beobachtbarer Investitionen in die Netzentwicklung bzw. in technologische Innovationen, die den Wettbewerbern aufgrund einer anderen Netztechnologie nicht zur Verfügung stünden, ihre Wettbewerbsposition sprunghaft zu verbessern und dadurch über ein klar besseres bzw. leistungsfähigeres Produkt Kunden zu gewinnen. Stillschweigende Kollusion sei damit ausgeschlossen.[362]

472. Hinsichtlich der mobilen Netzwerkinfrastruktur sind durch das Zusammenschlussvorhaben keine grossen Veränderungen der Symmetrien zu erwarten. Sowohl Swisscom als auch Sunrise verfügen über eine qualitativ hochwertige Mobilfunknetzwerkinfrastruktur und beide Unternehmen haben einen raschen Ausbau auf den 5G-Standard angekündigt.

473. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass es durch das Zusammenschlussvorhaben zwischen Swisscom und Sunrise zu einer Verstärkung der Symmetrien kommt. Sunrise wird nach dem Zusammenschlussvorhaben sowohl über eine eigene weitreichende leitungsgebundene wie auch mobile Netzwerkinfrastruktur verfügen. Bisher verfügte lediglich Swisscom über eine solche Netzwerkinfrastruktur.

Im TV-Bereich

474. In den Bereichen der plattformbasierten linearen TV-Angebote und der im Abonnementsmodell vertriebenen VoD-Angebote weisen Swisscom und Sunrise weitgehende Symmetrien auf. Es ist nicht ersichtlich, dass die eine Plattform in technologischer Hinsicht der anderen Plattform weitgehend überlegen ist, so dass hierdurch ein einseitiger Wettbewerbsvorteil entstehen könnte, der einem kollusiven Gleichgewicht entgegensteht.

475. Sunrise macht geltend, die plattformbasierten linearen TV-Angebote der Zusammenschlussparteien und Swisscom würden nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens keine weitgehenden Symmetrien aufweisen. Da TV-Dienstleistungen überwiegend IP-basiert erbracht würden, sei wie beim Endkundenmarkt für Breitbandinternet zu beachten, dass Sunrise und Swisscom infolge des Zusammenschlussvorhabens aus technologischer Sicht wesentlich asymmetrischer würden. Aktuell biete Sunrise ihre über das Festnetz erbrachten TV-Angebote basierend auf Vorleistungen von Drittunternehmen, insbesondere Swisscom an. Vor dem Zusammenschluss entspreche die für die Erbringung von TV-Angeboten angewandte Technologie damit derjenigen von Swisscom, auf deren Netz sie erbracht werde, bzw. bei Glasfaser über Swisscom und SFN. Nach dem Zusammenschluss sei Sunrise in der Lage, festnetzbasierte TV-Angebote zu einem grossen Teil basierend auf ihrem eigenen Netz zu erbringen. Dieses Netz sei ein HFC-Netz, das sich als Shared Medium in technologischer Hinsicht deutlich vom DSL-Netz von Swisscom unterscheide. Die unterschiedlichen technologischen Eigenschaften des dem TV-Angebot unterliegenden Netzes würden zu einem gewissen Grad auch die unterschiedlichen Eigenschaften der TV-Angebote determinieren.[363]

476. Es kann hierzu grundsätzlich auf die Ausführungen zum Breitbandinternet verwiesen werden (vgl. Rz 456 ff). Durch den Erwerb des HFC-Netzes wird Sunrise gegenüber Swisscom unabhängiger. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens Zusammenschlussvorhaben verfügen sowohl Swisscom als auch Sunrise/UPC über eine eigene Festnetzinfrastruktur. Dies bedeutet, die Zusammenschlussparteien und Swisscom werden sich in Bezug auf ihre technischen Möglichkeiten ähnlicher, wodurch die Symmetrie erhöht wird. Dass es sich dabei in technischer Hinsicht nicht um das gleiche Netzwerk handelt, spielt in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle. Beide Netze ermöglichen die Lancierung eines ähnlichen TV-Angebots. Inwiefern die unterschiedlichen technologischen Eigenschaften der Netze die TV-Angebote determinieren würden, wird von Sunrise nicht näher erläutert und ist auch nicht erkennbar. Indem geltend gemacht wird, dass Sunrise anders als Swisscom auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens für die Erbringung von TV-Angeboten vor allem im Bereich Glasfaser zu einem gewissen Teil auf Vorleistungsprodukte von Drittunternehmen angewiesen sein werde und diese Asymmetrie damit auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens bestehen bleibe, da Swisscom auch im Bereich Glasfaser voll vertikal integriert sei,[364] anerkennt eigentlich auch Sunrise, dass es in erster Linie nicht darauf ankommt, dass die Festnetzinfrastruktur auf der gleichen Technik beruht.

477. Sunrise führt überdies aus, Swisscom, Sunrise und UPC würden ihre TV-Angebote bereits heute über verschiedene Set-top-Boxen mit unterschiedlichen Funktionalitäten und Verbesserungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen. UPC habe eine neue Set-Top-Box lanciert. Das Zusammenspiel dieser Set-Top-Box und der UPC TV App, mit der mit einem Wisch zwischen Smartphone, Tablet und dem Fernseher gewechselt werden könne, sei in dieser Form basierend auf qualitativer Kundenforschung im Markt führend. Die Aufnahmefähigkeit von gegenwärtig 2'000 Stunden sowie die Möglichkeiten der Personalisierung würden das entsprechende Swisscom-Angebot ebenfalls übertreffen. Nach dem Zusammenschluss werde Sunrise zudem zumindest für einen gewissen Zeitraum sowohl ihre bestehenden Set-Top-Boxen als auch die Set-Top-Boxen von UPC weiterbetreiben müssen. Auch durch den parallelen Betrieb verschiedener Set-Top-Boxen durch Sunrise werde der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens zu mehr Asymmetrien zwischen Sunrise und Swisscom führen.[365]

[362] Vgl. act. 218, Rz 96 f.
[363] Vgl. act. 218, Rz 175.
[364] Vgl. act. 218, Rz 176.
[365] Vgl. act. 218, Rz 178.

478. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund einzelner abweichender technischer Finessen des eigentlich gleichen Produkts nicht von einer technologischen Asymmetrie gesprochen werden kann. Relevant ist diesbezüglich vielmehr, dass sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom ihr TV-Angebot auf der Basis der genannten Set-Top-Boxen anbieten und diese Boxen grundsätzlich über die gleichen Funktionen wie etwa TV Guide, VOD, Aufnahme-Funktion, Replay-Funktion verfügen.[366]

B.4.3.3.2. Kostensymmetrie

479. Weisen die an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen eine ähnliche Kostenstruktur auf und sind die Kostenstrukturen untereinander bekannt, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit und die Stabilität koordinierten Verhaltens.[367] Indikatoren für Kostensymmetrien können etwa gleich grosse und gleichbleibende Marktanteile sowie eine vergleichbare Kapazitätsauslastung sein. Kostensymmetrie dürfte eher bei relativ homogenen Produkten gegeben sein. Auch der Grad der vertikalen Integration kann Hinweise auf Kostensymmetrien geben.[368]

Im Bereich Breitbandinternet

480. Fernmeldedienste werden in der Regel über Netzwerke erbracht, welche grundsätzlich einen Grossteil der Kosten für die Bereitstellung der Fernmeldedienste determinieren. Je ähnlicher sich Fernmeldedienstanbieter hinsichtlich der ihnen zur Verfügung stehenden Netzwerkinfrastrukturen sind, desto ähnlicher ist ihre Kostenbasis.

481. Da es sich bei Netzwerkinfrastrukturen um Kostenbestandteile handelt, welche sehr hohe Fixkosten und nur geringe variable Kosten verursachen, sind für die Determinierung der Kostenstrukturen neben den Kosten für die Erstellung und Aufrechterhaltung der Netzwerkinfrastruktur auch die Anzahl Nutzer, welche über eine solche Netzwerkinfrastruktur erreicht werden können und effektiv erreicht werden, relevant. Je grösser die Kundenbasis ist, welche über ein Netzwerk erreicht werden kann, desto geringer fallen die Kosten pro Kunde aus. Sowohl die Netzkosten als auch die Kundenbasis sind daher ein wichtiger Bestandteil der Kostenstrukturen im Bereich der Fernmeldedienste.

482. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird Sunrise neu über eine leitungsgebundene Netzwerkinfrastruktur verfügen, mit welcher sie mindestens 60-65 % der potenziellen Endkunden erreichen kann. Hierdurch wird Sunrise insbesondere Vorleistungskosten einsparen können, welche sie bisher an Swisscom zu entrichten hatte. Damit werden Swisscom und die Zusammenschlussparteien, was ihre Kostenstruktur anbelangt, bedeutend symmetrischer. Zudem erhält Sunrise einen Zugang zu einer bedeutenden Kundenbasis, was sich alleine schon an den Marktanteilsadditionen auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet für Privatkunden zeigt.

483. Dennoch bestehen weiterhin, was die Anzahl Endkunden und die Netzabdeckung anbelangt, weitgehende Asymmetrien zu Swisscom. Die Zusammenschlussparteien bringen auch vor, dass ein Ausbau der Kapazitäten der HFC-Netzwerkinfrastruktur deutlich kostengünstiger sei als der Ausbau für die maximal verfügbare Bandbreite auf der Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur. Hierbei ist zu beachten, dass bei einem HFC-Netz aufgrund seiner Eigenschaften als Shared Medium die maximal erreichbare Bandbreite relativ hoch ist, es allerdings kostenintensiv ist, allen Nutzern eine entsprechend hohe durchschnittliche Bandbreite zu ermöglichen. Hingegen ist die Kupferkabelinfrastruktur von Swisscom sternförmig aufgebaut, so dass die verkauften Kapazitäten ohne weitere Nachrüstung auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Somit liegen die durchschnittlich zur Verfügung stehenden Bandbreiten bei der Kupferkabelinfrastruktur in der Regel bedeutend höher als die Bandbreiten auf dem HFC-Netz. Unter Berücksichtigung dieser Elemente und der bedeutend grösseren Anzahl an Endkunden ist davon auszugehen, dass Swisscom nach wie vor über eine günstigere Netzwerkinfrastruktur verfügen wird als die Zusammenschlussparteien nach dem Zusammenschluss und die Zusammenschlussparteien weiterhin – wenn auch in einem geringeren Ausmass – auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen sein werden.

484. Sunrise ist dem gegenüber der Meinung, dass die Symmetrien hinsichtlich der Kosten nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens insgesamt damit deutlich geringer würden, da das technologisch unterschiedliche HFC-Netz nicht bloss hinsichtlich der Investitions- und laufenden Kosten an sich unterschiedlich ist, sondern auch hinsichtlich der entsprechenden (Innovations- und Investitions-) Zyklen. Die im Rahmen des Auskunftsschreibens vom 15. Mai 2019 eingereichten Daten zu massgeblichen Margen und Deckungsbeiträgen würden deutlich machen, dass […].[369]

485. […].[370]

486. Hier ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass durch das Zusammenschlussvorhaben sowohl Swisscom als auch Sunrise/UPC über eine eigene Festnetzinfrastruktur verfügen werden, zu mehr Symmetrie führt. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Umstand, dass die beiden danach nicht mehr auf dem (technisch) gleichen Netz tätig sein würden, zu einer gewissen Asymmetrie führt. Beide Aspekte sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu betrachten.

487. Beide (Swisscom wie Sunrise/UPC) haben durch das Zusammenschlussvorhaben künftig eine Kostenstruktur, wie sie für die Erstellung und Aufrechterhaltung einer leitungsgebundenen Netzwerkinfrastruktur üblich und notwendig ist. Heute demgegenüber verfügen lediglich Swisscom und UPC über eine solche Kostenstruktur, während die Kostenstruktur von Sunrise in diesem

[366] Vgl. https://www.sunrise.ch/de/privatkunden/hilfe/mobile/mobile-einrichten/hardware-support.html?seite=device/tv-boxen/sunrise-tv-box-uhd; https://www.upc.ch/de/fernsehen/infos-zu-tv/tv/; https://www.swisscom.ch/de/privatkunden/hilfe/swisscom-tv/swisscom-tv-funktionen.html, zuletzt besucht am 25.06.2019.

[367] KÜHN (Fn 306), The Coordinated Effects of Mergers, S. 128, RPW 2006/2, 282 139, *Emmi/AZM*.

[368] Vgl. RPW 2006/2, 282 139, *Emmi/AZM*.

[369] Vgl. act. 218, Rz 100 f.

[370] Vgl. act. 244, Beilage 1, S. 8 und 12.

Bereich die verlangten Preise für die entsprechenden Vorleistungsprodukte beinhaltet. Dies führt dazu, dass das Zusammenschlussvorhaben die Kostensymmetrie zwischen den Sunrise/UPC und Swisscom bedeutend erhöht.

488. Insgesamt wird daher das Zusammenschlussvorhaben die Kostensymmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom bedeutend erhöhen. Dennoch werden Unterschiede in den Kostenstrukturen zwischen Swisscom und den Zusammenschlussparteien weiterbestehen.

489. Sunrise macht zudem geltend, dass sie aufgrund eines eigenen leitungsgebundenen Netzes mehr Gestaltungsspielraum habe.[371] […], würde ein eigenes Netz zu einer massgeblich veränderten Kostenstruktur führen. Die Zusammenschlussparteien gehen hierbei von der Hypothese aus, dass Swisscom ihre Netzwerkkosten (zuzüglich bestimmter Aufschläge) über die Wholesale-Preise an Sunrise weitergebe und daher die Netzkosten und die von Sunrise zu entrichtenden Vorleistungskosten relativ symmetrisch seien.

490. Dieser Darstellung muss widersprochen werden. Alleine schon, wenn die Preisunterschiede zwischen TAL und BBCS betrachtet werden, muss von sehr hohen Aufschlägen ausgegangen werden, so dass nicht davon auszugehen ist, dass die Preise von BBCS die Netzwerkkosten von Swisscom wiedergeben. Da die tatsächlichen Netzkosten von Swisscom bedeutend tiefer sein dürften, als die gegenüber Dritten verrechneten BBCS-Preise ist gerade nicht von einer Kostensymmetrie auszugehen. Vielmehr wird Sunrise durch den Wechsel auf das HFC-Netz von UPC bedeutend geringere Vorleistungskosten zu tragen haben. Zudem werden die Zusammenschlussparteien wie Swisscom ein Netzbetreiber sein, der nicht einfach nur monatlich wiederkehrende Vorleistungskosten zu tragen hat, sondern sie müssen langfristige und kostenwirksame Investitionsentscheidungen treffen. Damit werden die Zusammenschlussparteien auch in der Kostenstruktur Swisscom ähnlicher.

491. Dennoch kann alleine aufgrund der grösser werdenden technologischen Symmetrie nicht automatisch geschlossen werden, dass hierdurch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet wird. Vielmehr ist ebenfalls zu beachten, dass Sunrise durch den Erwerb einer leitungsgebundenen Netzwerkinfrastruktur unabhängiger von Swisscom wird. Dieser Gesichtspunkt ist bei der Gesamtwürdigung ebenfalls zu berücksichtigen.

Im TV-Bereich

492. Im TV-Bereich können die Kostenstrukturen von Swisscom und den Zusammenschlussparteien als weitgehend identisch angesehen werden. Sowohl Swisscom als auch die Zusammenschlussparteien haben einen Teil des Premium Contents, exklusiv erworben.

493. Sunrise macht hier geltend, dass sich aufgrund der verschiedenartigen Technologien nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens voraussichtlich auch die Kosten für die Erbringung der TV-Angebote zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom unterscheiden werden. Den beteiligten Unternehmen seien die Einkaufskosten von Swisscom nicht bekannt. Die Einkaufspreise für Rechte würden sich je nach den massgeblichen TV-Inhalten signifikant unterscheiden. So würden bspw. die jährlichen Kosten für die Eishockeyrechte für UPC ca. CHF […] und für weniger populäre Sportarten wie bspw. Basketball oder Beachvolleyball ca. CHF […] pro Jahr betragen. Swisscom habe ein grösseres Portfolio an Rechten als UPC und darunter auch sehr populäre Sportarten wie Fussball. Es sei daher davon auszugehen, dass auch die entsprechenden Kosten von Swisscom wesentlich höher ausfallen würden. Der grösste Teil der Kosten eines Anbieters würden zudem nicht die Beschaffung von Inhalten, sondern die Netznutzung betragen. Swisscom habe schliesslich Zugang zu umfangreichem Premium-Content über die Konzerngesellschaften Cinetrade und Teleclub. Die Beschaffungskosten liessen sich zudem nicht im Voraus bestimmen, da sie das Resultat von sehr intensivem Bieterwettbewerb seien.[372]

494. Bei der Beurteilung der Kostensymmetrie geht es weniger darum, dass die konkreten Kosten genau die gleichen sein müssen, als vielmehr um die gleiche Kostenstruktur und ob diese Kostenstrukturen untereinander bekannt sind (vgl. oben Rz 479). Vorliegend sprechen alleine schon die ähnlich hohen Marktanteile (vgl. Tabelle 62 und Tabelle 63) und das Angebot von homogenen Produkten (vgl. Rz 53 ff.) für eine hohe Kostensymmetrie. Wie Sunrise selber ausführt, haben sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom grundsätzlich die Kosten für das Netz und die Kosten für die Beschaffung des Premium Contents zu tragen. Auch wenn es sich dabei nicht um den gleichen Premium Content handelt, haben doch beide gerade aufgrund des erwähnten Bieterwettbewerbs eine Ahnung der dafür zu bezahlenden Preise.

495. Somit kann insgesamt von einer Kostensymmetrie ausgegangen werden, welche die Wahrscheinlichkeit und die Stabilität koordinierten Verhaltens erhöht.[373]

B.4.3.3.3. Symmetrien in den Geschäftstätigkeiten und in den Verkaufskanälen

496. Wichtig bei der Analyse der Geschäftstätigkeit und der Verkaufskanäle, welche die Produktvarietät einschliessen, ist die Berücksichtigung der einzelnen Wettbewerbsparameter, welche die allenfalls kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen in den einzelnen Märkten beeinflussen können.

497. Im Bereich der Fernmeldedienste werden die Zusammenschlussparteien zu einem bedeutenden Quadruple-Play Anbieter in der Schweiz, welcher in den vier Bereichen Mobilfunk, Festnetz, Breitbandinternet und TV einen Marktanteil von mindestens je über [20-30] % erreicht. Neben den Zusammenschlussparteien verfügt lediglich Swisscom über einen signifikanten Marktanteil in allen vier Bereichen, wobei der Marktanteil von Swisscom in den jeweiligen Bereichen jeweils über [40-50] % liegt.

[371] Vgl. act. 218, Rz 100.
[372] Vgl. act. 218, Rz 181 f.
[373] KÜHN (Fn 306), The Coordinated Effects of Mergers, S. 128, RPW 2006/2, 282 139, *Emmi/AZM*.

498. Trotz dieser Unterschiede sind die Zusammenschlussparteien und Swisscom hinsichtlich ihrer Geschäftstätigkeit und ihrer Bedeutung im Markt ähnlich aufgestellt und sie verfügen über ähnliche Verkaufskanäle.

499. Sunrise führt dazu aus, dass die Bedeutung von Swisscom ungleich grösser sei als diejenige der Zusammenschlussparteien, was die vorläufige Prüfung zwar ebenfalls unterstreiche, dabei aber nicht berücksichtige, dass Swisscom einzelne Wettbewerbsparameter in den einzelnen Märkten aufgrund ihrer überragenden Marktstellung bzw. marktbeherrschenden Stellung gänzlich anders beeinflussen könne. Dies führe zu bedeutenden Asymmetrien hinsichtlich der beeinflussbaren Wettbewerbsparameter, die wiederum wichtig bei der Prüfung der Symmetrie in den Geschäftstätigkeiten seien. Daneben gäbe es auch noch eine Summe weiterer Anbieter, die in der Lage seien, höchst kompetitive Quadruple-Play-Angebote zu machen. Zu erwähnen seien in dieser Hinsicht insbesondere Salt und Quickline.[374]

500. Auch wenn Swisscom in einzelnen Märkten über einen höheren Marktanteil als die Zusammenschlussparteien verfügt, ändert dies nichts daran, dass das Zusammenschlussvorhaben auch im Bereich der Geschäftstätigkeiten zu mehr Symmetrie führt. Dies alleine durch den Umstand, dass beide danach sowohl über eine Festnetzinfrastruktur als auch über eine Mobilnetzinfrastruktur verfügen würden und somit als einzige Fernmeldedienstanbieter in der Lage wären, gestützt auf die eigenen Infrastrukturen Quadruple-Play-Angebote zu unterbreiten.

501. Der Umstand, dass nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die Zusammenschlussparteien und Swisscom jeweils über verschiedene Exklusivübertragungsrechte verfügen werden und sich diese Exklusivrechte laufend durch neue Ausschreibungen verändern werden, vermag – entgegen der Ansicht von Sunrise[375] – nichts daran zu ändern, dass die beiden über grundsätzlich symmetrische Geschäftstätigkeiten verfügen werden. Zudem verfügen die Zusammenschlussparteien und Swisscom bereits heute über unterschiedliche Exklusivrechte, weshalb sich diesbezüglich durch den Zusammenschluss gar keine Änderungen ergeben.

B.4.3.3.4. Interessenssymmetrien

502. Sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom sind kommerzielle Unternehmen und streben daher grundsätzlich eine Gewinnmaximierung an. Als Betreiber einer Netzwerkinfrastruktur sind zudem die Zusammenschlussparteien und Swisscom grundsätzlich an einer hohen Netzauslastung interessiert.

503. Dennoch haben sich mit der flächendeckenden Einführung der Glasfasernetzwerkarchitektur verschiedene Parameter geändert. Während beim Einsatz der Kupferkabel- und Koaxialkabeltechnologie die zur Verfügung stehende Bandbreite weitgehend ein limitierender Faktor darstellte und damit ein Differenzierungspotenzial aufwies, fällt diese Restriktion mit dem Einsatz der Glasfasertechnologie weitgehend weg.

504. Aus technologischer Sicht besteht daher die Möglichkeit, dass ein Breitbandinternetzugang weitgehend ohne grössere Kapazitätsbeschränkungen zu einem Grundlagenprodukt ohne grosses Differenzierungspotenzial und damit zu einer Hintergrundleistung wird, welche weitgehend zu kostenorientierten Preisen angeboten wird.

505. Es ist zu erwarten, dass sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom eher eine Preisdifferenzierungsstrategie zu implementieren versuchen, mittels welcher sie das Ertragspotenzial bisheriger Kunden nach Möglichkeit beibehalten und allenfalls bei preissensitiven und wechselbereiten Kunden Preissenkungen zur Gewinnung von Neukunden bzw. zur Kundenbindung Preissenkungen zulassen werden.

506. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass zwischen ihnen und Swisscom abweichende Interessen bestehen würden. Dies einerseits, da der Hauptanteilseigner von Swisscom die Schweizerische Eidgenossenschaft sei.[376] […][377]

507. Die Zusammenschlussparteien haben in diesem Zusammenhang verschiedentlich vorgebracht, dass sie ihre Kundenbasis substanziell durch Preissenkungen und Qualitätserhöhung erweitern wollen. […] in der Anhörung haben die Zusammenschlussparteien bekräftigt, dass sie die Preise soweit senken wollen, dass eine ARPU im Bereich Breitbandinternet von […] CHF für 2018 und eine ARPU von durchschnittlich […] CHF für die Jahre 2019 – 2023 resultieren.[378] Gleichzeitig hat Sunrise ebenfalls öffentlich angekündigt, dass es mit der Übernahme von UPC weiter auf eine Wachstumsstrategie durch innovative Angebote zu wettbewerbsfähigen Preisen setze.[379]

508. Ein solches angekündigtes Verhalten seitens der Zusammenschlussparteien steht in einem diametralen Widerspruch zu einer Verhaltenskoordination, bei welcher die an einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung beteiligten Unternehmen ihre Preise zumindest der Grössenordnung nach so koordinieren, dass sie sich auf der einen Seite nicht mehr wie Wettbewerber verhalten und auf der anderen Seite eine so genannte Oligopolrente von den Konsumenten abschöpfen.

509. Derzeit liegen die ARPU von Sunrise im Bereich Breitbandinternet und TV zwischen […] CHF und […] CHF. Die ARPU von UPC liegen im Bereich Breitbandinternet und TV zwischen […] CHF und […] CHF. Gemäss der von den Zusammenschlussparteien […] im Rahmen der Anhörung bekräftigten Preispolitik wird eine ARPU von […] CHF für 2018 und eine ARPU von […] CHF für die Jahre 2019 – 2023 angestrebt (vgl. Rz 507). Damit ergibt sich seitens Sunrise sowohl in der Öffentlichkeit, […] als auch gegenüber der WEKO im Prüfungsverfahren des Zusammenschlussvorhabens ein einheitliches

[374] Vgl. act. 218, Rz 103.
[375] Vgl. act. 218, Rz 184.
[376] Vgl. act. 21, Rz 653 f.
[377] Vgl. Rz 348, Rz 129.
[378] Act. 458, S. 10, act. 461 S. 6 ff.
[379] Medienmitteilung Sunrise vom 27. Februar 2019.

Bild betreffend die zukünftige Strategie und das zukünftige Verhalten von Sunrise. Ein solches Verhalten steht einer kollektiven Marktbeherrschung, für welche eine Koordination der daran beteiligten Unternehmen notwendig ist, diametral entgegen.

510. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 38 KG hinzuweisen, wonach die Wettbewerbskommission eine Zulassung widerrufen kann, wenn die beteiligten Unternehmen unrichtige Angaben gemacht haben oder die Zulassung arglistig herbeigeführt worden ist. Sollten sich daher die in der Öffentlichkeit, […] und gegenüber der WEKO aufeinander abgestimmten Ankündigungen der Zusammenschlussparteien hinsichtlich der Preissetzung und des angestrebten Preisniveaus (welches in der ARPU gemessen wird) als von vorne herein unwahr herausstellen, könnte ein Verstoss gegen Art. 38 Abs. 1 und 2 KG vorliegen. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Zusammenschlussparteien in dem angekündigten Zeitraum für die Jahre 2019 bis 2023 keine substanzielle Senkung des Preisniveaus auf die angestrebte ARPU vornehmen, um einen grössere Marktanteil zu erreichen. Oder wenn sie im Gegensatz zu ihren Ankündigungen ein kollusives Gleichgewicht mit Swisscom anstreben, beispielsweise indem sie im Markt versuchen, gegenüber den Endkunden ein höheres Preisniveau durchzusetzen, um damit eine höhere ARPU zu erzielen und in Kauf nehmen, nur wenige Neukunden zu gewinnen bzw. Kunden verlieren. Ein solcher Verstoss könnte dazu führen, dass die WEKO das Zusammenschlussvorhaben nochmals nachträglich prüft und allenfalls untersagt. Es ist daher auch unwahrscheinlich, dass sich die Zusammenschlussparteien dem Risiko einer Rückabwicklung des Zusammenschlussvorhabens aussetzen werden.

511. Sunrise hat in der Vergangenheit eine Wachstumsstrategie in der Telekommunikation verfolgt. Auch aufgrund der vorgehenden Feststellungen (vgl. Rz 507 – 509) erscheinen die Ausführungen der Zusammenschlussparteien für die WEKO glaubhaft. Unter der Voraussetzung, dass die Zusammenschlussparteien daher in der Zukunft eine solche Strategie verfolgen, erscheint eine kollektive Marktbeherrschung, welche gerade die Aufgabe einer solchen Strategie voraussetzen würde, als unwahrscheinlich.

B.4.3.3.5. Symmetrien im Bereich Kapazitäten

512. Kapazitäten können im Zusammenhang mit koordinierten Effekten und kollusivem Verhalten eine bedeutende Rolle spielen.

513. Sunrise macht in diesem Zusammenhang geltend, das HFC-Netz von UPC sei grundsätzlich bedeutend leistungsfähiger als das DSL-Netz der Swisscom. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Kabelnetze in der Regel im Anschlussbereich Koaxialkabel verwenden würden und deren Leistungsfähigkeit deutlich grösser sei als diejenige der Kupferkabel von Swisscom. Die beiden Netze würden unterschiedliche Architekturen und Maximalkapazitäten aufweisen und würden sich in der Notwendigkeit und den Kosten des Netzausbaus erheblich unterscheiden. Auf dem Kupfernetz der Swisscom könne mit «G.fast» gegenwärtig eine maximale Geschwindigkeit von bis zu 500 Mbit/s erreicht werden. «G.fast» könne diese hohen Bandbreiten allerdings nur über kurze Distanzen erzielen, weshalb diese Technologie vor allem im Zusammenhang mit FTTB oder allenfalls FTTS sinnvoll sei. Um «G.fast» auf dem Swisscom-Netz einsetzen zu können, müssten die Glasfaserleitungen in jedem Fall näher an den Kunden herangezogen werden. Dies mache ein Upgrade des Kupferkabels von Swisscom im Vergleich zum Upgrade des HFC-Netzes von UPC, bei dem dies in geringerem Ausmass notwendig sei, vergleichsweise aufwändig und teuer. Beim höchsten Ausbaugrad, d.h. bei «FTTB XG.fast» betrage die maximal mögliche Bandbreite (insgesamt) 10 Gbit/s, die für Up- und Download aufgeteilt werden könne. Diese Kapazität könne aber nur bei einer Übertragungslänge von 50 bis 100 Metern erreicht werden. Der notwendige FTTS- bzw. FTTB-Ausbau könne jeweils nur für grössere Netzbereiche gleichzeitig vorgenommen werden. Die Marktreife werde voraussichtlich 2020 erwartet. Beim Koaxialkabel der Kabelnetzbetreiber handle es sich demgegenüber um ein Shared Medium. Die hohen Frequenzen würden es erlauben, das Koaxialkabel auch für bidirektionale Kommunikation zu nutzen. Bei Full Duplex-DOCSIS 3.1, das 2017 standardisiert worden sei, seien Upstream und Downstream bis zu 10 Gbit/s möglich. Auch für diese Bandbreiten müssten die Fiber Nodes möglichst nah bei den Endkunden liegen. Dabei dürften nicht mehr als 100 Teilnehmer an einer Fibre Node angeschlossen sein (Deep Fibre). Insgesamt würden die Netzarchitektur und die verwendete Technologie einen nachfrageorientierteren Netzausbau als bei einer FTTX-Netzstruktur erlauben. Aus dem Bericht der Beratungsfirma WIK-Consult zu den Kosten des Netzausbaus für das BAKOM sei ersichtlich, dass die Technologien bezüglich ihrer maximalen Kapazität, der Möglichkeit von symmetrischen Bandbreiten sowie der Unterschiede hinsichtlich des Bedarfs, des Zeitpunkts und der Geografie von Investitionen in den Netzausbau und den damit verbundenen Kosten nicht symmetrisch seien. Aufgrund der deutlichen Asymmetrie gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass eine stabile Koordination zwischen ihnen und Swisscom deshalb höchst unwahrscheinlich.[380]

514. Betrachtet man die von den Parteien zitierte Tabelle 5 im WIK-Bericht für das BAKOM, so erscheint die Zeile BW Durchschnitt [Mbps] massgeblich zu sein. Also diejenige Zeile, die angibt, welche Bandbreite einem Kunden tatsächlich zur Verfügung steht. Diese liegt bei DOCSIS 3.1 bei 133 Mbit/s und lässt sich damit irgendwo zwischen FTTC Vect. und FTTC plus verorten. Es erscheint zwar unwahrscheinlich, dass alle an einem Knotenpunkt angeschlossenen Kunden gleichzeitig Inhalte abrufen und daher nur die geteilte Bandbreite zur Verfügung steht. Dennoch dürfte den jeweiligen Kunden so gut wie nie die volle aufgeführte Bandbreite von 2'667 Mbps zur Verfügung stehen. Daher erscheinen die über das HFC-Netz zur Verfügung gestellten Bandbreiten (welche jeweils Maximalbandbreiten darstellen), je nach Auslastung des jeweiligen Knotenpunktes durchaus mit den Bandbreiten über FTTC Vect. und FTTC plus eventuell FFTdp G.fast vergleichbar zu sein. Letztendlich fragen die Kunden eine Bandbreite nach, welche sowohl

[380] Vgl. act. 218, Rz 117 ff.

Swisscom, die Zusammenschlussparteien und Dritte liefern. Wie die vom Kunden nachgefragte Bandbreite erreicht wird, ist hierbei für diesen grundsätzlich zweitrangig, soweit sie ihm zur Verfügung steht. Da auf der einen Seite das HFC-Netz ein Shared-Medium ist und nicht zu erwarten ist, dass Swisscom durch einen möglichen Netzausbau der Zusammenschlussparteien einen nicht mehr einzuholenden Wettbewerbsnachteil erleidet, sind die jeweils zur Verfügung stehenden Kapazitäten kein Faktor, der eine mögliche kollektive Marktbeherrschung verunmöglichen würde.

515. Die Zusammenschlussparteien verweisen auf die Beurteilung des Zusammenschlusses von Vodafone und Liberty Global in den Niederlanden durch die EU-Kommission[381], der dem vorliegenden Zusammenschluss bezüglich der verwendeten Festnetztechnologie in gewisser Weise ähnlich gewesen sei. Die EU-Kommission kam gemäss Zusammenschlussparteien zum Schluss, dass eine etwas grössere Symmetrie aufgrund der vertikalen Integration der Zusammenschlussparteien nicht ausreiche, um die bereits vor dem Zusammenschluss bestehenden Asymmetrien bei den Festnetzinfrastrukturen aufzuheben. In diesem Zusammenhang erwähne die EU-Kommission insbesondere auch die unterschiedlichen Kosten für den Netzausbau und die unterschiedlichen Ausbau-Zyklen.[382]

516. Hierzu ist anzumerken, dass es sich hierbei nicht um eine allgemeine Aussage der EU-Kommission handelt. Es wird vielmehr eine Einzelfallbetrachtung angestellt, wonach unklar sei, ob in dem zitierten Fall die sich vergrössernden Kostensymmetrien ausreichend seien, um die Asymmetrien zwischen KPN und dem Joint-Venture vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Kosten für den Netzausbau und die unterschiedlichen Ausbau-Zyklen aufzuwiegen.[383] Da es sich hierbei um eine Einzelfallbetrachtung handelt und obendrein noch offengelassen wurde, ob die sich vergrössernden Kostensymmetrien durch die vertikale Integration ausreichend seien, um die unterschiedlichen Kosten für den Netzausbau und die unterschiedlichen Ausbau-Zyklen aufzuwiegen, können die Zusammenschlussparteien aus dem Zitat nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

517. Die Zusammenschlussparteien machen zu den Kapazitäten geltend, dass sich die Netze der Zusammenschlussparteien und Swisscom in sämtlichen relevanten Dimensionen unterscheiden würden, namentlich hinsichtlich der verwendeten Technologie, der Netzabdeckung, der Längenabhängigkeit, der zeitlichen und räumlichen Notwendigkeit des Netzausbaus, Geschwindigkeit des Netzausbaus, der Kosten des Netzausbaus sowie der Verteilung der Anschlusszentralen.[384]

518. […][385]

519. Technologische Symmetrie verlangt nicht automatisch gleiche Investitionszyklen. Relevant ist vorliegend vielmehr, dass regelmässig in das eigene Festnetz investiert werden muss und davon ausgegangen werden kann, dass sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom dies im erforderlichen Ausmass tun werden. Es ist davon auszugehen, dass nach dem Zusammenschluss sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom die nötigen Investitionen in ihr Netz tätigen würden, um ihren Kunden zwar grundsätzlich qualitative hochstehende Produkte zu bieten.

520. Unter Betrachtung der historischen Preisentwicklung basierend auf den ARPU ist es ebenfalls wenig wahrscheinlich, dass die Marktteilnehmer als Reaktion auf einen möglichen technologischen Sprung anderer Marktteilnehmer mit Preisreduktionen reagieren würden, um so eine geringere Leistung zu einem geringeren Preis anzubieten. Vielmehr ist wahrscheinlich, dass sich die Marktteilnehmer auf einen stärkeren Netzausbau konzentrieren werden, um auf mögliche aufgrund unterschiedlicher Technologiezyklen hervorgerufene kurzfristige Wettbewerbsvorteile zu reagieren.

B.4.3.3.6. Zwischenergebnis zu den Symmetrien

521. Durch das Zusammenschlussvorhaben werden die Zusammenschlussparteien und Swisscom symmetrischer. Dies insbesondere, weil Sunrise mit einer starken Mobilfunksparte (Nummer zwei im Bereich Mobilfunk) und als Nummer drei in den Märkten für leitungsgebundene Fernmeldedienste (Telefon und Breitbandinternet) die Nummer zwei in den Märkten für leitungsgebundene Fernmeldedienste übernimmt. Hinzu kommt, dass durch die Übernahme die Zusammenschlussparteien gemeinsam sowohl über ein Mobilfunknetzwerk als auch über ein weitreichendes leitungsgebundenes Fernmeldenetzwerk im Anschlussbereich verfügen werden. Heute verfügt lediglich Swisscom sowohl über ein eigenes Mobilfunknetz, als auch über ein weitreichendes leitungsgebundenes Fernmeldenetzwerk im Anschlussbereich.

522. Diese stärker werdende Symmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom könnte einen Einfluss auf die Wettbewerbsstrategie der Zusammenschlussparteien haben. Insbesondere können die Zusammenschlussparteien allfällige Wettbewerbsnachteile, welche sie jeweils einzeln hatten[386] durch die Stärken des jeweils anderen Wettbewerber kompensieren. Dies führt aber auch zu einem geringeren Druck, die Schwächen (wie zum Beispiel die Tatsache, dass Sunrise über kein eigenes leitungsgebundenes Netz im Anschlussbereich und UPC über kein Mobilfunknetzwerk verfügt) in den jeweils anderen Bereichen durch bessere Leistungen und Angebote in dem Bereich zu kompensieren, wo sie jeweils Stärken (Sunrise im Mobilfunkbereich und UPC im Bereich leitungsgebundenes Breitbandinternet gegenüber Endkunden) aufweisen.

523. Aus Sicht von Sunrise seien zum heutigen Zeitpunkt Wettbewerber ohne eigene Infrastruktur aufgrund von attraktiven Vorleistungsprodukten sowohl im Bereich Mobilfunk als auch im Festnetzbereich ebenfalls in der Lage, äusserst kompetitive Angebote anzubieten und dies sowohl in preislicher Hinsicht als auch punkto Qualität, Service und Innovation. Ein Beispiel hierfür sei das Angebot von Salt im Festnetzbereich, das sowohl in

[381] Vgl. Entscheid der EU-Kommission M.7978 – *Vodafone / Liberty Global / Dutch JV*, Rz 653.
[382] Vgl. act. 218, Rz 121.
[383] Entscheid der EU-Kommission M.7978 – *Vodafone / Liberty Global / Dutch JV*, Rz 647.
[384] Vgl. act. 218, Rz 122.
[385] Vgl. act. 244, Beilage 1, S. 24.
[386] Sunrise hat kein eigenes leitungsgebundenes Festnetz im Anschlussbereich und UPC hat kein eigenes Mobilfunknetz.

preislicher Hinsicht als auch in Bezug auf die angebotene Leistung neue Massstäbe setze. Da Salt über kein eigenes Festnetz verfüge, sei dieser Bereich nach Einschätzung der vorläufigen Prüfung ein Bereich vermeintlicher Schwäche. Das hochkompetitive Festnetzangebot von Salt zeige jedoch, dass es das offensichtlich nicht sei. Damit gäbe es aktuell keine Schwachpunkte, die eine Kompensation auf Ebene der Preise notwendig machen würde.[387] Hierzu ist allerdings anzuführen, dass Salt seine leitungsgebundenen Fernmeldedienste ausschliesslich auf der Glasfasernetzwerkinfrastruktur anbietet und Salt daher keinerlei Preisdruck auf diejenigen lokalen Märkte ausübt, in welchen keine alternative Glasfasernetzwerkinfrastruktur zur Verfügung steht.

524. Wie Sunrise selbst an diversen Stellen ausführt, führt eine eigene Telekommunikationsinfrastruktur vor allem zu mehr Unabhängigkeit. Alleine schon diese Unabhängigkeit stellt gegenüber jenen Unternehmen, die diesbezüglich auf Vorleistungen von anderen Unternehmen angewiesen sind, eine Stärke dar. So dürften denn etwa auch die tatsächlichen Netzkosten bedeutend unter dem Preis liegen, den Swisscom für die entsprechenden Vorleistungen verlangt (vgl. dazu oben Rz 490).

525. Hinsichtlich des Marktauftritts und der Interessen hat Sunrise in der Vergangenheit eine Wachstumsstrategie verfolgt, indem sie zu vergleichsweise günstigen Preisen Breitbandinternet und TV-Angebote im Markt platziert hat. Sunrise hat diese Strategie wiederholt und glaubhaft […], in der Öffentlichkeit und gegenüber der WEKO bekräftigt. Aus Sicht der WEKO hat sich Sunrise damit glaubhaft an diese Strategie gebunden. Ein solches Verhalten steht aber gerade einem koordinierten Verhalten im Rahmen einer kollektiven Marktbeherrschung entgegen, weshalb in diesem Punkt eine entscheidende Interessensasymmetrie zwischen den Zusammenschlussparteien und Swisscom vorliegt.

B.4.3.4 Multimarktbeziehungen

526. Von Multimarktbeziehungen wird gesprochen, wenn sich die Marktteilnehmer nebst dem zu untersuchenden Markt auch in sogenannten Drittmärkten als Konkurrenten gegenüberstehen.[388] Durch Multimarktbeziehungen kann kollusives Verhalten unter Umständen begünstigt werden.[389]

527. Die Intuition hinter dieser Begünstigung liegt darin, dass bei Multimarktbeziehungen die entsprechenden Unternehmen ihre jeweiligen Anreizbedingungen in den einzelnen Märkten, die zu kollusivem Verhalten erfüllt sein müssen (Kooperation muss sich lohnen bzw. einseitiges Abweichen – mit der Konsequenz von Bestrafung – darf sich nicht lohnen), über die Märkte hinweg koordinieren können. So können insbesondere Sanktionsmöglichkeiten über verschiedene Märkte aufgrund von Multimarktbeziehungen geschaffen und aufrechterhalten werden. Es kann insbesondere der Fall sein, dass zwei Unternehmen, die in mehreren Märkten gleichzeitig tätig sind und in diesen Märkten asymmetrische Marktpositionen haben, in beiden Märkten, trotz Asymmetrie, Kollusion aufrechterhalten können, da bei einem Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht auf einem Markt eine Bestrafung auf einem anderen Markt erfolgen kann.[390] Würde man jeden Markt isoliert analysieren, so könnte man aufgrund der Asymmetrie im konkreten Einzelfall unter Umständen zum Schluss kommen, dass Kollusion nicht aufrechthaltbar ist. Betrachtet man beide Märkte jedoch zusammen im Hinblick auf kollusives Verhalten, dann können die Unternehmen sehr symmetrisch sein. Unternehmen beachten diese Multimarktbeziehungen bei ihrer Analyse bezüglich der Rentabilität von kollusivem Verhalten, sodass ihre Anreizbedingungen zu Kollusion über diese Märkte hinweg zusammengefasst werden. Die relative Schwäche für glaubhafte Bestrafung in einem Markt mit einem geringeren Marktanteil kann durch die relative Stärke für glaubhafte Bestrafung in einem Markt mit einem höheren Marktanteil «kompensiert» werden. Dadurch können sich die Unternehmen über die Märkte hinweg disziplinieren und Kollusion in beiden Märkten aufrechterhalten.

528. Die Zusammenschlussparteien und Swisscom sind vorwiegend in der Schweiz auf den Telekommunikationsmärkten tätig. Die weiteren Geschäftsfelder sind im Vergleich zu ihren Tätigkeiten im Bereich der Telekommunikation vernachlässigbar. Dies führt aber auch dazu, dass sie sich quasi auf sämtlichen Telekommunikationsmärkten mit einer ähnlichen Ausgangslage gegenüberstehen. Somit haben die Zusammenschlussparteien und Swisscom eine Möglichkeit, das Verhalten des jeweils anderen auf sämtlichen Märkten zu beobachten und auf Abweichungen von einem möglichen kollusiven Gleichgewicht zu reagieren. Weiter stellt der Telekommunikationsbereich die Haupteinnahmequelle der Zusammenschlussparteien und Swisscom dar.

529. Sunrise macht geltend, dass sich die Kontaktpunkte auf den verschiedenen Märkten nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens deutlich verringern würden, da Sunrise (als FVNO) und UPC (als MVNO) unabhängiger von der Infrastruktur von Swisscom werden würden. Multimarktbeziehungen seien nur hinsichtlich der notwendigen Sanktionsmöglichkeiten ein relevantes Prüfungskriterium für kollektive Marktbeherrschung. Aufgrund des geringeren Bezugs von Vorleistungsprodukten falle eine offensichtliche Sanktionsmöglichkeit von Swisscom weg. Infolgedessen gäbe es nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens weniger relevante Multimarktbeziehungen, so dass durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens stillschweigend kollusive Verhaltensweisen weniger wahrscheinlich würden.[391]

[387] Vgl. act. 218, Rz 11.

[388] Vgl. RPW 2010/3, S. 550 Rz 342, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MOTTA (Fn 306), Competition Policy, S. 145 ff.; vgl. auch KÜHN KAI-UWE, An Economists' Guide through the Joint Dominance Jungle, John M. Olin Center for Law & Economics, Paper #02-014, 2001, pdf-Seite 20 f., https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2002/Documents/Kuhn%2002014.pdf, zuletzt besucht am 13.08.2018.

[389] RPW 2018/4, 908 Rz 293, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2018/4, 975 Rz 214, *Tamedia/Basler Zeitung*.

[390] Bspw. bei zwei Märkten und zwei Unternehmen A und B: Unternehmen A hat in Markt 1 ca. 60 % Marktanteil und Unternehmen B ca. 30 %. In Markt 2 hat dagegen Unternehmen B ca. 60 % Marktanteil und Unternehmen A ca. 30 %.

[391] Vgl. act. 218, Rz 126, 190 und 193.

530. Die Multimarktbeziehungen bestehen darin, dass sich Swisscom und die beteiligten Unternehmen grundsätzlich auf sämtlichen Telekommunikationsmärkten gegenüberstehen. Dies war auch schon vor dem Zusammenschlussvorhaben der Fall. Durch den Zusammenschluss werden allerdings die Ausgangslagen von Swisscom und Sunrise/UPC ähnlicher, da neu beide über eine eigene Festnetzinfrastruktur verfügen und nicht nur Swisscom wie bisher. Durch die Migration eines Teils der Kunden von Sunrise auf die Netzwerkinfrastruktur von UPC wird Sunrise sicherlich von Swisscom unabhängiger. Swisscom und die Zusammenschlussparteien stehen sich aber nach wie vor auf den gleichen Märkten als Konkurrenten gegenüber, so dass die Anzahl Multimarktkontakte nach wie vor hoch bleibt.

531. […][392]

532. Hierzu ist anzumerken, dass die angesprochenen Sanktionsmöglichkeiten in Form von Preissenkungen in erster Linie in den Infrastrukturmärkten, das heisst im Bereich der Mobilfunknetze und im Bereich der leitungsgebundenen Breitbandinternetinfrastrukturen ausgeübt werden würden. Diese Sanktionsmöglichkeiten stehen ausschliesslich Netzbetreibern zur Verfügung, so dass sich diese von anderen Marktteilnehmern hinsichtlich Wettbewerb entsprechend abkoppeln können. Eine darüberhinausgehende Sanktionierung und vor allem eine Sanktionierung über verschiedene Märkte hinweg erscheint insbesondere aufgrund der bestehenden Ausweichmöglichkeiten (insbesondere über OTT-Angebote) als unwahrscheinlich. Vielmehr ist vorliegend davon auszugehen, dass die genannte Sanktionierung von abweichendem Verhalten in erster Linie auf den Breitbandinternetmärkten selbst stattfinden würde.

533. Zudem muss beim Thema Multimarktbeziehungen festgehalten werden, dass sich heute mit Sunrise, Swisscom und UPC drei Unternehmen gegenüberstehen, wovon zwei Unternehmen über eine eigene leitungsgebundene Netzwerkinfrastruktur verfügen und das dritte Unternehmen historisch auf regulierte Vorleistungsprodukte zurückgegriffen hat. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird die Zahl der wichtigsten Wettbewerber von drei auf zwei reduziert, was die Multimarktbeziehungen hinsichtlich möglicher Sanktionen bedeutend einfacher strukturiert.

B.4.3.5 Sanktionsmöglichkeiten

534. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass sich die Sanktionsmöglichkeiten durch das Zusammenschlussvorhaben deutlich verringern werden.

535. Wie dies die Zusammenschlussparteien mehrfach erwähnen, bleibt Swisscom in den Telekommunikationsmärkten der übermächtige Marktteilnehmer. Aufgrund der bedeutend grösseren Kundenbasis hat Swisscom zudem eine grösseres Preissenkungspotenzial als die Zusammenschlussparteien, weshalb Swisscom jederzeit, insbesondere, wenn ihre überragende Stellung gefährdet sein sollte, die Möglichkeit hat, die Preise zu senken und damit sowohl die Marge als auch das Kundenaufkommen der Zusammenschlussparteien zu schwächen. Gleichzeitig bleiben die Zusammenschlussparteien im Bereich der Breitbandanbindung im Geschäftskundenbereich von Swisscom abhängig, weshalb auch in diesem Bereich bereits auf Vorleistungsebene gewisse Druck- bzw. Sanktionsmöglichkeiten von Swisscom weiterhin bestehen. Die Zusammenschlussparteien bringen weiter vor, dass Sunrise nach wie vor auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen sein wird, wenn auch in geringerem Umfang. Dies bedeutet aber auch, dass Swisscom auch in diesem Bereich nach wie vor über Druck- bzw. Sanktionsmöglichkeiten verfügt.

536. […][393]

537. Insgesamt ist festzuhalten, dass Sunrise nach dem Zusammenschlussvorhaben weniger Vorleistungsprodukte von Swisscom nachfragen wird. Damit würden Swisscom und den Zusammenschlussparteien einzig Preissenkungen gegenüber den Endkunden als Sanktionsmöglichkeiten verbleiben. Da Sunrise ohnehin bereits öffentlich, […] und gegenüber der WEKO angekündigt hat, die Preise für Endkunden substanziell zu senken, erscheint es unwahrscheinlich, dass Sunrise Preissenkungen als Sanktionsmechanismus einsetzen würde.

B.4.3.6 Marktwachstum und Innovation

538. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine etwaige kollektive Marktbeherrschung. Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z. B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger, eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen beziehungsweise aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrenzierendes Verhalten zurückzuführen.[394] Solch ein konkurrenzierendes Verhalten kann für die jeweiligen Marktteilnehmer teuer werden, wenn ein Preiswettbewerb um Marktanteile geführt werden muss und damit das Ertragspotenzial im Markt aufgrund der tieferen Preise insgesamt sinkt.

539. Die einzelnen Märkte für Fernmeldedienstleistungen, insbesondere Breitbandinternet und Festnetztelefonie bestehen schon seit Jahrzehnten und können als weitgehend gesättigt angesehen werden. Heutzutage existieren kaum noch Haushalte, welche nicht über einen Breitbandinternetanschluss verfügen und somit als potenzielle Neukunden anzusehen wären.

[392] Vgl. act. 244, S. 12 f.

[393] Vgl. act. 244, Beilage 1, S. 6 f.).

[394] Vgl. RPW 2018/4, 974 Rz 207, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/3, 498 Rz 179, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2010/3, 544 Rz 306, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 455 Rz 287, *Heineken/Eichhof*; vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 45 (Fn 200).

540. Mit dem Aufkommen der Glasfasertechnologie stellen zudem Bandbreiten in technischer Hinsicht keine Unterscheidungsmerkmale mehr dar, da nach heutigem Nutzungsverhalten über die Glasfasertechnologie beliebige Bandbreiten realisiert werden können. Demnach bestehen im Markt im Wesentlichen nur noch über die Servicequalität und den Preis Differenzierungsmöglichkeiten. Dies hat aber auch zur Folge, dass bei einem gesättigten Markt Preiswettbewerb relativ teuer ist und zusätzliche Marktanteile grundsätzlich nicht über neu in den Markt eintretende Kunden, sondern durch Umverteilung schon im Markt bestehender Kunden gewonnen werden. Daher besteht bei denjenigen Marktteilnehmern, die bereits über hohe Marktanteile verfügen, ein gesteigertes Interesse, sich einem möglichen Wettbewerbsdruck weitgehend zu entziehen. Demgegenüber haben die Zusammenschlussparteien glaubhaft öffentlich angekündigt und gegenüber der WEKO versichert, dass sie auf eine Wachstumsstrategie durch Preissenkungen und Qualitätssteigerungen setzen werden.

541. In ihrer Stellungnahme macht Sunrise zudem geltend, dass die Zusammenschlussparteien in verschiedenster Hinsicht signifikant kleiner bleiben würden als Swisscom, insbesondere hinsichtlich Marktanteile bzw. Kundenzahlen. Aufgrund der im Vergleich wesentlich geringeren Anzahl Bestandeskunden sei es aus Sicht von Sunrise rational, ein hohes Kundenwachstum anzustreben und dabei auch mögliche Preissenkungen in Kauf zu nehmen. Preissenkungen würden in der Regel über neue Produkte erfolgen, die den Neukunden angeboten würden und auf welche die Bestandeskunden nach und nach migriert würden. Dabei könne der nominale Preis auch konstant bleiben, während die Menge (z.B. die inkludierten Bandbreiten, Anzahl Sender oder zusätzliche Freiminuten) erhöht werde. Da alle Kunden grundsätzlich die Möglichkeit hätten, auf das günstigere Produkt zu wechseln, wirke sich der Wettbewerbseffekt auch auf die Bestandeskunden aus. Um tatsächlich Marktanteile gewinnen zu können, werde ein Mix von Marktinitiativen und anderen Faktoren benötigt, namentlich attraktive Preise verbunden mit bestem Highspeed-Internet, einem hohen Innovationsgrad und höchster Kundenzufriedenheit bzw. Servicequalität. Sunrise stehe zudem für attraktive Preise und habe denn auch mehrfach bereits öffentlich bekanntgegeben und auch intern gegenüber den eigenen Mitarbeitenden kommuniziert, dass das Zusammenschlussvorhaben zu tieferen Preisen führen werde.[395]

542. In Bezug auf die TV-Märkte macht Sunrise zudem geltend, die TV-Märkte seien in den letzten Jahren von einer beschleunigten Entwicklung geprägt gewesen. Die Veränderungen hätten und würden nicht nur die Bereitstellung von Fernsehdiensten über immer ausgeklügeltere TV- Plattformen betreffen, sondern ganz allgemein die Art und Weise, wie heute TV-Dienste konsumiert würden. Nach Jahrzehnten des unveränderten linearen TV-Konsums forderten die Zuschauer heute den Zugriff auf TV-Inhalte aller Art, wann, wie und wo immer sie wollten. Diese Entwicklung sei ursprünglich von den traditionellen TV-Plattform-Betreibern initiiert worden, um sich von ihren Mitbewerbern abzuheben. Heute werde sie jedoch eindeutig von internationalen Streaming-Plattformen wie Netflix und Amazon Prime angeführt. Diese würden einen immer grösseren Anteil am TV-Konsum in Beschlag nehmen und dienten damit als Substitut für lineares Fernsehen. Auch wenn man der (aus Sicht der beteiligten Unternehmen unzutreffenden) Marktabgrenzung in der vorläufigen Prüfung folge und von einem separaten Plattform-Markt für lineares Fernsehen ausgehe, sei offensichtlich, dass es sich beim TV-Markt um einen äusserst innovativen Markt handle. Wie in der vorläufigen Prüfung festgehalten, würden aufgrund der technischen Entwicklung OTT-TV-Angebote mittlerweile ein vollwertiges Substitut zur leitungsgebundenen Übertragung darstellen. Dies sei in jüngeren Entscheiden der WEKO noch anders eingeschätzt worden und bezeuge den hohen Grad an Innovation im TV-Markt. Agile und innovative OTT-TV-Anbieter würden mittlerweile äusserst kompetitive Angebote für das lineare Fernsehen zu überaus günstigen Preisen anbieten. Daran werde auch der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nichts ändern. Ein weiterer Bereich, der in den letzten Jahren an Wachstum und Innovation gewonnen habe, sei die Entwicklung und Produktion sowie der Vertrieb von exklusiven Premium-Inhalten, namentlich im Bereich der Übertragung von Live-Sport. Die Beschaffung derartiger Premiuminhalte erfolge im Rahmen von hart geführten Ausschreibungswettbewerben, die ein symmetrisches Angebot auf der nachfolgenden Marktstufe bei der Bereitstellung in jedem Fall verunmögliche.[396]

543. In Bezug auf VoD-Angebote macht Sunrise geltend, dass das Marktwachstum und die Innovation hier besonders gross seien. Neue, «disruptive» Anbieter wie Netflix oder Amazon Prime, die ein weltweites Angebot hätten und über überaus grosse finanzielle Ressourcen verfügten, hätten die Marktverhältnisse innerhalb kurzer Zeit komplett verändert und setzten heute für das gesamte Segment neue Massstäbe. Sämtliche traditionellen TV-Plattform-Betreiber seien dadurch im Wettbewerb sehr stark herausgefordert. Schon allein der grosse Wettbewerbsdruck, der von diesen internationalen Technologieunternehmen ausgeübt werde, schliesse ein kollusives Verhalten der Zusammenschlussparteien und Swisscom aus.[397]

544. Den Ausführungen der Zusammenschlussparteien kann insofern zugestimmt werden, als dass auf den die TV-Märkten insgesamt in den letzten Jahren grosse Veränderungen stattgefunden haben. Diese betreffen allerdings – wie Sunrise selber ausführt – hauptsächlich VoD-Angebote. Dies insbesondere auch aus dem Grund, weil verschiedene VoD-Anbieter ihre Inhalte selbst produzieren und die wesentlichen Innovationen auf Ebene der Inhalte stattfindet. In Bezug auf lineares Fernsehen bestehen heute aufgrund der Umstellung auf internetbasiertes Fernsehen aufgrund der OTT-TV-Angebote vermehrte und einfachere Möglichkeiten, lineares Fernsehen zu beziehen. Weitere Innovationen in

[395] Vgl. act. 218, Rz 131 ff.
[396] Vgl. act. 218, Rz 195 ff und 223.
[397] Vgl. act. 218. Rz 224.

den letzten Jahren sind etwa die Replay- und Aufnahmefunktion. Da diese Funktionen heute aber grossmehrheitlich von allen TV-Anbietern angeboten werden, stellen diese kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal mehr dar. Das heute zu beobachtende Konsumverhalten zeigt auch auf, dass die Mehrzahl der Nutzer von linearem Fernsehen reine VoD-Dienste, wie HBO und Netflix eher als Komplement denn als Substitut ansehen. […]. Dies zeigt auf, dass VoD-Dienste kein Substitut zum linearen Fernsehen darstellen.

B.4.3.7 Markttransparenz

545. Die Telekommunikationsmärkte können aufgrund der verschiedenen Statistiken (Zahlen zum Fernmeldeverkehr des BAKOM) und der öffentlich bekannten Tarife im Privatkundenbereich grundsätzlich als sehr transparent qualifiziert werden. Quasi sämtliche Preise und Rabattaktionen können auf den einzelnen Webseiten der Fernmeldedienstanbieter abgerufen werden. Gleiches gilt auch für die Fernsehangebote. Zudem bieten verschiedene Vergleichswebseiten, wie z.B. Comparis.ch[398] die Möglichkeit, Direktvergleiche zwischen den verschiedenen Fernmeldedienstanbietern anzustellen.

546. Aufgrund der weitreichenden Pflichten der Interoperabilität der Fernmeldedienste und insbesondere der Rufnummernportierung können Fernmeldedienstanbieter zudem in vielen Fällen nachvollziehen, von woher ein Kunde kommt bzw. wohin ein Kunde abwandert. Damit ist in den meisten Fällen nicht nur Transparenz hinsichtlich der Konditionen und Preise, sondern auch hinsichtlich der Kundenbewegungen gegeben.

547. Sunrise macht geltend, die Telekommunikationsmärkte würden zwar tatsächlich über eine gewisse Transparenz, was die Preise anbelangt, verfügen. Ein aussagekräftiger Vergleich der verschiedenen Angebote falle jedoch aufgrund der vielen und teilweise schnell wechselnden Produktkombinationen und –Spezifikationen selbst professionellen Dienstleistern schwer. Für einen sinnvollen Vergleich seien nämlich nicht nur die Preise zu vergleichen, sondern auch die in den jeweiligen Angeboten enthaltenen Leistungen. Ein regelmässiger Abgleich aller Preispläne der Konkurrenten sei allein deshalb schon extrem aufwändig und kostenintensiv. Im Zusammenspiel mit Bündelangeboten und sich schnell ändernder, inhaltlich sehr unterschiedlicher Promotionen (z.B. über Rabatte, höhere Leistungen, vergünstigte oder kostenlose Geräte) würden Angebotsvergleiche zu einer grossen Herausforderung. Die von der WEKO genannten Statistiken würden zudem nur mit einer grossen Zeitverzögerung veröffentlicht. So werden die Zahlen zum Fernmeldeverkehr des BAKOM üblicherweise mit ein bis zwei Jahren Verspätung publiziert. Ein abweichendes Verhalten könne somit erst Jahre später entdeckt werden. Daher sei ein effektiver Preisvergleich bereits heute, d.h. vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nicht einfach zu erstellen, was die Wahrscheinlichkeit stillschweigender Kollusion mindere. Darüber hinaus führe das Zusammenschlussvorhaben nach Meinung der Zusammenschlussparteien insbesondere auf dem Retail-Markt für Breitbandinternet zu einer Senkung – und gerade nicht zu einer Zunahme – der Transparenz. Dies weil Swisscom vor dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens aufgrund der verkauften Vorleistungen exakte Informationen über die Netzzugangspreise und Anzahl Kunden von Sunrise habe. Nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens könne Sunrise ihre Festnetzdienste zu einem bedeutenden Teil über die HFC-Infrastruktur von UPC anbieten. Damit sinke die Fähigkeit von Swisscom, Abweichungen von (eventuellen) stillschweigend kollusiven Verhaltensweisen zu beobachten, erheblich. Zudem seien die Infrastrukturkapazitäten der Konkurrenten angesichts der drei unterschiedlichen Festnetzinfrastrukturen (Glasfaser, HFC und DSL) und dem durch weitere Anbieter ausgeübten Wettbewerbsdruck intransparent. Daher sei es unwahrscheinlich, dass nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens eine (stillschweigende) Kollusion erfolgen wird.[399]

548. […].[400] […][401]

549. Auch wenn sich die Produkte der verschiedenen Telekommuniaktionsdiestleistungsanbieter in einzelnen Punkten wie etwa der Bandbreite voneinander unterscheiden und oft auch in Bündeln angeboten werden, sind doch die Preise und allfällige Rabatte grundsätzlich für jedermann öffentlich zugänglich. Die Zusammenschlussparteien, wie auch Swisscom verfügen über professionelle Marketingabteilungen, welche die Preisentwicklungen im Markt zeitnah beobachten können. Auch die Auswirkungen auf die eigenen Endkunden können sowohl die Zusammenschlussparteien als auch Swisscom jederzeit beobachten. Daran vermag auch der Umstand, dass es aufgrund der verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten eine Vielfalt von Angeboten gibt, nichts zu ändern. Dies insbesondere auch weil es sich bei vielen Kombinationsmöglichkeiten nur um Finessen handelt, wobei das Grundangebot an Leistungen aber überall ähnlich ausgestaltet ist. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass für eine allfällige Koordination hinsichtlich des Breitbandinternetzugangs, welcher die Basistechnologie für sämtliche weiteren Dienste darstellt, lediglich die Preise pro Bandbreite relevant sind und eine implizite oder explizite Koordination lediglich im Bereich Breitbandinternet erzielt werden muss, um einen nachhaltigen Einfluss auf den Wettbewerb auszuüben.

550. Darüberhinaus erleichtern die genannten Vergleichswebseiten einen tatsächlichen Vergleich der verschiedenen Produkte. Nur weil sich die Produkte der verschiedenen Anbieter nicht eins zu eins entsprechen, kann nicht die Rede davon sein, der Markt sei nicht transparent. Der Umstand, dass Sunrise/UPC nach dem Zusammenschlussvorhaben auf den Bezug eines Teils der Vorleistungen von Swisscom verzichten kann, hat lediglich zur Folge, dass Swisscom einen Kostenpunkt von Sunrise/UPC nicht mehr genau beziffern kann. Dies führt jedoch in keiner Weise zu einer Intransparenz der verschiedenen Preise. Selbst wenn Swisscom aufgrund

[398] https://www.comparis.ch/telecom/mobile sowie https://www.comparis.ch/telecom/adsl, zuletzt besucht am 9. Mai 2019.
[399] Vgl. act. 218, Rz 136 ff und 199.
[400] Vgl. act. 244, Beilage 1, S. 14.
[401] Vgl. act. 244, Beilage 2, S. 21 f.

der geringeren Nachfrage nach Vorleistungsprodukten seitens Sunrise nicht mehr über den gleichen Informationsumfang verfügen sollte, steht diese Tatsache einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung nicht entgegen.

551. Die Zusammenschlussparteien führen in diesem Zusammenhang aus, die sehr kurzfristig eingesetzten, rasch ändernden und äusserst flexibel gestalteten Promotionen und Rabatte für Neukunden seien für Wettbewerber kaum zu beobachten – weder deren konkrete Ausgestaltung noch deren Umfang. Besondere Rabatte würden nicht nur Neukunden, sondern auch Bestandskunden angeboten. […] Die Wettbewerber hätten deshalb keine Möglichkeit, diese im verborgenen stattfindenden Promotionen und Rabatte zu beobachten. Entsprechend sei auch eine (stillschweigende) Koordination ausgeschlossen.[402]

552. […].[403]

553. Wie soeben erwähnt, wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass grosse und erfahrene Fernmeldedienst-Unternehmen, wie die Zusammenschlussparteien und Swisscom, durchaus in der Lage sind, die – wenn auch vielfältigen und zum Teil nur kurzfristig geltenden – Preise der Konkurrenz zu beobachten. Auch wenn der Aufwand an das Monitoring dadurch erhöht wird, bleibt eine Koordination dennoch möglich. In Bezug auf die sogenannten «under-the-counter»-Angebote ist überdies festzuhalten, dass solche vereinzelten Abweichungen von den öffentlich zugänglichen Preisen nichts an der grundsätzlich vorliegenden Transparenz zu verändern vermögen. Hierzu ist ebenfalls festzuhalten, dass Swisscom zum Teil dazu übergegangen ist, Kunden die ihr Abo gekündigt haben, telefonisch zu kontaktieren. Alleine hierdurch kann sich Swisscom, neben der Tatsache, dass eine bessere Kundenbindung erreicht wird, gerade Informationen über mögliche Rabattaktionen verschaffen, welche nicht öffentlich angekündigt werden. Zudem sind solche «under-the-counter»-Angebote in der Branche üblich und können wohl aufgrund der eigenen Erfahrungswerte auch andeutungsweise bei der Konkurrenz eingeschätzt werden. Die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Beispiele vermögen daher keine grössere Intransparenz zu belegen, welche dazu geeignet wäre, dass ein Marktteilnehmer über einen bestimmten Zeitraum Kunden hinzugewinnen könnte, ohne dass die anderen Marktteilnehmer identifizieren könnten, aus welchem Grund und wohin die Kunden abwandern würden. Ganz im Gegenteil führen gerade solche «Under-the-counter» Angebote, welche vorwiegend Bestandskunden angeboten werden, zu einer erhöhten Kundenbindung und einer damit verringerten Wechselbereitschaft, was für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung ja gerade förderlich ist. Damit besteht im Markt eine ausreichende Transparenz, um ein kollusives Gleichgewicht aufrecht zu erhalten.

554. Somit kann insgesamt von einer sehr hohen bis vollständigen Markttransparenz ausgegangen werden, in welcher sämtliches Wettbewerbsverhalten möglicher Wettbewerber beobachtet werden kann und auf mögliche grössere und für die Wettbewerbsverhältnisse relevante Marktanteilsverschiebungen direkt reagiert werden kann.

555. Anders ist die Ausgangslage im Bereich der Märkte für Geschäftskunden. Zwar besteht weitgehende Transparenz hinsichtlich der Vorleistungsprodukte von Swisscom. Hingegen sind die einzelnen Angebote der Fernmeldedienstanbieter gegenüber den Geschäftskunden weitgehend unbekannt. Zwar können aufgrund der bekannten Vorleistungspreise gewisse Rückschlüsse auf das mögliche Bieterverhalten gezogen werden. Dennoch bleiben die Kalkulationen und damit die Preissetzung sowie der angebotene Mix an Konditionen für die einzelnen Anbindungen für die jeweiligen Wettbewerber oft weitgehend unbekannt.

B.4.3.8 Stellung der Marktgegenseite

556. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.[404]

557. Im Privatkundenbereich steht eine atomistische Marktgegenseite ohne jegliche Verhandlungsmacht den einzelnen Fernmeldedienstanbietern gegenüber. Die Marktgegenseite kann damit als äusserst schwach qualifiziert werden. Die Stellung der Marktgegenseite reicht im Privatkundenbereich in keinem Fall aus, um eine disziplinierende Wirkung auf allenfalls kollektiv marktbeherrschende Unternehmen auszuüben.

558. Im Geschäftskundenbereich hat die Marktgegenseite eine etwas bessere Verhandlungsposition, da sie verschiedene Angebote von Fernmeldedienstanbietern gegeneinander ausspielen kann. Dennoch muss alleine aufgrund der Grössenverhältnisse die Stellung der Marktgegenseite im Geschäftskundenbereich ebenfalls als schwach bezeichnet werden. Dies insbesondere, da viele Fernmeldedienstanbieter für die Bereitstellung von Fernmeldediensten gegenüber der Marktgegenseite auf Vorleistungsprodukte von Swisscom oder den Elektrizitätsversorgungsunternehmen angewiesen sind. Dies gilt umso mehr, als im Geschäftskundenbereich oft symmetrische Bandbreiten nachgefragt werden, welche über die Koaxialkabelnetzwerkinfrastruktur, wie diejenige von UPC, nur in sehr begrenztem Umfang bereitgestellt werden können.

---

[402] Vgl. act. 244, Beilage 2, S. 15 f.

[403] Vgl. act. 244, Beilage 1, S. 17.

[404] Vgl. RPW 2018/4, 975 Rz 217, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2015/3, 500 Rz 196, *Tamedia/ricardo.ch*; RPW 2008/1, 199 Rz 584, *Migros/Denner*; RPW 2008/3, 457 Rz 304, *Heineken/Eichhof*; RPW 2010/3, 552 Rz 358, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; MARC IVALDI/BRUNO JULLIEN/PATRICK REY/PAUL SEABRIGHT/JEAN TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003, 53; MASSIMO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 145, <ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf> (12.05.2015); vgl. auch EU-Horizontalleitlinien, Rz 57 und 64 ff. (Fn 200).

B.4.3.9 Potenzielle Konkurrenz

559. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen.[405] Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen, in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren. Bereits im Markt bestehende Unternehmen können dies antizipieren und als mögliche Reaktion die Preise tief bzw. die Angebotsmenge hoch halten.[406]

560. Bei Anbietern von Breitbandinternet- und Festnetztelefonieangeboten ist zwischen Fernmeldedienstanbietern mit und ohne eigene Infrastruktur zu unterscheiden. Zum jetzigen Zeitpunkt ist nicht ersichtlich, dass ein weiterer Infrastrukturanbieter neben Swisscom, den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den Kabelnetzbetreibern in den Markt eintreten wird.

561. Zum jetzigen Zeitpunkt ist nicht davon auszugehen, dass mit der fünften Generation der Mobilfunknetzübertragungen eine alternative Infrastruktur zur Verfügung steht, um flächendeckend Breitbandinternetangebote als Ersatz für eine grössere Anzahl von Nutzern leitungsgebundener Breitbandinternetzugänge zu lancieren. Bisher scheint lediglich Sunrise diesen Weg begehen zu wollen. Es ist daher abzuwarten, ob sich die 5G Technologie im Mobilfunk als Alternative zum leitungsgebundenen Breitbandinternetzugang entwickeln wird. Alleine von der zur Verfügung stehenden Bandbreite könnte 5G gegenüber einigen bestehenden leitungsgebundenen Technologien eingesetzt werden, solange die Auslastung an einer Antenne aufgrund der jeweils geteilten Bandbreite ein gewisses Mass nicht übersteigt. Es ist auch nicht damit zu rechnen, dass Swisscom ihre leitungsgebundene Netzwerkinfrastruktur in Teilen oder weitgehend durch eine 5G-Netzwerkinfrastruktur ersetzen wird. Somit bleibt als einziger potenzieller Wettbewerber Salt. Bisher ist allerdings nicht ersichtlich, dass Salt über das 5G-Netzwerk Alternativangebote zum leitungsgebundenen Breitbandinternet und zur Festnetztelefonie anbieten möchte (vgl. dazu auch vorne Rz 122 ff. und 372 f.). Salt stellt vielmehr in Abrede, dass das 5G-Netzwerk als Substitut zum leitungsgebundenen Breitbandinternet flächendeckend für eine grosse Anzahl von Nutzern als Ersatz für leitungsgebundenes Breitbandinternet zum Einsatz kommen kann.[407] Im Rahmen der Anhörung hat Salt allerdings mitgeteilt, dass sie zu gegebener Zeit prüfen werden, ob sie mobiles Breitbandinternet als Alternative zum Festnetzanschluss anbieten werden.[408]

562. Als weitere potenzielle Wettbewerber kommen Fernmeldedienstanbieter ohne eigenes Netz in Frage. Solche sind bereits in den letzten Jahren mit dem Aufkommen der Glasfasernetzwerkinfrastruktur der Elektrizitätsversorgungsunternehmen in den Markt eingetreten. Dennoch sind ihre Möglichkeiten Wettbewerbsdruck auf die etablierten Fernmeldedienstanbieter auszuüben relativ gering. Insbesondere haben sie es in den letzten Jahren nicht vermocht, signifikant an Marktanteilen zu gewinnen, so dass keiner dieser alternativen Fernmeldedienstanbieter einen Marktanteil von über einem Prozent erreichen konnte.

563. In ihrer Stellungnahme macht Sunrise geltend, der Wettbewerb auf dem Wholesale-Markt sei in den FTTH-Regionen besonders stark, insbesondere da die EVU über kein eigenes Endkundengeschäft verfügten. Die Preise für den Wholesale-Zugang zu beiden Infrastrukturen, d.h. zu FTTH und – aufgrund von nationalem Pricing – zu xDSL seien in den letzten Jahren erheblich zurückgegangen. Demzufolge seien Markteintritte möglich und die entsprechenden Kosten als FVNO eher gering. Wie im Rahmen der Zusammenschlussmeldung bereits gezeigt, könnten FVNOs Vereinbarungen aushandeln, die ihnen Spielraum im Wettbewerbsverhalten geben würden, vor allem bei der Preissetzung. Auch die jüngsten Markteintritte (z.B. von Teleboy, TeleKing und insbesondere Salt) seien starke Indizien dafür, dass die Markteintrittsbarrieren tief seien.[409]

564. Der von Sunrise geltend gemachte potenzielle Wettbewerb besteht gegenwärtig höchstens punktuell. […]. Ausserdem ist insbesondere bei kleineren Abnahmemengen fraglich, ob es sich kleinere FDA überhaupt leisten können eine entsprechende Infrastruktur auszubauen, um auf dark fiber zu wechseln. Die meisten werden daher Layer 2 und Layer 3 Vorleistungsprodukte, wie BBCS, nachfragen. Die von den Zusammenschlussparteien ins Feld geführte Preissenkungen für BBCS sind im Lichte der gesteigerten Nachfrage nach Bandbreite zu betrachten. Eine Fokussierung alleine auf den Preis pro Mbit/s ist daher für die Analyse, ob intensiver Wettbewerb herrscht, nicht zielführend.

565. Ausserhalb der FTTH-Regionen haben potenzielle Wettbewerber lediglich die Möglichkeit, über den Bezug von Vorleistungsprodukten bei Swisscom in den Endkundenmarkt für Breitbandinternet einzutreten. Diese Abhängigkeit von Swisscom macht es für potenzielle Wettbewerber schwierig, auf die anderen Wettbewerber substanziellen Wettbewerbsdruck zu erzeugen. So konnte Sunrise auch kein Unternehmen nennen, das in den nächsten drei Jahren in den Markt eintreten könnte.[410]

566. Die Parteien machen sodann geltend, dass die Glasfaser-Verbreitungsgebiete zusätzlich wachsen werden, so dass der Wettbewerbsdruck auch nach dem Zusammenschlussvorhaben unvermindert bestehen bleiben werde.[411]

567. Betrachtet man die Entwicklung der Anzahl der Glasfaseranschlüsse im Vergleich zur Anzahl der sonstigen Anschlüsse, so ergibt sich nachfolgendes Bild:

[…]

Abbildung 15: Entwicklung Glasfaser-Anschlüsse im Vergleich zu den sonstigen Anschlüssen

[405] Vgl. RPW 2018/4, 976 Rz 221, *Tamedia/Basler Zeitung*; RPW 2010/3, S. 555 Rz 373, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[406] Vgl. MOTTA (Fn 306), Competition Policy, 143. Eine Alternative Aktion der an der Kollusion beteiligten Unternehmen wäre es, wenn sie die Preise gegebenenfalls im Sinne eines «Predatory Pricings» unter den Grenzkosten halten würden und so einen erfolgten Eintritt zum Austritt zwingen und/oder potenzielle Eintritte abschrecken würden.
[407] Vgl. act. 156, Antwort auf Frage 8; act. 457, S. 5.
[408] Act. 457, S. 4.
[409] Vgl. act. 218, Rz 143.
[410] Vgl. act. 21, Rz 435.
[411] Vgl. act. 244, Beilage 2, S. 6.

568. Es ist zwar korrekt, dass die Anzahl Glasfaseranschlüsse steigt. Dennoch ist ein Netzausbau hin zu einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur vergleichsweise teuer. Dies ist insbesondere in weniger dicht besiedeltem Gebiet der Fall. Da die am dichtesten besiedelten Gebiete der Schweiz bereits weitgehend mit Glasfaser erschlossen sind, ist zu erwarten, dass der weitere Glasfaserausbau (FTTH) nicht mehr mit derselben Dynamik stattfinden wird. Ungeachtet dessen zeigt auch die Entwicklung seit Januar 2016, dass in dem für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens massgeblichen Zeitraum von zwei bis dreiJahren nicht damit zu rechnen ist, dass es diesbezüglich zu einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse, beispielsweise durch einen sprunghaften Anstieg der Glasfaseranschlüsse, kommt.

569. Betreffend den Plattformmarkt für die Übertragung von linearem TV macht Sunrise geltend, seit dem Siegeszug des IP-TV sei der Markteintritt in den Plattform-Markt für TV-Dienstleistungen einfach und günstig. Insbesondere kostenlose Sender, die von Werbeeinnahmen abhängig seien, würden in jede neue TV-Plattform aufgenommen werden wollen. Ein neuer Marktteilnehmer werde daher keine Probleme haben, eine Grundauswahl an Fernsehsendern anbieten zu können. Nebst starken bestehenden Wettbewerbern würden die Zusammenschlussparteien damit auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens von der jederzeitig bestehenden Möglichkeit weiterer Markteintritte diszipliniert werden. Dass diese Möglichkeit tatsächlich bestehe, werde namentlich durch die Markeintritte verschiedener Anbieter in den letzten fünf Jahren belegt. Hervorzuheben sei dabei besonders der Markteintritt von Salt. Dies verunmögliche ein stillschweigend kollusives Verhalten.[412]

570. Betrachtet man die Wachstumsraten von TV-Plattformen, die lineares Fernsehen anbieten, so erscheint dieser Bereich dennoch ein eher schwieriges Marktumfeld zu sein. Insbesondere OTT-Anbieter haben Mühe sich im Markt zu etablieren und bedeutende Marktanteile zu gewinnen. Daher ist der Wettbewerbsdruck, der von solchen OTT-Anbietern im Bereich des linearen Fernsehens ausgeht derzeit noch eher als gering einzustufen. Während die Zusammenschlussparteien und Swisscom zusammen ca. […] Nutzer auf ihrer linearen TV-Plattform aufweisen können, verfügen die OTT-Anbieter gemäss NetMetix Audit über weniger als 1 Mio. Unique User Nutzer pro Monat. Auf täglicher Basis betragen die Unique Users im Bereich gratis TV über OTT über die drei befragten OTT-Anbieter Zattoo, Wilmaa und Teleboy unter […] Nutzer.[413] Betrachtet man die Zahl Nutzer, die für ein Abonnement bezahlen, so liegen diese bei unter […] Nutzer. Damit liegt der Marktanteil der drei wichtigen OTT-Anbieter in der Schweiz zusammen unter [0-10] %, weshalb nur von einem sehr geringen Wettbewerbsdruck auszugehen ist.

571. Speziell zu den VoD-Angeboten macht Sunrise mit Verweis auf die Zusammenschlussmeldung geltend, dass zum einen in den letzten fünf Jahren mit Salt, Sky Show, Sky Sport, Amazon, Netflix und DAZN eine Vielzahl neuer äusserst potenter Konkurrenten in den TV-Plattform-Markt eingetreten seien. Ausserdem werde Apple mit Apple Plus TV im Herbst dieses Jahres mit grossem Ressourcenaufwand ein neues Streaming-Angebot lancieren. Daneben habe auch der Unterhaltungsriese Disney angekündigt, im November 2019 bzw. ab dem nächsten Jahr in Europa und damit auch in der Schweiz mit einem eigenen Streaming-Dienst in den Markt einzutreten.[414] Dennoch ist zu beachten, dass VoD-Angebote nach wie vor als Komplement und nicht als Substitut zum linearen Fernsehen betrachtet werden.

572. Technisch gesehen ist ein Markteintritt in den Plattformmarkt für die Übertragung von TV-Inhalten tatsächlich verhältnismässig einfach. Schwieriger ist es dagegen, mit einem solchen Angebot auch tatsächlich genügend Nutzer zu gewinnen und einen gewissen Wettbewerbsdruck auf die traditionellen TV-Anbieter auszuüben. Dies zeigt etwa das Beispiel von Wilmaa. Wilmaa ist seit über zehn Jahren im Markt[415] und verfügt aktuell über Marktanteile von nicht einmal [0-10] Prozent.[416] Die von Sunrise in der Meldung und in der Stellungnahme genannten möglichen Markteintritte in den nächsten drei Jahren betreffen denn auch ausschliesslich Anbieter von Streaming-Diensten. Potentielle Wettbewerber im Bereich des linearen Fernsehens werden demgegenüber keine genannt.[417] Damit scheint lediglich im VoD-Bereich potentielle Konkurrenz vorhanden zu sein.

573. Insgesamt muss daher davon ausgegangen werden, dass zumindest im Bereich Breitbandinternet und lineares Fernsehen keine ausreichende potenzielle Konkurrenz ersichtlich ist, welche dahingehend eine disziplinierende Wirkung entfalten könnte, dass eine allfällige durch das Zusammenschlussvorhaben entstehende kollektive Marktbeherrschung diszipliniert würde. Allenfalls könnte in Zukunft die 5G-Technologie einen Wettbewerbsdruck auf gewisse leitungsgebundene Breitbandinternetangebote ausüben.

574. Auf dem Plattformmarkt für die Übertragung von VoD spricht die vorhandene potentielle Konkurrenz demgegenüber eher gegen die Möglichkeit von kollusivem Verhalten der Zusammenschlussparteien und Swisscom.

B.4.3.10 Zwischenergebnis der kollektiven Marktbeherrschung

575. Die einzelnen Prüfungspunkte zeigen, dass die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussparteien und Swisscom sehr hoch sind. Insbesondere in den Märkten für Breitbandinternet, Festnetztelefonie und den TV-Märkten erreichen die Zusammenschlussparteien zusammen mit Swisscom Marktanteile von über [70-80] % bis über [90-100] %. Damit steigt auch der Konzentrationsgrad in den jeweiligen Märkten sehr stark an.

[412] Vgl. act. 218, Rz 203.
[413] Vgl. act. 89, 137 und später 403.
[414] Vgl. act. 218, Rz 228 f.
[415] Vgl. https://www.wilmaa.com/de/about-us/wilmaa-story/ (25.06.2019).
[416] Vgl. act. 21, Rz 547.
[417] Vgl. act. 21, Rz 545, act. 218, Rz 203.

576. Durch den Zusammenschluss werden die Zusammenschlussparteien und Swisscom in verschiedener Hinsicht symmetrischer. Während vor dem Zusammenschluss lediglich Swisscom Quadruple-Play-Angebote auf der eigenen Netzwerkinfrastruktur anbieten kann, können dies nach dem Zusammenschluss auch die Zusammenschlussparteien tun. Auf der anderen Seite kann Sunrise durch die Übernahme von UPC ihr Breitbandinternetgeschäft bedeutend stärken und ist in bedeutend geringerem Masse auf Vorleistungen von Swisscom angewiesen. Damit erhöht sich insbesondere der Preissetzungsspielraum von Sunrise.

577. Hinsichtlich ihres Marktauftritts und der verfolgten Marktstrategie unterscheiden sich die Zusammenschlussparteien und Swisscom deutlich. Sunrise hat sich auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens auf eine deutliche Intensivierung des Wettbewerbs festgelegt und dies sowohl […], gegenüber der breiten Öffentlichkeit als auch gegenüber WEKO so kommuniziert. Unter Berücksichtigung dieser Strategie erscheint ein (explizit oder implizit) koordiniertes Verhalten mit Swisscom unwahrscheinlich, zumal ein solches Verhalten über eine Analyse der ARPU-Entwicklung in den kommenden Jahren durch die WEKO überprüft werden könnte, um basierend hierauf im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit Massnahmen ergreifen zu können.

578. Insgesamt ergibt sich daraus, dass das Zusammenschlussvorhaben grundsätzlich das Potenzial hätte, den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten für Breitbandinternet, auf den Festnetztelefoniemärkten und den Plattformmärkten für lineares Digital-TV und VoD zu schwächen. Aufgrund der strategischen Ausrichtung und der öffentlichen Festlegung von Sunrise auf eine Wachstumsstrategie durch Preissenkungen erscheint allerdings die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung der Zusammenschlussparteien und Swisscom unwahrscheinlich. Zudem ist heute noch nicht abzusehen, welchen Wettbewerbseinfluss die 5G-Technologie auf das leitungsgebundene Breitbandinternet haben wird. Die Voraussetzungen für einen Eingriff nach Art. 10 Abs. 2 KG liegen deshalb nicht vor.

B.4.4 Nebenabreden

579. Zu prüfen ist zudem, 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.[418]

580. In der Meldung macht Sunrise ein Wettbewerbs- und Abwerbeverbot als Nebenabrede geltend. […].[419]

581. […].[420]

582. […].[421]

583. […].[422]

584. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung[423] gerichtet.[424] Dies gilt insbesondere für Konkurrenzverbote.[425]

585. 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.[426]

586. 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.[427]

587. Wettbewerbsverbote, die dem Veräusserer im Zusammenhang mit der Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils auferlegt werden, können mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sein. Damit der Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte erhält, muss er in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen des Veräusserers geschützt werden, um das Vertrauen der Kunden zu gewinnen und sich das betreffende Know-how aneignen und nutzen zu können. Wettbewerbsverbote stellen sicher, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält, zu dem in der Regel sowohl materielle als auch immaterielle Werte wie der Geschäftswert

[418] Vgl. RPW 2017/3, 483 Rz 139, *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*, m. w. H.
[419] Vgl. act. 21, Rz 78.
[420] Vgl. act. 21, Rz 79.
[421] Vgl. act. 21, Rz 80.
[422] Vgl. act. 21, Rz 81.
[423] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[424] RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[425] Vgl. RPW 2015/3, 436 Rz 64, *Axel Springer Schweiz/Ringier*, m. w. H.
[426] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.
[427] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

des Unternehmens oder das Knowhow des Veräusserers zählen. Derartige Verbote sind nicht nur mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden, sondern auch für dessen Durchführung notwendig, da ohne sie damit zu rechnen wäre, dass die Veräusserung des Unternehmens bzw. Unternehmensteils nicht vollzogen werden kann.[428]

588. Wettbewerbsverbote dieser Art sind jedoch nur dann durch das rechtmässige Ziel, den Zusammenschluss durchzuführen, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.[429]

589. Wird zusammen mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen, sind Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt. Wird nur der Geschäftswert übertragen, verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre.[430]

590. 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.[431]

591. 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.[432]

592. 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.[433]

593. Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln haben eine vergleichbare Wirkung und werden deshalb in gleicher Weise beurteilt wie Wettbewerbsverbote.[434]

594. Die in der Meldung geltend gemachten Wettbewerbs- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher für die geltende Zeitdauer von 18 Monaten als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

B.4.5 Schlussfolgerungen

595. Die WEKO kommt nach vertiefter Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zum Schluss, dass dieses auf keinem der betroffenen Märkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, führt. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Sunrise / Liberty Global hat daher ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen vollzogen werden kann.

C Kosten

596. Die in diesem Verfahren entstehenden Kosten werden Sunrise in Rechnung gestellt. Im Streitfall erfolgt die Festsetzung der Kosten im Rahmen einer Verfügung.

597. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG[435] eine Pauschalgebühr von 5000 Franken erhoben.

598. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeitenden rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200 bzw. 290 Franken. Im vorliegenden Fall beträgt der Aufwand total 834.80 Stunden zu 200 Franken, 10.25 Stunden zu 130 Franken sowie 85.75 Stunden zu 290 Franken. Daraus resultiert ein Rechnungsbetrag von 193’160 Franken für die vertiefte Prüfung.

599. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 198’160 Franken, bestehend aus der Pauschalgebühr von 5 000 Franken für die vorläufige Prüfung sowie der Gebühr von 193’160 Franken für die vertiefte Prüfung.

[428] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 18.
[429] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 19.
[430] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 20.
[431] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.
[432] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.
[433] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.
[434] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 26.
[435] Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2	**8. BGBM** LMI LMI
B 2.8	**1. Gutachten vom 21. Oktober 2019 betreffend Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht**

Gutachten vom 21. Oktober 2019 im Sinne von Art. 10 Abs. 1 BGBM betreffend Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht zuhanden des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB)

1. Ausgangslage

1.1 Anfrage Gutachten vom InöB

1. Mit Schreiben vom 27. September 2019 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) um ein Kurzgutachten der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für den Bereich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen im Beschaffungsrecht der Kantone ersucht.

2. Das InöB führt aus, dass es nach dem revidierten Beschaffungsrecht des Bundes nun an den Kantonen sei, die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen[1] (IVöB) rasch und entsprechend zu revidieren. Soweit möglich soll das Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen harmonisiert werden.

3. In der Sache weist das InöB darauf hin, dass sich auf Bundesebene das Parlament in Art. 12 Abs. 1 des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen[2] (revBöB) betreffend die Arbeitsvorschriften im Binnenmarktbereich entgegen dem bundesrätlichen Entwurf für das Leistungsortsprinzip ausgesprochen habe. Eine allfällige Einführung des Leistungsortsprinzips im Beschaffungsrecht der Kantone könne im Widerspruch zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt[3] (Binnenmarktgesetz, BGBM) stehen, welches auf kantonaler Ebene das Herkunftsprinzip als Grundsatz verankere.

4. Ein Kanton habe nun den Wunsch geäussert, in der IVöB nach Möglichkeit auch das Leistungsortprinzip anstelle des Herkunftsprinzips gelten zu lassen. Das InöB habe sich trotz gewisser rechtlicher Bedenken bereit erklärt, diesen Punkt zu prüfen. Die WEKO werde deshalb um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Inwieweit können die Kantone in der neuen IVöB oder in der kantonalen Ausführungsgesetzgebung aufgrund der Vorgaben des BGBM hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen anstelle des heute von den Kantonen und den Gemeinden berücksichtigten Herkunftsprinzips die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips einführen?
2. Wie verhält sich das in Art. 12 Abs. 1 BöB geregelte Leistungsortsprinzip gegenüber dem im BGBM statuierten Herkunftsprinzip? Bietet diese Norm oder ein anderer bundegesetzlicher Erlass (z.B. Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311) den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen?
3. Falls der zweite Teil von Frage 2 mit ja beantwortet wird, wäre mit der geplanten Formulierung der revidierten IVöB die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips abgedeckt?

5. Da die finale Bereinigung und Schlussabstimmung zur revidierten IVöB bereits am 15. November 2019 stattfinde, sei es für das InöB sehr wertvoll, wenn das Gesuch um ein Kurzgutachten prioritär behandelt würde.

1.2 Formelles

6. Die WEKO ist zuständig für die Überwachung und Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die Aufsicht über den Vollzug des Binnenmarktgesetzes obliegt damit der WEKO[4]. Als Aufsichtsbehörde über das Binnenmarktgesetz ist es insbesondere Sache der WEKO, sich zu Anwendungsfragen des Binnenmarktgesetzes zu äussern.

7. Gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM kann die WEKO eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung dieses Gesetzes erstatten. Bei den vom InöB gestellten Fragen handelt es sich um konkrete Rechtsfragen zur Anwendung des Binnenmarktgesetzes.

8. Die Gutachtensanfrage stammt vom InöB, also vom Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen. Das InöB besteht aus den Mitgliedern der an der IVöB beteiligten Kantone der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK; vgl. Art. 4 Abs. 1 IVöB). Das InöB ist, unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone, zuständig für Änderungen der IVöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. a IVöB).

[1] Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5).
[2] Revidiertes Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (revBöB); Ablauf der Referendumsfrist: 10. Oktober 2019.
[3] Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).
[4] THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Forum Europarecht, Band/Nr. 13, S. 93 ff., S. 109.

Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Anfrage des InöB wie eine Anfrage für ein Gutachten von kantonalen Verwaltungsbehörden zu behandeln. Die WEKO ist damit zuständig für die Beantwortung der gestellten Fragen in Form eines Gutachtens gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM.

1.3 Leistungsortsprinzip im revidierten Beschaffungsrecht des Bundes

9. Das Bundesparlament hat am 21. Juni 2019 die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. Fn. 2) verabschiedet. Thema war dabei auch die Frage, welche Arbeitsvorschriften bei regionalen Unterschieden in örtlicher Hinsicht zur Anwendung gelangen sollen. Dabei kann entweder auf die Arbeitsvorschriften am Sitz- bzw. Niederlassungsort der Anbieter (sog. Herkunftsortsprinzip, Herkunftsprinzip[5]) oder auf diejenigen am Ort der Leistungserbringung (Leistungsortsprinzip[6]) abgestellt werden.

10. Im bundesrätlichen Entwurf des zu revidierenden Beschaffungsrechts war vorgesehen, für Anbieterinnen mit Sitz in der Schweiz das in Art. 8 Abs.1 Bst. b des bisher geltenden Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen[7] (BöB) statuierte Leistungsortsprinzip für Bundesbeschaffungen aufzuheben und die für die Kantone geltende Regelung gemäss BGBM zu übernehmen, also das Herkunftsprinzip einzuführen.[8]

11. Zwischen den beiden Räten war die Frage umstritten, ob bei Arbeitsvorschriften das Herkunfts- oder das Leistungsortsprinzip gelten soll.[9] Das Parlament hat letztlich entschieden, auf Bundesebene für Arbeitsbedingungen das Leistungsortsprinzip beizubehalten. Gemäss Art. 12 Abs. 1 revBöB vergibt die Auftraggeberin für die im Inland zu erbringenden Leistungen einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit[10] (BGSA) sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Soweit erforderlich, wird auf Einzelheiten aus dem Gesetzgebungsprozess später näher eingegangen.

12. Mit dem Ziel der Harmonisierung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen ist vorgesehen, dass das revidierte Bundesbeschaffungsrecht möglichst analog ins kantonale Recht und insbesondere in die IVöB überführt wird.[11] Bezüglich der Arbeitsbedingungen scheint zwischen dem revidierten Bundesbeschaffungsrecht mit dem Leistungsortsprinzip und dem gestützt auf das Binnenmarktgesetz grundsätzlich geltende Herkunftsprinzip eine Differenz zu bestehen. Im Rahmen dieses Gutachtens ist deshalb zu prüfen, ob das BGBM die Einführung des Leistungsortsprinzips in der IVöB und die damit verbundene Anpassung an das revBöB zuliesse.

2. Frage 1: Alternative Einführung des Leistungsortsprinzips in der revidierten IVöB?

13. Dieses Kapitel umfasst die Beantwortung der ersten vom InöB gestellten Frage. Die Frage lautet wie folgt:

> 1. Inwieweit können die Kantone in der neuen IVöB oder in der kantonalen Ausführungsgesetzgebung aufgrund der Vorgaben des BGBM hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen anstelle des heute von den Kantonen und den Gemeinden berücksichtigten Herkunftsprinzips die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips einführen?

14. Um diese Frage zu beantworten, ist zuerst das Verhältnis zwischen BGBM und IVöB zu erläutern. Danach wird die Bedeutung des binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzips in Bezug auf Arbeitsvorschriften untersucht. Hierbei handelt es sich um die Kernfrage des Gutachtens und einen Punkt, der regelmässig umstritten ist. Es rechtfertigt sich deshalb, diese Frage zur Klarstellung ausführlicher zu behandeln.

2.1 Verhältnis zwischen BGBM und IVöB

15. Zweck des Binnenmarktgesetzes ist es, zu gewährleisten, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 BGBM). Das BGBM soll insbesondere die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern sowie die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen (Art. 1. Abs. 2 Bst. a und b BGMB).

16. Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes umfasst als Erwerbstätigkeit jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Der sachliche Geltungsbereich orientiert sich am Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung[12] (BV).[13] Der sachliche Geltungsbereich des BGBM umfasst jede selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit.[14] Der persönliche Geltungsbereich des BGBM umfasst Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Ausländische Anbieterinnen können sich also nicht auf das BGBM berufen, wenn sie keine Niederlassung oder keinen Sitz in der Schweiz haben. Der Geltungsbereich des BGBM schliesst alle natürlichen und juristischen Personen ein.[15]

---

[5] In diesem Gutachten wird grundsätzlich der Begriff «Herkunftsprinzip» verwendet.
[6] Im Kontext des BGBM wird anstelle des Begriffs «Leistungsort» oft der Term «Bestimmungsort» verwendet.
[7] Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1).
[8] Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (Botschaft rev.-BöB), BBl 2016 1851, 1912.
[9] AB 2019 N 1209.
[10] Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung gegen die Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41).
[11] Dazu z.B. Medienmitteilung BPUK vom 22. September 2016.
[12] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).
[13] NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zürich/St. Gallen 2016, N 153.
[14] MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum BGBM, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, N. 8 zu Art. 1.
[15] Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1261.

17. Das BGBM soll gewährleisten, dass Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ihre Erwerbstätigkeit frei von kantonalen Marktzugangsbeschränkungen in der ganzen Schweiz erbringen können. Spezifisch ist hier darauf einzugehen, inwiefern das BGBM auch Arbeitsvorschriften als Marktzugangsbeschränkung erfasst. Als «Arbeitsbedingungen» gelten insbesondere zwingende Vorschriften des Obligationenrechts[16] (OR) über den Arbeitsvertrag, normative Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge oder, wo diese fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen (Art. 3 Bst. d revBöB).[17] Als «Arbeitsschutzbestimmungen» gelten Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts, einschliesslich der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes[18] und des zugehörigen Ausführungsrechts sowie der Bestimmungen zur Unfallverhütung (Art. 3 Bst. e revBöB). Nachfolgend werden die beiden Begriffe Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen zusammengefasst als Arbeitsbedingungen bezeichnet. Auch Arbeitsbedingungen fallen mangels Ausnahmebestimmungen in den Geltungsbereich des BGBM, soweit sich diese als Marktzugangsbeschränkung auswirken (vgl. Rz. 27 ff.).[19]

18. Die IVöB bezweckt die Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben (Art. 1 Abs. 1 IVöB). Die IVöB will die kantonalen Vergaberegeln durch gemeinsam bestimmte Grundsätze harmonisieren sowie die internationalen Verpflichtungen umsetzen (Art. 1 Abs. 2 IVöB). In rechtlicher Hinsicht handelt es sich bei der IVöB um einen Vertrag zwischen Kantonen, der sich auf Art. 48 BV stützt. Art. 48 Abs. 1 BV sieht vor, dass die Kantone miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen können.

19. Art. 48 Abs. 3 BV hält fest, dass Verträge zwischen Kantonen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen dürfen. Das in Art. 48 Abs. 3 BV enthaltene Verbot eines Widerspruchs zum Recht des Bundes ergibt sich schon aus Art. 49 BV.[20] Laut Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor; dies wird auch als derogatorische Kraft des Bundesrechts bezeichnet. Dem Bundesrecht kompetenzmässig und inhaltlich entgegenstehendes kantonales Recht ist nichtig.[21] In einem die Gemeinde Sigriswil betreffenden Urteil hat das Bundesgericht unter anderem geprüft, inwiefern die kantonale Vergabepraxis mit Bezug auf das Binnenmarktgesetz gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) verstossen hat.[22]

20. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die IVöB und auch die kantonale Ausführungsgesetzgebung dem BGBM als Bundesrecht nicht widersprechen dürfen, da das Binnenmarktgesetz rechtshierarchisch vorgeht.

2.2 Anforderungen des BGBM an das kantonale Beschaffungsrecht

21. Das Binnenmarktgesetz enthält Mindestvorgaben bezüglich Transparenz und Nichtdiskriminierung für kantonale und kommunale Beschaffungen. Art. 5 Abs. 1 BGBM sieht vor, dass die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Nach Abs. 2 diese Bestimmung dürfen diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht. Weiter sieht Art. 5 BGBM vor, dass auf kantonaler und kommunaler Ebene die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden.

22. Zu erwähnen ist, dass Art. 5 Abs. 1 BGBM als umfassender Grundsatz des freien Zugangs zu den betroffenen Beschaffungsmärkten zu verstehen ist, wobei jede Beschränkung dieses freien Zugangs nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM zulässig ist.[23] Der freie Zugang zum Markt umfasst damit auch die Garantie des Herkunftsprinzips nach Art. 2 BGBM (dazu Rz. 23 f. hinten). In der beschaffungsrechtlichen Literatur wird dementsprechend darauf hingewiesen, dass das Binnenmarktgesetz das Herkunftsprinzip vorschreibt.[24] Die Garantien von Art. 2 BGBM gelten deshalb auch für kantonale und kommunale Beschaffungen.[25]

2.3 Herkunftsprinzip gemäss BGBM

23. Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGBM). Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.[26] Der Anspruch auf freien Marktzugang wird in Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM durch das sogenannte Herkunftsprinzip konkretisiert.[27] Betreffend die Dienstleistungsfrei-

[16] Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR, SR 220).

[17] Die Mehrheit der auf Bundesstufe allgemeinverbindlich erklärten GAV gilt dabei nicht für die ganze Schweiz. Zudem existieren auch auf kantonaler Stufe GAV. Die Arbeitsbedingungen sind damit nicht schweizweit einheitlich geregelt, sondern, regional und branchenmässig verschieden <www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege.html> (15.10.2019).

[18] Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

[19] NICOLAS F. DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 224.

[20] RAINER J. SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 44 zu Art. 48 BV.

[21] ALEXANDER RUCH, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 21 zu Art. 49 BV.

[22] BGE 131 I 137 E. 2.7.

[23] NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013 S. 177 ff., S. 180.

[24] PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 122.

[25] BR 2013 S. 278.

[26] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 13), N. 1212 ff.; OESCH/ZWALD (Fn. 14), N. 1 zu Art. 2.

[27] Zum Herkunftsprinzip: BGE 135 II 12; Urteil des Bundesgerichts 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011; Urteil des Bundesgerichts 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009.

heit konkretisiert Art. 2 Abs. 3 BGBM, dass jede Person das Recht hat, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten. Gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM hat zudem jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben (sog. gewerbliche Niederlassungsfreiheit).

24. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, dass die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung bedeutet, dass die kantonalen bzw. kommunalen Marktzugangsordnungen vermutungsweise als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.[28]

25. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der kantonalen bzw. kommunalen Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die zuständigen Behörden des Leistungsortes können den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Das Binnenmarktrecht sieht diese Möglichkeit jedoch nur für den Fall vor, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt werden kann.[29] Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die rechtsanwende Behörde darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt, d.h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).[30] Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind die in Art. 3 Abs. 2 BGBM genannten Beschränkungen (z.B. das Erfordernis, am Bestimmungsort die Niederlassung oder den Sitz zu haben).

26. Nachfolgend werden die binnenmarktrechtlichen Vorgaben in Bezug auf Arbeitsbedingungen näher besprochen.

2.3.1 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Entstehungsgeschichte

27. Das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 BGBM gilt in dieser Fassung seit dem Erlass des BGBM von 1995. Bereits in der damaligen Botschaft hatte der Bundesrat hinsichtlich Arbeitsbedingungen explizit ausgeführt, dass sich eine kantonale Regelung, wonach sich die Ausführung von öffentlichen Aufträgen stets nach Massgabe der vor Ort geltenden Gesamtarbeitsverträge zu richten hätte, nicht mit Art. 5 BGBM vereinbare liesse.[31]

28. In der Folge wurde die Frage, ob bei öffentlichen Beschaffungen die Arbeitsbedingungen des Herkunfts- oder diejenigen des Leistungsortes gelten sollen, auch intensiv im Parlament diskutiert. Bei der Beratung des BGBM hatte der Nationalrat noch einen Antrag gutgeheissen, wonach die Pflicht zur Einhaltung der am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften bezüglich Arbeitsbedingungen keine unter Art. 3 BGBM fallende Beschränkung des Marktzugangs sei. Dieser Antrag, welcher im Wesentlichen eine binnenmarktrechtliche Ausnahme der Arbeitsbedingungen begründen wollte, wurde im Ständerat abgelehnt und im Differenzbereinigungsverfahren fallen gelassen.[32] Daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber von 1995 auch Arbeitsvorschriften dem BGBM unterstellt hat und dass sich Arbeitsvorschriften als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 BGBM auswirken können.

29. Obwohl bezüglich des Herkunftsprinzips und der Arbeitsbedingungen mit der Teilrevision des BGBM vom 16. Dezember 2005 keine Änderungen vorgenommen wurde, war dies trotzdem Thema in der parlamentarischen Beratung. Der damalige für das Geschäft zuständige Bundesrat Joseph Deiss präzisierte, dass, aufgrund der Vermutung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Arbeitsbedingungen in den Kantonen, auch im Bereich des Arbeitsmarktes im Grundsatz das Herkunftsprinzip gelten solle. Es könne gestützt auf Art. 3 BGBM zu Gunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden, wenn die Bedingungen des Herkunftsortes nicht gleichwertig mit denjenigen des Leistungsortes seien.[33] Es wurden also in dieser Teilrevision an den gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht nur keine Änderungen vorgenommen, sondern der Gesetzgeber bestätigte explizit die bestehende Rechtslage gemäss Binnenmarktgesetz unter Verweis auf die möglichen Beschränkungen des Marktzugangs nach Art. 3 BGBM.

30. Aus der Entstehungsgeschichte des Binnenmarkgesetzes geht damit in historischer und teleologischer Hinsicht klar hervor, dass das binnenmarkrechtliche Herkunftsprinzip auch in Bezug auf Arbeitsbedingungen zur Anwendung kommen soll.

2.3.2 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Rechtslehre

31. Die herrschende Lehre ist bereits seit Erlass des BGBM von 1995 der Auffassung, dass eine Regelung, wonach alle Unternehmen mit Sitz in der Schweiz stets die am Ort der Leistung geltenden Arbeitsvorschriften einzuhalten hätten, nicht mit Art. 2 und Art. 5 BGBM vereinbar wäre. Es sei davon auszugehen, dass eine generelle Pflicht zur Einhaltung von Vorschriften betreffend Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen am Leistungsort keine zulässige Beschränkung des Marktzugangs im Sinne des Art. 3 BGBM darstelle.[34] Daraus folge unter anderem aufgrund von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM, dass die Arbeitsbedingungen des Herkunftsortes anzuwenden seien, ausser es läge ein klarer

[28] Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 20. November 2004, BBl 2005 465, 474.
[29] BGE 135 II 12 E. 2.4.
[30] MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377 ff., 378.
[31] Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1268.
[32] AB 1995 N 1156, 1178; AB 1995 S 931, 934; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl. 2007, S. 443, N. 129.
[33] AB N 2005 880.
[34] KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl. 2006, S. 457.

Fall von Sozialdumping vor.[35] Die Einhaltung der am Leistungsort geltenden Vorschriften könne nur dann verlangt werden, wenn der angestrebte Schutz nicht anders erreicht werden könne, wenn also die Gefahr eines eigentlichen Sozialdumpings bestehe.[36]

32. Insofern sei die schweizerische Submissionsgesetzgebung nicht konsistent, zumal das BöB für den Bund das Leistungsortsprinzip als massgeblich bezeichne, wonach auf die Regelung am Ort der Leistung abzustellen sei, während das Binnenmarktgesetz für die Kantone das Herkunftsortsprinzip vorschreibe.[37]

33. Eine Minderheitsmeinung geht demgegenüber davon aus, dass die Anbieterinnen bei der Ausführung von öffentlichem Aufträgen dem GAV am Ort der Baustelle, also am Leistungsort, unterstellet seien, soweit es sich um einen allgemeinverbindlich erklärten GAV handelt.[38] Die Minderheitsmeinung begründet jedoch nicht, wie sich dies mit dem BGBM vereinbaren liesse.

34. Die praktisch einhellige und damit herrschende Rechtslehre vertritt also die Ansicht, dass das Herkunftsprinzip des BGBM auch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Beschaffungen anzuwenden ist.

2.3.3 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Rechtsprechung

35. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der unteren Instanzen hat sich wiederholt mit der Frage der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und des Herkunftsprinzips auf öffentliche Beschaffungen der Kantone auseinandergesetzt.

36. Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid festgehalten, dass die im Rahmen einer Ausschreibung statuierte Pflicht zum Abschluss eines GAV eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung für ausserkantonale Unternehmen darstellt. Eine solche Pflicht ist unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM als unverhältnismässige und nach Art. 3 Abs. 4 BGBM gar als verdeckte Marktzugangsschranke zu Gunsten einheimischer Interessen zu qualifizieren.[39] Kantonale Beschaffungsstellen könnten damit eine Teilnahme ausserkantonaler Anbieterinnen an einer Ausschreibung nicht davon abhängig machen, dass diese die Bestimmungen eines GAV einzuhalten hätten.[40] Ferner hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass kantonale Arbeitsvorschriften gegenüber ausserkantonalen Unternehmen nach Massgabe des Herkunftsprinzips gemäss Art. 2 BGBM zu beurteilen sind.[41] Schliesslich hat das Bundesgericht bezüglich einer Beschaffung im Kanton Graubünden und einer Anbieterin mit Niederlassung im Kanton Tessin die kantonale Rechtsprechung bestätigt, dass eine Verpflichtung des ausserkantonalen Anbieters zur Einhaltung der am Leistungsort geltenden Arbeitsbedingungen nicht zulässig sei, solange kein Fall von Sozialdumping vorliege.[42]

37. All diese Urteile zeigen auf, dass das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung die binnenmarktrechtlichen Vorgaben und insbesondere das Herkunftsprinzip nach Art. 2 BGBM auch auf Arbeitsbedingungen anwendet. Nachfolgend erfolgen weitere punktuelle Hinweise auf die kantonale Rechtsprechung und die Praxis der WEKO, welche diese Frage analog behandeln.

38. Das Tessiner Verwaltungsgericht führte in einem Urteil betreffend das Tessiner Gewerbegesetz (LIA) aus, dass die in der LIA vorgesehene Pflicht zur Einhaltung der im Tessin geltenden GAV-Bestimmungen unter dem Blickwinkel des BGBM nur ausnahmsweise erfolgen könne.[43] In einem Fall vor Aargauer Verwaltungsgericht, der die Zulassung von Sicherheitsdienstleistungsunternehmen und auch GAV-Fragen betraf, hielt das Gericht fest, dass für die Zulässigkeit von Arbeitsleistungen das Herkunftsprinzip gelte.[44]

39. Die Praxis der WEKO zu binnenmarktrechtlichen Fragen in Bezug auf Arbeitsbedingungen geht auf das Jahr 1997 zurück. Die WEKO empfahl damals den beiden Kantonen Basel, die Bestimmungen in den Entwürfen für ihre Submissionsgesetze zu streichen, die zwingend den Beitritt oder den Anschluss an einen Gesamtarbeitsvertrag vorschreiben.[45] Die WEKO hat sodann in einem Gutachten vom 16. März 2010 festgehalten, dass sich bei Vorliegen eines GAV ein auswärtiger Anbieter auf das Herkunftsprinzip berufen könne. Inhaltlich ging es um die Frage, welche Arbeitsbestimmungen eine auswärtige Anbieterin bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags im Kanton Waadt einzuhalten hat.[46] Die WEKO hat letztmals in ihrer Empfehlung vom 25. Februar 2019 ausgeführt, dass die Verpflichtung der Respektierung eines GAV als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 BGBM anzusehen sei.[47]

40. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung, insbesondere auch die bundesgerichtliche sowie die Praxis der WEKO einhellig und seit Jahren konsequent das Binnenmarktgesetz und im Speziellen das darin enthaltene Herkunftsprinzip auf Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Beschaffungen auf kantonaler

[35] EVELYNE CLERC, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, N. 149 zu Art. 5; ZWALD, Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Fn. 32), S. 444, N. 130; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 13), N. 1293.

[36] MANFRED WAGNER, Herkunfts- oder Leistungsortsprinzip, BR 1999 S. 51.

[37] GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 24), S. 225.

[38] ESTELLE MATHIS-ZWYGART, Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, Jusletter vom 19. Mai 2008, Rz. 86.

[39] BGE 124 I 107 E. 2 f.

[40] Vgl. auch BGE 130 I 258 E. 2.2; die Einhaltung des GAV war nur «in der Regel» vorgesehen und ein anderweitiger Nachweis branchenüblicher Arbeitsbedingungen blieb möglich.

[41] Urteil des Bundesgerichts 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_81/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.2.

[42] Urteil des Bundesgerichts 2D_54/2015 vom 13. April 2016, E. 5.2; Urteil Verwaltungsgericht des Kant. Graubünden vom 9. Juli 2015, U 15 55, E. 3b.

[43] Urteil Verwaltungsgericht des Kant. Tessin 52.2016.592 vom 27. Februar 2018, E. 4.3.2.2.

[44] Urteil des Verwaltungsgerichts des Kant. Aargau WBE.2013.101/112 vom 19. November 2013, AGVE-2013-41 S. 241, E. 4.2.

[45] Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 3. November 1997, Submissionsgesetzesentwürfe der Kantone Basel-Land und Basel-Stadt, RPW 1997/4, S. 591.

[46] Expertise de la COMCO du 16 mars 2009 à l'intention du Département des infrastructures du canton de Vaud concernant la Compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la loi sur le marché intérieur.

[47] Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019, Revisione RLEPICOSC, N. 34.

Ebene anwendet. Dies bedeutet, dass die kantonalen Arbeitsvorschriften nach Art. 2 Abs. 5 BGBM vermutungsweise als gleichwertig gelten. Ausserkantonale Unternehmen dürfen folglich nur dann den am Leistungsort geltenden Arbeitsvorschriften unterstellt werden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften im Einzelfall nicht gleichwertig sind und eine Gefahr von Sozialdumping besteht.

2.4 Fazit und Antwort Frage 1

41. Als Fazit aus diesem Kapitel ergibt sich Folgendes: Das BGBM geht als Bundesrecht dem interkantonalen (IVöB) und dem kantonalen Recht vor. Das im BGBM verankerte Herkunftsprinzip nach Art. 2 BGBM gelangt auch bei öffentlichen Beschaffungen auf kantonaler Ebene zur Anwendung. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte, der herrschenden Lehre und insbesondere auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

42. Die Frage 1, inwieweit die Kantone in der neuen IVöB aufgrund der Vorgaben des BGBM hinsichtlich der Arbeitsbedingungen anstelle des heute von den Kantonen berücksichtigten Herkunftsprinzips die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips einführen können, ist deshalb wie folgt zu beantworten: Eine generell-abstrakte Regelung in der IVöB, wonach alle Unternehmen mit Sitz in der Schweiz bei der Ausführung von kantonalen Aufträgen stets den am Ort der Leistungserbringung geltenden Arbeitsvorschriften unterstehen, wäre mit der binnenmarktrechtlichen Gleichwertigkeitsvermutung und dem Herkunftsprinzip nicht vereinbar.

43. Hingegen wäre es den Kantonen aus binnenmarktrechtlicher Perspektive unbenommen, bei der Rechtsanwendung im Einzelfall unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 5 BGBM und Art. 3 BGBM ausnahmsweise die am Ort der Leistungserbringung geltenden Bestimmungen als anwendbar zu erklären. Die Anwendung der am Ort der Leistungserbringung geltenden Arbeitsvorschriften ist dann BGBM-konform, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten und ein überwiegendes öffentliches Interesse (z.B. Schutz vor Sozialdumping) die Anwendung der Vorschriften des Leistungsorts rechtfertigt. Dies könnte zum Beispiel bei unterschiedlichen GAV mit substantiellen Differenzen bei den Lohnniveaus der Fall sein.

3. Frage 2: Leistungsortsprinzip gemäss revBöB und Frage der Abweichung vom BGBM?

44. Dieses Kapitel umfasst die Beantwortung der zweiten vom InöB gestellten Frage. Die Frage 2 lautet wie folgt:

> 2. Wie verhält sich das in Art. 12 Abs. 1 BöB geregelte Leistungsortsprinzip gegenüber dem im BGBM statuierten Herkunftsprinzip? Bietet diese Norm oder ein anderer bundegesetzlicher Erlass (z.B. Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311) den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen?

45. Um diese Fragen zu beantworten, wird thematisch aufgeteilt zuerst das Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 revBöB zum BGBM beschrieben (Frage 2, erste Teilfrage) und anschliessend die Frage einer Grundlage für das Leistungsortsprinzip in anderen Bundeserlassen (Frage 2, zweite Teilfrage) geprüft.

3.1 Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 revBöB zum BGBM

3.1.1 Art. 12 Abs. 1 revBöB

46. Art. 12 Abs. 1 rev. BöB lautet wie folgt:

> Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts
>
> [1] Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit (BGSA) sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten.

47. Ein Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode.[48] Der historischen Auslegung kommt mehr Gewicht zu, wenn es sich um ein jüngeres Gesetz handelt.[49] Im Rahmen einer sog. systematischen Auslegung kann auch der Zusammenhang mit anderen Gesetzesvorschriften berücksichtigt werden.[50] Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen.[51]

48. Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 revBöB stellt klar, dass «die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen» im Geltungsbereich des revidierten Bundesbeschaffungsrecht zur Anwendung kommen und damit das Leistungsortsprinzip gilt. Damit wird auf Bundesebene gemäss klarem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 revBöB weiterhin das Leistungsortsprinzip gelten.

49. Im bundesrätlichen Entwurf zum neuen BöB war ursprünglich vorgesehen, für Anbieterinnen mit Sitz in der Schweiz das im aktuellen BöB statuierte Leistungsortsprinzip aufzuheben und das Herkunftsprinzip einzuführen.[52] Das Parlament entschied jedoch, auf Bundesbeschaffungsebene das Leistungsortsprinzip beizubehalten (Art. 12 Abs. 1 revBöB).

50. In der parlamentarischen Beratung wurde dabei darauf hingewiesen, dass für die Kantone gemäss Binnenmarktgesetz das Herkunftsprinzip gelte und deshalb innerhalb der Schweiz eine wesentliche Disharmonisierung zwischen Bund und Kantonen erfolgen würde. Es

[48] Z.B. BGE 141 V 642 E. 4.2.
[49] BGE 137 V 167 E. 3.2; BGE 140 IV 108 E. 6.6.5.
[50] BGE 145 III 133 E. 6.
[51] Statt vieler: BGE 139 V 442 E. 4.1.
[52] Vgl. vorne Rz. 10

würde wie bis anhin beim Bund das Leistungsortprinzip und bei den Kantonen das Herkunftsortprinzip gelten.[53] Der zuständige Bundesrat Ueli Maurer hatte im Parlament ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen.[54] Aus den parlamentarischen Beratungen geht damit hervor, dass das Parlament eine unterschiedliche Regelung auf Bundes- und kantonaler Ebene explizit in Kauf genommen hat.

51. In rechtssystematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass das revBöB auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen des Bundes Anwendung findet (Art. 1 revBöB). Demgegenüber gelten auf kantonaler und kommunaler Ebene in beschaffungsrechtlicher Hinsicht insbesondere die IVöB und die kantonale Ausführungsgesetzgebung. Der subjektive Geltungsbereich des BöB und der IVöB sind nicht deckungsgleich, indem die IVöB im Unterschied zum BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs etwa auch private Träger öffentlicher Aufgaben und subventionierte Beschaffungen dem Beschaffungsrecht unterstellt und zudem auch tiefere Schwellenwerte vorsieht.

52. Diese Ausdehnung des Beschaffungsrechts auf kantonaler Ebene dient in erster Linie der Verwirklichung eines einheitlichen Wirtschaftsraums Schweiz und bezweckt die Umsetzung der binnenmarktgesetzlichen Anforderungen. Es ist vor diesem Hintergrund nicht systemwidrig, wenn der Bund mit Blick auf seinen verfassungsmässigen Auftrag zur Verwirklichung eines Binnenmarktes Schweiz (Art. 95 Abs. 2 BV) über das BGBM andere Anforderungen an die kantonale Beschaffung stellt als das BöB für die Bundesbeschaffung vorsieht.

53. Die in Art. 5 BGBM enthaltenen Vorgaben richten sich an die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben. Daraus folgt, dass das BGBM auf die dem BöB unterstellten Beschaffungen grundsätzlich keine Anwendung findet. Dies soll auch unter dem revBöB so fortbestehen. Die heute durch das BGBM gewährleisteten Mindeststandards und die heutigen Vollzugsaufgaben der WEKO gelten unverändert nur für das kantonale und kommunale Beschaffungswese.[55]

54. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass mit der Revision des Bundesbeschaffungsrechts gleichzeitig auch das Binnenmarktgesetz in Art. 5 und Art. 9 BGBM geändert wurde. Art. 5 Abs. 1 des revidierten Binnenmarktgesetzes wird neu wie folgt lauten: «Stützt sich eine Beschaffung oder die Übertragung einer Monopolnutzung auf die Interkantonale Vereinbarung, welche die Kantone aufgrund des Protokolls vom 30. März 2012 zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen abschliessen, so wird vermutet, dass die Anforderungen dieses Gesetzes eingehalten werden». Diese Vermutung ist widerlegbar, so dass das (inter-)kantonale Vergaberecht sowie die kantonale Vergabepraxis weiterhin auf ihre BGBM-Konformität zu prüfen sind. Indem der Gesetzgeber im Rahmen der zeitgleichen Gesetzesrevision des BöB und des BGBM keine materiell-rechtlichen Ergänzungen oder Änderungen vorgenommen hat, bringt er zum Ausdruck, dass auch die Anwendung des Herkunftsprinzips im Bereich des kantonalen Beschaffungswesens unverändert Geltung haben soll.

3.1.2 Fazit und Antwort Frage 2, erste Teilfrage

55. Die zweite Frage und deren erste Teilfrage lautet, wie sich das in Art. 12 Abs. 1 revBöB geregelte Leistungsortsprinzip gegenüber dem im BGBM statuierten Herkunftsprinzip verhält. Aufgrund der vorstehenden Auslegungen ergibt sich, dass im Geltungsbereich des revBöB, also prinzipiell auf Bundesebene, am Leistungsortsprinzip festgehalten wird, während bei öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, das heisst im Bereich der IVöB und der kantonalen Gesetzgebung, weiterhin das Herkunftsprinzip gemäss BGBM gilt. Der Gesetzgeber hat diese Divergenz in Kauf genommen.

56. Weiter wird gefragt, ob Art. 12 Abs. 1 revBöB allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei kantonalen oder kommunalen Beschaffungen bietet. Diese Frage ist zu verneinen. Das revBöB regelt die Bundesbeschaffung, während das BGBM in unveränderter Form gewisse Mindestanforderungen an die kantonale Beschaffung stellt. Diese beiden Erlasse stehen aufgrund der unterschiedlichen Regelungsgegenstände in keinem Normenkonflikt, weshalb sich aus Art. 12 Abs. 1 revBöB nichts mit Blick auf die kantonale Beschaffung ableiten lässt.

3.2 Grundlagen für Leistungsortsprinzip in anderen Bundeserlassen?

57. In diesem Kapitel ist die zweite Teilfrage von Frage 2 vom InöB zu beantworten, die wie folgt lautet:

> 2 […]. Bietet […] ein anderer bundegesetzlicher Erlass (z.B. Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311) den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen?

3.2.1 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

58. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen[56] (AVEG) kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Art. 2 Abs. 2 AVEG sieht vor, dass Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung nur Bestimmungen sein können, die gemäss Art. 323 des OR[57] unmittelbar für die beteiligten Arbeit-

[53] AB 2018 S 974.
[54] AB 2018 N 1008.
[55] Botschaft rev.-BöB (Fn. 24), 144 f.
[56] Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311; AVEG).
[57] Der erwähnte Art. 323[ter] OR entspricht in der heutigen Fassung Art. 357b OR.

geber und Arbeitnehmer gelten oder in Bezug auf welche eine Vereinbarung gemäss Art. 323ter OR getroffen worden ist.

59. Zur Wirkung auf die nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer hält Art. 4 Abs. 1 AVEG fest, dass die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages im Sinne von Art. 323 OR[58] sowie die Verpflichtungen der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber den Vertragsparteien im Sinne von Art. 323ter OR[59] auch für die am Vertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten, auf die der Geltungsbereich ausgedehnt wird.

60. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein (regional) allgemeinverbindlich erklärter GAV erlauben würde, vom Herkunftsortsprinzip abzuweichen. Das AVEG enthält hierzu keine Bestimmungen und äussert sich auch nicht explizit zur räumlichen Anwendung von regionalen AVE GAV. In sachlicher Hinsicht unterscheiden sich zudem das AVEG und das Binnenmarktgesetz. Während das AVEG prinzipiell die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regelt, ordnet das Binnenmarktgesetz den Marktzugangsbedingungen im innerschweizerischen Wirtschaftsverkehr.

61. Die in diesem Kapitel zu beantwortende Frage weist gewisse Bezüge zum im Kapitel 2.3 behandelten Thema des Herkunftsprinzips bezüglich Arbeitsbedingungen auf, weshalb auch auf die dortigen Ausführungen zu verweisen ist.

62. Von Bedeutung ist insbesondere die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach bei der Frage bei der Frage der Notwendigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV grundsätzlich das binnenmarktgesetzliche Herkunftsprinzip nach Art. 2 BGBM gelte.[60] Entsprechend ist auch bei regional allgemein verbindlich erklärten GAV jeweils von der Gleichwertigkeit der am Herkunftsort der Anbieter geltenden Arbeitsvorschriften auszugehen. Nur wenn diese Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist, kann zur Verhinderung von Sozialdumping der regional allgemein verbindlich erklärte GAV auch auf ausserkantonale Anbieter angewendet werden.

63. In weiteren Urteilen hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Betrieb für im Kanton ausgeführte Arbeiten dem kantonalen und für ausserkantonale Arbeiten dem nationalen Gesamtarbeitsvertrag untersteht, das Binnenmarktgesetz nicht verletze. Solche Beschränkungen des freien Marktzugangs scheinen mit dem Binnenmarktgesetz vereinbar zu sein, wenn sie in gleicher Weise für lokale Anbieter gelten und für die Wahrung übergeordneter öffentlicher Interessen und für die Verfolgung sozialpolitischer Ziele unerlässlich sind (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b sowie Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).[61] Zudem hat das Bundesgericht in Bezug auf das AVEG festgehalten, dass der Vorschlag, staatliche Hilfe für Unternehmen an die Voraussetzung des Abschlusses eines Gesamtarbeitsvertrages zu knüpfen, gegen Bundesrecht und namentlich gegen das Binnenmarktgesetz verstosse.[62]

64. Als Fazit ergibt sich für dieses Kapitel, dass das Binnenmarktgesetz und das darin enthaltene Herkunftsprinzip auch in Bezug auf das AVEG anzuwenden ist. Eine Grundlage für eine Abweichung vom Herkunftsprinzip oder für eine alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips besteht auf Erlassebene nicht.

3.2.2 Andere Bundeslasse

65. Andere Bundeserlasse, welche dem Herkunftsprinzip gemäss Binnenmarktgesetz vorgehen und die Einführung des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen erlauben würden, sind der WEKO nicht bekannt. Das BGBM ist als Rahmengesetz konzipiert und hält die Grundsätze des freien Marktzugangs fest.[63] Als Rahmenerlass kommt das BGBM innerhalb seines Geltungsbereichs mangels spezialgesetzlicher Ausnahmen regelmässig zur Anwendung.

3.2.3 Fazit und Antwort Frage 2, zweite Teilfrage

66. Mit der zweiten Teilfrage von Frage 2 hat sich die InöB erkundigt, ob ein anderer bundegesetzlicher Erlass, wie z.B. das AVEG, den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen gibt. Diese Frage ist zu verneinen. Weder das AVEG noch andere Bundeserlasse ermöglichen eine Einführung des Leistungsortsprinzips auf kantonaler Erlassebene. Hingegen kann vom binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzip unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM in konkreten Anwendungsfällen abgewichen werden.

4. Frage 3: Geplante Formulierung in der revidierten IVöB

67. Die Frage 3 lautet folgendermassen:

> 3. Falls der zweite Teil von Frage 2 mit ja beantwortet wird, wäre mit der geplanten Formulierung der revidierten IVöB die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips abgedeckt?

68. Da der zweite Teil von Frage verneinend beantwortet wurde, erübrigt sich eine Antwort auf diese Frage, da eine alternative Einführung des Leistungsortsprinzips auf Erlassstufe im kantonalen Bereich nicht möglich ist.

69. Hingegen sind an diese Stelle einige Anmerkungen zu den zur Frage 3 als Beilage zur Gutachtensanfrage zugestellten Unterlagen[64] beizufügen. Art. 12 Abs. 1 der geplanten IVöB sieht vor, dass der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag für die im Inland zu erbringenden Leistungen nur an Anbieter erteilt, welche die im Inland massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem BGSA sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. In der zugestellten Musterbotschaft wird dabei in zutreffender Weise auf das Herkunftsprinzip gemäss BGBM hingewiesen.

---

[58] Entspricht in der heutigen Fassung Art. 357 und 341 Abs. 1 OR.
[59] Entspricht in der heutigen Fassung Art. 357b Abs. 1 Bst. b OR.
[60] Urteil des Bundesgerichts 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_81/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.2.
[61] BGE 128 II 13 E 5.b.
[62] BGE 124 I 107 E. 2-4.
[63] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 13), N. 148.
[64] Auszüge aus der geplanten revidierten IVöB (Art. 12 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4) und der geplanten Musterbotschaft zur revidierten IVöB (Art. 12 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4).

70. Hierzu ist anzumerken, dass vom im BGBM vorgesehenen Herkunftsprinzip zwar nicht allgemein auf Erlassstufe abgewichen werden kann, jedoch bei der Rechtsanwendung im Einzelfall unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM. Dabei wäre im Falle von klarem Sozialdumping eine solche Prüfung berechtigt. Ausländische Anbieterinnen können sich generell nicht auf das BGBM berufen, wenn sie keine Niederlassung oder keinen Sitz in der Schweiz haben. Das BGBM wirkt also nur im inländischen Binnenmarktbereich.

71. Sowohl der Auszug aus der zu revidierenden IVöB als auch die dazugehörige Musterbotschaft des InöB scheinen tendenziell im Einklang mit der gestützt auf das Binnenmarktgesetz bestehenden Rechtslage zu stehen.

5. Ergebnis

72. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den nachstehenden Ergebnissen und beantwortet die vom InöB gestellten Fragen wie folgt:

Antwort auf Frage 1:

73. Die Kantone können aufgrund der Vorgaben des BGBM und des darin verankerten Herkunftsprinzips nicht auf Erlassstufe ein generelles Leistungsortsprinzip einführen. Eine solche Einführung des Leistungsortsprinzips würde im Widerspruch zum BGBM stehen. Hingegen wäre es den Kantonen unbenommen, in der Rechtsanwendung unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 BGBM im Einzelfall die am Ort der Leistungserbringung geltenden Arbeitsvorschriften als anwendbar zu erklären.

Antwort auf Frage 2, erste Teilfrage:

74. Das BGBM gilt unbenommen von Art. 12 Abs. 1 revBöB auch weiterhin bei öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, damit im Bereich der IVöB und der kantonalen Gesetzgebung.

75. Art. 12 Abs. 1 revBöB bietet keinen Raum für die alternative Einführung des Leistungsortsprinzips bei kantonalen oder kommunalen Beschaffungen. Der Geltungsbereich des

revBöB ist prinzipiell auf Bundesebene beschränkt. In Bezug auf das BGBM wurden hinsichtlich des Herkunftsprinzips keine Änderungen vorgenommen.

Antwort auf Frage 2, zweite Teilfrage:

76. Es bestehen keine Grundlagen in anderen Bundeserlassen für die Einführung des Leistungsortsprinzips. Weder das AVEG noch andere Bundeserlasse ermöglichen eine generelle Einführung des Leistungsortsprinzips auf kantonaler Erlassebene.

B 2.8	**2. Expertise du 21 octobre 2019 concernant l'admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics**

Ce document est une traduction de l'expertise de la COMCO rédigée en langue originale allemande.

Expertise du 21 octobre 2019 dans le sens de l'art. 10, al. 1 LMI concernant l'admissibilité du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics à l'intention de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp)

1 Contexte

1.1 Demande d'expertise par l'AiMp

1. Dans un courrier du 27 septembre 2019, l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) a demandé une expertise succincte de la Commission de la concurrence (COMCO) au sujet de l'admissibilité du principe du lieu d'exécution concernant les dispositions en matière de protection des travailleurs et les conditions de travail dans le droit cantonal des marchés publics.

2. L'AiMp explique qu'après la révision du droit des marchés publics de la Confédération, il appartient à présent aux cantons de réviser l'Accord intercantonal sur les marchés publics[1] (AIMP), rapidement et en conséquence. Le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons doit être autant que possible harmonisé.

3. Dans cette affaire, l'AiMp signale qu'au niveau fédéral, le Parlement s'est prononcé en faveur du principe du lieu d'exécution à l'art. 12, al. 1 de la loi fédérale révisée sur les marchés publics[2] (LMP rév.) en ce qui concerne les prescriptions en matière de travail sur le marché intérieur, contrairement au projet du Conseil fédéral. Une introduction éventuelle du principe du lieu d'exécution dans le droit des marchés publics des cantons pourrait être en contradiction avec la loi fédérale sur le marché intérieur[3] (loi sur le marché intérieur, LMI), qui consacre le principe du lieu de provenance au niveau cantonal.

4. Un canton vient d'exprimer le souhait de faire également valoir, dans la mesure du possible, le principe du lieu d'exécution à la place du principe du lieu de provenance dans l'AIMP. Malgré certaines réserves juridiques, l'AiMp s'est déclarée disposée à examiner ce point. C'est pourquoi il a été demandé à la COMCO de répondre aux questions suivantes:

1. Dans quelle mesure les cantons peuvent-ils, sur la base des exigences de la LMI en matière de protection des travailleurs et de conditions de travail, introduire l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans le nouvel AIMP ou dans la législation cantonale d'exécution, à la place du principe du lieu de provenance actuellement pris en compte par les cantons et communes?
2. Quel rapport entretiennent le principe du lieu d'exécution prévu à l'art. 12, al. 1 LMP et le principe du lieu de provenance ancré dans la LMI? Cette loi ou un autre acte de la législation fédérale (p. ex. loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311) offrent-ils éventuellement une marge de manoeuvre aux cantons et aux communes en faveur de l'application alternative du principe du lieu d'exécution pour leurs marchés publics?
3. Si la réponse à la deuxième partie de la question 2 est positive, la formulation prévue dans l'AIMP révisé couvrirait-elle l'application alternative du principe du lieu d'exécution?

5. Etant donné que les derniers ajustements et le vote final sur l'AIMP révisé sont déjà prévus le 15 novembre 2019, il serait extrêmement important pour l'AiMp que la demande d'expertise succincte soit traitée en priorité.

1.2 Aspects formels

6. La COMCO veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi sur le marché intérieur (art. 8, al. 1 LMI). La surveillance de l'exécution de la loi sur le marché intérieur incombe par conséquent à la COMCO[4]. En tant qu'autorité de surveillance de la loi sur le marché intérieur, il appartient notamment à la COMCO de se prononcer sur les questions d'application de la loi sur le marché intérieur.

7. Selon l'art. 10, al. 1 LMI, la Commission de la concurrence peut établir des expertises sur l'application de la présente loi à l'intention des autorités administratives fédérales, cantonaleset communales ainsi que des autorités judiciaires. Les questions posées par l'AiMp sont des questions de droit concrètes portant sur l'application de la loi sur le marché intérieur.

8. La demande d'expertise émane de l'AiMp, à savoir l'Autorité intercantonale pour les marchés publics. L'AiMp est constituée des membres de la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement représentant les cantons parties à l'AIMP (DTAP; cf. art. 4, al. 1 AIMP). Sous réserve de l'approbation des cantons impliqués, l'AiMp est compétente pour modifier l'AIMP (art. 4, al. 2, let. a AIMP). Dans ce contexte, il est justifié de traiter la demande de

[1] Accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.5).
[2] Loi fédérale révisée du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP rév.); expiration du délai référendaire: 10 octobre 2019.
[3] Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI; RS 943.02).
[4] THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Forum droit européen, Tome/n° 13, p. 93 ss, p. 109.

l'AiMp comme une demande d'expertise émanant d'autorités administratives cantonales. La COMCO est donc compétente pour répondre aux questions posées sous la forme d'une expertise selon l'art. 10, al. 1 LMI.

1.3 Le principe du lieu d'exécution dans le droit révisé des marchés public de la Confédération

9. Le 21 juin 2019, le Parlement fédéral a adopté la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (cf. note de bas de page 2). La question était également de savoir quelles prescriptions en matière de travail devaient s'appliquer sur le plan local en cas de différences régionales. Il est possible de se référer soit aux prescriptions en matière de travail du siège ou du lieu d'établissement des soumissionnaires (principe dit du lieu de provenance), soit à celles du lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution[5]).

10. Dans le projet du Conseil fédéral relatif à la révision du droit des marchés publics, il était prévu d'abroger le principe du lieu d'exécution fixé dans l'actuel art. 8, al. 1, let. b de la loi fédérale sur les marchés publics[6] (LMP) pour les soumissionnaires ayant leur siège en Suisse et de reprendre la réglementation de la LMI, qui s'applique au niveau cantonal, autrement dit d'introduire le principe du lieu de provenance.[7]

11. La question de savoir si le principe du lieu de provenance ou le principe du lieu d'exécution doit s'appliquer aux prescriptions en matière de travail était litigieuse entre les deux Chambres.[8] Au final, le Parlement a décidé de conserver le principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail au niveau fédéral. Selon l'art. 12, al. 1 LMP rév., l'adjudicateur n'adjuge les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu de la prestation, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir[9] (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Si nécessaire, les détails du processus législatifs seront approfondis ultérieurement.

12. Dans le but d'harmoniser le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, il est prévu que le droit révisé des marchés publics de la Confédération soit transposé autant que possible par analogie dans le droit cantonal et plus particulièrement dans l'AIMP.[10] Concernant les conditions de travail, il semble exister une différence entre le droit révisé des marchés publics de la Confédération avec le principe du lieu d'exécution et la loi sur le marché intérieur qui prévoit, en principe, l'application du principe du lieu de provenance qui s'applique en principe en vertu de la loi sur le marché intérieur. La présente expertise vise donc à déterminer si la LMI autoriserait l'introduction du principe du lieu d'exécution dans l'AIMP et l'adaptation correspondante à la LMP rév.

2 Question 1: introduction alternative du principe du lieu d'exécution dans l'AIMP révisé?

13. Ce chapitre inclut la réponse à la première question posée par l'AiMp. La question est la suivante:

1. Dans quelle mesure les cantons peuvent-ils, sur la base des exigences de la LMI en matière de protection des travailleurs et de conditions de travail, introduire l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans le nouvel AIMP ou dans la législation cantonale d'exécution, à la place du principe du lieu de provenance actuellement pris en compte par les cantons et communes?

14. Pour répondre à cette question, il faut d'abord expliquer le rapport entre la LMI et l'AIMP. La signification du principe du lieu de provenance selon la loi sur le marché intérieur sera ensuite examinée en relation avec les prescriptions en matière de travail. Il s'agit de la question centrale de l'expertise et d'un point qui est régulièrement controversé. Il est donc justifié de traiter plus en détail cette question à des fins de clarification.

2.1 Rapport entre la LMI et l'AIMP

15. La loi sur le marché intérieur a pour but de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 LMI). La LMI vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse et à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché (art. 1, al. 2, let. a et b LMI).

16. Le champ d'application de la loi sur le marché intérieur couvre en tant qu'activité lucrative, toute activité non régalienne ayant pour but un gain. Le champ d'application matériel se base sur le domaine protégé de la liberté économique selon l'art. 27 de la Constitution fédérale[11] (Cst.).[12] Le champ d'application matériel de la LMI inclut toute activité lucrative indépendante et salariée.[13] Le champ d'application personnel de la LMI couvre toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse (art. 1, al. 1 LMI). Les soumissionnaires étrangers ne peuvent donc pas invoquer la LMI, s'ils n'ont pas de siège ou d'établissement en Suisse. Le champ d'application de la LMI englobe toutes les personnes physiques et morales.[14]

[5] La notion de « lieu de destination » est souvent utilisée à la place de la notion de « lieu d'exécution » dans le contexte de la LMI.
[6] Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1).
[7] Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (message LMP rév.), FF 2016 1695, 1756.
[8] BO 2019 N 1209.
[9] Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41).
[10] A ce sujet, cf. p. ex. le communiqué de presse de la DTAP du 22 septembre 2016.
[11] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Constitution fédérale, Cst.; RS 101).
[12] NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zurich/St-Gall 2016, N 153.
[13] MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum BGBM, in: Oesch/Weber/Zäch (éd.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zurich 2011, N. 8 zu Art. 1.
[14] Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI), FF 1995 I 1193, 1241.

17. La LMI doit garantir aux entreprises ayant leur siège en Suisse de pouvoir exercer leur activité dans toute la Suisse sans aucune restriction cantonale d'accès au marché. Il faut spécifiquement examiner ici dans quelle mesure la LMI considère également les prescriptions en matière de travail comme une restriction d'accès au marché. Sont notamment considérées comme « conditions de travail » les dispositions impératives du code des obligations[15] (CO) concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche (art. 3, let. d LMP rév.).[16] Sont considérées comme « dispositions relatives à la protection des travailleurs » les dispositions du droit public du travail, y compris les dispositions de la loi sur le travail[17], les dispositions d'exécution y afférentes et les dispositions relatives à la prévention des accidents (art. 3, let. e LMP rév.). Dans la suite du présent document, les deux notions de « conditions de travail » et de « dispositions relatives à la protection des travailleurs » sont qualifiées de « conditions de travail ». En l'absence de dispositions consacrant une exception, les conditions de travail relèvent également du champ d'application de la LMI, dans la mesure où elles ont pour effet de restreindre l'accès au marché (cf. le ch. marg. 27 ss).[18]

18. L'AIMP vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1, al. 1 AIMP). L'AIMP vise à harmoniser les règles cantonales de passation des marchés conformément à des principes définis en commun, ainsi qu'à transposer les obligations internationales (art. 1, al. 2 AIMP). D'un point de vue juridique, l'AIMP constitue une convention entre cantons fondée sur l'art. 48 Cst. L'art. 48, al. 1 Cst. prévoit que les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes.

19. L'art. 48, al. 3 Cst. retient que les conventions intercantonales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons. L'interdiction d'une contradiction avec le droit de la Confédération énoncée à l'art. 48, al. 3 Cst. ressort déjà de l'art. 49 Cst.[19] Selon l'art. 49, al. 1 Cst., le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire; on parle aussi de force dérogatoire du droit fédéral. Le droit cantonal contraire au droit fédéral en termes de compétences et de contenu est nul.[20] Dans un arrêt concernant la commune de Sigriswil, le Tribunal fédéral a notamment examiné dans quelle mesure la pratique cantonale d'adjudication des marchés en référence à la loi sur le marché intérieur a enfreint le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49, al. 1, Cst.).[21]

20. En guise de conclusion intermédiaire, il apparaît que ni l'AIMP ni la législation cantonale d'exécution ne peuvent être contraires à la LMI en sa qualité de droit fédéral, en raison de la primauté de la loi sur le marché intérieur dans la hiérarchie des normes.

2.2 Exigences de la LMI à l'égard du droit cantonal des marchés publics

21. La loi sur le marché intérieur comporte des prescriptions minimales concernant la transparence et la non-discrimination pour les marchés publics cantonaux et communaux. L'art. 5, al. 1 LMI prévoit que les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Selon la deuxième phrase de cette disposition, ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3. L'art. 5 LMI prévoit en outre au niveau cantonal et communal que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel.

22. Notons que l'art. 5, al. 1 LMI doit s'entendre comme un principe global de la liberté d'accès aux marchés publics concernés, toute restriction à cette liberté d'accès n'étant admissible que dans les conditions de l'art. 3, al. 1 et 2 LMI.[22] La liberté d'accès au marché inclut donc également la garantie du principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI (cf. à ce sujet le ch. marg. 23 s. ci-après). La littérature consacrée au droit des marchés publics rappelle en conséquence que la loi sur le marché intérieur prescrit le principe du lieu de provenance.[23] Les garanties de l'art. 2 LMI s'appliquent par conséquent aussi aux marchés publics cantonaux et communaux.[24]

2.3 Principe du lieu de provenance selon la LMI

23. Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement (art. 2, al. 1, LMI). L'art. 2, al. 1 LMI confère un droit individuel de liberté d'accès au marché aux personnes couvertes par le champ d'application de la loi sur le marché intérieur.[25]

---

[15] Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième: droit des obligations (CO, RS 220).

[16] La majorité des CCT déclarées contraignantes au niveau fédéral ne s'applique pas à l'ensemble de la Suisse. Il existe par ailleurs également des CCT au niveau cantonal. Les conditions de travail ne sont donc pas réglées de façon uniforme dans l'ensemble de la Suisse, mais diffèrent d'une région et d'une branche à l'autre <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege html> (15.10.2019).

[17] Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr; RS 822.11)

[18] NICOLAS F. DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss, 224.

[19] RAINER J. SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd. 2014, N. 44 zu Art. 48 BV.

[20] ALEXANDER RUCH, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller et al. [éd.], 2e éd. 2008, N. 21 zu Art. 49 BV.

[21] ATF131 I 137, consid. 2.7.

[22] NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013 p. 177 ss, p. 180.

[23] PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 122.

[24] CF 2013, p. 278.

[25] DIEBOLD, Freizügigkeit (note de bas de page 12), N. 1212 ss; OESCH/ZWALD (note de bas de page 13), N. 1 zu Art. 2.

Le droit à la liberté d'accès au marché est concrétisé à l'art. 2, al. 3 et 4 LMI à travers le principe du lieu de provenance.[26] Concernant la liberté de prestation, l'art. 2, al. 3 LMI concrétise le fait que toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse. Sur la base de l'art. 2, al. 4 LMI, toute personne exerçant une activité lucrative légale est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement (liberté d'établissement commerciale).

24. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché (art. 2, al. 5 LMI). La présomption d'équivalence signifie que les réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché sont supposées équivalentes. Cette hypothèse repose sur la conviction que le besoin de protection ne diffère pas d'un canton à l'autre.[27]

25. Le droit à la liberté d'accès au marché selon les prescriptions cantonales ou communales du lieu de provenance n'est pas réputé absolu. Les autorités compétentes du lieu d'exécution peuvent restreindre la liberté d'accès au marché des offreurs externes par des charges ou des conditions (art. 3, al. 1 LMI). La loi sur le marché intérieur ne prévoit toutefois cette possibilité que pour le cas où la présomption d'équivalence peut être réfutée.[28] Dans le cas où les règles d'accès au marché ne seraient pas équivalentes, l'autorité compétente doit démontrer dans quelle mesure la restriction à la liberté d'accès au marché satisfait aux conditions de l'art. 3 LMI, c'est-à-dire qu'elle est indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants, qu'elle répond au principe de la proportionnalité et qu'elle n'est pas discriminatoire (art. 3, al. 1 LMI).[29] Les restrictions citées à l'art. 3, al. 2 LMI ne répondent clairement pas au principe de la proportionnalité et sont, partant, inadmissibles (p. ex. l'exigence d'avoir le siège ou l'établissement au lieu de destination).

26. Les exigences de la loi sur le marché intérieur concernant les conditions de travail sont examinées de plus près ci-après.

2.3.1 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – genèse

27. Le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI s'applique dans cette version depuis que la LMI a été adoptée en 1995. Déjà dans le message de l'époque, le Conseil fédéral avait explicitement déclaré à propos des conditions de travail qu'une réglementation cantonale prévoyant que les marchés publics doivent toujours être exécutés en respectant les conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution serait incompatible avec l'art. 5 LMI.[30]

28. Par la suite, la question de savoir si les conditions de travail du lieu de provenance ou celles du lieu d'exécution devaient s'appliquer dans le cadre des marchés publics a aussi été vivement débattue au Parlement. Lors de l'examen de la LMI, le Conseil national avait encore approuvé une proposition, selon laquelle l'obligation de respecter les prescriptions concernant les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution de la prestation ne constitue pas une restriction de l'accès au marché visée à l'art. 3 LMI. Cette proposition, qui visait essentiellement à ancrer dans la loi sur le marché intérieur une exception relative aux conditions de travail, a été rejetée par le Conseil des Etats et abandonnée dans le cadre de l'élimination des divergences.[31] Il en ressort que le législateur de 1995 avait également soumis les prescriptions en matière de travail à la LMI et que les prescriptions en matière de travail peuvent avoir l'effet d'une restriction d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.

29. Bien que le principe du lieu de provenance et les conditions de travail n'aient pas été modifiés dans le cadre de la révision partielle de la LMI du 16 décembre 2005, ils ont néanmoins été abordés lors des débats parlementaires. Le Conseiller fédéral Joseph Deiss qui était à l'époque responsable de cet objet a précisé qu'en raison de la présomption d'équivalence des différentes conditions de travail dans les cantons, le principe du lieu de provenance devait, en principe, également s'appliquer dans le domaine du marché du travail. En vertu de l'art. 3 LMI, il pourrait être restreint au profit du principe du lieu d'exécution, si les conditions du lieu de provenance ne sont pas équivalentes à celles du lieu d'exécution.[32] Non seulement aucune modification des conditions-cadres légales n'a été opérée lors de cette révision partielle, mais le législateur a explicitement confirmé la situation juridique existante selon la loi sur le marché intérieur, en renvoyant aux restrictions possibles de l'accès au marché selon l'art. 3 LMI.

30. Il ressort donc clairement de la genèse de la loi sur le marché intérieur, d'un point de vue historique et téléologique, que le principe du lieu de provenance selon la loi sur le marché intérieur doit également s'appliquer en ce qui concerne les conditions de travail.

2.3.2 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – doctrine

31. La doctrine dominante estime depuis l'adoption de la LMI en 1995 déjà qu'une réglementation selon laquelle toutes les entreprises ayant leur siège en Suisse devraient toujours respecter les prescriptions en matière de travail au lieu d'exécution ne serait pas compatible avec l'art. 2 et l'art. 5 LMI. Il faut partir du principe qu'une obligation générale de respect des prescriptions concernant la protection des travailleurs et les conditions de travail au lieu d'exécution ne représente pas une restriction

[26] A propos du principe du lieu de provenance: ATF 135 II 12; arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2011 du 3 mai 2011; arrêt du Tribunal fédéral 2C_844/2008 du 15 mai 2009.
[27] Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, 430.
[28] ATF 135 II 12, consid. 2.4.
[29] MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 ss, 378.
[30] Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur, LMI), FF 1995 I 1193, 1248.
[31] BO 1995 N 1156, 1178; BO 1995 p. 931, 934; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (éd.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd. 2007, p. 443, N. 129.
[32] BO 2005 N 880.

admissible de l'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.[33] Il s'ensuit notamment en raison de l'art. 2, al. 1 et 3 LMI, que les conditions de travail du lieu de provenance devraient être appliquées, à moins qu'il y ait un cas manifeste de dumping social.[34] Le respect des prescriptions en vigueur au lieu d'exécution ne peut être exigé que si la protection visée ne peut pas être atteinte autrement, soit en présence d'un risque de réel dumping social.[35]

32. A cet égard, la législation suisse sur les marchés publics n'est pas cohérente, d'autant que la LMP qualifie le principe du lieu d'exécution selon lequel il faut se baser sur la réglementation au lieu d'exécution de déterminant pour la Confédération, tandis que la loi sur le marché intérieur prescrit le principe du lieu de provenance pour les cantons.[36]

33. Un avis minoritaire estime au contraire que les soumissionnaires qui exécutent des marchés publics sont soumis à la CCT au lieu du chantier, autrement dit au lieu d'exécution, pour autant qu'il s'agisse d'une CCT déclarée de force obligatoire.[37] L'avis minoritaire ne justifie toutefois pas comment cela serait compatible avec la LMI.

34. La doctrine quasi-unanime et donc dominante estime par conséquent que le principe du lieu de provenance de la LMI doit également s'appliquer en ce qui concerne les conditions de travail dans le cadre des marchés publics.

2.3.3 Principe du lieu de provenance concernant les conditions de travail – jurisprudence

35. La jurisprudence du Tribunal fédéral et des instances inférieures s'est régulièrement penchée sur la question de l'application de la loi sur le marché intérieur et du principe du lieu de provenance aux marchés publics des cantons.

36. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a retenu que l'obligation de conclure une CCT prévue dans le cadre d'un appel d'offres constitue une restriction illicite de l'accès au marché pour les entreprises extracantonales. Une telle obligation doit être qualifiée de disproportionnée sous l'angle de l'art. 3, al. 1, let. b LMI et même de barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts locaux selon l'art. 3, al. 4 LMI.[38] Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs cantonaux ne pourraient pas subordonner la participation de soumissionnaires extracantonaux à un appel d'offres au fait qu'ils respectent les dispositions d'une CCT.[39] Le Tribunal fédéral a en outre retenu que les prescriptions cantonales en matière de travail à l'égard d'entreprises extracantonales doivent être appréciées selon le principe du lieu de provenance conformément à l'art. 2 LMI.[40] Enfin, dans le cadre d'une affaire concernant un marché public dans le canton des Grisons et un soumissionnaire ayant son établissement dans le canton du Tessin, le Tribunal fédéral a confirmé la jurisprudence cantonale selon laquelle le fait d'imposer au soumissionnaire extracantonal une obligation de respecter les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution n'est pas admissible, tant qu'il n'y a pas de cas de dumping social.[41]

37. Tous ces arrêts montrent que le Tribunal fédéral applique aussi, dans sa jurisprudence constante, les exigences de la loi sur le marché intérieur et en particulier le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI aux conditions de travail. Sont mentionnées, ci-après, d'autres références ponctuelles à la jurisprudence cantonale et à la pratique de la COMCO qui traitent de cette question de manière analogue

38. Dans un arrêt concernant la loi tessinoise sur le commerce (LIA), le tribunal administratif du Tessin a expliqué que l'obligation de respecter les dispositions de la CCT en vigueur au Tessin prévue dans la LIA ne pouvait être qu'exceptionnelle à l'aune de la LMI.[42] Dans une affaire jugée par le tribunal administratif d'Argovie qui concernait l'admission de sociétés de services de sécurité ainsi que des questions liées à la CCT, le tribunal a retenu que le principe du lieu de provenance s'appliquait en ce qui concerne l'admissibilité des prestations de travail.[43]

39. La pratique de la COMCO concernant les questions en lien avec les conditions de travail dans le cadre de la loi sur le marché intérieur remonte à 1997. A l'époque, la COMCO avait recommandé aux deux cantons de Bâle de supprimer dans leurs projets de lois sur les marchés publics les dispositions qui prescrivaient obligatoirement l'adhésion ou l'affiliation à une convention collective de travail.[44] Dans une expertise du 16 mars 2010 [recte 2009], la COMCO a ensuite retenu qu'un offreur externe pouvait invoquer le principe du lieu de provenance, en présence d'une CCT. Sur le fond, il s'agissait de savoir quelles dispositions en matière de travail un offreur externe devait respecter lors de l'exécution d'un marché public dans le canton de Vaud.[45] La COMCO a pour la dernière fois expliqué, dans sa recommandation du

[33] KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4e éd. 2006, p. 457.
[34] EVELYNE CLERC, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Martenet/Bovet/Tercier (éd.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Bâle 2013, N. 149 zu Art. 5; ZWALD, Bundesgesetz über den Binnenmarkt (note de bas de page 31), p. 444, N. 130; DIEBOLD, Freizügigkeit (note de bas de page 12), N. 1293.
[35] MANFRED WAGNER, Herkunfts- oder Leistungsortsprinzip, BR 1999 p. 51.
[36] GALLI/MOSER/LANG/STEINER (note de bas de page 23), p. 225.
[37] ESTELLE MATHIS-ZWYGART, Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, Jusletter du 19 mai 2008, Cm 86.
[38] ATF 124 I 107, consid. 2 s.
[39] Cf. également ATF 130 I 258, consid. 2.2; le respect de la CCT n'était prévu qu'« en règle générale » et une autre preuve de conditions de travail usuelles dans la branche demeurait possible.
[40] Arrêt du Tribunal fédéral 2C_111/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 2C_81/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.2.
[41] Arrêt du Tribunal fédéral 2D_54/2015 du 13 avril 2016, consid. 5.2; jugement du tribunal administratif du canton des Grisons du 9 juillet 2015, U 15 55, consid. 3b.
[42] Jugement du tribunal administratif du canton du Tessin 52.2016.592 du 27 février 2018, consid. 4.3.2.2.
[43] Jugement du tribunal administratif du canton d'Argovie WBE.2013.101/112 du 19 novembre 2013, AGVE-2013-41 p. 241, consid. 4.2.
[44] Recommandations de la Commission de la concurrence du 3 novembre 1997 relatives aux projets de soumission des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, RPW 1997/4, p. 591.
[45] Expertise de la COMCO du 16 mars 2009 à l'intention du Département des infrastructures du canton de Vaud concernant la Compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la loi sur le marché intérieur.

25 février 2019, que l'obligation de respecter une CCT devait être considérée comme une restriction d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.[46]

40. En résumé, il y a lieu de retenir que la jurisprudence, en particulier également celle du Tribunal fédéral, ainsi que la pratique de la COMCO, appliquent de manière constante et unanime depuis des années la loi sur le marché intérieur et plus particulièrement le principe du lieu de provenance qu'elle contient aux conditions de travail dans les marchés publics au niveau cantonal. Cela signifie que les prescriptions cantonales en matière de travail selon l'art. 2, al. 5, LMI sont présumées équivalentes. Les entreprises extracantonales ne doivent par conséquent être assujetties aux prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution que si les prescriptions en vigueur au lieu de provenance ne sont pas équivalentes dans le cas particulier et qu'il existe un risque de dumping social.

2.4 Conclusion et réponse à la question 1

41. Ce chapitre autorise la conclusion suivante: en tant que droit fédéral, la LMI prime le droit intercantonal (AIMP) et cantonal. Le principe du lieu de provenance inscrit à l'art. 2 LMI s'applique également aux marchés publics au niveau cantonal. C'est ce qui ressort de la genèse, de la doctrine dominante, mais aussi plus particulièrement de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

42. La réponse à la question 1 consistant à savoir dans quelle mesure les cantons peuvent-ils, sur la base des exigences de la LMI concernant les conditions de travail, introduire l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans le nouvel AIMP, à la place du principe du lieu de provenance actuellement pris en compte par les cantons, est donc la suivante: une règle générale et abstraite dans l'AIMP, selon laquelle toutes les entreprises ayant leur siège en Suisse seraient toujours soumises aux prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution de la prestation lors de l'exécution de marchés cantonaux, ne serait pas compatible avec la présomption d'équivalence selon la loi sur le marché intérieur et le principe du lieu de provenance.

43. En revanche, les cantons auraient la faculté du point de vue du droit du marché intérieur de déclarer exceptionnellement applicables les dispositions en vigueur au lieu d'exécution selon les conditions de l'art. 2, al. 5 LMI et de l'art. 3 LMI, lorsqu'ils appliquent le droit dans un cas particulier. L'application des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution est conforme à la LMI lorsqu'aucune prescription équivalente ne s'applique au lieu de provenance et qu'un intérêt public prépondérant (p. ex. protection contre le dumping social) justifie l'application des prescriptions du lieu d'exécution. Cela pourrait par exemple être le cas s'il existe différentes CCT présentant des différences significatives en ce qui concerne les niveaux de salaire.

3 Question 2: principe du lieu d'exécution selon la LMP rév.et question de la divergence par rapport à la LMI?

44. Ce chapitre contient la réponse à la deuxième question posée par l'AiMp. La question 2 est la suivante:

> 2. Quel rapport entretiennent le principe du lieu d'exécution prévu à l'art. 12, al. 1 LMP et le principe du lieu de provenance ancré dans la LMI? Cette loi ou un autre acte de la législation fédérale (p. ex. loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311) offrent-ils éventuellement une marge de manoeuvre aux cantons et aux communes en faveur de l'application alternative du principe du lieu d'exécution pour leurs marchés publics?

45. Pour répondre à cette question, il s'agira dans un premier temps de décrire la relation entre l'art. 12, al. 1 LMP rév. et la LMI (question 2, première question partielle), puis d'examiner la question d'une base pour le principe du lieu d'exécution dans d'autres normes fédérales (question 2, deuxième question partielle).

3.1 Relation entre l'art. 12, al. 1 LMP rév. et la LMI

3.1.1 Art. 12, al. 1 LMP rév.

46. L'art. 12, al. 1 LMP rév. dispose:

> Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail, de l'égalité salariale entre femmes et hommes et du droit de l'environnement
>
> [1] Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu de la prestation, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes.

47. Une loi doit avant tout être interprétée pour elle-même, c.-à-d. en fonction de sa lettre, de son sens et de la finalité des appréciations sur lesquelles elle repose, sur la base d'une méthode téléologique.[47] L'interprétation historique a plus de poids, s'il s'agit d'une loi plus récente.[48] Dans le cadre d'une interprétation dite systématique, il est également possible de prendre en considération le lien avec d'autres dispositions légales.[49] Le Tribunal fédéral applique un pluralisme pragmatique des méthodes et refuse notamment de soumettre les différents éléments d'interprétation à un ordre de priorité.[50]

48. Le texte de l'art. 12, al. 1 LMP rév. prévoit clairement que « les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution » s'appliquent dans le champ d'application du droit révisé des marchés publics de la Confédération et que le principe du lieu d'exécution est donc applicable. Ainsi, au niveau fédéral, le principe du lieu d'exécution continuera de s'appliquer, conformément au texte clair de l'art. 12, al. 1 LMP rév.

[46] Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019, Revisione RLEPICOSC, N. 34.
[47] P. ex. ATF 141 V 642, consid. 4.2.
[48] ATF 137 V 167, consid. 3.2; ATF 140 IV 108, consid. 6.6.5.
[49] ATF 145 III 133, consid. 6.
[50] Parmi d'autres: ATF 139 V 442 consid. 4.1.

49. Le projet de nouvelle LMP présenté par le Conseil fédéral prévoyait initialement d'abroger le principe du lieu d'exécution ancré dans l'actuelle LMP pour les soumissionnaires ayant leur siège en Suisse et d'introduire le principe du lieu de provenance.[51] Le Parlement a toutefois décidé de conserver le principe du lieu d'exécution au niveau des marchés publics de la Confédération (art. 12, al. 1 LMP rév.).

50. Lors des débats parlementaires, il a été souligné que le principe du lieu de provenance s'appliquait aux cantons conformément à la loi sur le marché intérieur et qu'il y aurait donc en Suisse une importante désharmonisation entre la Confédération et les cantons. Le principe du lieu d'exécution continuerait de s'appliquer pour la Confédération et celui du lieu de provenance pour les cantons.[52] Le Conseiller fédéral Ueli Maurer, en charge du dossier, avait expressément attiré l'attention du Parlement sur ce point.[53] Il ressort ainsi des débats parlementaires que le Parlement a explicitement accepté une réglementation différente au niveau fédéral et cantonal.

51. Du point de vue de la systématique du droit, notons que la LMP rév. s'applique à la passation de marchés publics par des adjudicateurs de la Confédération (art. 1 LMP rév.). A l'inverse, l'AIMP et la législation d'exécution cantonale s'appliquent notamment en matière de droit des marchés publics au niveau cantonal et communal. Le champ d'application subjectif de la LMP et celui de l'AIMP ne correspondent pas toujours. A la différence de la LMP, l'AIMP assujettit par exemple aussi les organes privés assumant des tâches publiques et les marchés publics subventionnés non soumis aux accords internationaux au droit des marchés publics et prévoit en outre des valeurs seuils moins élevées.

52. Cet élargissement du droit des marchés publics au niveau cantonal sert en premier lieu à la réalisation d'un espace économique suisse unique et vise la mise en oeuvre des exigences de la loi sur le marché intérieur. Dans ce contexte, il n'est pas contraire au système que la Confédération formule d'autres exigences à l'égard des marchés publics cantonaux par le biais de la LMI que celles prévues par la LMP pour les marchés publics fédéraux, afin d'appliquer son mandat constitutionnel visant à concrétiser un marché intérieur suisse (art. 95, al. 2 Cst.).

53. Les règles énoncées à l'art. 5 LMI s'adressent aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales. Il s'ensuit que la LMI n'est par principe pas applicable aux marchés publics soumis à la LMP. Cette situation doit perdurer également dans le cadre de la LMP rév. Les normes minimales aujourd'hui garanties par la LMI et les tâches d'exécution actuelles de la COMCO s'appliquent de manière inchangée, uniquement aux marchés publics cantonaux et communaux.[54]

54. Rappelons en outre qu'avec la révision du droit fédéral des marchés publics, la loi sur le marché intérieur a également été simultanément modifiée aux art. 5 et 9 LMI. L'art. 5, al. 1 de la loi sur le marché intérieur révisée disposera désormais ceci: « Lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole sont fondés sur l'accord intercantonal sur les marchés publics conclu sur la base du Protocole du 30 mars 2012 portant amendement de l'Accord sur les marchés publics, les dispositions de la présente loi sont présumées respectées ». Cette présomption est réfutable, de sorte que la conformité du droit (inter)cantonal des marchés publics ainsi que celles des pratiques cantonales d'adjudication des marchés doivent toujours être vérifiées par rapport à la LMI. En n'ayant pas procédé à des amendements juridiques matériels ou à des modifications dans le cadre de la révision concomitante de la LMP et de la LMI, le législateur a voulu exprimer que le principe du lieu de provenance s'applique également de façon inchangée dans le domaine des marchés publics cantonaux.

3.1.2 Conclusion et réponse à la question 2, première question partielle

55. La deuxième question et sa première question partielle concernent le rapport entre le principe du lieu d'exécution réglé à l'art. 12, al. 1 LMP rév. et le principe du lieu de provenance ancré dans la LMI. Sur la base des explications précédentes, il apparaît que le champ d'application de la LMP rév., autrement dit le niveau fédéral, maintient le principe du lieu d'exécution, tandis que le principe du lieu de provenance selon la LMI continue de s'appliquer aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, autrement dit dans le domaine de l'AIMP et de la législation cantonale. Le législateur a accepté cette divergence.

56. Il est par ailleurs demandé si l'art. 12, al. 1 LMP rév. laisse éventuellement place à l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans les marchés publics cantonaux ou communaux. La réponse à cette question est négative. La LMP rév. règle les marchés publics de la Confédération, tandis que la LMI formule certaines exigences minimales inchangées à l'égard des marchés publics cantonaux. Comme elles portent sur différents aspects de la réglementation, il n'y a pas de conflit de normes entre ces deux lois, raison pour laquelle l'art. 12, al. 1 LMP rév. ne permet de tirer aucune conclusion concernant les marchés publics cantonaux.

3.2 D'autres normes fédérales offrent-elles des bases pour le principe du lieu d'exécution?

57. Ce chapitre répond à la deuxième question partielle de la question 2 de l'AiMp, qui est la suivante:

> 2 […].[Cette loi ou] un autre acte de la législation fédérale (p. ex. loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail; RS 221.215.311) offrent-ils éventuellement une marge de manoeuvre aux cantons et aux communes en faveur de l'application alternative du principe du lieu d'exécution pour leurs marchés publics?

[51] Cf. Cm ci-dessus. 10.
[52] BO 2018 S 974.
[53] BO 2018 N 1008.
[54] Message LMP rév. (note de bas de page 24), 144 s.

3.2.1 Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail

58. Selon l'art. 1, al. 1 de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail[55] (LECCT), à la requête de toutes les parties contractantes, l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une convention collective conclue par des associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention. L'art. 2 [recte 1], al. 2 LECCT prévoit que la décision d'extension ne peut porter que sur les clauses qui lient les employeurs et travailleurs conformément à l'art. 323 CO[56] ou qui obligent les employeurs et travailleurs envers la communauté conventionnelle, conformément à l'art. 323terCO.

59. S'agissant de l'effet sur les employeurs et travailleurs non liés par la convention, l'art. 4, al. 1 LECCT retient que les clauses de la convention prévues à l'art. 323 CO[57] et les obligations incombant aux employeurs et travailleurs liés par la convention envers les parties contractantes conformément à l'art. 323ter, al. 1 CO[58] s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels la convention est étendue.

60. Dans ce contexte, on peut se demander si une CCT déclarée de force obligatoire (au plan régional) permettrait de déroger au principe du lieu de provenance. La LECCT ne comporte aucune disposition à ce propos et ne s'exprime pas non plus explicitement sur l'application géographique des CCT régionales déclarées de force obligatoire. La LECCT et la loi sur le marché intérieur diffèrent par ailleurs au plan matériel. Alors que la LECCT règle en principe les relations entre les employeurs et les travailleurs, la loi sur le marché intérieur règle les conditions d'accès au marché dans les relations économiques au niveau national.

61. La question à laquelle doit répondre le présent chapitre présente certains liens avec le thème du principe du lieu de provenance traité au chapitre 2.3 concernant les conditions de travail, raison pour laquelle nous renvoyons aux explications correspondantes.

62. La jurisprudence évoquée du Tribunal fédéral, selon laquelle le principe du lieu de provenance selon l'art. 2 LMI s'applique en principe à la question de la nécessité d'une décision d'extension d'une CCT, est notamment importante.[59] Ainsi, dans le cas des CCT déclarées de force obligatoire au plan régional, il faut également partir du principe de l'équivalence des prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu de provenance des offreurs. Ce n'est que si cette présomption d'équivalence est réfutée que la CCT déclarée de force obligatoire au plan régional peut également être appliquée aux offreurs extracantonaux, afin d'empêcher le dumping social.

63. Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a retenu qu'une entreprise est soumise à la convention collective de travail cantonale pour les travaux réalisés dans le canton et à la convention collective de travail nationale pour les travaux réalisés à l'extérieur du canton, ce qui n'enfreint pas la loi sur le marché intérieur. De telles restrictions à la liberté d'accès au marché semblent compatibles avec la loi sur le marché intérieur, si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux et sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et à la poursuite d'objectifs de politique sociale (art. 3, al. 1, let. a et b et art. 3, al. 2, let. d, LMI).[60] Le Tribunal fédéral a en outre retenu en relation avec la LECCT, que la proposition de lier les aides étatiques pour les entreprises à la condition de la conclusion d'une convention collective de travail enfreignait le droit fédéral et notamment la loi sur le marché intérieur.[61]

64. En conclusion à ce chapitre, on peut dire que la loi sur le marché intérieur et le principe du lieu de provenance qui y figure s'appliquent également s'agissant de la LECCT. Il n'existe aucune base légale permettant de déroger au principe du lieu de provenance ou d'appliquer alternativement le principe du lieu d'exécution.

3.2.2 Autres normes fédérales

65. La COMCO n'a pas connaissance d'autres normes fédérales primant le principe du lieu de provenance selon la loi sur le marché intérieur et qui autoriseraient l'introduction du principe du lieu d'exécution pour les conditions de travail. La LMI est conçue comme une loi cadre et définit les principes de la liberté d'accès au marché.[62] En tant que norme cadre, la LMI est appliquée régulièrement dans son champ d'application, faute d'exceptions prévues par des lois spéciales.

3.2.3 Conclusion et réponse à la question 2, deuxième question partielle

66. Dans la deuxième question partielle de la question 2, l'AiMp a voulu savoir si une autre norme fédérale, p. ex. la LECCT, offrirait éventuellement un espace aux cantons et aux communes pour l'application alternative du principe du lieu d'exécution dans leurs marchés publics. La réponse à cette question est négative. Ni la LECCT, ni d'autres normes fédérales ne permettent d'introduire le principe du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales. Il est en revanche possible de déroger au principe du lieu de provenance de la LMI selon les conditions énoncées à l'art. 3 LMI dans des cas d'application concrets.

[55] Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311; LECCT).
[56] L'art. 323ter CO évoqué correspond dans la version actuelle à l'art. 357b CO.
[57] Correspond dans la version actuelle aux art. 357 et 341, al. 1, CO.
[58] Correspond dans la version actuelle à l'art. 357b, al. 1, let. b, CO.
[59] Arrêt du Tribunal fédéral 2C_111/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 2C_81/2010 du 7 décembre 2010, consid. 2.2.
[60] ATF 128 II 13, consid. 5.b.
[61] ATF 124 II 107, consid. 2-4.
[62] DIEBOLD, Freizügigkeit (note de bas de page 12), N. 148.

4 Question 3: formulation prévue dans l'AIMP révisé

67. La question 3 est la suivante:

3. Si la réponse à la deuxième partie de la question 2 est positive, la formulation prévue de l'AIMP révisé couvrirait-elle l'application alternative du principe du lieu d'exécution?

68. La réponse à la deuxième partie de la question ayant été négative, il n'y a pas lieu de répondre à cette question, car une introduction alternative du principe du lieu d'exécution est impossible au niveau des normes cantonales.

69. Certaines remarques concernant les documents[63] joints à la question 3 et annexés à la demande d'expertise, doivent en revanche être formulées ici. L'art. 12, al. 1 du projet d'AIMP prévoit que les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse, les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Le message-type transmis rappelle de manière appropriée le principe du lieu de provenance selon la LMI.

70. Rappelons à cet égard qu'il n'est certes pas possible de déroger de façon générale, au niveau de la norme, au principe du lieu de provenance prévu dans la LMI, mais qu'une dérogation lors de l'application du droit dans un cas particulier est possible selon les conditions énoncées à l'art. 3 LMI. Un tel examen serait justifié dans un cas de dumping social évident.

Les soumissionnaires étrangers ne peuvent pas invoquer la LMI de façon générale, s'ils n'ont pas de siège ou d'établissement en Suisse. La LMI ne déploie donc ses effets que sur le marché intérieur suisse.

71. Tant l'extrait de l'AIMP à réviser que le message-type de l'AiMp semblent globalement en accord avec la situation juridique fondée sur la loi sur le marché intérieur.

5 Conclusions

72. En résumé et sur la base des considérations qui précèdent, la COMCO parvient aux résultats suivants et répond comme suit aux questions posées par l'AiMp:

Réponse à la question 1:

73. Les cantons ne peuvent pas introduire de principe général du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales en raison des prescriptions de la LMI et du principe du lieu de provenance qui y figure. Une telle introduction du principe du lieu d'exécution serait en contradiction avec la LMI. En revanche, les cantons auraient la faculté de déclarer applicables les prescriptions en matière de travail en vigueur au lieu d'exécution, lors de l'application du droit dans un cas particulier, selon les conditions de l'art. 2, al. 5 et de l'art. 3 LMI.

Réponse à la question 2, première question partielle:

74. Indépendamment de l'art. 12, al. 1 LMP rév., la LMI continue de s'appliquer aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, donc dans le domaine de l'AIMP et de la législation cantonale.

75. L'art. 12, al. 1 LMP rév. ne laisse aucune place à l'introduction alternative du principe du lieu d'exécution pour les marchés publics cantonaux ou communaux. Le champ d'application de la LMP rév. est par principe limité au niveau fédéral. S'agissant de la LMI, aucune modification concernant le principe du lieu de provenance n'a été opérée.

Réponse à la question 2, deuxième question partielle:

76. Les autres normes fédérales ne comportent aucune base permettant d'introduire le principe du lieu d'exécution. Ni la LECCT, ni d'autres normes fédérales ne permettent une introduction généralisée du principe du lieu d'exécution au niveau des normes cantonales.

[63] Extrait de l'AIMP révisé prévu (art. 12, al. 1 et art. 63, al. 4) et du message-type prévu à propos de l'AIMP révisé (art. 12, al. 1 et art. 63, al. 4).

B 2.8	**3. Stellungnahme der WEKO i.S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019**

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. Januar 2020 i.S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019 (2C_789/2019)

1. Grundlagen für eine Stellungnahme der WEKO

1. Die WEKO begrüsst es, in bundesgerichtlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen zu werden, insbesondere im Bereich des Binnenmarktrechts, für dessen Überwachung die WEKO zuständig ist.

2. Die WEKO ist zuständig für die Beaufsichtigung der Einhaltung des Binnenmarktgesetzes (BGBM)[1] durch Bund, Kantone und Gemeinden (Art. 8 Abs. 1 BGBM) und verfügt in dieser Hinsicht über ein Beschwerderecht (Art. 9 Abs. 2bis BGBM). Darauf hinzuweisen ist an dieser Stelle, dass die Nichteinhaltung des anzuwendenden kantonalen Vergaberechts auch zu einer Verletzung des Binnenmarktrechts und insbesondere von Art. 5 BGBM führt.[2]

3. Die Stellungnahme der WEKO erfolgt gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BGBM und Art. 102 i. V. m. Art. 89 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG)[3] und bezieht sich in erster Linie auf die binnenmarktrechtlichen Aspekte in diesem Beschwerdeverfahren. Insbesondere wird vorliegend Stellung genommen zur Frage der Unterstellung der erfolgten «Ausschreibung» unter das Beschaffungsrecht, damit einer möglichen Verletzung von Art. 5 und 9 BGBM. Zudem wird die Frage des Vorliegens eines Tatbestands der öffentlichen Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM geprüft. Aus wettbewerblicher Sicht und mit Blick auf eine möglichst offene Gewährung des Marktzugangs wird auch die Frage der Unterstellung unter Art. 3a StromVG[4] und somit der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens behandelt.

2. Wesentliche Elemente des Sachverhalts und der Verfahrensgeschichte

4. Die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen (Gemeinde) ist Eigentümerin eines elektrischen Verteilnetzes für die Stromversorgung des Ortsteils Lüsslingen (Niederspannungsverteilnetz). Sie übertrug den Betrieb bzw. die Bewirtschaftung dieses Verteilnetzes mit Vertrag aus dem Jahr 2011 an die AEK Energie AG (AEK, Beschwerdeführerin). Die AEK beliefert seither die angeschlossenen Endkunden des Ortsteils Lüsslingen mit elektrischer Energie und bezahlt der Gemeinde für die Nutzung des Verteilnetzes ein Entgelt.

5. Diesen Vertrag kündigte die Gemeinde im Jahr 2015 per Ende 2018 mit der Absicht, den Netzbetrieb ab dem 1. Januar 2019 neu zu vergeben. Die Gemeinde lud im Zusammenhang mit der geplanten Neuausrichtung der Energieversorgung – basierend auf Grundlagen für die Angebotseinreichung vom 7. Februar 2018 (Grundlagen Angebotseinreichung) – fünf Unternehmen zur Offertstellung ein. Innert Frist reichten vier Unternehmen ein Angebot ein, darunter die AEK und die Regio Energie Solothurn (Regio Solothurn, Beschwerdegegnerin). Basierend auf dem vorinstanzlichen Urteil werden nachfolgend kurz einige wesentliche Elemente des Sachverhalts zusammengefasst.

6. Näher eingegangen wird insbesondere auf die hier relevanten Grundlagen Angebotseinreichung. Gemäss den für die Anbieter massgeblichen *Rahmenbedingungen* sollten im Kontext mit der Neuausrichtung der Energieversorgung Offerten für zwei unterschiedliche Varianten eingereicht werden, die «Netzverpachtung» und als Option die «Auslagerung der Dienstleistungen an Dritte» für die Administration, den operativen Betrieb sowie den Unterhalt an einen Dienstleister. Ein Verkauf der elektrischen Verteilnetze stand nicht im Vordergrund. Die Evaluation eines Verpächters bzw. Dienstleisters sollte über eine «*öffentliche Ausschreibung*» erfolgen.[5] Die vorgesehene Leistung sollte insbesondere auch die Gewährleistung einer zuverlässigen und wirtschaftlichen elektrischen Energieversorgung beinhalten. Der Vertrag sollte für eine Dauer von fünf Jahren abgeschlossen werden.[6]

7. In der *Variante* «*Netzverpachtung*» war vorgesehen, dass die gesamten operativen sowie administrativen Dienstleistungen im Kontext mit dem Netzbetrieb und der Energieversorgung vom Pächter ausgeführt werden sollten. Dabei handelt es sich um Dienstleistungen in den Bereichen Tarifierung, Netzbetrieb, Netzunterhalt, Netzbewirtschaftung, Energiemessung, Energiedatenmanagement und Abrechnung sowie die Energiebeschaffung. Es sollte das gesamte Verteilnetz der Gemeinde ohne die öffentliche Beleuchtung in Pacht genommen und dafür ein Pachtzins offeriert werden. Im Pachtzins musste eine jährliche Rückvergütung an die Gemeinde enthalten sein. Der Berechnungsschlüssel für den Pachtzins inkl. der Rückvergütung an die Gemeinde war vom Anbieter vorzuschlagen. Die Gemeinde sollte für die Ersatz- und Erneuerungsinvestitionen in das Verteilnetz verantwortlich bleiben.[7]

[1] Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).
[2] BGE 141 II 113 E. 3.1.5.
[3] Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).
[4] Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).
[5] Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der AEK Energie AG gegen die Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen vom 16. September 2019 (zit. Beschwerde), Beilage 3: Grundlagen für die Angebotseinreichung, Version 2.0 vom 7. Februar 2018 (zit. Grundlagen Angebotseinreichung), Ziff. 1.2 und 4.1.
[6] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.6.
[7] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.1.2.

8. Die Variante «*Auslagerung der Dienstleistungen an Dritte*» sah vor, dass die Gemeinde in den erwähnten Bereichen bestimmte Tätigkeiten weiterhin selbst ausführen sollte und diese nicht vollständig an einen Dritten übertragen werden sollten. Dies betraf bspw. den Bereich der Netzbewirtschaftung, die Ablesung der Zähler sowie die Anpassung der jährlichen Energietarife.[8]

9. Der Gemeinderat beschloss am 2. Juli 2018, ab 2019 für die Stromversorgung des Ortsteils Lüsslingen einen (Pacht-)Vertrag mit der Regio Energie abzuschliessen (Variante «Netzverpachtung»). Die nicht berücksichtigten Anbieterinnen wurden mittels eines Orientierungsschreibens über diesen Entscheid in Kenntnis gesetzt. Gegen den Gemeinderatsbeschluss erhob die nicht berücksichtigte AEK Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht. Dieses kam in einem ersten Urteil vom 12. November 2018 zum Schluss, dass keine Submissionssache vorliege. Es trat aus diesem Grund auf die Beschwerde nicht ein und überwies die Sache zuständigkeitshalber an den Regierungsrat des Kantons Solothurn zur weiteren Prüfung. Der Regierungsrat trat mit Beschluss vom 5. März 2019 auf die Beschwerde nicht ein. Er verneinte den Verfügungscharakter des Gemeinderatsbeschlusses, da diesem vorwiegend politischer Charakter zukomme. Mit Urteil vom 11. Juli 2019 trat das kantonale Verwaltungsgericht (Vorinstanz) zwar auf die Beschwerde ein, bestätigte aber im Ergebnis den Nichteintretensentscheid des Regierungsrates. Gegen dieses Urteil erhob die AEK eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

10. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde u. a. geltend, dass der angefochtene Entscheid gegen Art. 2 Abs. 7 sowie Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM verstosse.[9] Der umstrittene Beschluss des Gemeinderats von Lüsslingen-Nennigkofen vom 2. Juli 2018 stehe im Zusammenhang mit der Übertragung des Rechts zur (Sonder-)Nutzung des elektrischen Verteilnetzes im Ortsteil Lüsslingen, welche in einem formalisierten Ausschreibungs- bzw. Einladungsverfahren eingeleitet und durchgeführt worden sei, mit dem Ziel, einen geeigneten Netzbetreiber zu bestmöglichen Konditionen auszuwählen.[10] Die Auswahl von einem unter mehreren Interessierten und unter Ausschluss der anderen Privaten ausgewählten Anbieter stelle für diese eine Marktzugangsbeschränkung dar, welche gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM zwingend in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sei. Gemäss Art. 9 Abs. 2 BGBM habe das kantonale Recht zumindest ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorzusehen. Unabhängig von der Form, wie dem Privaten das Nutzungsrecht an der Monopolsache eingeräumt werde, sehe Art. 2 Abs. 7 BGBM vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen habe, wobei im Bereich der Stromversorgung aufgrund der Sonderregelung in Art. 3a StromVG auf die Ausschreibung auch verzichtet werden könne. Sowohl im Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM als auch in jenem von Art. 3a StromVG sei es aber unzulässig, Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz zu diskriminieren und es bedürfe eines transparenten, fairen Verfahrens.[11]

3. Rechtliche Einordnung

11. Nachfolgend wird geprüft, welche Argumente insbesondere für eine Unterstellung, aber auch teilweise gegen eine Unterstellung unter mögliche Rechtsgrundlagen sprechen. Geprüft werden insbesondere die binnenmarktrechtlich und wettbewerblich relevanten Normen des Beschaffungsrechts. Weiter wird geprüft, ob der Geltungsbereich von Art. 3a StromVG oder jener von Art. 2. Abs. 7 BGBM erfüllt ist, mit Hinweisen auf die jeweils zu beachtenden Verfahrensregeln. Das von der Gemeinde gewählte «Sui generis Vorgehen» erschwert dabei eine klare rechtliche Qualifikation.

3.1 Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts?

3.1.1 Einleitung

12. Es stellt sich hier die Frage, ob das von der Gemeinde gewählte Vorgehen für eine «Netzverpachtung», wie auch von der Beschwerdeführerin teilweise geltend gemacht, dem *öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht*. Der Aufbau und verschiedene Elemente in den Grundlagen für die Angebotseinreichung enthalten starke Ähnlichkeiten zum Vorgehen bei öffentlichen Beschaffungen. Unter anderem wird explizit erwähnt, dass eine öffentliche Ausschreibung im Einladungsverfahren erfolgen soll.[12] Die Grundlagen für die Angebotseinreichung enthalten zudem gewichtete Beurteilungskriterien (beschaffungsrechtlich: Zuschlagskriterien), wie sie typischerweise im öffentlichen Vergaberecht vorgenommen werden.[13] Die Evaluation der Angebote soll dabei – ebenfalls charakteristisch für das Beschaffungsrecht – nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen.[14] Allerdings wird ansonsten in den Grundlagen für die Angebotseinreichung (eventuell bewusst) kein Bezug auf Rechtsnormen des öffentlichen Beschaffungs-rechts genommen.

13. Die in der Ausschreibung verwendeten Bezeichnungen und die Terminologie sind allerdings nicht entscheidend für die Frage einer Unterstellung unter das Beschaffungsrecht. Vielmehr ist dies anhand des Beschaffungsrechts sowie der einschlägigen Rechtsprechung und Lehre zu beurteilen. Sind die Voraussetzungen für eine Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht in sachlicher und persönlicher Hinsicht erfüllt, kann die öffentliche Hand ihr Vorgehen nicht mehr frei wählen, sondern ist vorbehältlich allfälliger vorgehender Rechtsnormen an die vergaberechtlichen Vorgaben gebunden.

[8] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.3.
[9] Beschwerde (Fn 5), Rz 24.
[10] Beschwerde (Fn 5), Rz 42.
[11] Beschwerde (Fn 5), Rz 49.
[12] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 1.2.
[13] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 5.
[14] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 1.2.

Das *Solothurner Verwaltungsgericht* hat vorliegend entschieden, dass das von der Gemeinde gewählte Vorgehen nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren sei.[15] Zur Begründung führte das Solothurner Verwaltungsgericht insbesondere an, dass das Gemeinwesen grundsätzlich nicht als Nachfragerin von entgeltlichen Leistungen auftrete, sondern als Anbieterin, indem es das Recht zur ausschliesslichen Nutzung des Netzes auf dem Gemeindegebiet für die Dauer von fünf Jahren gegen ein Netznutzungsentgelt erteile. Darüber hinaus handle es sich bei anbietenden Elektrizitätsunternehmen in aller Regel um öffentliche Unternehmen und nicht um echte Private. Zudem werde die Obergrenze des Entgelts für die Netznutzung durch die staatliche Regulierungsbehörde festgesetzt, was zu einer Beschränkung des Wettbewerbs unter den Anbietern führe und im Bereich der Grundversorgung der Stromtarif ebenfalls bis zu einem gewissen Grad reguliert sei.[16]

14. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die durchgeführte Ausschreibung dem öffentlichen Beschaffungsrecht nach Binnenmarktgesetz und IVöB zu unterstellen gewesen wäre. Das *Binnenmarkgesetz* enthält materielle und formelle Mindeststandards, wie den Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten sowie die Publikationspflicht für umfangreiche öffentliche Beschaffungen auf Kantons- und Gemeindeebene.[17] Art. 5 Abs. 1 BGBM hält konkret fest, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Es sind auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Zuschlagsverfügung amtlich zu publizieren.[18] Dabei führt eine Nichteinhaltung des anzuwendenden kantonalen Vergaberechts auch zu einer Verletzung des Binnenmarktrechts und insbesondere von Art. 5 BGBM.[19] Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Art. 3 BGBM widerspricht. Hervorzuheben ist in der vorliegenden Angelegenheit, dass nach Art. 9 Abs. 1 BGBM Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind.

15. Die Vergabe öffentlicher Aufträge auf kantonaler und kommunaler Ebene fällt in den kantonalen Zuständigkeitsbereich, wobei sich die Kantone im Rahmen des Binnenmarktgesetzes und internationaler Verträge bewegen müssen.[20] Das hier relevante Vergaberecht ist insbesondere die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und das auf der IVöB basierende *solothurnische Beschaffungsrecht*, speziell das Gesetz über öffentliche Beschaffungen.[21] Zentrale Ziele des öffentlichen Beschaffungswesens sind die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern, die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel.[22]

3.1.2 Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht

16. Konkret ist nachfolgend zu erörtern, inwiefern das von der Gemeinde gewählte Vorgehen und die Grundlagen für die Angebotseinreichung in den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fallen. Unproblematisch ist die subjektive Unterstellung, da es sich bei Lüsslingen-Nennigkofen um eine Gemeinde handelt, welche als Auftraggeberinnen im Sinne von § 1 Bst. b SubG bezeichnet werden.

17. Das öffentliche Beschaffungswesen regelt die Vergabe von «öffentlichen Aufträgen», d. h. den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Gütern, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber auf kommunaler, kantonaler oder Bundesebene zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.[23] Das geltende Vergaberecht enthält keine Definition, was unter einem öffentlichen Auftrag zu verstehen ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für eine *öffentliche Beschaffung* kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen.[24] Das Gemeinwesen tritt in solchen Fällen als Nachfragerin im freien Markt auf, um von einem privaten Unternehmen gegen Zahlung eines Preises die notwendigen Mittel zu beschaffen, die sie zur Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt.[25] Nachfolgend wird anhand der erwähnten und noch näher auszuführenden Kriterien mit Bezug auf das von der Gemeinde gewählte Vorgehen eruiert, ob eine öffentliche Beschaffung vorliegt.

18. Das Bundesgericht bezeichnete die Beschaffung der Ware oder Dienstleistung durch das Gemeinwesen mittels eines *privatrechtlichen Vertrags* als wesentliches Element der öffentlichen Beschaffung.[26] Später präzisierte das Bundesgericht, dass nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags, sondern auf eine funktionale Betrachtung abzustellen ist, damit die Anwendung des Vergaberechts nicht durch Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion umgangen werden kann.[27]

[15] Urteil VWBES.2018.294 des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 12. November 2018.
[16] Urteil VWBES.2018.294 des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 12. November 2018, E. 5.
[17] MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011 (zit. Kommentar Wettbewerbsrecht II), Art. 5 BGBM N 1.
[18] NICOLAS DIEBOLD, Vergaberecht und Wettbewerb, iDé Fribourg, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, 4 f.
[19] BGE 141 II 113 E. 3.1.5.
[20] RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 7 N 23.
[21] Gesetz über öffentliche Beschaffungen vom 22. September 1996 (Submissionsgesetz, SubG; BGS 721.54).
[22] Vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB.
[23] BGE 125 I 209 E. 6, PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. GALLI/MOSER/LANG/STEINER), N 178.
[24] BGE 144 II 177 E. 1.3.2.
[25] BGE 125 I 209 E. 6a.
[26] BGE 125 I 209 E. 6b.
[27] BGE 135 II 49 E. 4.4.

19. Vorausgesetzt ist aber immer ein *synallagmatisches* Rechtsgeschäft, wobei der öffentliche Auftraggeber eine Leistung und der Leistungserbringer dafür eine Gegenleistung erhält.[28] Ein wechselseitiger Leistungsaustausch zwischen dem Gemeinwesen und dem Privaten ist also Voraussetzung für das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung. Ein solcher wechselseitiger Leistungsaustausch war vorliegend vorgesehen, indem ein noch näher zu definierender Pachtvertrag mit einer Vertragsdauer von fünf Jahren hätte abgeschossen werden sollen.[29] Vorgesehene Leistungen auf Seiten des Pächters waren nebst anderen die Gewährung einer sicheren, rationellen und wirtschaftlichen Führung des Betriebes zur Erreichung einer optimalen Energieversorgung sowie die Gewährleistung einer zuverlässigen und wirtschaftlichen elektrischen Energieversorgung.[30] Im Gegenzug wollte die Gemeinde die Energiebeschaffung und den Stromverkauf durch die Pächterin durchführen lassen.[31] Mit einem solchen Pachtvertrag würde eine öffentliche Aufgabe auf einen privaten Leistungserbringer übertragen, wobei unerheblich ist, dass die Tätigkeit primär gegenüber Endkunden erbracht wird.[32] Ein derartiger Pachtvertrag wäre in beschaffungsrechtlicher Hinsicht als Dienstleistungsauftrag nach Art. 6 Abs. 1 Bst. c IVöB zu qualifizieren, auf welche die IVöB im Staatsvertragsbereich Anwendung findet.

20. Weiter setzt eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht voraus, dass das Gemeinwesen eine Leistung zur Erfüllung einer *öffentlichen Aufgabe* nachfragt. Ob diese Leistung jedoch direkt der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient oder diese lediglich ermöglicht, fördert oder unterstützt, spielt keine Rolle.[33] Eine öffentliche Aufgabe ist im beschaffungsrechtlichen Sinn weit zu definieren und umfasst alle Aktivitäten, die der Förderung eines öffentlichen Interesses dienen, ohne zwangsläufig eine öffentliche Aufgabe im engeren Sinne darzustellen.[34] Die vorgesehene Netzpacht beinhaltet alle erforderlichen Dienstleistungen, um die Betriebssicherheit zu gewährleisten sowie die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten (Netzbetrieb, Netzunterhalt, Netzbewirtschaftung, Energiemessung, Energiedatenmanagement).[35] Im Falle einer Auslagerung der Dienstleistungen an Dritte beinhaltet die Netzbewirtschaftung alle erforderlichen Aktivitäten, um die regulatorischen Anforderungen der ElCom sowie die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu erfüllen.[36] Damit sollte die Erbringung wesentlicher, sich aus dem StromVG ergebender Aufgaben auf einen Leistungserbringer übertragen werden.[37] Das Kriterium der Nachfrage von Leistungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgabe ist damit ohne Weiteres gegeben.

21. Voraussetzung einer öffentlichen Beschaffung ist grundsätzlich deren *Entgeltlichkeit*.[38] Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe kann vom Gemeinwesen auch in anderer Form als durch Geldzahlung abgegolten werden.[39] Das Entgelt kann sowohl in einer Geldleistung als auch in einer geldwerten Leistung bestehen.[40] Ein Dienstleistungsauftrag kann auch zu einem Preis von Fr. 0.- vorliegen, wenn die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe vom Gemeinwesen in anderer Form abgegolten wird.[41] So kann für das Vorliegen einer Entgeltlichkeit auch einem Anbieter das Recht eingeräumt werden, für die Benützung der Velos in einem öffentlichen Verleihsystem von seinen Kunden eine Entschädigung zu verlangen. In diesem Fall hat die Pächterin der Gemeinde einen Pachtzins, Rückvergütungen und Konzessionsgebühren zu bezahlen. Im Gegenzug scheint ihr die Gemeinde Abgeltungen in verschiedener Form zuzugestehen, beispielsweise aus Rückbehaltungen von Einnahmen aus der Bewirtschaftung, einer möglichen Differenz aus der eigenen Strombeschaffung im Vergleich zu den Tarifen oder Vorteilen aus den Kundebeziehungen. Dass finanzielle Interessen, hinreichende Abgeltungsmöglichkeiten oder andere Anreize zugunsten potentieller Pächter vorhanden gewesen sein müssen, zeigt sich nur schon aufgrund der Tatsache, dass vier der fünf angeschriebenen Unternehmen eine Offerte einreichten. Wie eingangs dieser Randziffer erwähnt kann die Abgeltung auch anders als mittels einer geldwerten Leistung erfolgen.

22. Die Frage des Entgelts ist in diesem Zusammenhang auch hinsichtlich des möglichen Vorliegens einer *Dienstleistungskonzession* zu stellen. Im Rahmen einer Dienstleistungskonzession kann die Vergütung des Beauftragten durch das Gemeinwesen ausschliesslich oder überwiegend in der Einräumung eines Rechts bestehen.[42] Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass ein Gemeinwesen nicht über die Erteilung einer Konzession das Vergaberecht umgehen dürfe. Es sei anzunehmen, dass dies vor allem der Fall sei, wenn das Gemeinwesen die Erteilung einer Konzession von Gegenleistungen von einer gewissen Wichtigkeit abhängig mache, die eindeutig zum Begriff der öffentlichen Beschaffung gehörten und von der Konzession trennbar seien. In einem solchen Fall sei es gerechtfertigt, den Erwerb solcher Leistungen den prozessualen Garantien des Vergaberechts zu unterstellen.[43]

23. Im revidierten Beschaffungsrecht dürften Dienstleistungskonzessionen regelmässig öffentlich auszuschreiben sein, da sie unter Art. 9 der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 fallen, wonach die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag gilt, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse

[28] Urteil BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012, E. 5.1.2
[29] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 1.1 und 4.6.
[30] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.2.1 und 4.3.1.
[31] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.3.5.
[32] Urteil BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018, E. 3.5 sowie BGE 141 II 113 E. 1.2.2.
[33] MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N 653.
[34] BGE 135 II 49 E. 5.2.2.
[35] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.2.1.
[36] Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.3.3.
[37] U. a. Art. 6-8 und Art. 10-12 StromVG.
[38] HUBERT STÖCKLI, Entgelt, Zielsetzungen der Beteiligten, charakteristische Leistung, in: Hubert Stöckli/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Beiträge aus dem Institut für schweizerisches und internationales Baurecht, Universität Freiburg, Bd. 17, N 93.
[39] BGE 135 II 49 E. 5.2.2.
[40] Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 12. Februar 2014, in: RPW 2014/1, 336 ff., E. 10.4.
[41] BGE 144 II 177 E. 1.3.5.
[42] MARTIN BEYELER, Fokus Nr. 3, BR 2009 99 ff., 100.
[43] BGE 135 II 49 E. 4.4.

wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. In der in Lüsslingen-Nennigkofen zu beurteilenden Situation liegen auch Ähnlichkeiten mit einer Dienstleistungskonzession vor, da das Gemeinwesen eine in seinem Interesse liegende Aufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr erfüllen lässt.

24. Nachfolgend ist auf zwei spezielle Aspekte einzugehen, die das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn in seinem Urteil vom 12 November 2018 erwogen hat:

25. Erstens seien Elektrizitätsunternehmen in aller Regel kantonale oder kommunale öffentliche Unternehmen und eben keine «echten» Privaten, was gegen eine Anwendung des Vergaberechts spreche.[44] Das Verwaltungsgericht scheint sich damit auf die Frage zu beziehen, inwiefern Auftragserteilungen zwischen öffentlichen Auftraggebern dem Vergaberecht unterstehen. Diese Frage wird in der Regel unter dem Begriff der sog. «In-State-Vergabe» behandelt. Als nicht dem Beschaffungsrecht unterstehende In-State-Vergabe gilt die Auftragserteilung eines öffentlichen Auftraggebers an ein rein öffentliches Subjekt ohne jede Privatbeteiligung, das *ausschliesslich* Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, wobei diese Tätigkeiten im öffentlichen Interesse stattfinden und nicht auf kommerzieller Basis abgewickelt werden.[45] Eine In-State-Vergabe liegt gemäss den Grundlagen der Angebotseinreichung und bezüglich der vier offerierenden Unternehmen nicht vor. Die zum Angebot zugelassenen Unternehmen waren nicht auf öffentliche Unternehmen beschränkt. Von Bedeutung ist hier, dass es sich bei denjenigen Unternehmen, die ein Angebot einreichen möchten, sehr wohl auch um private Unternehmen handeln kann. Gerade in Zusammenhang mit den buchhalterischen stromversorgungsrechtlichen Verpflichtungen gibt es einige private Unternehmen, die sich auf solche Bereiche spezialisiert haben und an einer Angebotseinreichung interessiert sein könnten.

26. Zweitens erwähnt das verwaltungsgerichtliche Urteil, dass im Bereich der Grundversorgung der Stromtarif ebenfalls bis zu einem gewissen Grad reguliert sei, weshalb den Dienstleistungen, die im Rahmen des Leistungsauftrags zu erbringen seien, lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukomme.[46] Entscheidend ist hier jedoch nicht die Perspektive der Regulierung oder das Rechtsverhältnis aus Sicht der Endkunden, sondern diejenige des Anbieters einer dem Beschaffungsrecht unterstehenden Dienstleistung.

27. Als Zwischenfazit ergibt sich damit, dass das von der Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen gewählte Vorgehen als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist und damit dem Vergaberecht unterstellt war. Elemente, die gegen eine solche Unterstellung sprechen würden, sind a priori nicht ersichtlich. Bei Erreichen der Schwellenwerte wären die dafür zur Verfügung stehenden Verfahren zu wählen gewesen. Aus Sicht des Binnenmarktgesetzes können Verletzungen von Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 BGBM vorliegen.

3.2 Anwendung von Art. 3a StromVG?

3.2.1 Geltungsbereich der Bestimmung

28. In diesem Kapitel wird geprüft, ob Art. 3a StromVG als mögliche spezialgesetzliche Norm hier zur Anwendung gelangt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 3a StromVG sind mit dem Übertragungs- oder dem Verteilnetz in Zusammenhang stehende *Konzessionen*, *insbesondere* das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes und Bodens, von der Ausschreibungspflicht befreit.

29. Der Gesetzgeber hat mit Art. 3a StromVG eine lex specialis und lex posterior insbesondere zu Art. 2 Abs. 7 BGBM geschaffen, um das **Nichtbestehen einer Ausschreibungspflicht** bei Konzessionen im Kontext mit dem Verteil- und Übertragungsnetz festzuschreiben. Insofern hat Art. 3a StromVG Vorrang, falls vorliegend für einen bestimmten Sachverhalt (*ebenfalls*) der Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfüllt sein sollte. Die spezialgesetzliche Regelung in Art. 3a StromVG geht zudem dem öffentlichen Beschaffungsrecht vor. Überdies ist davon auszugehen, dass Art. 3a StromVG *kantonales* Recht insofern verdrängt, als eine allfällige kantonale Ausschreibungspflicht zur Beurteilung steht, welche die Erfüllung der Pflichten des Netzbetreibers im Kontext mit dem Übertragungs- oder dem Verteilnetz vereiteln würde.[48]

30. Art. 3a StromVG bezieht sich auf *Sondernutzungskonzessionen* im Kontext mit der Einräumung von Nutzungsrechten auf öffentlichem Grund sowie *weitere mit dem Übertragungsnetz und den Verteilnetzen zusammenhängende Konzessionen*. Zu den mit der Bestimmung primär avisierten Sondernutzungskonzessionen gehören gemäss BEYELER alle öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäfte, mit denen ein Kanton oder eine Gemeinde einem «Privaten»[49] das Recht einräumt, im Verwaltungsvermögen stehenden öffentlichen Grund im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb des Übertragungs- oder eines Verteilnetzes[50] *ausschliesslich*

[44] Urteil VWBES.2018.294 des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 12. November 2018, E. 4.2.

[45] MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, Wer mit wem - wann und warum, Aktuelles Vergaberecht 2010 / Marchés Publics 2010, Rz 148; RPW 2014/4, 789 Rz 36 ff., *Gutachten der WEKO vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz*; Urteil B 2016/146 des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. Februar 2018, E. 3.

[46] Urteil VWBES.2018.294 des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 12. November 2018, E. 4.2.

[47] UREK-N, Parlamentarische Initiative 10.480, Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze, Bericht vom 21. Februar 2011 (zit. Bericht UREK-N), BBl 2011 2901 ff., 2905 und 2911 f.; MARTIN BEYELER, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016 (zit. Kommentar Energierecht), Art. 3a StromVG Rz 20.

[48] Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., 1899 f.; MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 27 und 39.

[49] Aus Art. 3a StromVG lässt sich nicht direkt entnehmen, welche Personen als «Private» in Betracht kommen. Daher findet keine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs in Bezug auf mögliche Konzessionäre statt. Lediglich sog. «Inhouse- und Quasi-Inhouse-Sachverhalte» fallen ausser Betracht. In solchen Konstellationen besteht keine Ausschreibungspflicht, da der Wettbewerb im Markt nicht tangiert wird; vgl. MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 33 und 36.

[50] Vgl. hierzu die Legaldefinitionen in Art. 4 Abs. 1 Bst. h und i StromVG.

zu nutzen.[51] Von ihrem Wesen her ist die *Sondernutzungskonzession* auf eine *längere* Dauer angelegt[52]. Betreffend Errichtung und Betrieb von Stromnetzen wurde in der Parlamentsdebatte darauf hingewiesen, dass sich die Regelung in Art. 3a StromVG insbesondere aufgrund des *Investitionsschutzes* des Konzessionärs rechtfertige und sich eine Ausschreibungspflicht negativ auf die Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber auswirken würde.[53]

31. *Nicht* von Art. 3a StromVG erfasst sind demgegenüber Nutzungen eines Netzbetreibers, die den Bau und Betrieb des Übertragungsnetzes oder eines Verteilnetzes *nicht berühren* und daher nicht in Frage stellen.[54] Gleiches gilt gemäss dem Bericht der UREK-N zur parlamentarischen Initiative, die zum Erlass von Art. 3a StromVG geführt hat, hinsichtlich der *Elektrizitätsverteilung*, der eigentlichen *Belieferung* der Endkunden in einem bestimmten Netzgebiet mit Strom. Mit Art. 3a StromVG wollte der Gesetzgeber lediglich in Bezug auf das Netz eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht festschreiben.[55]

32. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 3a StromVG ist das Vorliegen einer Konzession im Zusammenhang mit der Nutzung des öffentlichen Grundes und/oder des Übertragungs- oder eines Verteilnetzes. Eine Konzession verleiht dem Konzessionär das Recht, eine monopolisierte Tätigkeit auszuüben oder beinhaltet die Zuweisung einer öffentlichen Sache zur Sondernutzung. Das Bundesgericht erachtet die Konzession als *gemischten* Rechtsakt; der eine Teil fusst auf einem *verfügungsmässigen* Element, der andere ist *vertraglich* begründet.[56] Aufgrund der in der Regel spärlichen gesetzlichen Vorgaben ist etwa die vereinbarte Konzessionsdauer eher dem *vertraglichen* Teil zuzuordnen.[57]

33. Die Nutzung von öffentlichen Sachen richtet sich in erster Linie nach kantonalem Recht.[58] Der Bund hat das *Plangenehmigungsverfahren* und damit das Bewilligungsverfahren für das Errichten von Stark- und (bestimmten) Schwachstromleitungen im Sinne von Art. 4 und 13 EleG[59] abschliessend geregelt (Art. 16 ff. EleG). Den Kantonen und Gemeinden ist es daher im Geltungsbereich des EleG verwehrt, den *Bau und Betrieb von Leitungen* einer Konzessions- oder Bewilligungspflicht zu unterstellen. Kantone und Gemeinden dürfen jedoch die *Nutzung ihres öffentlichen Grundes durch Leitungen* einer Konzessionspflicht unterstellen.[60] Eine solche Konzessionspflicht ergibt sich letztlich aus kantonalem Recht.[61]

34. Die Kantone bezeichnen die Netzgebiete der auf ihrem Gebiet tätigen *Netzbetreiber* (Art. 5 Abs. 1 StromVG). Sie können diese Kompetenz an die Gemeinden delegieren, worauf der Kanton Solothurn verzichtet hat.[62] Nach § 5 EV StromVG bezeichnet das kantonale Volkswirtschaftsdepartement die Netzgebiete und teilt den Netzbetreibern die Netzgebiete mittels Verfügung zu. Mit der *Netzgebietszuteilung* einher geht nach herrschender Meinung zwingend (uno actu) u. a. die *Verantwortung* für den Netzbetrieb (Erschliessungs- und Netzanschlusspflicht sowie Unterhalt und Erneuerung des Netzes) sowie wohl auch die *Versorgungspflicht* von Endkunden mit Grundversorgung (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG).[63] Ob bzw. inwiefern die Netzgebietszuteilung (Übertragungsakt) – in Bezug auf den öffentlichen Grund sowie die Endkundenbelieferung in der Grundversorgung – eine *Konzessionierung* darstellt oder ob es sich hierbei gegebenenfalls um eine Beleihung handelt, ist in der Lehre umstritten.[64] Gemäss BEYELER nimmt der Verteilnetzbetreiber in seiner Rolle als Versorger der Endkunden in der Grundversorgung[65] eine Rolle ein, die jener eines *Monopolkonzessionärs* zumindest nahekomme.[66]

35. Einigkeit besteht darüber, dass das ausschliessliche Recht zur *Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens* in Form einer *Sondernutzungskonzession* ein hiervon zu unterscheidender *separater* Rechtsakt ist.[67] Der Eigentümer eines Netzes muss nicht zwingend mit dem Betreiber identisch sein. *Netzbetreiber* kann vielmehr auch ein gestützt auf Art. 5 Abs. 1 StromVG eingesetzter Dritter sein, der das Netz, bspw. gestützt auf eine Konzession, für den Eigentümer betreibt.[68] Damit der *Netzbetreiber* seine sich aus dem StromVG ergebenden Pflichten

[51] MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 35 und 37.
[52] André WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benutzung, im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage im Kanton Bern (zit. MOSER, öffentlicher Grund), Bern 2011, 272.
[53] AB 2011 N 820, Votum Roberto Schmidt; AB 2011 N 821, Votum Hans Killer; vgl. auch Stellungnahme des Bundesrats vom 20.4.2011 zum Bericht der UREK-N (Fn 47), BBl 2011 3907 ff, 3909.
[54] MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 38.
[55] Bericht UREK-N (Fn 47), BBl 2011 2901 ff., 2905; Beyeler vertritt die Auffassung, dass auch die Endkundenbelieferung in der Grundversorgung (Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG) gestützt auf Art. 3a StromVG nicht ausgeschrieben werden müsste, falls es sich hierbei um eine (Monopol-)Konzession handeln sollte; unten Rz 44.
[56] BGE 130 II 18 E. 3.1.
[57] Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz 2720; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI), Rz 2453; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004 (zit. KUNZ, Konzessionen), 45 ff.
[58] BGE 135 I 302 E. 3.1.
[59] Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0).
[60] DENIS OLIVER ADLER/STEFAN TÖNZ, Versorgungsleitungen privater Unternehmen im öffentlichen Grund, in PBG aktuell 3/2016, 9.
[61] MOSER, öffentlicher Grund (Fn 52), 270 und 272.
[62] Vgl. Urteil BGer 2C_237/2014 vom 16. Juli 2014, E. 5.1; § 1 der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über die Stromverordnung (StromVG) vom 26. Januar 2010 (EV StromVG; BGS 941.25).
[63] KATHRIN S. FÖHSE, Die Leiden der jungen Strommarktordnung, aktuelle Probleme des StromVG unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Netzgebietszuteilung und Grundversorgung, in: recht 2015 (zit. Föhse, Strommarktöffnung), 125 ff., 134; CHRISTOPH JÄGER/CHRISTOPHE SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht (Fn 47), Art. 5 Abs. 1-4 StromVG Rz 8.
[64] Vgl. hierzu die Übersicht bei ETIENNE POLTIER, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. Commentaire Romand), Art. 2 Abs 7 BGBM N 40; Verneinend: Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611 ff., 1678.
[65] Vgl. Art. 6 Abs. 2 und 6 StromVG.
[66] MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 33.
[67] CHRISTOPH JÄGER/CHRISTOPHE SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht (Fn 47), Art. 5 Abs. 1-4 StromVG Rz 13.
[68] CHRISTOPH JÄGER/CHRISTOPHE SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht (Fn 47), Art. 5 Abs. 1-4 StromVG Rz 9.

wahrnehmen kann, ist die Erteilung einer Sondernutzungskonzession für die Durchleitung von Elektrizität auf öffentlichem Grund nach kantonalem Recht erforderlich.[69] Sie ist eine *nachgelagerte* Folge der Netzgebietszuteilung.[70] Wenn eine Kommune als Netzbetreiberin bestimmt wurde, braucht es keine Konzessionierung, da das Gemeinwesen ohnehin die Herrschaft über den öffentlichen Grund ausübt.[71]

36. Nach Auffassung der WEKO kommt Art. 3a StromVG nicht zur Anwendung, wenn das Gemeinwesen lediglich *bestimmte* Tätigkeiten im Kontext mit dem Netzbau, Netzbetrieb und Unterhalt sowie der Energieversorgung (bspw. aus Kosten- und Effizienzgründen) *zeitlich befristet* an einen Dritten auslagert, ohne dass das ausschliessliche Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes übertragen wird. In diesem Fall wird keine Konzession erteilt, sondern es kommt vielmehr ein *öffentlicher Dienstleistungsauftrag* zwischen dem Gemeinwesen und dem Dritten zu Stande, der hinsichtlich der Ausschreibungspflicht und des massgeblichen Verfahrens nach den *Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts* zu beurteilen ist.[72]

3.2.2 Durchführung eines nicht diskriminierenden und transparenten Verfahrens

37. Im Geltungsbereich von Art. 3a StromVG haben die Kantone und Gemeinden sicherzustellen, dass die Vergabe in einem «*diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren*» erfolgt. Bis heute ist nicht geklärt, nach welchem Verfahren eine Verteilnetzkonzession ohne öffentliche Ausschreibung *konkret* zu erfolgen hat, damit die Gebote der Nichtdiskriminierung und Transparenz gewährleistet sind.[73] Es wäre der Rechtssicherheit dienlich, wenn sich das Bundesgericht bei Gelegenheit zum materiellen Gehalt dieser Bestimmung äussern könnte. Die UREK-N legitimierte die Schaffung der Regelung damit, dass es sich bei diesen Geboten um allgemeine, letztlich aus der Bundesverfassung fliessende rechtsstaatliche und zeitgemässe Prinzipien handle.[74]

38. Gemäss einer Studie der ZHAW im Auftrag des SECO setzt dies mindestens eine Publikation und die *Möglichkeit von Konkurrenzofferten* voraus;[75] d. h. dass die Vergabe *vorgängig* angekündigt werden müsste. BEYELER vertritt die Auffassung, dass der Entscheid des Gesetzgebers, die Konzessionen gemäss Art. 3a StromVG nicht dem Wettbewerb auszusetzen, ohne Weiteres impliziere, dass unter diese Bestimmung fallende Konzessionserteilungsverfahren – insbesondere dann, wenn innerhalb des Verfahrens eine gewisse Konkurrenzsituation vorliege – nicht streng gleichbehandelt und wettbewerblich abgewickelt werden müssten. Zu berücksichtigen seien lediglich der Schutz des Diskriminierungsverbots und die sich daraus ergebenden Verfahrensgarantien. Der Dritte könne verlangen, dass er mit einem Begehren angehört wird und dass seine Ablehnung nicht sachfremden oder diskriminierenden Zwecken dient. Falls ihn die Konzessionierungsbehörde direkt oder indirekt in Konkurrenz zum Netzbetreiber antreten lasse, könne er sich auf die allgemeinen Verfahrensgarantieren berufen und eine Behandlung seines Gesuchs nach Treu und Glauben verlangen. Sein Gesuch ist seriös zu prüfen und ein allfälliger negativer Entscheid zu begründen.[76] Vor diesen Hintergrund sollte der Dritte zumindest verlangen können, dass über sein Gesuch in einem *fairen Verfahren* entschieden wird. Um seine *aus Art. 3a StromVG ableitbaren* Verfahrensrechte durchsetzen zu können, sollte der Dritte das Recht haben, eine anfechtbare Verfügung zum Entscheid über die Konzessionserteilung zu verlangen. Wurde sein Gesuch nicht mit der erforderlichen Tiefe geprüft oder nicht hinreichend begründet, sollte das Verfahren wiederholt werden.

3.2.3 Subsumtion der rechtlichen Anforderungen unter die konkreten Gegebenheiten

39. Als Netzbetreiberin für den Ortsteil Lüsslingen fungiert gemäss dem geo-Informationssystem des Kantons Solothurn zurzeit die bisherige Pächterin AEK.[77] Sie ist zuständige Netzbetreiberin im Sinne von Art. 5 Abs. 1 StromVG (oben Rz 34). Eigentümerin des Verteilnetzes ist die Gemeinde. Diese beabsichtigte, einen Pachtvertrag betreffend Betrieb und Nutzung des Verteilnetzes mit der Regio Energie abzuschliessen. Gemäss den Grundlagen Angebotseinreichung sollten sowohl in der Vertragsvariante «Netzverpachtung» als auch mittels der später nicht weiterverfolgten Option «Auslagerung Dienstleistungen an Dritte» operative und administrative Tätigkeiten im Kontext mit dem *Netzbetrieb* sowie der *Energieversorgung* (ganz oder teilweise) durch einen Dritten erfolgen.[78] Diese Tätigkeiten betreffen die Nutzung von fest verankerten Stromleitungen auf dem Gebiet der Gemeinde und beeinträchtigen die uneingeschränkte Benutzung des öffentlichen Grundes. Fraglich ist, ob in diesem Zusammenhang eine Konzession zugunsten der Regio Energie erteilt werden sollte.

40. *Gegen* das Vorliegen einer (Sondernutzungs-) Konzession betreffend die Nutzung öffentlichen Grundes spricht insbesondere die Tatsache, dass zurzeit die AEK die vom Kanton bestimmte Netzbetreiberin ist. Aufgrund

[69] FÖHSE, Strommarktöffnung (Fn 63), 134.

[70] CHRISTOPH JÄGER/CHRISTOPHE SCHEIDEGGER, in: Kommentar zum Energierecht (Fn 47), Art. 5 Abs. 1-4 StromVG Rz 13.

[71] MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 33.

[72] In diesem Sinne: Urteil VWBES.2018.294 des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 12. November 2018, E. 4.

[73] NICOLAS F. DIEBOLD/MARTIN LUDIN, Öffentliche Beschaffung von Strom im teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt, Schriften zum Energierecht, Bd. 8, Zürich/St. Gallen 2018, Rz 19; ETIENNE POLTIER, in: Commentaire Romand (Fn 64), Art. 2 Abs. 7 BGBM N 48. Kritisch zum spezialgesetzlichen Ausschluss von der Ausschreibungspflicht KUNZ, der aufgrund der Anforderungen in Art. 3a StromVG an das Konzessionsverfahren bezweifelt, dass der Schritt zurück von Art. 2 Abs. 7 BGBM eine Erleichterung des Vergabeverfahrens mit sich bringt. Würde etwa das Transparenzgebot in *beschaffungsrechtlichem* Zusammenhang verstanden, müsste das Verfahren zur Vergabe entsprechender Konzessionen allenfalls sogar strengeren Anforderungen genügen als Art. 2 Abs. 7 BGBM; KUNZ, Konzessionen (zit. Fn 57), N 31-33.

[74] Bericht UREK-N (Fn 47), BBl 2011 2901 ff., 2910.

[75] ANDREAS ABEGG/Andreas HEFTI/GORAN SEFEROVIC, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft vom 15. Februar 2019, 10; https://www.zhaw.ch/storage/sml/institutezentren/fwp/upload/Abegg_Hefti_Seferovic_-_Geschlossene_Märkte_des_Bundes_-_15.2.19.pdf (30.1.2020).

[76] MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 60 ff.

[77] https://geo.so.ch/map/?bl=hintergrundkarte_sw&l=ch.so.awa.strom.netzbetreiber.ebene_7%5B50%5D%2Cch.so.awa.strom.netzbetreiber.ebene_5%5B50%5D%2Cch.so.awa.strom.netzbetreiber.ebene_3%5B50%5D&c=2601557%2C1226816&s=80000&t=default (30.1.2020).

[78] Beschwerde (Fn 5), Ziff. 1.2, 4.2 und 4.3.

der Vorgaben in Art. 5 Abs. 1 StromVG erscheint es konzeptionell wenig sinnvoll, wenn eine Gemeinde als Eigentümerin des Verteilnetzes im Rahmen einer «Verpachtung» *ohne vorgängige Neuzuteilung des Netzgebiets* (durch den Kanton) das *ausschliessliche* Recht zur Nutzung des öffentlichen Grundes an einen Dritten überträgt. Der vom Kanton eingesetzte Netzbetreiber könnte in diesem Fall seinen gestützt auf das StromVG bestehenden Verpflichtungen nur noch sehr bedingt nachkommen. Die Ausführungen in den Grundlagen Angebotseinreichung, wonach sich der «*als neuer Netzbetreiber auftretende Pächter*» im *Pachtvertrag* zu verpflichten habe, weiterhin eine zuverlässige und wirtschaftliche Elektrizitätsversorgung zu gewährleisten[79], vermögen angesichts der bundesrecht-lichen Vorgaben hieran nichts zu ändern. Da im Kanton Solothurn der *Kanton* für die Netzgebietszuteilung zuständig ist (oben Rz 34 und 39), können die Gemeinden nicht *autonom* darüber entscheiden, welches Unternehmen der Energiewirtschaft den Netzbetrieb und die Energieversorgung auf ihrem Gemeindegebiet vornimmt. Gemäss der kantonalen Einführungsge-setzgebung hat ein Netzeigentümer, der nicht Netzbetreiber ist, alle Massnahmen des vom Kanton eingesetzten Netzbetreibers zu *dulden*, die der Erfüllung der Grundversorgung, der Versorgungssicherheit und allfälligen Leistungsaufträgen dienen.[80]

41. *Für* eine mögliche *Absicht* der Gemeinde, im Kontext mit der «Netzverpachtung» ein Konzessionsverhältnis mit Regio Energie einzugehen, könnte allenfalls der Umstand sprechen, dass der Pächter gemäss den Grundlagen Angebotseinreichung nebst dem Pachtzins *zusätzlich* eine separate «*Konzessionsgebühr*» entrichten soll, die von der Gemeinde näher zu definieren ist.[81] Für welche Leistung des Gemeinwesens bzw. für welches zu übertragende ausschliessliche Nutzungsrecht der Pächter dieses zusätzliche Entgelt zu bezahlen hat, geht aus den Grundlagen Angebotseinreichung nicht hervor. Aufgrund dieser Formulierung ist aber nicht auszuschliessen, dass die Gemeinde im Kontext mit der «Verpachtung» beabsichtigte, dem Dritten eine Konzession für die *Nutzung des öffentlichen Grundes* zu erteilen; eine solche Konzession wäre gestützt auf Art. 3a StromVG nicht ausschreibungspflichtig.

42. Vorliegend ist aufgrund der Grundlagen Angebotseinreichung allerdings davon auszugehen, dass der Pächter anlässlich der Neuausrichtung der Energieversorgung im Ortsteil Lüsslingen kein Recht zur *Erstellung* von Verteilnetzinfrastruktur auf öffentlichem Grund erhalten sollte. Hierfür spricht insbesondere, dass auch nach dem Vertragsschluss die Gemeinde für die Ersatz- und Erneuerungs*investitionen* in das Verteilnetz und deren Finanzierung verantwortlich bleiben wollte. Die Gemeinde soll auch nach der «Netzverpachtung» *dritten* Dienstleistern diesbezügliche *Mandate* erteilen können.[82] Überdies ist im kommunalen Reglement über den Anschluss an das Verteilnetz im Ortsteil Lüsslingen festgehalten, dass die Gemeinde «für den Bau und Unterhalt des Gemeinde-Netzes verantwortlich» sei.[83] Hinzu kommt, dass die Gemeinde beabsichtigte, auch nach der «Verpachtung» Eigentümerin des Verteilnetzes zu bleiben. Falls ein (aufgrund einer Konzession) zur Nutzung des öffentlichen Grundes berechtigtes Unternehmen der Energiewirtschaft Stromleitungen erstellt, erhält es *gestützt auf Art. 15a EleG* das Eigentum an diesen Leitungen zugewiesen.[84]

43. Gegen das Vorliegen einer *Sondernutzungskonzession* im Kontext mit den von Regio Energie im Bereich des Netzbetriebs vorzunehmenden Tätigkeiten spricht zudem insbesondere die beabsichtigte *kurze* Vertragsdauer von fünf Jahren[85], was einer solchen üblicherweise auf *längere* Dauer angelegten Konzession *wesensfremd* ist (vgl. oben Rz 30).

44. Weiter stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit der *Energieversorgung* eine *Monopolkonzession* auf die Regio Energie übertragen werden soll. BEYELER vertritt die Auffassung, dass bei Bejahen einer solchen Konzession Art. 3a StromVG zur Anwendung gelangt und das Gemeinwesen von einer Ausschreibungspflicht freigestellt ist. Er begründet dies damit, dass Art. 3a StromVG bei den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes eingereiht sei und daher ohne Weiteres auch auf die Netzgebietszuteilung gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG [und die sich hieraus ergebenden Pflichten] angewendet werden könne.[86] Die WEKO vertritt gestützt auf den Bericht der UREK-N zur Parlamentarischen Initiative die Auffassung, dass sich Art. 3a StromVG nur auf die Netznutzung bezieht und betreffend die Energieversorgung nicht angewendet werden kann (oben Rz 31). Ist die Anwendbarkeit Art. 3a StromVG im Kontext mit den von Regio Energie vorzunehmenden Tätigkeiten im Bereich «Energiewirtschaft» (insb. Energiebeschaffung und Vertrieb) ausgeschlossen, brauchen diesbezüglich die konkreten Verhältnisse nicht näher betrachtet zu werden. Falls die Anwendung von Art. 3a StromVG nicht per se ausgeschlossen sein sollte, spricht im Übrigen wiederum der Umstand, dass die Gemeinde ohne *vorgängige* Neuzuteilung des Netzgebiets durch den Kanton, konzeptionell kein Interesse daran haben kann, eine Monopolkonzession im Kontext mit der Energieversorgung an einen Dritten zu übertragen, gegen das Vorliegen einer solchen Konzession (oben Rz 39 f.).[87]

45. Zudem sprechen *weitere Gründe gegen das Vorliegen einer Konzession* im Kontext mit der Neuausrichtung der elektrischen Energieversorgung im Ortsteil Lüsslingen: Beispielsweise ist zu berücksichtigen, dass die *Tarifhoheit im Bereich der Stromversorgung* auch

[79] Vgl. Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.2.1.
[80] § 3 Abs. 1 der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über die Stromverordnung.
[81] Vgl. Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.2.1.
[82] Vgl. Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.1 und 4.4.
[83] § 4 des Reglements über den Anschluss an das elektrische Verteilnetz der Einwohnergemeinde Lüsslingen-Nennigkofen; vgl. Beschwerde (Fn 5), Beilage 9. Gestützt auf die Vorgaben im StromVG wären dies allerdings Verpflichtungen der vom Kanton eingesetzten Netzbetreiberin AEK; oben Rz 34.
[84] MICHÈLE BALTASAR, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 15a EleG Rz 13.
[85] Vgl. Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.6.
[86] MARTIN BEYELER, in: Kommentar Energierecht (Fn 47), Art. 3a StromVG Rz 41.
[87] Vgl. Grundlage Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.3.5.

nach der «Netzverpachtung» bei der Gemeinde verbleiben sollte. Der Pächter sollte im Pachtvertrag bestätigen, dass die aktuellen Energiepreise übernommen und während fünf Jahren nicht erhöht werden. Zudem musste die Energielieferung zu 100 % mit erneuerbaren Herkunftsnachweisen erfolgen.[88] Mit solchen Anforderungen würde ein *Konzessionär wesentlich in der Ausübung der ihm übertragenen wirtschaftlichen Tätigkeit eingeschränkt*. Zudem hätte eine «Netzverpachtung» zur Folge, dass der Pächter die Einnahmen für die Netznutzung und die Energieversorgung *abzüglich der im Pachtzins enthaltenen Rückvergütung* für seine Tätigkeiten erhalten würde. Die maximal zulässigen Einnahmen werden durch Vorgaben im StromVG zu den anrechenbaren Netz- und Energiekosten reguliert. Anrechenbar sind sämtliche angefallenen Kosten (sofern diese nicht «ineffizient» sind) zuzüglich einer kalkulatorischen Verzinsung (Gewinnkomponente).[89] Die Kosten für Netzneubauten und Netzersatz werden von der Gemeinde getragen (oben Rz 42). Insofern hat der Pächter aufgrund der regulatorischen Vorgaben *effektiv kein relevantes Betriebsrisiko*.

46. Im Sinne eines Zwischenfazits kann festgehalten werden, dass diverse Gründe dafür sprechen, dass es für die Anwendbarkeit von Art. 3a StromVG an der hierfür erforderlichen Konzession fehlt. Nach Auffassung der WEKO kommt Art. 3a StromVG im vorliegenden Zusammenhang betreffend die «Verpachtung» des Verteilnetzes des Ortsteils Lüsslingen daher nicht zur Anwendung.

3.3 Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM?

3.3.1 Geltungsbereich der Bestimmung

47. Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM schreibt vor, dass die Übertragung der Nutzung *kantonaler und kommunaler Monopole* auf Private mittels Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Mit dieser Norm soll im Sinne der Zielsetzung des BGBM der Wettbewerb gestärkt und die Entstehung eines eigentlichen Binnenmarktes für die entsprechenden Tätigkeiten ermöglicht werden.[90] Anzufügen ist, dass, falls eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht vorliegt, Art. 2 Abs. 7 BGBM keine eigenständige Bedeutung erlangen würde, da bei der Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung die Vorgaben von Art. 2 Abs. 7 BGBM (öff. Ausschreibung, Transparenz, Nichtdiskriminierung) mehr als erfüllt wären.

48. In ihrem Gutachten vom 22. Februar 2010 – vor dem Inkrafttreten von Art. 3a StromVG – kam die WEKO zum Schluss, dass die Erneuerung von Verteilnetz*konzessionsverträgen* einen ausschreibungspflichtigen Tatbestand im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM darstelle und der öffentlichen Ausschreibung unterliege, sofern der Vertragspartner ein Privater im Sinne des Gesetzes sei.[91]

49. Einerseits weist die Konzession eine gewisse Stabilität auf, deren Grundlage in ihrem teilweise bilateralen Charakter im Gegensatz zu einer ausschließlich einseitigen Genehmigungsentscheidung liegt; andererseits deckt sie Tätigkeiten ab, für die die öffentliche Hand ein Monopol besitzt. In BGE 143 II 598 hat das Bundesgericht entschieden, dass *auch* die Verleihung von *Sondernutzungsrechten* in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 7 BGBM fällt und folglich öffentlich ausgeschrieben werden muss.[92] Insofern ist vorliegend die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM hinsichtlich der Nutzung des öffentlichen Grunds nicht bereits aufgrund des Umstands ausgeschlossen, dass das StromVG gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in der Lehre verbreiteter Auffassung keine rechtlichen Monopole zum Bau und Betrieb von Leitungsnetzen auf kantonalem oder Gemeindegebiet vermittelt.[93]

50. Falls im Kontext mit dem beabsichtigten Vertragsschluss der Gemeinde mit der Regio Energie der Geltungsbereich von Art. 3a StromVG erfüllt sein sollte, würde diese speziellere und jüngere Bestimmung vorgehen und Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht zur Anwendung kommen (oben Ziff. 3.2.1). Dies wäre dann der Fall, wenn die Gemeinde beabsichtigen sollte, dem (neuen) Pächter eine (Sondernutzungs-)Konzession für die Nutzung des öffentlichen Grundes zu erteilen. Eigenständige Bedeutung hat Art. 2 Abs. 7 BGBM vorliegend dann, falls im Kontext mit den von Regio Energie zu erfüllenden Tätigkeiten im Bereich der Energiebewirtschaftung eine Monopolkonzession erteilt werden soll, auf die Art. 3a StromVG *keine* Anwendung findet (oben Rz 44). Sollte die Gemeinde im Kontext mit der Neuausrichtung der Stromversorgung beabsichtigt haben, dem neuen Pächter keine Konzession zu erteilen (oben Ziff. 3.2.3), käme Art. 2 Abs. 7 StromVG ohnehin nicht in Betracht.

3.3.2 Anforderungen an das Vergabeverfahren

51. Art. 2 Abs. 7 BGBM legt nicht fest, in welchem *Verfahren* die Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Wahl des Verfahrens sowie die Festlegung der Ausschreibungsmodalitäten ist Sache der betroffenen Behörde.[94] Verlangt sind mindestens eine öffentliche Ausschreibung

[88] Vgl. Grundlagen Angebotseinreichung (Fn 5), Ziff. 4.1 und 4.2.1.

[89] Der Weighted Average Cost of Capital (WACC) im Netzbereich beträgt aktuell 3,83 %; https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-74112.html (30.1.2020). Der WACC Produktion für eigene Kraftwerke beträgt seit 2014 4.98 %; vgl. Weisung 3/2018 der ElCom vom 10.4.2018; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Weisungen (30.1.2020).

[90] Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (zit. Botschaft revBGBM), BBl 2005 483.

[91] Hier erscheint es zweckmässig, den Begriff «Private» nach Massgabe der im europäischen Recht entwickelten Kriterien für die Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichten Geschäften und nicht ausschreibungspflichtigen sog. «Inhouse- und Quasi-Inhouse-Geschäften» abzugrenzen; RPW 2014/4, 785 ff., *Gutachten der WEKO vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz*. Vorliegend liegt bereits deshalb keine den Anwendungsbereich ausschliessende Konstellation vor, da sich Regio Energie als selbstständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen zu 100 % im Eigentum der Stadt Solothurn befindet; vgl. § 1 der Statuten der Regio Energie vom 15. November 1993; https://www.stadt-solothurn.ch/_docn/1485849/125.1_Statuten_Regio_Energie_Solothurn.pdf (30.1.2020). Die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen kann Regio Energie nicht kontrollieren.

[92] BGE 143 II 598 E. 4.1.1 und E. 4.3.

[93] BGE 141 II 141 E. 4.1.

[94] Botschaft revBGBM (Fn 90), BBl 2005 465, 485 f.; RPW 2014/4, 786 Rz 10, *Gutachten der WEKO vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesamtes für Justiz zum Projekt eOperations Schweiz*; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, in: Kommentar Wettbewerbsrecht II (Fn 17), Art. 2 Abs. 7 BGBM N 7; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn 57), N 1361 m. w. H.

(Publikation von sachlichen Bewertungskriterien bzw. Hinweis auf Versteigerung, Losentscheid oder Rotation) sowie eine diskriminierungsfreie Durchführung des Verfahrens. Ein *Einladungsverfahren* vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen.[95]

52. Das Verfahren nach Art. 2 Abs. 7 BGBM stellt nicht die gleichen Anforderungen wie ein öffentliches Vergabeverfahren. Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 120 festgehalten, dass ein Ausschreibungsverfahren nach Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht dazu führt, dass die für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Vorschriften direkt zur Anwendung gelangen. Mit der Schaffung von Art. 2 Abs. 7 BGBM habe der Gesetzgeber beabsichtigt, bei Ausschreibungen zur Übertragung einer kantonalen oder kommunalen Monopolkonzession nicht die Einhaltung *aller* vergaberechtlichen Pflichten in ihrer *Gesamtheit* zu verlangen.[96]

53. Ob die Bestimmungen des Beschaffungsrechts zur Beantwortung von Einzelfragen auf die Ausschreibung von Konzessionen *analog* angewendet werden können, ist umstritten. Die WEKO vertritt in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenden Lehre[97] die Auffassung, dass sich eine analoge Anwendung der *zentralen* beschaffungsrechtlichen Grundsätze rechtfertigt. Wie die beschaffungsrechtlichen Regeln bezweckt auch das BGBM bei öffentlichen Vergaben die Nichtdiskriminierung sowie Marktzugang, Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit zu gewährleisten.[98] Mit diesen Grundsätzen sind Gebote einzuhalten, die bereits in beschaffungsrechtlichen Vergabeverfahren konkretisiert wurden. Eine analoge Anwendung zumindest der genannten Grundsätze der Vergaberegeln im öffentlichen Beschaffungswesen erscheint auch für Ausschreibungen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM sinnvoll. Ansonsten besteht das Risiko, dass der Grundsatz einer diskriminierungsfreien Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM ausgehöhlt würde. Eine ausschreibende Behörde hätte es in der Hand, mittels bestimmter Kriterien das Ausschreibungsverfahren und den Zuschlag so zu gestalten, dass nur eines oder bestimmte Unternehmen (z. B. des lokalen Gewerbes) zum Zuge kämen. Dies würde regelmässig eine gegen Art. 2 Abs. 7 BGBM verstossende Diskriminierung darstellen.[99]

3.3.3 Zwischenfazit unter Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten

54. Das Gemeinwesen kann aufgrund seiner faktischen Monopolstellung über den öffentlichen Grund bestimmen, wer diesen für eine wirtschaftliche Tätigkeit nutzen kann (oben Rz 35). Für die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM könnte sprechen, dass die Gemeinde beabsichtigte, das in ihrem Eigentum stehende Verteilnetz des *Ortsteils Lüsslingen* nicht selbst für den Netzbetrieb und die Energieversorgung der daran angeschlossenen Endkunden zu nutzen, sondern diese Tätigkeiten auf öffentlichem Grund auf die Regio Energie übertragen wollte. Insofern scheint der Sachverhalt ähnlich zu jenem in einem Bundesgerichtsurteil aus dem Jahr 2019 betreffend die Theater in Genf. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich die Stadt Genf aufgrund ihrer ausschliesslichen Kontrolle über die Räumlichkeiten in zwei Theatern im Stadtgebiet, die zu ihrem Verwaltungsvermögen gehören, in Bezug auf die Verwaltungstätigkeit dieser Theater in einer faktischen Monopolsituation befindet.[100] Als Zwischenfazit ergibt sich, dass aufgrund der Zurverfügungstellung des Netzes, also einer Monopolsituation, beispielsweise mittels einer Verpachtung, eine Übertragung der Nutzung eines Monopols vorliegen kann, die auch eine Unterstellung unter Art. 2 Abs. 7 BGBM nach sich zieht.

55. Allerdings könnte es aufgrund der Vorgaben im StromVG zumindest fraglich erscheinen, ob die Gemeinde als *Netzeigentümerin* ohne *vorgängige* Neuzuteilung des Netzgebietes überhaupt dazu berechtigt gewesen wäre, sämtliche Rechte und Pflichten in Kontext mit dem *Netzbetrieb* und der *Energieversorgung* auf einen Dritten zu übertragen (oben Rz 40 und 44).

4. Fazit

56. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission zu folgenden Schlüssen:

- Als Fazit ergibt sich damit, dass das von der Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen gewählte Vorgehen als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist und damit dem Vergaberecht unterstellt war.
- Diverse Gründe sprechen gegen eine Anwendbarkeit von Art. 3a StromVG, da es an der hierfür erforderlichen Konzession fehlt. Nach Auffassung der WEKO kommt Art. 3a StromVG im vorliegenden Zusammenhang daher nicht zur Anwendung.
- Auch Art. 2 Abs. 7 BGBM kann vorliegend zur Anwendung gelangen, da aufgrund der Zurverfügungstellung des Netzes, eine Übertragung der Nutzung eines Monopols vorliegen kann, die auch eine Unterstellung unter Art. 2 Abs. 7 BGBM nach sich zieht.

[95] NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in ZSR 2014 219 ff., 225.
[96] BGE 143 II 120 E. 6.3.1.
[97] Vgl. FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, 191 ff., N 113; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn 23), N 212; STEFAN RENFER, Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang, in: Jusletter 22. Januar 2018, Rz 23 ff.
[98] Botschaft revBGBM (Fn 90), BBL 2005 465 ff., 486.
[99] RENFER (Fn 97), Rz 24.
[100] BGE 143 II 598 E. 6.

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 407, 419, 425 f., 628, 630

Abrede 407 ff., 412 f., 415, 417, 419 ff., 425 f., 428, 536, 617, 621, 626, 628 ff., 634 ff., 645 f., 652, 657, 659, 672, 756 f., 759, 762, 839, 841 f.

Acquiring 422, 429 ff.

Anhörung 443, 507 f., 666 f., 671 f., 751 f., 754, 773, 831, 839

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken 425, 427, 549, 551 f., 563, 649, 725, 760

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste 827

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 430 ff.

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 414 f., 417, 421, 573, 589, 592, 598, 636, 867

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 440, 442 f., 627 f., 637 ff.

Erheblichkeit 413, 420, 634

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis 544

Interchange Fee 430 ff.

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung 427, 739, 808, 810 f., 813 f., 818 ff., 832 ff., 838, 840

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 409, 427, 635, 640, 643, 652, 665, 782

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten 422, 429 f., 801 f.

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 429

L

legitimate business reasons 572 f., 597 f., 600

M

Marktaufteilung 408

marktbeherrschende Stellung 422, 427, 429, 431 f., 434, 536, 544, 567 ff., 578, 601, 624 f., 642, 644, 646, 648, 651, 653 f., 656 f., 675, 679, 711, 713, 720 f., 728 f., 731, 733 ff., 739 ff., 745, 748, 758, 762 f., 782, 803 f., 807 f., 810 f., 824, 830

Marktgegenseite 409, 417, 420, 426 f., 430 ff., 434 f., 466, 510, 542 ff., 555, 567, 571 ff., 585, 593 f., 596 f., 614 f., 621, 635, 654, 658, 677 ff., 684, 687, 689 f., 722, 728, 730, 732, 739 f., 766, 768, 776 f., 808, 810 f., 838

Marktorganisation -

Marktstruktur 537, 544 f., 575, 673, 771, 799

Marktzutrittsschranken 577, 721, 743

Meldepflicht 422 f., 425, 428, 434, 556, 568 ff., 624, 640, 644 f., 648, 650, 653 f., 658, 663, 670, 674, 762

Missbrauch 426 f., 429, 432, 523, 542, 567 f., 570 ff., 577 ff., 598, 600, 624, 653, 696, 711

N

Netzwerk 430, 546, 549, 641, 649, 676, 689, 714, 732, 760 f., 763, 766, 768 ff., 772 ff., 777, 780, 787, 789, 792 f., 795 f., 800, 802 ff., 811 f., 814 ff., 821 ff., 838 ff.

Netzwerkkosten 766, 830

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten 810

potenzieller Wettbewerb 431, 567, 630, 733, 799, 801, 807, 839

Preisabrede 409, 413, 420

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 437 f., 540 ff., 611, 615, 765

R

Rabatte 429 432 ff., 442, 445 ff., 456 ff., 473, 477 ff., 483 f., 488 f., 491, 494 ff., 503, 506 ff., 514, 517 ff., 523 ff., 541,

560 f., 564 f., 575 f., 579 ff., 583 ff., 604, 606 f., 609 ff., 613 ff., 621, 624, 714, 774, 837 f.

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 537, 615 f., 620, 626, 637, 835

Senkung Herstellkosten -

Submission 543, 847, 862 f.

Submissionskartell -

T

Tarife 538, 547 f., 557 ff., 714, 837, 862, 864

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 409, 413, 415 f., 432 f., 435 ff., 444, 446, 453, 456, 458, 476, 488, 504, 507, 510, 512 ff., 520, 523, 525 f., 531 ff., 544 ff., 549 ff., 553, 555 f., 561 f., 568 ff. 575 ff., 585 ff., 595, 597, 602, 605 ff., 610 f., 616, 618, 622, 624 ff., 629, 631, 635 ff., 670 f., 717, 726, 766

unzulässige Wettbewerbsabrede 417, 421, 626, 628, 637

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 617

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 434, 439, 537, 539 f., 542, 570, 599, 628, 653, 658, 674, 762

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel 429 ff., 801 f.

zweiseitige Märkte 777