

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

2010/1

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern

(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen

CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.10/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications

CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni

CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2010/1

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.

April/avril/aprile 2010

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**2010/1****A Tätigkeitsberichte****A 1 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

- | | |
|--|----|
| 1. Jahresbericht 2009 der Wettbewerbskommission | 1 |
| 2. Rapport annuel 2009 de la Commission de la concurrence | 17 |
| 3. Rapporto annuale 2009 della Commissione della concorrenza | 33 |
| 4. Annual Report 2009 of the Competition Commission | 49 |

B Verwaltungsrechtliche Praxis**Pratique administrative****Prassi amministrativa****B 2 Wettbewerbskommission**Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza**2. Untersuchungen****Enquêtes****Inchieste**

- | | |
|-------------------------------|-----|
| 1. Gaba | 65 |
| 2. Preispolitik Swisscom ADSL | 116 |

3. Unternehmenszusammenschlüsse**Concentrations d'entreprises****Concentrazioni di imprese**

- | | |
|--|-----|
| 1. Bank Julius Bär & Co. AG/ING Bank (Schweiz) AG | 183 |
| 2. Bischofzell Nahrungsmittel AG/Weisenhorn Food Specialities GmbH | 184 |
| 3. Oracle Corporation/Sun Microsystems, Inc. | 189 |

B 3 Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

- | | |
|---|-----|
| 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Februar 2010 / Sanktionsverfügung – Verstoss gegen die Auskunftspflicht | 190 |
| 2. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Februar 2010 - Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, der Kollokation und der Interkonnektion, Teilverfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008 | 198 |
| 3. Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 14. Januar 2010 - Entsiegelung | 226 |

D Entwicklungen**Développements****Sviluppi****Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)** 230**Index (deutsch, français e italiano)** 232

A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2009 der Wettbewerbskommission
------	---

A. Vorwort des Präsidenten

Die Wettbewerbsbehörden konnten im Jahr 2009 in den Bereichen „Submissionsabreden“ und „Vertikalabreden“ massgebende Entscheide bekannt geben, auf die ich an dieser Stelle kurz eingehen möchte.

In Bezug auf die Submissionsabreden verfolgen die Wettbewerbsbehörden mehrere Ansätze: Aufklärung über Submissionsabreden bei den Auftraggebern und Durchsetzung des Kartellgesetzes (KG) gegen Submissionsabreden auf Unternehmerseite. Ziel ist es, einerseits die beschaffenden Stellen und die anbietenden Unternehmen aufzuklären, dass Submissionsabreden keine Kavaliersdelikte mehr sind. Andererseits soll mit konkreten Entscheiden und Sanktionen die präventive Wirkung derart erhöht werden, dass es nicht mehr zur Bildung von Submissionsabreden kommt.

Im Hinblick auf die Aufklärung der Auftraggeber hat das Sekretariat Kontakt mit den Beschaffungsstellen des Bundes und der Kantone aufgenommen. Neben der Information zur Anwendung des KG gegen Submissionsabreden bietet das Sekretariat Schulungen an, die den Beschaffungsstellen des Bundes und der Kantone vor Ort die notwendigen Informationen und Kenntnisse vermitteln.

Hinsichtlich der Durchsetzung des KG bei konkreten Submissionsabreden schloss die WEKO im Sommer 2009 eine Untersuchung gegen acht Berner Elektroinstallationsunternehmen ab. Aufgrund der eingereichten Bonusmeldungen konnte nachgewiesen werden, dass die Abreden sich auf 108 Bauprojekte mit einem Gesamtvolumen von rund CHF 36 Mio. erstreckten. Die involvierten Unternehmen sind mit Bussen in einer Gesamthöhe von CHF 1.24 Mio. sanktioniert worden.

Im Bereich der „Vertikalabreden“ hat die WEKO ihre ersten Sanktionsentscheide wegen Verletzung von Art. 5 Abs. 4 KG bekannt gegeben. Im Fall „Felco/Landi“ büsste sie die Unternehmen wegen einer unzulässigen Preisbindung, die zu Preiserhöhungen für die Endkunden geführt hatte. Im Fall „Gaba“ sanktionierte sie das Unternehmen wegen der Verhinderung von Parallelimporten in die Schweiz als Folge eines dem österreichischen Lizenznehmer auferlegten Exportverbotes. Und schliesslich untersagte die WEKO im Fall „Hors Liste-Medikamente“ die weitere Verwendung von Empfehlungen für die Publikumspreise, weil diese von den Apothekern und selbstdispensierenden Ärzten befolgt worden

waren und damit eine unzulässige Preisbindung bewirkten.

Mit diesen Leitentscheiden zu vertikalen Wettbewerbsabreden (Preisbindungen und Verhinderung von Parallelimporten) trägt die WEKO zu mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen bei. Die WEKO wird Behinderungen von Parallelimporten weiter mit hoher Priorität verfolgen, insbesondere weil solche aufgrund der Revision des Patentgesetzes und der bevorstehenden Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips vermehrt zu erwarten sind.

Prof. Walter A. Stoffel

Präsident der Wettbewerbskommission

B Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

B.1 Schwerpunkt Submissionsabsprachen

Überblick: Die Bekämpfung von Submissionsabsprachen bildet seit 2008 einen thematischen Schwerpunkt der Sekretariatstätigkeit. In der Tat sind derartige Absprachen gleichermassen verbreitet wie schädlich für die Volkswirtschaft. Sie führen zu überhöhten Ausgaben der öffentlichen Hand, was sich direkt oder indirekt auf die Steuerlast der Bevölkerung und der Wirtschaft auswirkt. Vergegenwärtigt man sich, dass die öffentliche Hand (Bund, Kantone und Gemeinden) pro Jahr für gut CHF 30 Milliarden Bauten, Güter und Dienstleistungen beschafft, wird das Schädigungspotential von Submissionsabsprachen deutlich.

Die Tätigkeit der Sekretariats im Bereich der Submissionsabsprachen beruht auf einem eigens zu diesem Zweck erarbeiteten, auf folgenden drei Pfeilern beruhenden Konzept:

- Der Pfeiler „Prävention & Information“ beinhaltet Massnahmen, welche der Sensibilisierung, der Prävention, der Information, dem Fachaustausch sowie der Stärkung der Rolle der Wettbewerbsbehörden als Ansprechpartner dienen (z.B. Ausbildung und Referatstätigkeit). Adressaten bzw. Partner sind die öffentlichen Beschaffungsstellen (Nachfrager), die auf den Beschaffungsmärkten tätigen Unternehmen (Anbieter), die Regulatoren im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens und weitere interessierte Kreise.
- Der Pfeiler „Aufdeckung“ enthält Massnahmen, welche die Aufdeckung von Submissionsabsprachen ermöglichen sollen (z.B. Sammlung und Auswertung von Submissionsdaten). Als Adressaten bzw. Partner stehen dabei die öffentlichen Beschaffungsstellen im Vordergrund. Ihnen fällt bei der Aufdeckung von Submissionsabsprachen eine Schlüsselrolle zu.
- Der Pfeiler „Verfolgung“ schliesslich beinhaltet die Verfolgung, Zerschlagung und Ahndung von Submissionsabsprachen mit den Mitteln des Kartellgesetzes.

Das Sekretariat hat im vergangenen Jahr mit der gezielten Umsetzung des vorstehend beschriebenen Konzepts begonnen.

Zusammenarbeit mit den Kantonen: Das Sekretariat konnte auf seine Initiative hin mit insgesamt 18 Kantonen bilaterale Gespräche zum Thema „Submissionsabsprachen“ führen. Der Zweck dieser Gespräche – welche in den jeweiligen Kantonshauptorten mit Vertretern der Baudirektion geführt wurden – bestand darin, Möglichkeiten der Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Submissionsabsprachen zu erörtern.

Schwerpunktmässig ging es dabei einerseits um eine mögliche Zusammenarbeit bei der Auswertung kantonaler Submissionsdaten. Andererseits präsentierte das Sekretariat sein ursprünglich für die Beschaffungsstellen des Bundes entwickeltes Ausbildungsmodul „Öffentliche Beschaffungen und Wettbewerb“, verbunden mit dem Vorschlag, dieses den Kantonen bzw. den kantonalen Beschaffungsstellen in einer auf sie zugeschnittenen

Variante anzubieten. Die Bilanz der geführten Gespräche fällt insgesamt erfreulich aus. So bekundeten die Kantone ihr Interesse an einer Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden bei der Bekämpfung von Submissionsabsprachen. Ferner stiess insbesondere das Ausbildungsangebot des Sekretariats auf ein äusserst positives Echo.

Ende Oktober 2009 führte das Sekretariat in Zusammenarbeit mit der Baudirektion des Kantons St. Gallen seine erste Ausbildungsveranstaltung in St. Gallen durch. Diese „Pilotveranstaltung“ darf als Erfolg bezeichnet werden, bot sich doch über den Wissenstransfer hinaus die Gelegenheit zu einem intensiven, beidseitig gewinnbringenden Praxisaustausch. Aufbauend auf den gemachten Erfahrungen und den erhaltenen Rückmeldungen wird das Sekretariat im kommenden Jahr seine Ausbildungstätigkeit intensivieren. Für das kommende Jahr sieht das Sekretariat ferner vor, im Rahmen eines Pilotprojekts mittels geeigneter statistischer Methoden kantonale Submissionsdaten auszuwerten. In sachlicher Hinsicht liegt der Fokus auf jenen Beschaffungsmärkten, die als kollusionsanfällig eingestuft werden können.

Information: Auf Vorschlag der Redaktion des Magazins ECO vom Schweizer Fernsehen (SF) hat dieses eine Fernsehreportage über die Arbeit der WEKO bei der Bekämpfung von Submissionsabsprachen erstellt. Die 11-minütige Reportage, welche am 23. November auf SF 1 ausgestrahlt wurde, vermittelte den Zuschauerinnen und Zuschauern anhand des Falles „Berner Elektroinstallationsbetriebe“ (vgl. B.3.5) einen Einblick in das Vorgehen und die Instrumente der WEKO zur Aufdeckung und Zerschlagung von Submissionsabsprachen. Des Weiteren wurde in der Reportage anhand der Ausbildungsveranstaltung in St. Gallen die von der WEKO initiierte Zusammenarbeit mit den Kantonen bei der Bekämpfung derartiger Absprachen vorgestellt.

Verfolgung: Im Bereich der Verfolgung schliesslich gilt es die abgeschlossene Untersuchung gegen das Berner Elektroinstallationskartell (vgl. B.3.5) und die mit Hausdurchsuchungen eröffnete Untersuchung gegen mehrere Baufirmen in den Kantonen Zürich und Aargau (vgl. B.5.2) hervorzuheben.

B.2 Schwerpunkt Vertikalabreden

Vertikalabreden standen im Jahr 2009 im Fokus der Wettbewerbsbehörden. Mit „Sécateurs et cisailles“, „Hors Liste-Medikamente“ und „Gaba“ erliess die WEKO im Vertikalbereich drei Leitentscheide zur Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG und der dazugehörigen Vertikalbekanntmachung vom 2. Juli 2007 (VertBEK 2007). In der Untersuchung Gaba konkretisierte die WEKO, wie die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Vorliegen einer absoluten Gebietsschutzabrede umgestossen werden kann. In der Untersuchung sécateurs et cisailles führte die WEKO aus, wie die Erheblichkeit von harten Vertikalabreden im Lichte von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen ist. In der Untersuchung Hors-Liste erläuterte die WEKO schliesslich, wie Publikumspreisempfehlungen zu beurteilen sind, die in einer Festlegung von Wiederverkaufspreisen resultieren. Mit diesen drei Leitentscheiden wird die Rechtssicherheit für die Unternehmen gefördert.

Im Einzelnen führten die drei Untersuchungen zu folgenden Ergebnissen:

Sécateurs et cisailles

In erstmaliger Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG hat die WEKO im Rahmen des Kampfes gegen vertikale Abreden im Mai 2009 einen Entscheid getroffen. Gemäss genanntem Artikel wird bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, aufgrund welcher Minimal- oder Fixpreise festgelegt werden, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet.

Die Unternehmen Felco SA und Landi Schweiz AG wurden im Fall „Sécateurs et cisailles“ von der WEKO sanktioniert. Felco SA ist ein Schweizer Unternehmen, welches Garten- und Heckenschere herstellt. Seit mehreren Jahren unterhält es geschäftliche Beziehungen mit der Landi Schweiz AG, welche einen Teil seiner Produktion vertreibt. Im September 2006 haben die beiden Unternehmen einen Vertrag geschlossen, in welchem sie sich über einen festen Wiederverkaufspreis von einigen bereits im schweizerischen Markt eingeführten Felco-Produkten einigten. Nach der Feststellung, dass dieser Vertrag gegen das Kartellgesetz verstossen könnte, hat Felco SA von der Bonusregelung Gebrauch gemacht und hat den Vertrag am 15. August 2007 den Wettbewerbsbehörden gemeldet. Im Laufe des Verfahrens haben die zwei Unternehmen mit dem Sekretariat der WEKO eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet. Diese wurde von der WEKO genehmigt, welche zudem die beiden Unternehmen wegen ihres unzulässigen Verhaltens sanktioniert hat.

Durch diesen Entscheid hat die WEKO zum ersten Mal eine harte vertikale Abrede sanktioniert (Art. 5 Abs. 4 KG) und hat die Tragweite der VertBEK 2007 konkretisiert. Es handelt sich auch um den ersten Fall einer vertikalen Abrede, bei welchem im Rahmen der Kronzeugenregelung der Bonus verlangt wurde. Aufgrund des Umstandes, dass das meldende Unternehmen gleichzeitig als Anstifter der Abrede eingestuft wurde, konnte es nicht von einer totalen, sondern lediglich von einer teilweisen Sanktionsreduktion profitieren. Immerhin konnten dank der ausgezeichneten Mitarbeit der Parteien während des Verfahrens lediglich symbolische Bussen ausgesprochen werden.

Hors Liste-Medikamente

In der Untersuchung „Hors Liste-Medikamente“ hat die WEKO einen ersten Entscheid betreffend vertikalen Preisempfehlungen getroffen (vgl. B.3.1). Sie hat festgestellt, dass die Veröffentlichung seitens der Pharmahersteller und die Einhaltung seitens der Verkaufsstellen von Publikumspreisempfehlungen (PPE) für drei Medikamente vertikal abgestimmte Verhaltensweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Aufgrund der Interessenlage der Parteien, des Einflusses des ehemaligen Kartells Sanphar und der grossen Befolgung der PPE stellen diese in Empfehlungsform gekleidete Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen dar, welche den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen.

Die weitgehende Einhaltung der PPE seitens der Verkaufsstellen hatte zur Folge, dass diese die Fabrikabgabepreise der Pharmaunternehmen nicht unter Druck

setzten. Wirksamer Preiswettbewerb auf Stufe Verkaufsstellen hätte insbesondere die Apotheken dazu veranlasst, Druck gegenüber den Grossisten und Pharmaunternehmen auszuüben, um die Medikamente zu besseren Bedingungen zu beschaffen und damit zu tieferen Preisen anzubieten. Dies hätte schliesslich eine Reduktion der Fabrikabgabepreise der Pharmaunternehmen und eine Margenreduktion für alle Vertriebsstufen zur Folge gehabt. Sowohl die Pharmaunternehmen als auch die Verkaufsstellen profitierten von diesem System und hatten finanzielle Anreize, es aufrecht zu erhalten.

Die Kollusion, welche sich in der Einhaltung der PPE manifestierte, wurde auch von der von den Datenbanken der e-mediat (Galdat und Pharmavista) in diesem Sektor gespielten Rolle begünstigt. Galdat ermöglichte es, das Produkt beim Scannen an der Kasse zu identifizieren und dessen zuvor im System gespeicherte PPE erscheinen zu lassen. Die Versuchung für eine Apotheke, die an der Kasse eingelesene PPE tatsächlich einzuhalten, war stark, zumal dieser Vorgang der Apotheke auch zugutekam.

Die WEKO hat in ihrer Verfügung auf den Einfluss von Sanphar im Zusammenhang mit der Publikation und Einhaltung der PPE hingewiesen. Die historische Gewissheit, dass zur Zeit von Sanphar ein bestimmtes Medikament in einer definierten Mengeneinheit, in einer festgelegten Qualität und zu einem gegebenen Zeitpunkt in der Schweiz zum gleichen Preis angeboten wurde (RPW 2000/3, S. 379 Rz. 142), diente auch in der untersuchten Periode noch als kooperationsförderndes Element. Mit dessen Hilfe konnten die Hersteller und Verkaufsstellen der drei Medikamente das Verhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und sich angleichen bzw. aufeinander abstimmen.

Gaba

Mit ihrer Verfügung gegen **Gaba** hat die WEKO zum ersten Mal einen Entscheid betreffend einer absoluten Gebietsschutzabrede getroffen (vgl. B.5.1). Der Vertrag zwischen der Herstellerin der Zahnpasta Elmex, Gaba International AG, und deren Lizenznehmerin in Österreich, Gebro Pharma GmbH, enthielt bis September 2006 ein Exportverbot für die von Gebro unter Lizenz hergestellten Gaba-Produkte. Diese Vertragsklausel erfüllte den Vermutungstatbestand der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG.

Diese Vermutung kann gemäss den Erwägungen der WEKO mit dem Nachweis umgestossen werden, dass der wirksame Wettbewerb durch die wettbewerbsbeschränkende Abrede nicht beseitigt wird. Ausschlaggebend ist eine Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse. Diese sind bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sowohl von Intra- und Interbrandwettbewerb geprägt. Beide Arten von Wettbewerb gilt es bei Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung fallspezifisch zu analysieren.

In der Untersuchung gegen Gaba kam die WEKO nach einer umfangreichen Analyse des Intra- und Interbrandwettbewerbs um die Marke Elmex rot und des Interbrandwettbewerbs auf dem Schweizer Markt für Zahn-

pasta zum Schluss, dass die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden konnte; der Intra- und Interbrand-Wettbewerb allein genügt hierfür nicht. Allerdings führte das Exportverbot zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG), welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liess (Art. 5 Abs. 2 KG). Deshalb stellte die bis September 2006 gültige Vertragsklausel ein unzulässiges Verbot für Parallelimporte in die Schweiz dar.

Entwicklungen in der EU zu Vertikalabreden

Die **allgemeine Verordnung der EU betreffend Vertikalabreden** (Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen; nachfolgend: Vertikal-GVO) war in der EU im Jahr 2009 Gegenstand einer Revision. Angesichts des Ausserkrafttretens dieser Verordnung per Ende Mai 2010 und der seit ihrem Erlass gesammelten Erfahrungen soll in der EU eine neue Vertikal-GVO erlassen werden. Die EU-Kommission wird darüber in den ersten Monaten 2010 entscheiden.

Zu diesem Zweck hat die EU-Kommission eine revidierte Fassung der Vertikal-GVO und der entsprechenden Leitlinien ausgearbeitet, welche sich bis Ende September 2009 in einer öffentlichen Konsultation befanden. Grundsätzlich ist die EU-Kommission der Ansicht, dass sich die Regeln und Vorschriften der alten Vertikal-GVO insgesamt bewährt haben und nicht grundlegend geändert werden sollten. Mit den Änderungsvorschlägen soll im Wesentlichen den Marktentwicklungen der letzten Jahre Rechnung getragen werden, vor allem der gewachsenen Nachfragemacht grosser Einzelhandelsunternehmen und der Entwicklung des Online-Vertriebs.

Konkret schlägt die EU-Kommission einerseits vor, dass eine vertikale Vereinbarung nur dann unter die Vertikal-GVO fällt, wenn nicht nur (wie bisher) der Marktanteil des Anbieters, sondern auch der Marktanteil des Abnehmers 30 % nicht überschreitet. Gegenüber der bisherigen Fassung soll damit die Marktmacht des Handels besser erfasst werden. Im Sinne der Förderung des Online-Vertriebs präzisiert der vorgeschlagene Ansatz der EU-Kommission andererseits die Unterscheidung zwischen Verkauf, welcher das Ergebnis aktiven Marketings ist (sog. aktiver Verkauf) und Verkauf, für den die Initiative vom Endverbraucher ausgeht (sog. passiver Verkauf). Zudem wird erläutert, wie vom Anbieter dem Händler auferlegte Bedingungen für den Internet-Verkauf nach der neuen Vertikal-GVO zu behandeln sind.

Neben der Vertikal-GVO läuft auch die sektorspezifische **Gruppenfreistellungsverordnung betreffend Vertikalabreden im Automobilbereich** (Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor; nachfolgend: KFZ-GVO) per Ende Mai 2010 aus. Die EU-Kommission schlägt vor, für den Markt für den Verkauf von Neufahrzeugen (Primärmarkt) die der-

zeitige KFZ-GVO um drei Jahre zu verlängern und ihn danach durch die Bestimmungen der allgemeinen Vertikal-GVO zu regeln. Für die Märkte für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen (Anschlussmarkt) soll ab 1. Juni 2010 eine neue, sektorspezifische Gruppenfreistellungsverordnung zur Anwendung kommen. Ein entsprechender Entwurf für diese befand sich Ende 2009 in der öffentlichen Konsultation.

B.3 Dienstleistungen

B.3.1 Gesundheit

Hors-Liste Medikamente

Im November 2009 hat die WEKO ihre Untersuchung i.S. **Hors-Liste Medikamente** abgeschlossen. Gegenstand dieser Untersuchung bildeten die Publikumspreisempfehlungen (PPE) von Bayer (Schweiz) AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Pfizer AG für ihre drei Medikamente gegen erektile Dysfunktion Levitra, Cialis und Viagra.

Bei diesen drei Medikamenten handelt es sich um verschreibungspflichtige Medikamente der Abgabekategorie B (mehrmalige Abgabe auf eine ärztliche Verschreibung hin), welche nicht in der Spezialitätenliste (SL) des Bundesamts für Gesundheit (BAG) enthalten sind und somit nicht im Rahmen der Grundversicherung von den Krankenkassen zurückerstattet werden. Da sich diese drei Medikamente nicht auf der SL befinden, werden deren Höchstpreise nicht vom BAG festgesetzt, sondern unterstehen dem freien Wettbewerb. Sie werden von den Verkaufsstellen (Apotheken und selbstdispensierende Ärzte [SD-Ärzte]) bestimmt.

Die drei Pharmaunternehmen berechneten PPE für ihre drei Medikamente, welche dann vor allem durch die kostenpflichtigen Datenbanken der e-mediat (Pharmavista und Galdat) sowie mittels Lieferscheinen der Grossisten an die Verkaufsstellen gelangten. Die Untersuchung hat ergeben, dass 89.7 % der Apotheken und 81.3 % der SD-Ärzte die PPE für diese drei Medikamente grundsätzlich eingehalten haben.

Die Publikation und Einhaltung der PPE findet ihren Ursprung im Kartell Sanphar, das von der WEKO im Jahr 2000 verboten wurde (RPW 2000/2, S. 20 ff.). Sanphar war eine Branchenvereinbarung, welche insbesondere die Festlegung der Wiederverkaufspreise aufgrund einer Margenordnung ermöglichte. Im Rahmen des Verfahrens hat sich gezeigt, dass die drei Pharmaunternehmen die PPE unter Anwendung der Margenordnung Sanphar berechneten und dass die Verkaufsstellen (insbesondere die Apotheken) die auf diese Art berechneten PPE erwarteten und einhielten. Dadurch konnten beide Seiten profitieren, denn dieses System stabilisierte sowohl die Fabrikabgabepreise der Pharmaunternehmen als auch die Margen der Apotheken.

Die Untersuchung hat ergeben, dass in den Jahren 2005 und 2006 63.5 % bzw. 63.4 % aller durch Apotheken verkauften Packungen der Medikamente Cialis, Levitra und Viagra zum empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Die – vom empfohlenen Publikumspreis ausgehend – mit Rabatt verkauften Packungen betrugen 18.9 % bzw. 19.1 % aller von Apotheken abgesetzten Packungen. Bei diesen Rabatten handelte es sich nicht

um Produkt-, sondern um Kundenrabatte. Gestützt auf diese Auswirkungen auf den Markt sowie auf die Tatsache, dass drei gleichartig nebeneinander bestehende Abredebündel vorlagen, welche den ganzen sachlich relevanten Markt umfassten, kam die WEKO zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb auf diesem Markt beseitigt war.

Die WEKO hat festgestellt, dass das Veröffentlichen und Einhalten von PPE für diese drei Medikamente unzulässige vertikale Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 und 4 KG darstellen, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Die WEKO hat den betroffenen Pharmaunternehmen die weitere Publikation von PPE für Cialis, Levitra und Viagra verboten und ihnen gegenüber eine Sanktion von gesamthaft CHF 5.7 Mio. ausgesprochen.

Diätfuttermittel

Das Sekretariat eröffnete im Bereich **Vertrieb von Diätfuttermitteln für Haustiere** eine Vorabklärung, nachdem es Hinweise erhalten hatte, dass Apotheken von gewissen Vertreibern von Diätfuttermittel für Haustiere bei Bestellung nicht beliefert würden. Die Vorabklärung hat gezeigt, dass Diätfuttermittel für kranke Tiere, welche die jeweiligen Krankheitsursachen mittel- bis längerfristig beheben oder zumindest die Krankheitssymptome abschwächen, beinahe ausschliesslich über Tierärzte vertrieben wurden. Es bestanden Anzeichen, dass der weitgehende Ausschluss der Apotheken vom Vertrieb die Folge einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sein könnte.

Die Vorabklärung konnte ohne Folgen geschlossen werden, weil sich die betroffenen Vertreter gegenüber dem Sekretariat verpflichtet haben, die von ihnen vertriebenen Diätfuttermittel für Haustiere zu handelsüblichen Bedingungen an Schweizer Apotheken zu liefern. Weiter verpflichteten sich die Vertreter von Diätfuttermitteln zur Einhaltung bestimmter Verhaltensregeln im Umgang mit Preisempfehlungen an die Wiederverkäufer.

Fusionen

Zwei Fusionen aus dem Pharmasektor haben es den Wettbewerbsbehörden erlaubt, ihre Praxis betreffend die vorläufige Prüfung von Zusammenschlüssen zu konkretisieren und sich dadurch zugunsten der betroffenen Unternehmen an die geltende europäische Praxis anzunähern.

Einerseits verlangen die schweizerischen Wettbewerbsbehörden künftig von jenen Unternehmen, welche ihren Zusammenschluss gleichzeitig den europäischen Behörden melden, dass in der Schweiz die gleichen (allfälligen) Bedingungen und Auflagen eingehalten werden wie in den entsprechenden Märkten auf europäischer Ebene, falls diese Mittel auch auf dem schweizerischen Markt zweckmässig sind.

Andererseits haben die Wettbewerbsbehörden die Prüfungskriterien für die von Übernahmen betroffenen Märkte geklärt, auf denen lediglich ein Beteiligter mit einem Marktanteil von mindestens 30 % tätig ist. In einem solchen Fall geht es um die Klärung der Frage, inwiefern die übrigen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen als potenzielle Wettbewerber eingestuft werden können. Eine geplante Übernahme führt in drei Situatio-

nen zum Ausschluss von potenziellen Konkurrenten: 1) wenn ein beteiligtes Unternehmen den Markteintritt in den problematischen Markt plant oder wenn es diese Zielsetzung im Verlauf der letzten zwei Jahre verfolgt hat (die Entwicklung von Konkurrenz-Medikamenten in einer fortgeschrittenen Phase kann als Absicht interpretiert werden, in einen neuen Markt einzutreten) und 2) wenn dieses Unternehmen auf diesem Markt über wichtige Immaterialgüterrechte verfügt, obwohl es auf besagtem Markt selber nicht tätig ist. 3) Besondere Aufmerksamkeit muss denjenigen Fällen geschenkt werden, in welchen ein Beteiligter auf einem vor- oder nachgelagerten Produktmarkt tätig ist oder auf einem Nachbarmarkt, der mit dem Produktmarkt, auf welchem das beteiligte Unternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 30 % tätig ist, eng verbunden ist.

B.3.2 Finanzdienstleistungen

Kreditkarten

Das Sekretariat hat im Berichtsjahr eine neue Untersuchung zu den Kreditkarten von Visa und MasterCard eröffnet und gleichzeitig eine einvernehmliche Übergangsregelung unterzeichnet, welche den auf dem Kreditkartenmarkt tätigen Unternehmen für die Dauer der Untersuchung Rechtssicherheit gewähren soll.

Im Dezember 2005 schloss die WEKO eine Untersuchung in Sachen „Kreditkarten – Interchange Fee“ ab. Die Festlegung der domestischen multilateralen Interchange Fee (DMIF) in den Kreditkartengremien von Visa und MasterCard wurde als erhebliche Preisabrede zwischen den Issuern bzw. den Acquirern qualifiziert (vgl. RPW 2006/1, S. 65 ff.). In ihrer Begründung ging die WEKO davon aus, dass ein multilaterales Verhandeln der Interchange Fee gegenüber bilateralen Verhandlungen Effizienzvorteile bringt und deshalb gerechtfertigt werden kann, wenn ein System gefunden wird, das die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandels beseitigt und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahrt. Als Lösung wurde in einer einvernehmlichen Regelung (EVR I) vom 29. März 2005 die DMIF an die objektiven Netzwerkkosten der Issuer gebunden und bei der Berechnungsmethode ein wettbewerbsorientierter Ansatz gewählt. Um auch künftigen Entwicklungen auf dem Kreditkartenmarkt Rechnung zu tragen, befristete die WEKO ihre Genehmigung auf vier Jahre. Die EVR I läuft im Februar 2010 aus.

Im Hinblick auf das Auslaufen der EVR I hat das Sekretariat im Jahr 2009 eine Wirkungsanalyse des Kreditkartenentscheides durchgeführt. Aufgrund der beobachteten Entwicklungen (insbesondere der Netzwerkkosten) eröffnete das Sekretariat im Juli 2009 eine neue Untersuchung zur künftigen Beurteilung der DMIF. In deren Verlauf hat sich das Sekretariat gegenüber den Parteien bereit erklärt, eine Übergangslösung im Rahmen einer neuen einvernehmlichen Regelung (EVR II) zu treffen.

Ziel der EVR II ist es, die DMIF für die Übergangszeit weiterhin aufgrund des objektivierten und kostenbasierten Verfahrens festzulegen und diesbezüglich den Status quo sicherzustellen. Zudem wurden einige Anpassungen im Berechnungsmodell vorgenommen mit dem Ziel, den wettbewerbsorientierten Ansatz bei der Festlegung der DMIF zu stärken. Die EVR II wird ab dem

1. Februar 2010 die EVR I ablösen und gilt für 3 Jahre respektive bis zum Abschluss der laufenden Untersuchung.

Debitkarten

Visa Europe beabsichtigt, ihr Debitkartenprodukt V PAY in der Schweiz zu lancieren. Für die Umsetzung des Vorhabens sah Visa Europe vor, in der Schweiz eine DMIF einzuführen. Die DMIF für die Debitkarte Visa V PAY wurde dem Sekretariat von Visa Europe nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gemeldet, worauf das Sekretariat eine Vorabklärung eröffnet hat.

In der Vorabklärung kommt das Sekretariat zum Schluss, dass die DMIF für V PAY eine Wettbewerbsabrede darstellt. Es handelt sich um eine horizontale Abrede zwischen den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits. Aufgrund der aktuellen Marktsituation sowie bestimmter Zusagen von Visa Europe für die Phase des Markteintritts konnten mögliche kartellrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der beabsichtigten Preisabrede vorübergehend beseitigt werden. Da bisher keine Bank V PAY in der Schweiz herausgegeben hat und der Schweizer Debitkartenmarkt im Wesentlichen von Maestro, einem Produkt von MasterCard, dominiert wird, erweist sich die Preisabrede während der Phase der Markteinführung als akzeptabel. Das Sekretariat erachtet die vorgesehene Interchange Fee erst dann als kartellrechtlich bedenklich, wenn V PAY den Markteintritt bewältigt und eine bestimmte Bedeutung auf dem Debitkartenmarkt erreicht hat.

Im Nachgang zur Meldung von Visa Europe gelangte auch MasterCard Europe SPRL mit einer Meldung an die Wettbewerbsbehörden. Gegenstand der Meldung ist ebenfalls die Einführung einer Interchange Fee und zwar für sämtliche inländischen Transaktionen, welche mit einer Debitkarte von Maestro ausgeführt werden. Aktuell funktioniert das Maestro-System in der Schweiz ohne Interchange Fee. Das Sekretariat öffnete hierzu im Mai 2009 ebenfalls eine Vorabklärung, welche derzeit noch hängig ist.

Too big to fail/Regulatorisches

Ausgehend von den Ereignissen in 2008 rund um die Finanzmärkte und deren krisenhaften Auswirkungen auf die internationalen Finanzplätze stand in diesem Jahr das Thema „too big to fail“ im Zentrum von wettbewerbs- und stabilitätspolitischen Betrachtungen zahlreicher Behörden und Institutionen. Die OECD befasste sich mit der Frage der Rolle des Wettbewerbsrechts in Finanzdienstleistungsmärkten und dessen Verhältnis zur Systemstabilität. In ihren Schlussfolgerungen strich sie u.a. die folgenden wesentlichen Erkenntnisse heraus:

- die aktuelle Krise ist weder das Resultat eines Marktversagens noch von wirksamen Wettbewerb, sondern vielmehr die Folge mangelnder Marktregulierung im Finanzsektor;
- das Vorliegen von oligopolistischen Finanzmärkten mit wenigen, dafür aber systemrelevanten Banken („too big to fail“) hat die Krise wesentlich begünstigt;

- die Finanzmärkte sind trotz ihren Eigenheiten und der volkswirtschaftlichen Bedeutung den Regeln des Wettbewerbsrechts unterstellt;
- auch im Falle kurzfristiger staatlicher Eingriffe sollen bei der Konzeption von staatlichen Massnahmen und sog. Exit-Strategien die Regeln des Wettbewerbsrechts zur Anwendung gelangen.

Als Folge des notwendig gewordenen UBS-Rettungspakets und der Diskussionen rund um das Thema von „too big to fail“ hat der Bundesrat im November 2009 eine Expertengruppe eingesetzt, in der auch die Wettbewerbsbehörde vertreten ist. Ziel ist es, die „too big to fail“-Problematik zu analysieren und Lösungsansätze zur Verringerung der damit verbundenen Probleme und Risiken zu erarbeiten.

Im Juli 2009 eröffnete sodann die FINMA eine Anhörung zur Änderung der Eigenmittelverordnung (EVR). Dabei ist geplant, den sogenannten Kantonalbankenrabatt auf dem regulatorischen Eigenkapital (Art. 33 Abs. 3 EVR) sowie die Nachschusspflicht bei Genossenschaftsbanken (Art. 16 Abs. 4 und Art. 28 Abs. 2 EVR) abzuschaffen. Mit der geplanten Änderung verfolgt die FINMA namentlich eine qualitative Verbesserung der Eigenmittelbasis von Kantonal- und Genossenschaftsbanken. Gleichzeitig soll eine Ungleichbehandlung mit den übrigen Finanzinstituten nunmehr aufgehoben werden. Die Wettbewerbsbehörden haben bereits Mitte der 1990er Jahre auf diese bestehende Ungleichbehandlung hingewiesen und nehmen nun mit Genugtuung vom Vorhaben der FINMA Kenntnis.

B.3.3 Gewerbliche Dienstleistungen und weitere Bereiche

Sécateurs et cisailles

In erstmaliger Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG hat die WEKO im Rahmen des Kampfes gegen vertikale Abreden im Mai 2009 einen Entscheid getroffen. Gemäss genanntem Artikel wird bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, aufgrund welcher Minimal- oder Fixpreise festgelegt werden, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet.

Die Unternehmen Felco SA und Landi Schweiz AG wurden im Fall „sécateurs et cisailles“ von der WEKO sanktioniert. Felco SA ist ein Schweizer Unternehmen, welches Garten- und Heckenschere herstellt. Seit mehreren Jahren unterhält es geschäftliche Beziehungen mit der Landi Schweiz AG, welche einen Teil seiner Produktion vertreibt. Im September 2006 haben die beiden Unternehmen einen Vertrag abgeschlossen, in welchem sie sich über einen festen Wiederverkaufspreis von einigen bereits im schweizerischen Markt eingeführten Felco-Produkten einigten. Nach der Feststellung, dass dieser Vertrag gegen das Kartellgesetz verstossen könnte, hat Felco SA von der Bonusregelung Gebrauch gemacht und den Vertrag am 15. August 2007 den Wettbewerbsbehörden gemeldet. Im Laufe des Verfahrens haben die zwei Unternehmen mit dem Sekretariat der WEKO eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet. Diese wurde von der WEKO genehmigt, welche zudem die beiden Unternehmen wegen ihres unzulässigen Verhaltens sanktioniert hat.

Durch diesen Entscheid hat die WEKO zum ersten Mal eine harte vertikale Abrede sanktioniert (Art. 5 Abs. 4 KG) und hat die Tragweite der VertBEK 2007 konkretisiert. Es handelt sich auch um den ersten Fall einer vertikalen Abrede, bei welchem im Rahmen der Kronzeugenregelung der Bonus verlangt wurde. Aufgrund des Umstandes, dass das meldende Unternehmen gleichzeitig als Anstifter der Abrede eingestuft wurde, konnte es nicht von einer totalen, sondern lediglich von einer teilweisen Sanktionsreduktion profitieren. Immerhin konnten dank der ausgezeichneten Mitarbeit der Parteien während des Verfahrens lediglich symbolische Bussen ausgesprochen werden.

Submissionskartelle

Mit Verfügung von Juli 2009 schloss die WEKO die Untersuchung „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ nach nur anderthalb Jahren ab. Sie traf damit den ersten Entscheid im Rahmen ihres 2008 beschlossenen langfristigen Schwerpunktthemas, der Bekämpfung von Submissionsabsprachen.

Anlass für die Untersuchung, die mit Hausdurchsuchungen eröffnet wurde, war die Anzeige eines Whistleblowers, d.h. eines nicht am Kartell beteiligten Dritten. Eine intensive Ermittlungsphase, während derer sämtliche Parteien im Rahmen des Bonusprogramms kooperierten, führte zum Nachweis einer Vielzahl einzelner Submissionsabsprachen betreffend grössere Elektroinstallationsprojekte im Raum Bern zwischen 2006 und 2008. Die Unternehmen tauschten Preis- und Kundeninformationen aus und respektierten die gegenseitigen Projektwünsche, indem sie aufeinander abgestimmte Offerten einreichten. Dadurch wurde der Wettbewerb wiederholt ausgehebelt und der Zweck der Vergabeverfahren wurde ad absurdum geführt. Monatliche Treffen der an der Abrede beteiligten Unternehmen gaben den einzelnen Absprachen darüber hinaus einen dauerhaften Rahmen und rechtfertigten die Erhebung eines entsprechenden Zuschlags im Rahmen der Sanktionsbemessung.

Mit ihrem Entscheid büsste die WEKO die am Kartell beteiligten Unternehmen mit insgesamt CHF 1.24 Mio. Sie hatte auch die Gelegenheit, sich detailliert mit dem Instrument der Bonusmeldung auseinanderzusetzen, das von allen Kartellmitgliedern benutzt worden war.

Im Informatikbereich hat das Sekretariat der WEKO ein Verfahren gegen das Unternehmen SAP geführt, welches im Bereich von Verwaltungssoftware „Enterprise Resource Planning“ (ERP) tätig ist. Gegen Bezahlung eines jährlichen Beitrages kümmert sich dieses Unternehmen gleichzeitig um den Unterhalt des von ihr angebotenen Programms, wobei der Preis dieser Dienstleistung anhand eines bestimmten Prozentsatzes des Preises für die Lizenz der Software errechnet wird. Bis Ende 2008 standen den Nachfragern verschiedene Unterhaltsverträge zur Verfügung, welche verschiedene Dienstleistungen zu unterschiedlichen Preisen zum Gegenstand hatten. SAP hat sich jedoch dafür entschieden, künftig nur noch den teuersten Unterhaltsvertrag anzubieten. Diese Entscheidung hätte in einem Zeitraum von vier Jahren eine fünfprozentige Erhöhung des jährlichen Beitrags mit sich gebracht (von 17 % auf 22 % der Lizenzkosten). Sowohl aufgrund der Kundenreaktionen als auch wegen des Einschreitens der Wettbewerbsbehörden

hat SAP diese Entscheidung zurückgezogen und bietet nun weiterhin mehrere Vertragsarten an. Das Verfahren konnte somit ohne Folgen eingestellt werden.

B.4 Infrastruktur

B.4.1 Medien

Im Bereich Medien hat die WEKO zwei wichtige Zusammenschlüsse einer vertieften Prüfung unterzogen.

Der erste Fall betraf die Übernahme der Schweizer Aktivitäten der **Edipresse**-Gruppe durch die **Tamedia AG**. Aufgrund des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für unentgeltliche Pendlerzeitungen in der Romandie hat die WEKO entschieden, eine vertiefte Prüfung der wettbewerblichen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens durchzuführen. In ihrer vertieften Analyse kam die WEKO zum Schluss, dass auf dem Anzeigemarkt in der Westschweiz nur Platz für eine Pendlerzeitung besteht, dies aufgrund seiner relativ kleinen Grösse. Der von der WEKO beigezogene unabhängige Experte hat diese Einschätzung bestätigt. Aufgrund der grossen Verluste, welche Edipresse im Rahmen der Veröffentlichung ihrer Gratiszeitung *Le Matin Bleu* erlitt, wäre diese zweifellos auch ohne Zusammenschluss ihres Verlages mit demjenigen von 20minutes, Tamedia AG, vom Markt verschwunden, da kein anderer Verlag an der Übernahme des *Matin Bleu* in der aktuellen Situation interessiert war.

Unter diesen Umständen hat die WEKO die Kriterien für die Rechtfertigung einer Sanierungsfusion als erfüllt erachtet und hat den Zusammenschluss ohne Auflagen oder Bedingungen genehmigt. Es ist nicht die Aufgabe der WEKO, den Wettbewerb auf einem Markt künstlich aufrechtzuerhalten. Des Weiteren ist anzufügen, dass die WEKO in ihrer vertieften Prüfung zum Schluss kam, dass der Zusammenschluss auf den betroffenen Märkten zu keiner Marktanteilsaddition führte. Grund dafür ist der Umstand, dass Tamedia AG in der Deutschschweiz und Edipresse in der Westschweiz tätig ist.

Der zweite Fall betraf die Zusammenlegung der Frühzustellung der **Tamedia**, der **NZZ**-Gruppe und der **Post**. Die WEKO hat diesen Zusammenschluss ebenfalls einer vertieften Prüfung unterzogen um beurteilen zu können, ob in diesem Bereich eine genügende potentielle Konkurrenz zu Tamedia, NZZ und der Post existiert. In ihrer vertieften Prüfung ist die WEKO zum Schluss gekommen, dass die neue Organisation in der vorgesehenen Form eine marktbeherrschende Stellung inne hätte, wenn nicht gleichzeitig genügende Möglichkeiten für Marktzutritte offen blieben. Eine alternative Zustellorganisation könnte sich ohne die NZZ-Gruppe und Tamedia als Kunden kaum auf dem Markt etablieren. Aus diesem Grund hat die WEKO den Zusammenschluss nur unter Bedingungen zugelassen. Die Frühzustellaktivitäten können zwar zusammengelegt werden, allerdings wird es den Verlegern untersagt, sich an der neuen Organisation zu beteiligen und sie zusammen mit der Post zu führen.

Das Sekretariat hat des Weiteren die Untersuchung im Rahmen der **Buchpreise** in der Westschweiz fortgesetzt. Für die WEKO erwiesen sich die von den Grosshändlern erhaltenen Antworten als unzureichend, um

sich über deren eventuelle marktbeherrschende Stellung äussern zu können. Aus diesem Grund wurden neue Fragebögen versandt.

Im gleichen Bereich hat sich die WEKO im Rahmen der Vernehmlassung betreffend den Entwurf zu einem Buchpreisbindungsgesetz negativ geäussert. Gemäss ihrer Ansicht existiert kein Marktversagen, welches das Bedürfnis einer Regulierung entstehen lassen würde. Überdies erachtet die WEKO die Regulierung der Bücherpreise nicht als opportun, weil kein Kausalzusammenhang zwischen dem fixierten Preis und den kulturpolitischen Zielen besteht.

B.4.2 Telekommunikation

Im Bereich Telekommunikation bildete die Untersuchung betreffend die Preispolitik bei **ADSL-Diensten**, im Rahmen welcher gegen **Swisscom** eine Sanktion ausgesprochen wurde, ein massgebender Schwerpunkt der Aktivitäten der WEKO. Einerseits ist Swisscom mit ihrer Marke Bluewin als ADSL-Anbieterin tätig, andererseits ist sie gleichzeitig auch Lieferantin des für das Breitbandinternet notwendigen Vorprodukts. Indem Swisscom die Preise für die Vorleistung im Vergleich zu den Endkundenpreisen zu hoch angesetzt hat, resultierte eine zu knappe Differenz zwischen Vorleistungskosten und Endkundenpreisen. Dabei konnten die Konkurrenten von Swisscom ihr ADSL-Geschäft nicht rentabel betreiben. Swisscom hat in diesem Bereich via Bluewin zwar ebenfalls Verluste verzeichnet, diese wurden jedoch durch die Gewinne der notwendigen Vorleistung überkompensiert.

Diese bis Ende Dezember 2007 durch die Swisscom betriebene Preispolitik hat in der Schweiz zu einem erhöhten Preisniveau und zu einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geführt („margin squeeze“, „Kosten-Preis-Schere“). Die WEKO sanktionierte Swisscom mit 220 Millionen Franken, dabei wurde die Art und Schwere dieser Wettbewerbsbeschränkung berücksichtigt. Der Umstand, dass das beanstandete Verhalten von Swisscom in der Anfangs- und der Wachstumsphase dieses Marktes mehrere Jahre andauerte, wirkte sich bei der Sanktionsbemessung erschwerend aus. Swisscom legte gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein.

Die Übernahme von **Sun Microsystems, Inc.** durch **Oracle Corporation** wurde von der WEKO geprüft. Aufgrund von Anhaltspunkten, welche auf eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich Datenbankverwaltungssystemen hinwiesen, führte die WEKO eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses durch. Dabei hat die WEKO ein vereinfachtes Verfahren gewählt. Der Zusammenschluss zeitigt Wirkungen auf den internationalen Märkten und wurde deshalb gleichzeitig der europäischen Kommission gemeldet. Oracle hat sich gegenüber der WEKO dazu verpflichtet, soweit die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen in der Schweiz mit denjenigen im Ausland übereinstimmen namentlich mit denjenigen in Europa, den Zusammenschluss in der Schweiz so umzusetzen, dass er die allfälligen europäischen Vorgaben respektiert. Deshalb konnte die vertiefte Prüfung eingestellt werden.

Die WEKO hat gegen Ende des Jahres die Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen **Orange** und **Sunrise** erhalten. Sie hat entschieden, den geplanten Zusammenschluss einer vertieften Analyse zu unterziehen, welche innerhalb der ersten vier Monaten des Jahres 2010 erfolgen wird.

Des Weiteren hat das Sekretariat die Entwicklung beim **Aufbau des Glasfasernetzes** mit Interesse verfolgt, hat infolge parlamentarischer Interventionen bei Ämterkonsultationen Stellung genommen und zu diesem Themenbereich Beratungen abgegeben. Ziel dabei ist einerseits, dass die staatlichen Interventionen in diesem im Entstehen begriffenen Wettbewerbsbereich neutral bleiben und andererseits, dass die schon bestehenden Kooperationen zwischen den Marktakteuren (Telekommunikationsanbieter, Elektrizitätsunternehmen) nicht zu missbräuchlichen Absprachen führen oder diese begünstigen. Zudem soll der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, welche die Unternehmen künftig auf dem Netz begründen könnten, verhindert werden.

B.4.3 Energie

Das Sekretariat hat die **Beobachtung des Marktes für Systemdienstleistungen** weitergeführt. Im Vordergrund stand die Beschaffung von Regelenergie, welche benötigt wird, um die Netzstabilität zu garantieren. Die eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom hat in einem ersten Schritt das Sekretariat um ein Gutachten betreffend die Einführung einer Preisobergrenze (Price cap) durch Swissgrid im Rahmen der Beschaffung von Systemdienstleistungen gebeten. Ohne sich abschliessend zur kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Preisobergrenze bei der Beschaffung von Systemdienstleistungen zu äussern, hat das Sekretariat ausgeführt, dass die Einführung einer Preisobergrenze zu einer Preisabsprache führen könnte. Dies wäre der Fall, wenn der Verwaltungsrat von Swissgrid, in welchem auch Vertreter der Stromproduzenten Einsitz haben, oder die Strombranche auf die Festsetzung der Preisobergrenze Einfluss nehmen könnten. Des Weiteren wies das Sekretariat darauf hin, dass ein solches Instrument aus wettbewerbspolitischen Gründen grundsätzlich abzulehnen sei, weil es direkt die Preisfestsetzung beeinflusst.

In einem zweiten Schritt unterbreitete Swissgrid der WEKO im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG neue Ausschreibungsbedingungen für die Beschaffung von Systemdienstleistungen. Dabei sollte insbesondere eine Preisobergrenze (Price cap) für Systemdienstleistungsprodukte eingeführt werden. In der Folge würden Angebote, welche diese Preisobergrenze überbieten nicht berücksichtigt. Die Wettbewerbskommission hielt fest, dass auch wenn die Preisobergrenze durch Swissgrid ohne die Beteiligung der Marktteilnehmer festgelegt wird und a priori keine Preisabsprache darstellt, die Einführung einer Preisobergrenze wettbewerbsrechtlich problematisch ist, da sie Preisabsprachen begünstigen kann. Swissgrid hat daraufhin erklärt, dass sie die Preisobergrenze Mitte 2010 wieder abschaffen werde.

Des Weiteren führte das Sekretariat Beobachtungen auf dem **liberalisierten Strommarkt** durch. Das Sekretariat wurde wiederholt darauf aufmerksam gemacht, dass die grossen Stromkonsumenten, für welche der Strommarkt

geöffnet ist, ihren Anbieter nicht wechseln könnten, da es an attraktiven Angeboten seitens der Stromanbieter fehle. Dabei seien die angebotenen Preise entweder zu hoch oder es würden im Rahmen der Ausschreibungen gar keine Angebote abgegeben. Das Sekretariat hat daraufhin Fragebögen verschickt, um die genauen Ursachen dieses mangelnden Wettbewerbs zu ermitteln. Sollten sich Anhaltspunkte für Absprachen zwischen den verschiedenen Marktteilnehmern ergeben, wäre ein entsprechendes Verfahren zu eröffnen.

B.4.4 Landwirtschaft

Im Bereich der Landwirtschaft hat die WEKO ihre Beobachtungen aufgrund der Aufhebung der Milchkontingentierung am 1. Mai 2009 auf dem **Milchmarkt** weitergeführt. Sie hat insbesondere die Gründung der Branchenorganisation Milch, welche im Juni 2009 entstanden ist, mit Interesse verfolgt. Diese Branchenorganisation bezweckt namentlich die Einführung eines Modells zur Mengenführung der Molkereimilch in drei Stufen (Vertrags-, Börsen- und Abräumungsmilch) und setzt dabei das Milchpreismonitoring fest. Zudem hat die WEKO zu diversen parlamentarischen Interventionen, namentlich solchen betreffend eine allfällige Allgemeinverbindlichkeit von Massnahmen zur Milchproduktionsregelung, Stellung genommen. Falls das Parlament solche Massnahmen im Rahmen des Landwirtschaftsgesetzes als allgemeinverbindlich erklärt, würde dies als Vorbehalt im Sinne von Art. 3 KG gelten.

Die WEKO hat im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle zwei Übernahmen durch die **Emmi-Gruppe** behandelt.

Der erste Fall betrifft die Übernahme von **Nutrifrais SA**, eine Tochtergesellschaft der Laiteries Réunies aus Genf, welche in der Herstellung von Frischmilchprodukten wie Jogurts und Desserts tätig ist. Die WEKO hat den aktuellen und wachsenden potenziellen Konkurrenzdruck durch Importprodukte von ausländischen Produzenten auf den Märkten als ausreichend eingeschätzt, um die einheimischen Produzenten zu disziplinieren. Deshalb konnte das Zusammenschlussvorhaben im Rahmen der Vorprüfung genehmigt werden.

Im zweiten Fall wurde ein Teil der Aktivitäten der **Kellenberger Frisch Service (KFS)** durch **Emmi Interfrais**, eine Tochtergesellschaft von Emmi, welche in der Verteilung von Frischprodukten im Einzeldetailhandel an Grosskonsumenten tätig ist, übernommen. KFS ist eine Tochtergesellschaft der Frigemo AG, selbst Tochtergesellschaft der Genossenschaft fenaco welche im Kauf, in der Verteilung und im Transport von Nahrungsmittelpunkten, insbesondere von Frischprodukten, tätig ist. Soweit die Marktanteile auf den betroffenen Märkten (Verteilung von Milch- und Käseprodukten) nicht 20% erreichen, existieren gemäss der WEKO keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Sie hat sich jedoch auf zwei Nebepunkte konzentriert, welche die Übernahme betreffen. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass KFS und fenaco während zwei Jahren denjenigen Kunden keine Milch- und Käseprodukte liefern, welche an Emmi Interfrais übertragen wurden. Des Weiteren wurde zwischen den Parteien eine Pauschalrückerstattungsbetrag fixiert, für den Fall, dass die „erworbe-

nen“ Kunden im Rahmen des Zusammenschlusses trotzdem mit Milch- und Käseprodukten durch die Unternehmen der fenaco-Gruppe beliefert würden. Dies für die Dauer von 5 Jahren ab Zusammenschluss. Die WEKO hat diese Massnahmen als notwendig erachtet, damit der übertragene Teil von KFS an Emmi Interfrais keinen Wertverlust erzielt. Die Maximaldauer dieser Massnahmen wurde jedoch auf zwei Jahre reduziert.

B.4.5 Weitere Bereiche

Im Bereich des Transports hat die WEKO an der Ämterkonsultation der **Eisenbahnreform 2** teilgenommen, dabei wurden Aspekte der Sicherheit, die Harmonisierung der schweizerischen Gesetzgebung mit dem EU Eisenbahnpaket, der Finanzierungsmodus der Eisenbahninfrastruktur und die Gleichstellung der privaten Eisenbahnen mit der SBB behandelt. Die WEKO hat sich aus wettbewerbsrechtlicher Sicht für eine möglichst neutrale Regulierung ausgesprochen. Wünschenswert sei die Ausweitung des Beschwerdeverfahrens auf den Bereich der Konzessionsausschreibung. Zudem schlägt die WEKO vor, solche Verfahren als obligatorisch einzuführen. Die WEKO macht auch auf die Gefahr aufmerksam, dass der Mindestpreis für Trassen und die Preisrechnungsregeln der Trassen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen dürfen.

Die WEKO hat schliesslich im Rahmen der **Totalrevision des Postgesetzes** Stellung genommen. Damit eine Wettbewerbsverzerrung vermieden wird, sprach sich die WEKO gegen eine Preisfixierung der angebotenen Dienstleistungen im Rahmen der flächendeckenden Grundversorgung durch den Bundesrat beziehungsweise der Postkommission aus. Sie hat des Weiteren auf die Notwendigkeit der Beschränkung der an die Grundversorgungslieferanten zugestandenen Wettbewerbsvorteile hingewiesen. Speziell zu beachten seien die Konkurrenzprobleme der Nacht- und Sonntagsfahrverbote, welche die WEKO bereits in der Empfehlung im Jahr 2008 erwähnt hatte.

B.5 Produktemärkte

B.5.1 Detailhandel

Mit dem Entscheid **Gaba** hat die WEKO im November 2009 einen Grundsatzentscheid bezüglich der Verhinderung von Parallelimporten mittels Vertikalabsprachen getroffen. Gaba International AG und die österreichische Gebro Pharma GmbH wurden von der WEKO sanktioniert, weil Gaba seiner österreichischen Lizenznehmerin ein Exportverbot auferlegt hatte. Dieses hatte zur Folge, dass der schweizerische Markt für Parallelimporte abgeschottet wurde. Die WEKO hat Gaba wegen der Verhinderung von Parallelimporten eine Busse von CHF 4.8 Mio. auferlegt. Gebro wurde mit einem symbolischen Betrag von CHF 10'000 gebüsst, weil sie selber keinen Nutzen aus der Verhinderung der Parallelimporte zog.

Gaba und Gebro haben ihren Vertrag im September 2006 geändert und das Exportverbot aufgehoben. Der neue Vertrag verpflichtet Gebro, Gaba über Exporte jeweils zu informieren. Eine solche Klausel könnte sich unter Umständen ebenfalls als Exportverbot auswirken, was sich im vorliegenden Verfahren jedoch nicht bestätigte. Gaba und Gebro haben im Verfahren ausserdem

bekräftigt, dass sie unter dem neuen Vertrag keine Parallelimporte behindern werden.

Die WEKO hatte die Untersuchung wegen einer Anzeige der Denner AG eröffnet, worin sich Denner beklagte, dass sie keine Parallelimporte von Elmex-Produkten aus dem österreichischen Markt tätigen könne. Denner hat sich später vom Verfahren distanziert, nachdem sie aus der Schweiz beliefert wurde. Die WEKO führte die Untersuchung trotzdem zu Ende, weil diese grundsätzliche Fragen aufwarf. Die WEKO wird vertragliche Behinderungen von Parallelimporten weiterhin mit hoher Priorität verfolgen, insbesondere auch um zu verhindern, dass die Revision des Patentgesetzes und die bevorstehende Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips unterlaufen werden.

Ende 2008 hat sich der Discounter Lidl an das Sekretariat der WEKO gewandt, weil der neu in den Markt eingetretene Detailhändler von gewissen Schweizer Markenartikelherstellern, angeblich wegen Druckversuchen von Coop, nicht beliefert wurde. In einer umfangreichen Abklärung kam das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Coop auf gewissen Beschaffungsmärkten bestehen. Diese Anhaltspunkte erhärteten sich bei Berücksichtigung der Stellung von Coop bei der Einführung von Produktneuheiten. Das Sekretariat stellte fest, dass Coop gewissen Lieferanten mit Retorsionsmassnahmen drohte, falls sie Lidl beliefern würden. Die Druckversuche von Coop waren indes bei keinem der befragten Lieferanten kausal für eine (vollumfängliche) Nichtbelieferung von Lidl. Die WEKO hat Coop diesbezüglich abgemahnt und die Eröffnung einer Untersuchung angekündigt, falls solche Druckversuche zur Nichtbelieferung von Konkurrenten führen.

Die in den vergangenen Jahren von der WEKO unter Auflagen genehmigten Unternehmenszusammenschlüsse im Detailhandel (Coop/Fust, Migros/Denner und Coop/Carrefour) beschäftigten das Sekretariat auch im Jahr 2009. Für die Überprüfung der Auflagen wurden die unabhängigen Revisionsgesellschaften Refindar Moore Stephens AG (Coop/Fust), Deloitte (Migros/Denner) und BDO Visura (Coop/Carrefour) betraut. Die Auflage in Migros/Denner hinsichtlich einer Meldepflicht analog zu Art. 9 Abs. 4 KG führte dazu, dass die WEKO zwei Übernahmen durch die Migros beurteilte, welche gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht meldepflichtig gewesen wären. Beide wurden als unbedenklich erklärt.

Aufgrund diverser Hinweise von Konsumenten befragte das Sekretariat Procter & Gamble zu ihrer Preispolitik betreffend Gillette Nassrasierer. Procter & Gamble wies darauf hin, dass zwar unverbindliche Preisempfehlungen bestehen, die Händler in der Preisgestaltung aber frei sind und die Preisempfehlungen weder mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind. Daraufhin senkten die grösseren Detailhändler im November 2009 die Preise aus eigener Initiative deutlich, d.h. ohne tiefere Einstandspreise vom Hersteller zu erhalten. Das Sekretariat wird diesen neuen Sachverhalt in ihrer wettbewerbsrechtlichen Analyse berücksichtigen.

Nach verschiedenen Zeitungsartikeln über die Homogenität der Endverkaufspreise von Nivea Produkten in der

Schweiz, welche zum Teil deutlich über denjenigen im benachbarten Ausland liegen, hat das Sekretariat sowohl das Unternehmen Beiersdorf AG als auch die Detailhändler dazu befragt. Die Ergebnisse werden voraussichtlich im ersten Semester 2010 bekannt gegeben.

B.5.2 Bauwirtschaft

Im Juni 2009 wurden Hausdurchsuchungen in mehreren Bauunternehmen im Kanton Aargau und Zürich durchgeführt. Das Sekretariat wurde zuvor von einem Whistleblower darüber in Kenntnis gesetzt, dass grössere Submissionen unter den Bauunternehmen abgesprochen werden. Mit den Hausdurchsuchungen eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung im Bereich **Strassen- und Tiefbau** in den Kantonen Aargau und Zürich. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob die Unternehmen sich in unzulässiger Weise über Bauprojekte abgesprochen haben, insbesondere um bei Ausschreibungen die Offertsummen zu koordinieren und so Bauprojekte und Kunden aufzuteilen. Die Untersuchungen werden je nach Kanton zwischen den Diensten Produktmärkte (Kanton Aargau) und Dienstleistungen (Kanton Zürich) aufgeteilt, da der Umfang der Ermittlungshandlungen als beträchtlich eingeschätzt wird. Die Untersuchungen liegen zudem im Schwerpunktbereich „Submissionsabsprachen“ der Wettbewerbsbehörden (vgl. B.1).

In der Untersuchung betreffend den Kanton Aargau konnte im zweiten Halbjahr mit der Sichtung und Auswertung der beschlagnahmten Dokumente und Datenträger begonnen werden, da kein Entsiegelungsverfahren eingeleitet werden musste wie in der Untersuchung betreffend den Kanton Zürich. Verschiedene Unternehmen kooperieren mit der Wettbewerbsbehörde. Liefern an der Abrede beteiligte Unternehmen unaufgefordert Informationen oder legen Beweismittel vor, kann dies gemäss der Bonusregelung in Art. 49a Abs. 2 KG zu einer erheblichen Reduktion bzw. zu einem vollständigen Erlass der Sanktion führen.

In der Untersuchung **Baubeschläge** wurden im 2009 die Ermittlungshandlungen abgeschlossen. Das Verfahren richtet sich gegen die in der Schweiz bedeutendsten Vertriebsgesellschaften resp. Händler von Fenster- und Fenstertürbeschlägen. Der Antrag des Sekretariats wird im Laufe des Jahres 2010 den Parteien zur Stellungnahme zugestellt. Die untersuchten Abreden umfassen insbesondere Preiserhöhungen für Beschläge von Fenster und Fenstertüren. Die im Rahmen dieser Untersuchung zusätzlich angezeigten Sachverhalte haben zur Eröffnung einer neuen Untersuchung im Bereich **Türelemente** wie Türdrücker, -schlösser, -scharniere etc. geführt. Die diesbezüglichen Ermittlungshandlungen wurden in Angriff genommen.

B.5.3 Uhrenindustrie

Im September 2009 hat die WEKO eine Untersuchung gegen **ETA Manufacture Horlogère Suisse SA**, eine Tochtergesellschaft der Swatch Group, eröffnet. Die in der Vorabklärung getätigten Ermittlungshandlungen zeigten Anhaltspunkte auf, dass ETA auf dem Markt für mechanische Uhrwerke über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und sie diese mittels diskriminierender Massnahmen im Sinne von Preis- und Konditionenanpassungen gegenüber ihren Handelspartnern mögli-

cherweise missbraucht hat. Die Untersuchung ist auf diverse Anzeigen zurückzuführen, welche im Sekretariat eingegangen sind, nachdem ETA Preiserhöhungen und Änderungen der Zahlungskonditionen für Uhrwerke angekündigt hat. Das Interesse und die Bereitschaft der Marktteilnehmer, den Wettbewerbsbehörden Informationen zu liefern, ist u.a. wegen der derzeit für die Uhrenindustrie angespannten wirtschaftlichen Lage, gross.

ETA war bereits von 2002 bis 2004 Adressatin eines Verfahrens vor der WEKO. Gegenstand der damaligen Untersuchung war die Ankündigung von ETA, die Liefermengen von Ebauches zu reduzieren und die Lieferungen ab dem Jahre 2006 gänzlich einzustellen. Unter Ebauches sind die rohen Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks in Form eines Bausatzes zu verstehen. Zusammen mit dem Assortiment (regulierender Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks) ergibt jener Bausatz das mechanische Uhrwerk. Das Verfahren endete 2004 mit einer einvernehmlichen Regelung zwischen der WEKO und ETA. Diese enthielt im Wesentlichen eine Verpflichtung zu Lasten von ETA, ihre bisherigen Kunden bis Ende des Jahres 2010 mit Ebauches weiter zu beliefern.

B.5.4 Automobilsektor

Im Rahmen zahlreicher Anfragen aus der **Automobilbranche** hatte sich das Sekretariat bei der Umsetzung der KFZ-Bekanntmachung im 2009 schwerpunktmässig mit der Vermittlertätigkeit und dem Zugang zu technischen Informationen zu befassen.

Nach der KFZ-Bekanntmachung dürfen Hersteller/Importeure ihre Vertragshändler nicht darin einschränken, neue Fahrzeuge an von Endverbrauchern bevollmächtigte Vermittler zu verkaufen. Dies darf auch nicht durch Prämienregelungen oder sonstige Anreize geschehen, die zwischen dem direkten Verkauf an einen Endkunden und einem Verkauf über einen bevollmächtigten Vermittler unterscheiden. In diesem Zusammenhang ist es möglich, dass im Allgemeinen unabhängige Wiederverkäufer – wenn sie im Auftrag eines Endverbrauchers handeln – als bevollmächtigte Vermittler auftreten. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass eine grundsätzliche Verpflichtung zur Fakturierung auf die Endkunden zu weit geht und mit der Bekanntmachung nicht vereinbar ist. Es muss diesbezüglich mindestens die Möglichkeit bestehen, in begründeten Ausnahmefällen davon abweichen zu können. In solchen Fällen kann der Hersteller eine besonders genaue Prüfung des Vorhandenseins eines Endkunden verlangen.

Von unabhängigen Werkstätten und Verbänden wurde das Sekretariat auf mögliche Missstände betreffend Zugang zu technischen Informationen für unabhängige Marktbeteiligte im Automobilsektor hingewiesen. Als eines der spezifischen wettbewerbspolitischen Ziele der KFZ-Bekanntmachung gilt die Gewährleistung, dass unabhängige Werkstätten mit den Vertragswerkstätten der Hersteller in Wettbewerb treten können, indem für alle Wettbewerber auf dem Instandsetzungsmarkt der ungehinderte Zugang zu den für Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten notwendigen technischen Informationen sichergestellt wird. Der Zugang hat in gleichberechtigter Art und Weise sowie in einer den Anforderungen der unabhängigen Marktbeteiligten entsprechenden

Form zu erfolgen. So müssen die Informationen den unabhängigen Marktbeteiligten, gleich wie den Vertragswerkstätten, „ungebündelt und zu einem dem Gebrauch angemessenen Preis zur Verfügung gestellt werden“. Das Sekretariat prüft derzeit, ob es bei einigen Herstellern/Importeuren in der Schweiz durch Fehlen geeigneter Kommunikationswege bzw. infolge von Intransparenz oder Inrechnungstellung unangemessener Kosten für deren Nutzung möglicherweise zu erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen kommt.

Mitte des Jahres nahm die EU-Kommission Stellung zum künftigen wettbewerbsrechtlichen Rahmen für den Automobilsektor im europäischen Raum nach dem Auslaufen der **KFZ-GVO**, dem europäischen Pendant zur KFZ-Bekanntmachung. Sie unterscheidet grundsätzlich zwischen Primär- und Anschlussmarkt und schlägt vor, die Bestimmungen der derzeitigen KFZ-GVO für den Primärmarkt, d.h. dem Markt für den Verkauf von Neufahrzeugen, um drei Jahre bis zum 31. Mai 2013 zu verlängern. Danach soll der Wettbewerb beim Verkauf von Neufahrzeugen durch die allgemeinen Regeln für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geschützt werden. Hingegen soll für den Anschlussmarkt, d.h. die Märkte für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sowie den Vertrieb von Ersatzteilen, auf dem der Wettbewerb aufgrund der Markenspezifität weniger ausgeprägt ist, ab 1. Juni 2010 eine neue, gezieltere sektorspezifische Gruppenfreistellungsverordnung zur Anwendung kommen, welche insbesondere Regelungen zu folgenden Aspekten beinhaltet: (a) Zugang zu technischen Informationen; (b) Zugang zu Ersatzteilen; (c) Missbrauch von Gewährleistungen und (d) Zugang zu Vertragswerkstattnetzen. Nach einem endgültigen Entscheid der EU-Kommission wird die WEKO darüber befinden, ob und inwiefern eine Anpassung der KFZ-Bekanntmachung notwendig ist.

B.5.5 Weitere Bereiche

Auf Anzeige eines Händlers im Bereich Haushaltgeräte (Weisswaren) hat das Sekretariat eine Vorabklärung betreffend das Vertriebssystem der Electrolux AG eröffnet. Electrolux hat ihren Händlern den Internethandel unter Androhung der Nichtbelieferung untersagt. Die Vorabklärung soll zeigen, inwiefern ein solches Verhalten vom Kartellgesetz erfasst ist und ob eine Behinderung des Onlinehandels allenfalls durch ein selektives Vertriebssystem begründet werden oder durch die Trittbrettfahrerproblematik gerechtfertigt werden kann. Es ist damit zu rechnen, dass das Sekretariat vermehrt Anzeigen betreffend den Onlinehandel erhalten wird.

Das Sekretariat hat im 2009 verschiedene Marktbeobachtungen durchgeführt. So wurde der Markt für Videospielkonsolen und Videospiele beobachtet und es wurde festgestellt, dass zurzeit keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Die Entwicklung im Markt für interaktive Unterhaltung wird jedoch weiterhin im Auge behalten, zumal die Videospieleindustrie mittlerweile Umsätze in Milliardenhöhe erwirtschaftet. Das Sekretariat prüfte des Weiteren den Markt für Kinderartikel nach möglichen Preisvorgaben seitens der Hersteller an die Händler und/oder Gebietsabsprachen, welche den Parallelhandel einschränken. Die getätigten Ermittlungshandlungen ergaben nicht genügend Anhaltspunkte

te für die Eröffnung einer Vorabklärung oder Untersuchung. Überdies mahnte das Sekretariat die Genossenschaft ELITE Electro-Partner ab, da deren Katalog für Elektrogeräte Preisempfehlungen beinhaltete, welche nicht explizit als unverbindlich gekennzeichnet wurden. Auch im Bereich Unterwäsche wurde die Triumph International AG angehalten zu verdeutlichen, dass sie keinen Einfluss auf die Wiederverkaufspreise der Händler nimmt.

B.6 Binnenmarkt

Die Tätigkeit des Kompetenzzentrums Binnenmarkt im Jahr 2009 stand im Zeichen von zwei thematischen Schwerpunkten. Ein erster Schwerpunkt bildete die Mitwirkung bei der Entwicklung und Umsetzung des Konzepts „Submissionsabsprachen“ (vgl. B.1). Der Fokus lag dabei auf der vom Sekretariat initiierten Zusammenarbeit mit den Kantonen. Nebst den bilateralen Gesprächen mit insgesamt 18 kantonalen Baudirektionen gilt es insbesondere die Durchführung der ersten vom Kompetenzzentrum für die kantonalen Beschaffungsstellen entworfenen Ausbildung in St. Gallen zu erwähnen. Aufbauend auf den gemachten Erfahrungen ist für das nächste Jahr die Durchführung mehrerer Ausbildungsveranstaltungen in verschiedenen Kantonen vorgesehen.

Ein zweiter thematischer Schwerpunkt bildete die Auseinandersetzung mit der Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM), welche eine Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunaler Monopole auf Private vorschreibt. In der Tat werfen Inhalt und Tragweite dieser, anlässlich der Gesetzesrevision von 2006 geschaffenen Norm heikle und grundsätzliche Fragen auf. Davon zeugen auch zwei bei der WEKO eingereichte und noch in Abklärung begriffene Anfragen betreffend die Erneuerung von Wasserrechtskonzessionen und von Konzessionsverträgen über die Erstellung und den Betrieb elektrischer Verteilanlagen. Die WEKO wird im nächsten Jahr ihre Rechtsauffassung zu den sich stellenden Grundsatzfragen kundtun. Damit soll gleichermassen die Rechtssicherheit erhöht und die Umsetzung der Bestimmung durch Kantone und Gemeinden begünstigt werden.

Schliesslich behandelte das Kompetenzzentrum Binnenmarkt wiederum zahlreiche Eingaben sowie Anfragen von Privaten und Behörden. Bei Ersteren standen Fragen im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Vordergrund (namentlich im Bereich der kantonal geregelten Gesundheitsberufe und des öffentlichen Beschaffungswesens). Bei Letzteren ging es hauptsächlich um Fragen betreffend die BGBM-Konformität kantonalen und kommunalen Vorschriften sowie der Verwaltungspraxis (namentlich im Bereich der Taxireglementierung).

B.7 Kompetenzzentrum Ermittlungen

Das Kompetenzzentrum Ermittlungen half bei der Vorbereitung und Organisation der bisher wichtigsten Hausdurchsuchung seit den Änderungen des Kartellgesetzes im Jahre 2003 mit. Diese fand im Juni 2007 an den Hauptsitzen von Unternehmen des Strassen- und Tiefbauwesens in den Kantonen Zürich und Aargau statt.

Während des vergangenen Jahres bildete das Kompetenzzentrum Teamleiter aus, welche in Zukunft an der Spitze eines Teams für Hausdurchsuchungen tätig werden können.

Weiter nahmen die Wettbewerbsbehörden Stellung zum Projekt des Bundesgesetzes über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (UJG) welches vorsieht, diesen den Vorteil des Berufsgeheimnisses für unabhängige Anwälte zu gewähren. So können Dokumente, welche sie im Rahmen ihres Arbeitsvertrages erstellen, nicht als Beweismittel dienen um die Existenz von Kartellen aufzudecken. Eine solche Reglementierung bedeutet eine wesentliche Erschwerung der Aufgaben der Verfolgebahnen.

B.8 Kommunikation

Der Öffentlichkeitsarbeit der Wettbewerbsbehörde kommt weiterhin ein hoher Stellenwert zu. Eine transparente Entscheidpraxis mit verständlichen Erklärungen für die Medienschaffenden und die Öffentlichkeit ist dabei unabdingbar. Die WEKO hatte im vergangenen Jahr wichtige Entscheide zu Vertikalabreden, zu Submissionsabsprachen und Unternehmenszusammenschlüssen zu kommunizieren, was sich in insgesamt 18 Medienmitteilungen und zwei Pressekonferenzen niederschlug. Zudem gaben die Wettbewerbsbehörden den Medienschaffenden am traditionellen Herbstgespräch Einblicke in interne Abläufe und die Gelegenheit zu allgemeinen Fragen ausserhalb der eigentlichen Verfahren.

B.9 Internationale Beziehungen

Der Stellenwert der internationalen Kooperation und Koordinierung in der Wettbewerbspolitik nimmt stetig zu. Dies ist eine Folge der Globalisierung, da mit der weltweiten Marktöffnung die Gefahr grenzüberschreitender Wettbewerbsbeschränkungen steigt. Notwendig wird damit der intensive Gedankenaustausch der Wettbewerbsbehörden, an welchem sich die WEKO und das Sekretariat aktiv beteiligen, namentlich im Rahmen des International Competition Network (ICN), welches im 2009 in Zürich seine 8. Jahreskonferenz abgehalten hat. Auch Kooperationsabkommen zwischen Wettbewerbsbehörden nehmen an Wichtigkeit zu. Das im letzten Berichtsjahr erwähnte Abkommen mit Japan wurde unterzeichnet und ist in Kraft getreten. Die Vorarbeiten im Hinblick auf eine formellere Zusammenarbeit mit der EU schreiten voran.

OECD: Vertreter der WEKO und des Sekretariats nahmen an den dreimal jährlich in Paris stattfindenden Treffen des OECD Competition Committee teil. Dabei wurden von der Delegation in Zusammenarbeit mit dem SECO verschiedene Beiträge verfasst und vorgetragen. Thematisiert wurden in diversen Sessionen und Roundtables 2009 unter anderem mehrmals die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Wettbewerbspolitik, der Bankensektor sowie Wettbewerbsfragen in zweiseitigen Märkten. In 2009 hat die OECD die „Guidelines on bid-rigging in Public Procurement“ herausgegeben und sich zudem mit dem Beitritt von Chile, Estland, Israel, Russland und Slowenien befasst.

ICN: Vom 3.-5. Juni 2009 fand in Zürich die achte Jahreskonferenz des ICN statt. Die Schweiz war dieses Jahr Gastgeberin und das Sekretariat mit der Organisation

und Abwicklung des Anlasses betraut. Während drei Tagen haben Vertreter von Wettbewerbsbehörden aus der ganzen Welt, Vertreter von internationalen Organisationen sowie nationale und internationale Berater in Zürich getagt. Anlässlich der Eröffnungssitzung hat Frau Bundesrätin Doris Leuthard die 450 Konferenzteilnehmer/innen aus mehr als 80 Jurisdiktionen begrüsst. Die Bundesrätin erinnerte an die Wichtigkeit der internationalen Kooperation zwischen den Wettbewerbsbehörden, da sich die Kartelle im Zuge der Globalisierung grenz- und kontinentüberschreitend organisieren. Sie ermahnte die anwesenden Vertreter der Wettbewerbsbehörden auch, nicht mit Protektionismus auf die Wirtschaftskrise zu reagieren, sondern weiterhin für einen ungehinderten Marktzugang zu sorgen. Die Konferenz fand grossen Anklang und weite Anerkennung bei den Konferenzteilnehmern sowohl in Bezug auf den Inhalt als auch die Organisation.

UNCTAD: Das Sekretariat hat an der Konferenz des Entwicklungsförderungsprogramms zugunsten von fünf lateinamerikanischen Ländern (COMPAL) im Rahmen der UNCTAD teilgenommen. Anlässlich der Sitzung wurde eine positive Bilanz des Programms gezogen.

Vietnam-Projekt: Anfang 2008 startete das Projekt „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“, welches zum Ziel hat, die im Jahr 2006 gegründete vietnamesische Wettbewerbsbehörde (VCAD) zu stärken und zu unterstützen. Die bilaterale Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden Vietnams und der Schweiz umfasst insbesondere die Durchführung von Workshops in Vietnam und die Unterstützung bei Marktstudien. Zudem wirken Mitarbeiter des Sekretariats als Experten vor Ort, namentlich zur Erarbeitung von Leitlinien zu wettbewerbsrelevanten Themen. Das Projekt dauert drei Jahre. Die Finanzierung wird durch das SECO sichergestellt.

B.10 Ausblick

Im Jahr 2010 werden weiterhin die Submissionsabsprachen einen thematischen Schwerpunkt bilden. Die bereits hängigen und neuen Verfahren zu Submissionsabsprachen geniessen erste Priorität. Auch den Informationsveranstaltungen kommt ein hoher Stellenwert zu. Von den Ende 2009 pendenden Untersuchungen will die Wettbewerbsbehörde einen Grossteil abschliessen. Zudem stehen im 2010 wichtige Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts an (Entscheid Swisscom Mobile vom 2007), die einen massgebenden Einfluss auf andere Verfahren haben können.

Im Bereich der Vertikalabreden gilt es, die allgemeine und die spezifische Bekanntmachung zum Automobilvertrieb den Entwicklungen in der EU anzupassen und in der schweizerischen Praxis zu implementieren.

C Organisation und Statistik

C.1 WEKO

Im Jahr 2009 hielt die WEKO 14 ganztägige und eine zweitägige Plenarsitzung ab. Neben der in den vorstehenden Kapiteln diskutierten Auseinandersetzung mit Fällen befasste sich die WEKO an verschiedenen Sitzungen auch mit der Frage der Organisationsentwicklung (siehe sogleich unter C.3).

Am 11. Dezember 2009 hat der Bundesrat Herrn Prof. Stefan Bühler auf den 1. Januar 2010 zum zweiten Vizepräsidenten der WEKO ernannt. Herr Prof. Bühler ist Ökonom und wird das bisher aus Juristen bestehende Präsidium ideal ergänzen.

C.2 Sekretariat

Im Sekretariat der WEKO wurde Frau Carole Söhner-Bührer am 16. Februar 2009 von der WEKO als Vizedirektorin ernannt. Frau Söhner-Bührer arbeitet seit November 1999 im Sekretariat der WEKO. Sie übernahm die Leitung des Dienstes Infrastruktur.

Das Sekretariat war in verschiedenen Arbeitsgruppen in die unter externer Begleitung stehenden Arbeiten zur Organisationsentwicklung involviert. Im Wesentlichen ging es darum, innerhalb der Verfahren nach Kartellgesetz eine durchgehende Prozessorientierung zu erstellen und zu implementieren (vgl. ausführlich C.3).

Ende des Jahres 2009 beschäftigte das Sekretariat 64 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 45 Prozent. Dies entspricht insgesamt 58.2 Vollzeitstellen. Das Personal teilte sich wie folgt auf: 44 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (inkl. Geschäftsleitung; 40.7 Vollzeitstellen), 9 wissenschaftliche Praktikantinnen und Praktikanten (9 Vollzeitstellen), 11 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Dienstes Ressourcen und Logistik (8.5 Vollzeitstellen).

C.3 Organisationsentwicklung

C.3.1 Ausgangslage: Evaluation des Kartellgesetzes

Am 14. Januar 2009 wurden die Ergebnisse der **Evaluation des Kartellgesetz** vom Bundesrat zur Kenntnis genommen und publiziert. Die externe Evaluationsgruppe Kartellgesetz richtete 14 Empfehlungen an den Gesetzgeber und den Vollzug (Bundesrat, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement und die Wettbewerbsbehörden).¹ Die WEKO hat von diesen Empfehlungen im Januar 2009 Kenntnis genommen.

Ein Thema bildete das **Institutionelle**: Gemäss den Ergebnissen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz seien sowohl auf Seiten der Kommission wie auch des Sekretariats Verbesserungen notwendig, auch wenn auf Basis der durch Gesetz und Geschäftsreglement vorgesehenen Organisation grundsätzlich gute Arbeit geleistet werden könne. Damit die Professionalität und die Effizienz der Wettbewerbsbehörden verbessert werde, bedürfte es erstens zwingend einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen. Bis diese in Kraft treten (und teilweise unabhängig davon) würden, könnten zweitens innerhalb des geltenden Systems mit kurz- bis mittelfristigen Massnahmen hinsichtlich der Kommissionsorganisation und der Behandlung der Geschäfte (Arbeitsweise in den beiden Wettbewerbsbehörden) wesentliche Verbesserungen erzielt werden.

¹ Siehe dazu Abschnitt C.4.

Auf Basis dieser Resultate richtete die Evaluationsgruppe Kartellgesetz zwei **Empfehlungen** an den Bundesrat und eine an die Wettbewerbsbehörden. Sie empfahl den Wettbewerbsbehörden, die in einer Evaluationsstudie (Funktionsanalyse) erarbeiteten kurz- bis mittelfristigen Massnahmen in einem extern begleiteten Projekt umzusetzen. Diese würden mit vertretbarem Aufwand zu deutlichen Verbesserungen für die Arbeit in der laufenden Legislaturperiode führen.

Dem Bundesrat empfahl die Evaluationsgruppe Kartellgesetz:

- Die Wettbewerbsbehörden sind von Politik und Wirtschaft unabhängig zu strukturieren und die Entscheidungsträger zu professionalisieren. Kommission und Sekretariat sind in eine einstufige Behörde zu überführen.
- Das Präsidium der WEKO ist baldmöglichst mit einem unabhängigen Ökonomen oder einer unabhängigen Ökonomin als zweiten Vizepräsidenten bzw. zweite Vizepräsidentin zu ergänzen, um ein Gleichgewicht zwischen juristischen und ökonomischen Kenntnissen zu gewährleisten.

Während sich die erste Empfehlung an den Bundesrat noch in Prüfung befindet (vgl. C.4), kam er der zweiten Empfehlung mit der Ernennung von Prof. Stefan Bühler zum zweiten Vizepräsidenten nach.

C.3.2 Organisationsentwicklungsarbeiten der WEKO

Die **WEKO** und das **Sekretariat** erarbeiteten in vier Arbeitsgruppen (Kommissionsarbeit, Management und Führung im Sekretariat, Kernprozesse, IT) verschiedene Massnahmen, namentlich die Folgenden:

- Für die Verbesserung der Entscheidungsprozesse der WEKO: Überarbeitung der Entscheidungsprozesse innerhalb der Kommission (inkl. Führung) und der koordinierenden Steuerungsgefässe (Präsidiumssitzung, Geschäftsleitungssitzung) mit einer optimalen Einbindung der Dienstleiter und Aufbau einer Prozess- und Projektorganisation.
- Für die Verbesserung der Leistungsfähigkeit und Führung der WEKO: Delegation von Standardfällen innerhalb der Kommission, Aufbau einer Projektsteuerung, Überarbeitung der Arbeitsweise der Kommission im Zusammenhang mit Projektmanagement.
- Für die Verbesserung der Prozessorientierung des Sekretariats der WEKO: Erarbeitung einer durchgehenden Projektmanagementstruktur für alle Hauptprozesse (Geschäfte; Beschreibung der Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden in Form von Prozessbeschreibungen mit Meilensteinen, Terminen und Aufwandschätzungen), Wahl einer geeigneten Software-Unterstützung, Aufbau einer Prozessfortschrittskontrolle.
- Für die Verbesserung der Koordination zwischen Kommission und Sekretariat: Klären der Aufgaben, Kompetenzen, Rollen und gegenseitigen Erwartungen bei Geschäften.

Die Arbeitsgruppen legten die Ergebnisse im Sommer und Herbst 2009 vor. Die Umsetzung der Ergebnisse erfolgt laufend. Einige Arbeiten, wie die Umsetzung der durchgehenden Projektmanagementstruktur, werden auch im nächsten Jahr ihre Fortsetzung finden.

C.3.3 Präsidiumsmodell

Insbesondere auf Basis der seit 1. Januar 2008 gesammelten Erfahrungen nach der Verkleinerung der WEKO und nach Vorliegen wichtiger Erkenntnisse aus der genannten Funktionsanalyse, entschied sich die Kommission am 15. September 2008 definitiv für das **Präsidiumsmodell** und verabschiedete entsprechend am 17. November 2008 das überarbeitete Geschäftsreglement der WEKO.

Im Präsidiumsmodell bestehen an Stelle von fünf Einheiten auf Stufe Kommission (Präsidium, drei Kammern, Plenum) noch deren zwei (Präsidium, Plenum). Entsprechend reduziert sich der Abgrenzungs-, Informations- und Abstimmungsaufwand. Das Präsidium hat dabei die Geschäfte des Plenums vorzubereiten, wichtige Geschäfte soweit als notwendig zu begleiten und von der Kommission delegierte Entscheide zu fällen (z. B. die Beurteilung von nicht vertieft zu prüfenden Zusammenschlussvorhaben). Der Wegfall der Kammersitzungen inkl. entsprechende Vorbereitung und die Delegation von Entscheiden an das Präsidium entlastet die Mitglieder der Kommission. Dies erlaubt bei unverändertem Zeitaufwand vertiefere Diskussionen im Plenum. Im Präsidium nimmt dabei weniger die zeitliche Beanspruchung als vielmehr die Verantwortung zu, die bisher mit den jeweiligen Kammern bzw. Kammerpräsidenten geteilt wurde. Mit der am 14. Dezember 2009 erfolgten Ernennung des zweiten Vizepräsidenten durch den Bundesrat wird zudem das Gleichgewicht zwischen juristischen und ökonomischen Kenntnissen im Präsidium gewährleistet.

C.3.4 Fazit

Die Wettbewerbsbehörden setzten die Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz weitgehend um und realisierten damit das geortete Verbesserungspotenzial. Die ergriffenen Massnahmen führen zu **Verbesserungen** namentlich hinsichtlich der Entscheidungsprozesse der WEKO, der Koordination zwischen Kommission und Sekretariat, der Leistungsfähigkeit und Führung der WEKO sowie der Prozessorientierung des Sekretariats der WEKO. Zudem trug die Wahl des Präsidiumsmodells für die Organisation der Kommission zu einer Reduktion des Abgrenzungs-, Informations- und Abstimmungsaufwands bei. Die Massnahmen tragen insgesamt zur Optimierung und Beschleunigung der Arbeitsprozesse und damit auch der Verfahren bei.

C.4 Evaluation und Teilrevision KG

Gemäss Art. 59a des 2003 revidierten Kartellgesetzes hat der Bundesrat für die **Evaluation** der Wirksamkeit der Massnahmen und des Vollzugs **des Kartellgesetzes** zu sorgen, dem Parlament bis im Frühling 2009 zum einen Bericht zu erstatten und zum anderen Vorschläge

für das weitere Vorgehen zu unterbreiten. Für die Durchführung der Evaluation war die externe **Evaluationsgruppe Kartellgesetz** verantwortlich, der auch Mitarbeitende der Wettbewerbsbehörden² angehörten. Am 14. Januar 2009 wurde dem Bundesrat der Synthesebericht³ der Evaluationsgruppe Kartellgesetz zur Kenntnis gebracht. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) prüfte in der Folge die Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz und unterbreitete dem Bundesrat Vorschläge zum weiteren Vorgehen.

Der **Bundesrat** hiess den entsprechenden **Bericht des EVD** am 25. März 2009 gut. In diesem Bericht schlägt der Bundesrat dem Gesetzgeber vor, am heutigen Konzept des Kartellgesetzes sowie an den neuen Instrumenten (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen und Widerspruchsverfahren) grundsätzlich festzuhalten. Die neuen Instrumente des revidierten Gesetzes erfüllen die Absicht des Gesetzgebers, durch die Erhöhung der Präventivwirkung des Gesetzes volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

Der Bundesrat ist jedoch gleichzeitig der Ansicht, dass das Kartellgesetz gewisse Mängel aufweist und Handlungsbedarf besteht. Entsprechend hat er das EVD beauftragt, die Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz unter Berücksichtigung der finanziellen und personellen Auswirkungen zu konkretisieren und bis im Frühjahr 2010 konkrete Vorschläge für eine **Anpassung des Kartellgesetzes** zu erarbeiten. Die auszuarbeitenden Vorschläge sollen sich insbesondere auf die Stärkung der WEKO als unabhängige Institution, die Anpassung der Zusammenschlusskontrolle, die differenzierte Behandlung vertikaler Vereinbarungen sowie die Beschleunigung der Verfahren beziehen. Auch weitere von der Evaluationsgruppe Kartellgesetz angeregte Anpassungen, die zum Teil auch in parlamentarischen Vorstössen gefordert wurden, sollen vertieft geprüft und allenfalls zur Umsetzung vorgeschlagen werden. Zudem sollen das EVD und EDA weitere Abklärungen vornehmen, welche es dem Bundesrat ermöglichen, die Opportunität von Verhandlungen über ein Kooperationsabkommen mit der EU für den formellen Austausch von vertraulichen Informationen zwischen den Wettbewerbsbehörden auch aus europapolitischer Sicht zu beurteilen.

Gestützt auf diese zu erarbeitenden Vorschläge und Abklärungen wird der Bundesrat bis im Frühjahr 2010 über die Eröffnung einer **Vernehmlassung für eine Teilrevision** des Kartellgesetzes entscheiden. Bei seinem Entscheid wird der Bundesrat auch berücksichtigen, welche Konsequenzen die Vollzugsbehörden bis dann aus den Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz gezogen haben, wie sich die Praxis der WEKO und der Gerichte in der Zwischenzeit weiterentwickelt hat und wie das Parlament auf diesen Bericht sowie die hängigen Vorstösse reagiert hat.

Das EVD beauftragte in der Folge das **SECO** mit den Vorbereitungen der Vernehmlassungsvorlage. Das SECO setzte dazu eine unabhängige Arbeitsgruppe ein,

welche die Arbeiten umgehend an die Hand nahm. Dieser Arbeitsgruppe gehören auch Mitarbeitende des Sekretariates der WEKO an.⁴ Die WEKO nahm von der Absicht des Bundesrates und vom Auftrag an die Arbeitsgruppe Kenntnis.

² Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz setzte sich aus einer Steuerungs- und einer Kerngruppe zusammen. Der Steuerungsgruppe gehörten die folgenden Personen an: Dr. R. Corazza (Sekretariat der WEKO, Direktor, Projektverantwortlicher der KG-Evaluation und Vorsitzender der Steuerungsgruppe), Dr. U. Böge (ehemaliger Präsident des deutschen Bundeskartellamtes und des International Competition Networks ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, Leiter der Direktion für Wirtschaftspolitik), Dr. W. Bussmann (BJ, Verantwortlicher Gesetzes-evaluation und Föderalismusfragen), Frau Prof. Dr. D. Herren (Universität Bern, Institut für Wirtschaftsrecht) sowie Prof. Dr. V. Martenet (Université de Lausanne, Vizepräsident der WEKO). Die Kerngruppe setzte sich zusammen aus F. Stüssi (Sekretariat der WEKO, Referent, Projektleiter der KG-Evaluation), Dr. B. Zirlick (Sekretariat der WEKO, Leiter Recht), S. Michal (SECO, Stellvertretender Leiter Ressort Wachstum und Wettbewerbspolitik) und Dr. S. Rutz (Sekretariat der WEKO, Leiter Ökonomie).

³ Der Synthesebericht beruht auf 15 Berichten und Studien und enthält 14 Empfehlungen (zugänglich auf: www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de).

⁴ Dr. R. Corazza (Direktor) ist Mitglied der Projektoberleitung, F. Stüssi (Leiter Direktionsgeschäfte) und Dr. B. Zirlick (Leiter Recht) sind Mitglieder des Projektteams.

C.5 Statistik

Untersuchungen	2009	2008
Während des Jahres geführt	20	20
davon Übernahmen vom Vorjahr	16	13
davon Eröffnungen	4	7
Endentscheide	6	4
davon einvernehmliche Regelungen	3	1
davon behördliche Anordnungen	2	1
Davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	5	1
Vorsorgliche Massnahmen	0	2
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	0	1
Vorabklärungen		
Während des Jahres geführt	19	19
Übernahmen vom Vorjahr	11	11
Eröffnungen	8	8
Abschlüsse	7	12
davon mit Untersuchungseröffnung	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	4	2
davon ohne Folgen	2	8
Andere Tätigkeiten		
Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	12	31
Beratungen	35	23
Marktbeobachtungen	87	36
Sonstige Anfragen	210	246
Zusammenschlüsse		
Meldungen	26	40
Kein Einwand nach Vorprüfung	19	39
Prüfungen	5	3
Entscheide der WEKO	4	2
nach Vorprüfung	1	0
nach Prüfung	3	2
Vorzeitiger Vollzug	0	0
Beschwerdeverfahren		
Beschwerdeverfahren total	6	12
davon abgeschlossen	1	8
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1	7
davon teilweiser Erfolg		1
Hängig Ende Jahr	5	4
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.		
Gutachten (Art. 15 KG)	2	2
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	4
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	0	3
Nachkontrollen	4	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	186	71
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	9	n.a.
BGBM		
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	0
Erläuterungen (Sekretariat)	27	31
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	1	3

A 1.	2. Rapport annuel 2009 de la Commission de la concurrence
------	--

A Avant-propos du Président

En 2009, les autorités de la concurrence ont pris des décisions déterminantes en matière de „cartels de soumission“ et d’„accords verticaux“, que j’aimerais ici brièvement aborder.

En ce qui concerne les cartels de soumission, les autorités de la concurrence poursuivent plusieurs approches: informations sur les cartels de soumission auprès des pouvoirs d’adjudication et mise en œuvre de la Loi sur les cartels (LCart) à l’encontre des entreprises participant à un cartel de soumission. En premier lieu, le but est de rendre les pouvoirs d’adjudication et les entreprises soumissionnaires conscients que les cartels de soumission ne sont plus des délits négligeables. Il s’agit ensuite d’augmenter l’effet préventif grâce aux décisions concrètes et aux sanctions prises dans ce domaine, de telle manière à éviter la formation future de cartels de soumission.

Le Secrétariat a pris contact avec les pouvoirs d’adjudication fédéraux et cantonaux afin de les informer de la manière dont la LCart s’applique à un cartel de soumission. De même, il leur propose une formation sur place permettant d’acquérir les connaissances nécessaires en la matière.

Concernant la mise en œuvre de la LCart face à un cartel de soumission concret, la COMCO a mis fin en été 2009 à une enquête à l’encontre de huit installateurs électriques bernois. Sur la base des informations apportées dans le cadre du programme de clémence, les preuves ont pu être apportées que le cartel s’était étendu à 108 projets de constructions, avec un volume total d’environ CHF 36 Mio. Les entreprises impliquées ont été sanctionnées d’amendes totalisant CHF 1.24 Mio.

Dans le domaine des accords verticaux, la COMCO a pris sa première décision de sanction pour violation de l’art. 5 al. 4 LCart. Dans l’affaire „Felco/Landi“, elle a infligé une amende à ces entreprises pour accord illicite sur les prix qui a conduit à une augmentation du prix final. Dans l’affaire „Gaba“, elle a sanctionné cette entreprise pour avoir empêché des importations parallèles en Suisse suite à l’interdiction d’exportation faite à sa titulaire de licence autrichienne. Dans l’affaire „Médicaments hors-liste“ finalement, la COMCO a interdit l’utilisation future de prix publics recommandés, en raison de l’application systématique de ces derniers par les médecins dispensants et les pharmacies. En effet, un accord illicite sur les prix était dès lors constitué.

Grâce à ces décisions maitresses en matière d’accords verticaux (fixation des prix et entrave aux importations parallèles), la COMCO a garanti une plus grande sécurité du droit aux entreprises. Elle va poursuivre de manière prioritaire ses activités de détection d’entraves aux importations parallèles, d’autant que ces tentatives d’entrave risquent d’augmenter en raison de la révision de la Loi sur les brevets et suite à l’introduction du principe du Cassis-de-Dijon.

Prof. Walter A. Stoffel

Président de la Commission de la concurrence

B Activités dans les différents domaines

B.1 Accent sur les cartels de soumission

Aperçu: La lutte contre les cartels de soumission est un thème prioritaire pour le Secrétariat depuis 2008. Ces accords sont aussi répandus qu'ils sont nuisibles à l'économie nationale. Ils conduisent à des dépenses publiques majorées, lesquelles se répercutent directement ou indirectement sur la charge fiscale de la population et sur l'économie. Eu égard au fait que les collectivités publiques (Confédération, cantons et communes) dépensent chaque année en tout cas CHF 30 Mia en travaux, biens et services, les cartels de soumission font courir le risque de dommages potentiellement très élevés.

L'activité du Secrétariat dans le domaine des cartels de soumission se fonde sur un concept développé spécifiquement pour le secteur, basé sur trois piliers:

- Le pilier „prévention & information“ comprend les mesures de sensibilisation, de prévention, d'information, d'échange de connaissances ainsi que de renforcement du rôle d'interlocuteur des autorités de la concurrence (p. ex. journées de formation et conférences). Ce pilier s'adresse aux pouvoirs adjudicateurs, aux entreprises actives sur le marché des adjudications (soumissionnaires), aux régulateurs du secteur des adjudications publiques, ainsi qu'aux autres cercles intéressés.
- Le pilier „détection“ comprend les mesures visant à détecter les éventuels cartels de soumission (p. ex. collecte et analyse des soumissions). Les interlocuteurs, respectivement partenaires, du Secrétariat sont ici tout d'abord les pouvoirs adjudicateurs, lesquels ont un rôle clé à jouer dans la détection des cartels de soumission.
- Le pilier „répression“ comprend finalement la poursuite, le démantèlement et la sanction des cartels de soumission à l'aide des moyens mis à disposition par la Loi sur les cartels.

Le Secrétariat a mis en place le concept décrit ci-dessus durant l'année 2009.

Collaboration avec les cantons: Sur son initiative, le Secrétariat a pu mener des discussions bilatérales avec 18 cantons au total sur le thème des „cartels de soumission“. Le but de ces discussions – qui se tenaient généralement dans les capitales respectives des cantons en présence de représentants de la direction des travaux publics – était d'examiner les possibilités de collaboration en matière de lutte contre lesdits cartels de soumission.

Un important point abordé était d'une part l'analyse des soumissions cantonales. Le Secrétariat présentait d'autre part son module de formation „Adjudications publiques et concurrence“. Ce module, développé à l'origine à l'attention des pouvoirs d'adjudication de la Confédération, associé à la proposition d'adapter ce module selon la situation propre à chaque canton, respectivement à chaque pouvoir d'adjudication cantonal. Le bilan de ces rencontres est plutôt positif. Ainsi, les cantons se sont montrés intéressés à coopérer avec les autorités de la concurrence en matière de lutte contre

les cartels de soumission. De plus, les offres de formation proposées par le Secrétariat ont été favorablement reçues.

A la fin octobre 2009 à St-Gall, le Secrétariat a dispensé les premières séances de formation, en collaboration avec la direction des travaux du canton de St-Gall. Cet événement „pilote“ peut être considéré comme un succès eu égard aux intensifs échanges d'expériences mutuelles, véritables transferts de connaissances. Sur la base de ces expériences et des feedbacks correspondants, le Secrétariat va intensifier son activité de formation pour l'année à venir. Il a également l'intention d'analyser les soumissions cantonales au moyen de méthodes statistiques dans le cadre d'un projet pilote. L'accent sera plus particulièrement mis sur les marchés d'adjudication présentant des risques de collusion.

Information: Sur proposition de la rédaction de l'émission ECO de la chaîne suisse alémanique SF, cette dernière a effectué un reportage sur le travail de la COMCO concernant la lutte contre les cartels de soumission. Le reportage d'une durée de 11 minutes, diffusé le 23 novembre 2009 sur la chaîne SF1 et basé sur le cas des „Installateurs électriques bernois“ (cf. B.3.5), offrait aux téléspectatrices et téléspectateurs un aperçu de la procédure et des instruments à disposition de la COMCO en matière de détection et de sanction des cartels de soumission. De plus, il présentait le projet de collaboration initié à St-Gall entre la COMCO et les cantons en matière de lutte contre de tels cartels.

Répression: En matière de répression finalement, on peut mentionner l'enquête désormais close visant le cartel des installations électriques bernoises (cf. B.3.5) ainsi que l'enquête ouverte à l'encontre de plusieurs entreprises de construction des cantons de Zurich et d'Argovie, laquelle a débuté avec des perquisitions (cf. B.5.2).

B.2 Accent sur les accords verticaux

En 2009, un accent a été mis par les autorités de la concurrence sur les accords verticaux. Avec les cas „Sécateurs et cisailles“, „Médicaments hors-liste“, et „Gaba“, la COMCO a rendu trois décisions maîtresses dans le domaine vertical quant à l'application de l'art. 5 al. 4 LCart ainsi que de la Communication sur les accords verticaux du 2 juillet 2007 correspondante (CommVert 2007). L'enquête Gaba a permis à la COMCO de concrétiser les modalités de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace face à un accord conférant une protection territoriale absolue. Dans l'affaire Sécateurs et cisailles, la COMCO a précisé les modalités de l'examen de la notabilité de l'atteinte à la concurrence d'un accord vertical dur. Dans l'affaire Hors-liste finalement, la COMCO a établi l'illicéité des prix publics recommandés desquels résultent des prix de vente fixes. Ces trois décisions amélioreront la sécurité du droit. Plus particulièrement, les trois enquêtes ont conduit aux résultats suivants :

Sécateurs et cisailles

Par décision concernant l'enquête **sécateurs et cisailles**, la COMCO a condamné deux entreprises, Felco SA et Landi Schweiz AG, pour accord vertical illicite portant sur un prix fixe de revente (pour une description détaillée

de la décision, cf. B.3.5). Pour la première fois, la COMCO a amendé un accord vertical fixant un prix de revente, considéré par l'art. 5 al. 4 LCart comme étant particulièrement dommageable à la concurrence.

La décision confirme que les prix fixes de revente sont généralement illicites en droit suisse, comme en droit européen. Ils ne peuvent être justifiés que très exceptionnellement, par exemple pour la période de lancement d'un nouveau produit sur le marché suisse. Elle précise la portée de la CommVert 2007.

L'analyse du cas a essentiellement porté sur la notabilité de l'accord. La COMCO a rappelé dans sa décision que la question de la notabilité d'un accord doit être étudiée de cas en cas, en examinant les éléments qualitatifs et quantitatifs de l'accord. Toutefois, en présence d'un accord dur tels ceux mentionnés à l'art. 5 al. 4, le facteur qualitatif touché par l'accord est d'une telle importance qu'il sera conclu à une affectation notable de la concurrence, même en présence d'un élément quantitatif bas. Seules des restrictions ne déployant que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et qui ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets ne remplissent pas le critère de la notabilité quantitative. Pour ce type d'accords les seuils figurant au ch. 13 CommVert 2007 et dans la Communication PME peuvent ne pas être atteints.

Médicaments hors-liste

Au terme de l'enquête sur les **médicaments hors-liste**, la COMCO a rendu sa première décision en matière de recommandations verticales de prix (cf. B.3.1). Elle a estimé que la publication de prix publics recommandés (PPR) par les fabricants de trois médicaments et leur application par les points de vente correspondaient à des pratiques concertées au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Les intérêts convergents des parties, l'influence de l'ancien cartel Sanphar et le taux de suivi élevé des PPR sont des éléments déterminants pour assimiler ces accords, certes déguisés en recommandations, à une fixation de prix de vente, laquelle remplit les conditions de présomption de l'art. 5 al. 4 LCart.

Le taux élevé d'application des PPR par les points de vente avait pour conséquence que ces derniers n'exerçaient pas de pression sur le prix de fabrique des entreprises pharmaceutiques. Une concurrence efficace sur les prix au niveau de la vente aurait notamment encouragé les pharmacies à faire pression sur les grossistes et les entreprises pharmaceutiques afin d'obtenir les médicaments à des conditions plus avantageuses et d'être ainsi en mesure d'offrir des prix plus bas. Cela aurait finalement eu pour conséquence une diminution du prix de fabrique des entreprises pharmaceutiques ainsi que de la marge de chaque échelon de la distribution. Le système profitait aux entreprises pharmaceutiques aussi bien qu'aux points de vente, qui avaient tous deux des incitatifs financiers à le maintenir en place.

La collusion, qui se manifestait dans le taux d'application des PPR, était également favorisée par le rôle joué dans ce secteur par les banques de données d'e-médicament (Galdat et Pharmavista). Galdat permettait d'identifier le produit à la caisse par scannage et indiquait le PPR corres-

pondant, qui avait été enregistré au préalable dans le système. La tentation était alors grande pour une pharmacie d'appliquer le PPR indiqué, d'autant que ce procédé lui était favorable.

Dans sa décision, la COMCO s'est référée à l'influence de Sanphar en relation avec la publication et l'application des PPR. Comme ce fut le cas pour Sanphar, le fait qu'un médicament déterminé était vendu en Suisse à un moment déterminé, à un prix déterminé, pour une quantité et une qualité déterminées (DPC 2000/3, p. 379 n. 142), a été considéré comme un élément favorisant la coopération pendant la période examinée. Il permettait aux fabricants et vendeurs des trois médicaments d'anticiper le comportement de leurs concurrents et ainsi à chacun de s'y ajuster.

Gaba

Avec la décision mettant fin à l'enquête **Gaba**, la COMCO a rendu sa première décision en matière d'accord conférant une protection territoriale absolue (cf. B.5.1). Le contrat conclu entre la fabricante du dentifrice Elmex, Gaba International AG, et la titulaire de la licence en Autriche, Gebro Pharma GmbH, comportait jusqu'en septembre 2006 une clause d'interdiction d'exportation pour les produits Gaba couverts par la licence. Cette clause remplissait les conditions de présomption de suppression de la concurrence efficace selon l'art. 5 al. 4 LCart.

Selon les considérations de la COMCO, cette présomption peut être renversée en apportant la preuve que l'accord restreignant la concurrence ne la supprime toutefois pas. Il s'agit d'apprécier globalement la situation sur le marché. Celle-ci est déterminée par la concurrence intra-marque aussi bien qu'inter-marques. En cas de restriction verticale à la concurrence, la concurrence intra-marque aussi bien qu'inter-marques doit être analysée en relation avec le cas d'espèce.

Au terme d'une analyse détaillée de la concurrence intra-marque (Elmex rouge) et de la concurrence inter-marques, la COMCO est parvenue à la conclusion que la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart pouvait être renversée dans le cas Gaba en additionnant la concurrence intra-marque et la concurrence inter-marques existantes; la concurrence intra-marque seule n'aurait pas suffi. Toutefois, l'interdiction d'exportation avait pour effet une atteinte notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart), non justifiée par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). C'est pourquoi cette clause, appliquée jusqu'en septembre 2006, était une interdiction illicite d'importations parallèles.

Développements dans l'UE en matière d'accords verticaux

Le **Règlement européen en matière d'accords verticaux** (Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées; ci-après: Règlement sur les verticaux) fut l'objet en 2009 d'une révision. Eu égard à l'expiration de ce règlement à fin mai 2010 et des expériences accumulées depuis son entrée en vigueur, un nouveau Règlement sur les verticaux devrait être édicté dans l'UE. La Commission euro-

péenne prendra une décision en la matière au cours des premiers mois de l'année 2010.

A cette fin, la Commission européenne a établi une version révisée du Règlement sur les verticaux ainsi que les lignes directrices correspondantes, lesquelles ont été soumises à une consultation publique jusqu'en septembre 2009. Globalement, la Commission européenne est d'avis que les règles et directives de l'actuel Règlement sur les verticaux ont fait leurs preuves et ne nécessitent pas de grandes modifications. Les propositions de modification visent surtout à prendre en compte les derniers développements du marché, notamment l'augmentation du pouvoir d'achat des grandes enseignes de distribution et l'évolution de la distribution en ligne.

Concrètement, la Commission européenne suggère d'une part qu'une entente verticale ne soit plus soumise au Règlement sur les verticaux à moins que (comme auparavant) la part de marché des fournisseurs dépasse 30 %, mais également celle de leur client dépasse ce seuil. En comparaison avec la version actuelle, la nouvelle version tiendra mieux compte de la répartition de la puissance de marché. Afin de promouvoir la distribution online, l'approche proposée par la Commission européenne précise d'autre part la différence entre une vente résultant d'un marketing actif („vente active“) et une vente dont l'initiative est venue du client final („vente passive“). L'approche détaille également comment le processus d'examen selon le nouveau Règlement sur les verticaux des conditions imposées au commerçant par son fournisseur en matière de vente par internet.

Comme le Règlement sur les verticaux, le **Règlement d'exemption par catégorie concernant les accords verticaux dans le secteur automobile** (Règlement (CE) n°1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile; ci-après: REC-Auto) expire également à la fin mai 2010. La Commission européenne propose de prolonger le REC-Auto pour une durée de trois ans en ce qui concerne le marché de la vente de véhicules neufs (marché primaire), pour ensuite régler ce dernier selon les dispositions du Règlement général sur les verticaux. En ce qui concerne les marchés de la réparation et de l'entretien ainsi que celui de la distribution de pièces de rechange (marché situé en aval), un nouveau règlement d'exemption par catégorie, spécifique au secteur, devrait entrer en vigueur le 1er juin 2010. A la fin 2009, un avant-projet était soumis à une procédure de consultation publique à cet effet.

B.3 Services

B.3.1 Santé publique

Médicaments hors-liste

En novembre 2009, la COMCO a clos son enquête sur les médicaments hors-liste. Cette enquête visait les prix publics recommandés (PPR) de Bayer (Schweiz) AG, Eli Lilly (Suisse) SA et Pfizer AG pour leurs trois médicaments contre les troubles érectiles Levitra, Cialis et Viagra.

Il s'agit de trois médicaments soumis à ordonnance de catégorie B (vente sur ordonnance médicale renouvelable) qui ne font pas partie de la liste des spécialités (LS) de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) et ne sont donc pas remboursés par l'assurance de base. Leur prix maximal n'est pas fixé par l'OFSP, puisqu'ils ne se trouvent pas sur la LS. Ils sont donc soumis à la libre concurrence et leur prix est déterminé par les distributeurs (pharmacies et médecins dispensants).

Les trois entreprises pharmaceutiques déterminaient des PPR pour leurs trois médicaments. Les distributeurs étaient ensuite informés des prix, essentiellement grâce à la banque de données payante e-mediat (Pharmavista et Galdat), ou par les bons de livraison des grossistes. L'enquête a permis de démontrer que 89,7 % des pharmacies et 81,3 % des médecins dispensants appliquaient généralement ces prix pour les trois médicaments en question.

La publication et l'application des PPR trouvent leur origine dans le cartel Sanphar, qui avait été interdit par la COMCO en 2000 (DPC 2000/2, p. 20 ss.). Sanphar était un accord de branche qui permettait notamment d'arrêter les prix de revente par rapport à un barème de marges. La procédure a permis de constater que les trois entreprises pharmaceutiques calculaient les PPR sur la base du barème de marges Sanphar et que les distributeurs (en particulier les pharmacies) appliquaient ces PPR. Ce système profitait aux deux parties, puisqu'il stabilisait autant le prix de fabrique pour les entreprises pharmaceutiques que les marges des pharmacies.

Il a résulté de l'enquête qu'au cours des années 2005 et 2006, 63,5 %, respectivement 63,4 %, de tous les emballages de médicaments Cialis, Levitra et Viagra écoulés par les pharmacies ont été vendus au prix recommandé. Les emballages vendus avec un rabais – sur la base du prix recommandé – représentaient 18,9 %, respectivement 19,1 %, de tous les emballages écoulés par les pharmacies. Or, ces rabais n'étaient pas liés au produit vendu, mais au client. Au vu de telles incidences sur le marché ainsi que de la coexistence de trois accords similaires englobant la totalité du marché de produits concernés, la COMCO a abouti à la conclusion que la concurrence efficace était supprimée sur ce marché.

La COMCO a constaté que la publication et l'application des PPR pour ces trois médicaments constituaient des accords verticaux illicites selon l'art. 5 al. 1 et 4 LCart, supprimant la concurrence efficace. La COMCO a enjoint aux entreprises pharmaceutiques concernées de cesser la publication de PPR pour les médicaments Cialis, Levitra et Viagra et leur a infligé une amende totale de CHF 5,7 Mio.

Aliments diététiques pour animaux

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable dans le domaine de l'alimentation diététique pour animaux après avoir appris que des pharmacies ne se voyaient pas livrer par certains fournisseurs les aliments diététiques pour animaux qu'elles avaient commandés. Il a résulté de l'enquête préalable que les aliments diététiques pour animaux malades, qui permettent de résorber à moyen ou long terme les causes des maladies ou, du moins, d'atténuer leurs symptômes, étaient presque exclusive-

ment distribués par les vétérinaires. Il y avait donc des indices laissant penser que l'exclusion des pharmacies du processus de distribution pouvait être due à des ententes illicites en matière de concurrence.

L'enquête préalable a pu être close sans suite. En effet, les distributeurs concernés se sont engagés auprès du Secrétariat à livrer aux pharmacies, aux conditions usuelles pour la branche, les aliments diététiques pour animaux. Les distributeurs desdits aliments se sont également engagés à respecter certaines règles ayant trait aux recommandations de prix à destination des vendeurs finaux.

Fusions

Deux fusions dans le secteur pharmaceutique ont permis aux autorités de la concurrence de préciser leur pratique concernant l'examen préalable des fusions, se rapprochant de la pratique en vigueur dans l'Union européenne à l'avantage des entreprises concernées.

D'une part, les autorités de la concurrence suisses vont demander aux entreprises notifiantes également leur fusion auprès des autorités européennes de s'engager, le cas échéant, à appliquer en Suisse également les charges imposées pour les marchés de l'Union européenne dans la mesure où les remèdes trouvés dans l'Union européenne sont appropriés au marché suisse.

D'autre part, les autorités fédérales de la concurrence ont clarifié les critères d'examen des marchés touchés par l'opération de rachat sur lesquels seulement l'une des parties impliquées est active avec une part de marché d'au moins 30 %. Dans ce cas de figure, il s'agit de vérifier dans quelle mesure les autres parties à l'opération peuvent être considérées comme des entreprises potentiellement en concurrence. Trois situations permettent de dire que l'opération envisagée fait disparaître des concurrents potentiels : 1) lorsqu'une des parties à l'opération envisage d'entrer sur le marché problématique ou s'est fixé ou a poursuivi un tel objectif au cours des deux dernières années (le développement de médicaments concurrents dans une phase avancée peut être considéré comme une volonté d'entrer sur un nouveau marché) et 2) lorsque cette partie détient d'importants droits de propriété intellectuelle sur ces marchés sans pour autant y être active. 3) une attention particulière sera portée aux cas où une partie est présente sur un marché de produits situé en amont ou en aval, ou qui est un marché voisin étroitement lié au marché de produits sur lequel la partie qui détient au moins 30 % des parts de marché.

B.3.2 Services financiers

Cartes de crédit

Le Secrétariat a ouvert au cours de l'année considérée une nouvelle enquête visant les cartes de crédit Visa et MasterCard et a simultanément conclu un accord transitoire à l'amiable avec les entreprises actives sur le marché des cartes de crédit. Cet accord leur garantit la sécurité du droit jusqu'à la clôture de l'enquête.

En décembre 2005, la COMCO avait clos une enquête dans l'affaire „Cartes de crédit – Interchange Fee“. La fixation des commissions multilatérales d'interchange domestiques (Domestic Multilateral Interchange Fee;

DMIF) dans le domaine des cartes de crédit Visa et MasterCard a été qualifiée d'accord notable sur les prix entre les issuer et les acquirer (DPC 2006/1, p. 65 ss.). Dans ses considérants, la COMCO a estimé que la négociation multilatérale des commissions d'interchange permettait un gain en efficacité par rapport aux négociations bilatérales, de telle manière à justifier des négociations multilatérales en l'absence de leurs effets négatifs et si les avantages en matière d'efficacité sont démontrés. En guise de solution, dans le cadre d'un accord amiable signé le 29 mars 2005 (accord I), les DMIF ont été adaptés aux coûts de réseau objectifs des issuer et une approche favorable à la concurrence a été choisie pour leur méthode de calcul. Afin de pouvoir prendre en compte l'évolution du marché des cartes de crédit, la COMCO avait fixé le délai de validité de cet accord à quatre ans. L'accord I expire en février 2010.

Eu égard à cette échéance, le Secrétariat a mené au cours de l'année 2009 une analyse des effets de la décision de la COMCO sur le marché des cartes de crédit. Sur la base de cette analyse (et plus particulièrement en relation avec les coûts de réseau), le Secrétariat a ouvert en juillet 2009 une nouvelle enquête relative aux DMIF. Au cours de la procédure, le Secrétariat a déclaré aux parties qu'il était prêt à valider une solution provisoire dans le cadre d'un nouvel accord amiable (accord II).

Le but de l'accord II est de maintenir des DMIF basés sur les coûts effectifs, de telle manière à garantir le statu quo. De plus, des mesures supplémentaires ont été prises afin de renforcer l'approche en faveur la concurrence dans le cadre de la méthode de calcul utilisée pour la détermination des DMIF. L'accord II entrera en vigueur le 1er février 2010, pour une durée de 3 ans, respectivement jusqu'à la clôture de l'enquête en cours.

Cartes de débit

Visa Europe prévoit de lancer en Suisse sa carte de débit V PAY. Pour la mise en œuvre de son projet, Visa Europe avait l'intention d'introduire en Suisse une DMIF. La DMIF pour la carte de débit Visa V PAY a été annoncée au Secrétariat par le biais de l'art. 49a al. 3 let. a LCart, ce qui l'a conduit à ouvrir une enquête préalable en la matière.

Le Secrétariat conclut dans son enquête préalable que la DMIF pour V PAY est un accord en matière de concurrence. Il s'agit d'un accord horizontal entre les issuer et les acquirer. Toutefois, grâce à la situation actuelle sur le marché et aux engagements pris par Visa Europe pour la période d'entrée sur le marché, d'éventuels problèmes cartellaires liés à l'accord sur les prix en cause ont pu être provisoirement écartés. Eu égard au fait qu'aucune banque n'a encore émis de carte V PAY en Suisse et que le marché suisse des cartes de débit est pour l'heure largement dominé par Maestro, un produit MasterCard, l'accord sur les prix est admissible pour la période d'entrée sur le marché. Le Secrétariat estime que l'Interchange Fee prévue ne risque de nuire à la concurrence que dans la mesure où V PAY réussit son entrée sur le marché et acquiert une certaine importance sur le marché des cartes de débit.

Peu après la notification provenant de Visa Europe, MasterCard Europe SPRL a elle aussi annoncé aux

autorités de la concurrence son projet d'introduire une Interchange Fee pour toutes les transactions domestiques effectuées avec une carte de débit Maestro. Or, le système Maestro suisse fonctionne actuellement sans Interchange Fee. Le Secrétariat a également ouvert une enquête préalable en la matière, laquelle est en cours.

Too big to fail/régulation

En raison des événements qui se sont produits sur les marchés financiers au cours de l'année 2008 et de la crise qui en a découlé sur les différentes places financières internationales, le thème du „too big to fail“ a été au cœur des débats en matière de concurrence ou de stabilité pour de nombreuses autorités et institutions cette année. L'OCDE s'est intéressée à la question du rôle du droit de la concurrence sur le marché des services financiers, notamment par rapport à la stabilité du système. Dans ses conclusions, elle a notamment souligné les éléments suivants :

- La crise actuelle n'est ni le résultat de dysfonctionnements du marché ni celui d'une compétition trop forte, mais résulte plutôt du manque de régulation dans le secteur financier;
- La forme oligopolistique du marché financier, comportant peu de banques, mais toutes de taille par rapport au système, a grandement favorisé la crise;
- Malgré les spécificités des marchés financiers et leur importance économique, ces derniers sont soumis aux règles du droit de la concurrence;
- Il s'agit d'appliquer les règles du droit de la concurrence même en cas d'intervention étatique à court terme, notamment lors de la mise en place de l'intervention étatique et des „stratégies de sortie“.

Suite au sauvetage devenu nécessaire d'UBS et des discussions sur le thème du „too big to fail“, le Conseil fédéral a mis sur pied en novembre 2009 un groupe d'experts incluant les autorités de la concurrence. Son but est d'analyser la problématique du „too big to fail“ et de proposer des solutions visant à réduire son risque.

En juillet 2009, la FINMA a ensuite entamé un audit visant des modifications de l'Ordonnance sur les fonds propres (OFR; RS 952.03). Les modifications apportées, entrées en vigueur le 1er janvier 2010, consistent en l'abrogation du rabais accordé aux banques cantonales en ce qui concerne la réserve obligatoire de fonds propres (art. 33 al. 3 OFR) ainsi que de la cotisation extraordinaire des banques coopératives (art. 16 al. 4 et art. 28 al. 2 OFR). Le but de la FINMA est d'améliorer, qualitativement, la réserve de fonds propres des banques cantonales et coopératives. Leur traitement de faveur vis-à-vis des autres instituts financiers peut ainsi être abandonné. Au milieu des années 90 déjà, les autorités de la concurrence avaient souligné cette différence de traitement. Elles approuvent par conséquent la réforme.

B.3.3 Services professionnels et autres domaines

Sécateurs et cisailles

Dans le domaine de la lutte contre les accords verticaux, la COMCO a rendu une décision en mai 2009. Il s'agissait de la première décision appliquant l'art. 5 al. 4 LCart. Selon cet article, sont présumés supprimer la concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe.

Dans cette affaire, la COMCO a sanctionné Felco SA et Landi Schweiz AG. Felco SA est une entreprise suisse qui fabrique des sécateurs et cisailles. Elle entretient depuis de nombreuses années des relations commerciales avec Landi Schweiz AG, qui distribue une partie de sa production. En septembre 2006, ces deux entreprises ont conclu un contrat prévoyant un prix fixe de revente pour certains produits Felco, tous déjà introduits sur le marché suisse. Après avoir constaté que ce contrat pouvait contrevenir à la LCart, Felco SA a spontanément décidé le 15 août 2007 de le dénoncer aux autorités de la concurrence dans le cadre du programme de clémence. Au cours de la procédure, les deux entreprises ont conclu un accord amiable avec le Secrétariat de la COMCO. Celui-ci a été approuvé par la COMCO, qui a en outre infligé une sanction aux deux entreprises pour leur comportement illicite.

Par cette décision, la COMCO a pour la première fois sanctionné un accord vertical dur (art. 5 al. 4 LCart) et précisé la portée de la ComVert2007. Il s'agit là également d'un premier cas de demande de bonus, selon le programme de clémence, dans le cadre d'un accord vertical. Dans la mesure où l'entreprise dénonciatrice a été considérée comme instigatrice de l'accord, elle n'a pu bénéficier d'une totale réduction de la sanction, mais uniquement d'une réduction partielle. Toutefois, en raison de l'excellente coopération des parties au cours de la procédure, des sanctions symboliques ont pu être prononcées.

Cartels de soumission

La COMCO a clos par une décision l'enquête „Installateurs électriques bernois“ en juillet 2009, soit après seulement une année et demie. Elle a prononcé dans cette affaire sa première décision en matière de lutte contre les cartels de soumission, domaine prioritaire selon ses buts fixés en 2008.

Le déclencheur de l'enquête, qui a été ouverte avec des perquisitions, est une dénonciation provenant d'un whistleblower, c'est-à-dire un tiers non participant au cartel. Une enquête intensive, au cours de laquelle toutes les parties ont activement coopéré dans le cadre du programme de clémence, a permis de découvrir l'existence de plusieurs cartels de soumission concernant divers gros projets d'installations électriques dans la région de Berne entre 2006 et 2008. Les entreprises échangeaient des informations relatives aux prix et aux clients et se répartissaient les projets en s'accordant sur les offres

que chacune présentait, de telle manière que la concurrence était pour ainsi dire inexistante et que la notion même d'appel d'offres était réduite à néant. Les rencontres mensuelles entre les entreprises concernées donnent aux accords individuels un caractère de durée et justifient le supplément infligé dans le cadre du calcul de l'amende.

L'amende a été fixée à un montant total de CHF 1.24 Mio. La COMCO a profité de l'occasion pour ajuster les détails de son programme de clémence, que toutes les parties au cartel ont suivi.

Dans le domaine informatique, le Secrétariat a mené une procédure à l'encontre de l'entreprise SAP, active dans le domaine des logiciels de gestion „Enterprise resource planning (ERP)“. Cette entreprise propose la maintenance de son programme informatique, contre paiement d'un abonnement annuel dont le montant est calculé en pourcentage du prix de la licence pour le programme. Jusqu'à fin 2008, il existait plusieurs contrats de maintenance à disposition des entreprises, présentant des prestations distinctes, à des coûts différents. SAP a toutefois décidé de ne plus fournir à l'avenir qu'un seul type de contrat de maintenance, le plus cher, ce qui occasionnerait une augmentation étalée sur quatre années de 5 % des coûts annuels (de 17 % à 22 % du coût de la licence). Compte tenu des réactions de ses clients et aussi de l'intervention des autorités de la concurrence, l'entreprise SAP a décidé de revenir sur sa décision et de continuer à offrir plusieurs types de contrats. La procédure a dès lors pu être classée sans suite.

B.4 Infrastructure

B.4.1 Médias

Dans le secteur des médias, deux importants projets de concentration d'entreprises ont fait l'objet d'une procédure d'examen approfondi par la COMCO.

Dans le premier cas, il s'agissait de la reprise des activités suisses d'**Edipresse** par **Tamedia**. En raison d'indices de la création ou du renforcement d'une position dominante sur le marché des quotidiens gratuits pour pendulaires en Suisse romande, la COMCO a décidé de procéder à un examen approfondi des effets concurrentiels du projet de concentration. Cet examen a montré qu'il n'existait sur le marché des annonces en Romandie de la place que pour un seul journal gratuit pour pendulaires, en raison de sa relative petite taille. Cette conclusion est partagée par l'expert indépendant mandaté par la COMCO. En raison des pertes importantes subies par Edipresse dans le cadre de la publication de son quotidien gratuit Le Matin Bleu, celui-ci aurait sans doute été à terme éliminé du marché, même sans la fusion de son éditeur avec Tamedia, éditeur de 20 minutes, aucun éditeur n'ayant pas ailleurs montré un intérêt pour le rachat du Matin Bleu dans la situation actuelle.

Dans ces conditions, la COMCO a estimé que les conditions nécessaires à la justification d'une fusion d'assainissement étaient remplies et a dès lors autorisé le projet sans charges ni conditions. Il n'appartient en effet pas à la COMCO de maintenir de manière artificielle une concurrence sur un marché lorsqu'elle n'est de fait pas réalisable. A noter pour le surplus que la COM-

CO a estimé que la concentration ne menait à aucune addition de parts de marché sur les autres marchés concernés par la concentration, les activités de Tamedia étant situées en Suisse alémanique et celles d'Edipresse en Suisse romande.

La deuxième concentration concerne la mise en commun des services de distribution matinale de journaux de **Tamedia**, du groupe **NZZ** et de la **Poste**. Dans ce cas également, la COMCO a procédé à un examen approfondi du projet de fusion, afin de déterminer s'il existe une concurrence potentielle suffisante à Tamedia, NZZ et la Poste dans le secteur de la distribution matinale de journaux. Elle est arrivée à la conclusion que si le marché ne restait pas suffisamment ouvert, la nouvelle organisation telle que projetée par Tamedia, NZZ et la Poste, disposerait d'une position dominante qui ne laisserait que peu de place à une éventuelle concurrence. Tout autre distributeur ne pourrait en effet guère s'établir sur ce marché sans les clients que sont Tamedia et le groupe NZZ. Pour ces raisons, la COMCO n'a autorisé la concentration que moyennant des charges. Les services de distribution peuvent en effet être fusionnés, mais les éditeurs ne peuvent participer à la nouvelle entité de distribution et la gérer en commun avec la Poste.

Le Secrétariat a par ailleurs poursuivi ses investigations dans le cadre de l'enquête portant sur le **prix des livres** francophones en Suisse. Il s'est avéré que les réponses obtenues n'étaient pas suffisantes pour pouvoir se prononcer sur un éventuel abus de position dominante des diffuseurs suisses en raison de prix trop élevés, si bien que de nouveaux questionnaires ont dû être envoyés.

Dans le même domaine, la COMCO s'est prononcée dans le cadre de la consultation sur le **projet de réglementation du prix des livres**. Elle n'est pas favorable au principe même d'un tel projet. Elle estime qu'il n'existe pas de défaillance du marché propre à exiger une régulation. Par ailleurs, elle n'est pas convaincue de l'opportunité d'une réglementation du prix du livre dans la mesure où il n'y a pas de lien de causalité entre le prix réglementé et les buts de politique culturelle visés.

B.4.2 Télécommunications

Dans le secteur des télécommunications, la décision portant sanction contre **Swisscom** dans le cadre de l'enquête relative à la politique de prix pratiquée pour les **services ADSL** constitue le point fort des activités de la COMCO. Swisscom est non seulement fournisseur d'accès Internet ADSL aux consommateurs finaux par le biais de sa filiale Bluewin, elle est également le seul fournisseur de la prestation préalable indispensable aux autres fournisseurs d'accès internet qui souhaitent offrir des services ADSL à leurs propres clients. En maintenant le prix de la prestation préalable très élevé par rapport au prix du service ADSL facturé aux clients finaux, la marge que les concurrents de Bluewin pouvaient dégager ne leur permettait pas d'exploiter leurs services ADSL de manière rentable. Quand bien même Bluewin a également subi des pertes dans ce secteur, elles ont été surcompensées par les profits réalisés grâce à la prestation préalable.

Cette politique de prix, menée par Swisscom jusqu'à fin décembre 2007, a contribué au niveau élevé des prix en

Suisse et constitue un abus de position dominante („margin squeeze“, effet ciseau) qui doit être sanctionné. La COMCO a fixé le montant de la sanction à CHF 220 Mio, en tenant compte du type et de la gravité de la restriction à la concurrence. Dans ce dossier, le fait que le comportement de Swisscom ait perduré au cours de plusieurs années durant la période de mise en place d'un marché à forte croissance a été considéré comme un facteur aggravant. Swisscom a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le rachat de **Sun Microsystems, Inc.** par **Oracle Corporation** a été examiné par la COMCO. Elle a décidé de soumettre cette concentration à un examen approfondi en raison d'indices selon lesquels celle-ci pourrait créer ou renforcer une position dominante, en particulier sur le marché des systèmes de gestion de banques de données. La COMCO a toutefois décidé d'effectuer cet examen selon une procédure simplifiée. La concentration a des effets sur des marchés mondiaux et a également été notifiée auprès de la Commission européenne. Dans la mesure où les effets sur la concurrence en Suisse ne seront pas différents de ceux qui pourront être observés ailleurs, en Europe notamment, la COMCO a pris note de l'engagement d'Oracle de réaliser la fusion sur le marché suisse de manière à ce qu'elle respecte la décision que la Commission européenne rendra dans le cadre de l'examen qu'elle mène sur la concentration et a ainsi mis fin à son examen approfondi.

Au chapitre des fusions encore, la COMCO a été saisie du projet de concentration entre **Orange** et **Sunrise** en fin d'année. Elle a décidé de procéder à un examen approfondi de cette concentration, qui sera mené au cours des quatre premiers mois de 2010.

Le Secrétariat a en outre suivi avec attention le développement de la **mise en place du réseau de fibre optique**, en prenant part à plusieurs procédures de consultation relatives à des interventions parlementaires sur le sujet et en apportant des conseils aux entreprises. Il s'agit dans ce domaine en plein essor de veiller d'une part à ce que les interventions étatiques restent neutres en matière de concurrence. D'autre part, les coopérations mises en place entre les divers acteurs de ce marché (opérateurs de télécommunications, entreprises électriques) ne doivent pas constituer ou favoriser l'émergence d'accords illicites. Il s'agit également de veiller à ce que les entreprises n'abusent pas de la position dominante qu'elles pourraient détenir dans le futur sur le réseau.

B.4.3 Energie

Le Secrétariat a poursuivi l'**observation du marché des services-systèmes**, en particulier l'achat d'énergie de réglage qui doit être injectée dans le réseau afin de garantir l'équilibre entre l'offre et la demande. Dans un premier temps, la Commission de l'électricité ElCom a requis de la COMCO un conseil relatif à la licéité d'une éventuelle mise en place d'un système de prix maximal (Price cap) par Swissgrid SA pour l'achat d'énergie de réglage. Sans se prononcer définitivement sur la licéité d'une telle introduction, le Secrétariat a toutefois relevé qu'une telle décision pourrait constituer un accord illicite sur les prix si le Conseil d'administration au sein duquel les producteurs d'énergie sont représentés ou la bran-

che intervenaient dans la fixation du prix maximal. Par ailleurs, il relève qu'un tel instrument devrait être évité dans la mesure où il intervient sur la formation des prix, qui ne découlent dès lors plus de la concurrence.

Dans un deuxième temps, Swissgrid a soumis à la COMCO dans le cadre d'une procédure d'opposition au sens de l'article 49a al. 3 let. a LCart de nouvelles règles applicables pour les appels d'offres instaurant un prix maximal pour chaque type de produit à acquérir sur le marché, les offres supérieures à ce prix n'étant pas prises en compte (Price cap). La Commission estime que, même si la fixation du prix maximal est le fait de Swissgrid seule, sans la participation des acteurs de la branche, et ne constituerait a priori pas un accord sur les prix, cette pratique est problématique, car elle est susceptible de favoriser des accords en matière de concurrence. Swissgrid a par conséquent indiqué vouloir renoncer à cette pratique mi 2010.

Par ailleurs, le Secrétariat effectue une **observation du marché libéralisé de l'électricité**. Il a été rendu attentif à plusieurs reprises au fait que les clients gros consommateurs d'électricité pour lesquels le marché est désormais ouvert, ne bénéficieraient pas dans les faits de la possibilité de changer de fournisseur. Il semblerait qu'ils ne reçoivent pas d'offres satisfaisantes de la part des fournisseurs d'électricité, soit que les prix proposés sont trop élevés, soit que leurs appels d'offres ne sont tout simplement pas suivis d'effets. Le Secrétariat a dès lors envoyé une série de questionnaires afin de déterminer les causes de ce manque de concurrence. S'il devait y avoir des soupçons de pratiques concertées entre les différents acteurs du marché de l'énergie électrique, les procédures nécessaires seraient alors ouvertes.

B.4.4 Agriculture

Dans le domaine de l'agriculture, la COMCO a poursuivi la **surveillance du marché du lait** suite à la suppression du contingentement laitier au 1^{er} mai 2009. Elle a en particulier suivi avec attention la fondation de l'Interprofession du lait en juin 2009, qui instaure notamment un système de gestion des quantités du lait d'industrie en trois échelons (lait contractuel, lait de bourse et lait de dégagement) et fixe un prix indicatif du lait. Elle a en outre pris position à de nombreuses reprises sur les diverses interventions parlementaires inspirées par ce sujet, notamment des propositions allant dans le sens de rendre obligatoires certaines mesures ayant pour but de réguler la production de lait. Si le Parlement décide de rendre obligatoires de telles mesures dans le cadre de la Loi sur l'agriculture, elles constitueraient alors des prescriptions réservées au sens de l'article 3 LCart.

La COMCO a traité, dans le cadre du contrôle des concentrations d'entreprises, deux rachats effectués par le groupe **Emmi**.

Le premier cas concerne le rachat de **Nutrifrais SA**, filiale des Laiteries Réunies de Genève active dans la production de produits laitiers frais, tels que yogourts et desserts. La COMCO a estimé que la concurrence exercée par les producteurs étrangers sur les marchés, qui devrait encore augmenter dans le futur, est suffisante

pour discipliner le marché suisse et a ainsi autorisé la concentration dans le cadre de l'examen préliminaire.

Le second cas concerne le rachat d'une partie des activités de **Kellenberger Frisch Service (KFS)** par **Emmi Interfrais**, filiale d'Emmi active dans la distribution des produits frais aux commerces de détail indépendants et aux grands consommateurs. Kellenberger Frisch Service est une filiale de Frigemo AG, elle-même filiale de la coopérative fenaco, active dans l'achat, la distribution et le transport de produits d'alimentation, en particulier de produits frais. Dans la mesure où les parts de marché sur les marchés concernés (distribution de produits laitiers et de fromages) n'atteignaient pas 20 %, la COMCO a admis qu'il n'existait aucun indice selon lequel la concentration créerait ou renforcerait une position dominante. Elle s'est en revanche penchée sur deux accords annexes à la concentration à proprement parler. Le projet de concentration prévoit en effet que KFS et fenaco ne livreront pas en produits laitiers et fromages les clients cédés à Emmi Interfrais pour une durée de deux ans. Par ailleurs, un montant forfaitaire de remboursement est fixé entre les parties pour le cas où des clients „rachetés“ dans le cadre de la concentration seraient néanmoins livrés en produits laitiers et fromages par des entreprises du groupe fenaco pour une durée de 5 ans à compter de la réalisation de la transaction. La COMCO a admis la nécessité de ces mesures pour garantir la valeur de la partie de l'entreprise KFS cédée à Emmi Interfrais, elle a néanmoins estimé que leur durée ne devait pas excéder deux ans.

B.4.5 Autres domaines

Dans le secteur des transports, la COMCO a pris part à la consultation relative à la **réforme des chemins de fer 2** qui concerne avant tout des aspects liés à la sécurité, l'harmonisation de la législation suisse avec les paquets ferroviaires de l'UE, le mode de financement de l'infrastructure ferroviaire et la mise sur un pied d'égalité des chemins de fer privés et des CFF. La COMCO s'est prononcée en faveur d'une régulation aussi neutre que possible du point de vue de la concurrence. Elle a en particulier souhaité un élargissement de l'application des procédures d'appel d'offres pour l'octroi de concessions et propose de rendre ce type de procédure obligatoire. Elle souligne également l'importance de veiller à ce que le prix minimal du sillon (indemnisation du gestionnaire de l'infrastructure pour son utilisation) et les règles de calcul du prix du sillon n'aient pas pour effet de créer une distorsion de la concurrence.

La COMCO s'est enfin prononcée dans le cadre du projet de **révision totale de la législation postale**. Elle s'est opposée à la fixation du prix des prestations offertes dans le cadre du service universel par le Conseil fédéral, respectivement par la Commission de la poste, ceci afin d'éviter de fausser le jeu de la concurrence. Elle a en outre insisté sur la nécessité de limiter au strict nécessaire les avantages concurrentiels concédés au prestataire chargé du service universel, en répétant en particulier les problèmes concurrentiels liés à l'exception à l'interdiction de rouler la nuit et le dimanche, déjà dénoncés dans le cadre de la recommandation qu'elle avait rendue en 2008.

B.5 Marché des produits

B.5.1 Commerce de détail

Avec la décision Gaba en septembre 2009, la COMCO a rendu une décision de principe concernant les entraves aux importations parallèles par le biais d'accords verticaux. La COMCO a sanctionné Gaba International et Gebro Pharma GmbH (A) parce que Gaba avait imposé une interdiction d'exportation à son titulaire de licence autrichien. En conséquence, cela a mené à un cloisonnement du marché suisse d'importations parallèles. La COMCO a infligé à Gaba une amende de CHF 4.8 Mio pour avoir entravé les importations parallèles. Gebro s'est vu imposer une sanction d'un montant symbolique de CHF 10'000 étant donné qu'il n'a pas tiré d'avantage de cette entrave aux importations parallèles.

Gaba et Gebro ont modifié leur contrat en septembre 2006 et abrogé l'interdiction d'exporter. Le nouveau contrat oblige Gebro à informer Gaba à propos de chaque exportation. Selon les circonstances, cette clause pourrait avoir le même effet qu'une interdiction d'exportations. En l'occurrence, cela n'a toutefois pas été confirmé. Gaba et Gebro ont en outre affirmé qu'ils n'entraveront pas les importations parallèles dans le cadre du nouveau contrat.

À l'époque, la COMCO avait ouvert l'enquête suite à la plainte de Denner de l'impossibilité d'importer parallèlement des produits Elmex du marché autrichien. Après avoir été livré de la Suisse, Denner avait pris ses distances à l'égard de la procédure. Malgré cela, la COMCO avait poursuivi l'enquête étant donné que celle-ci soulevait des questions de principe. La COMCO accordera à l'avenir une grande priorité à la poursuite d'entraves contractuelles aux importations parallèles, pour éviter notamment que la révision de la loi sur les brevets et l'introduction imminente du principe du Cassis-de-Dijon soient contournées.

Fin de l'année 2008, le discounter Lidl s'est adressé au Secrétariat de la COMCO. Certains fabricants suisses d'articles de marque refusaient de livrer ce détaillant qui venait d'entrer sur le marché, soi-disant en raison de tentatives de pression de la part de Coop. Suite à une enquête approfondie, le Secrétariat a conclu à l'existence d'indices laissant supposer une position dominante de Coop sur certains marchés d'approvisionnement. La position de Coop en matière de lancement de nouveaux produits a confirmé ces indices. Le Secrétariat a constaté que Coop menaçait certains fournisseurs avec des mesures de rétorsion en cas de livraison à Lidl. Cependant, les tentatives de pression de Coop n'étaient pour aucun des fournisseurs interrogés causales pour la non-livraison (intégrale) de Lidl. La COMCO a averti Coop à ce sujet et annoncé l'ouverture d'une enquête si de telles tentatives de pression conduisent au non-approvisionnement de concurrents.

La concentration d'entreprises dans le secteur du commerce de détail qui avait été autorisée moyennant des charges au cours des dernières années (Coop/Fust,

Migros/Denner et Coop/Carrefour) a occupé le Secrétariat en 2009 aussi. Les sociétés de révision indépendantes Refindar Moore Stephens AG (Coop/Fust), Deloitte (Migros/Denner) et BDO Visura (Coop/Carrefour) ont été chargées de contrôler les charges. La charge dans le cas de Migros/Denner concernant une notification analogue à l'art. 9 al. 1 LCart a mené à un contrôle par la COMCO de deux reprises de la Migros qui n'auraient pas dû être notifiées selon l'art. 9 al. 4 LCart. Il s'agissait dans les deux cas de reprises ne soulevant pas d'objection.

A la suite de nombreuses indications provenant de consommateurs, le Secrétariat a interrogé la société Procter & Gamble au sujet de sa politique de prix par rapport au rasoir humide de Gillette. Procter & Gamble a confirmé l'existence de recommandations de prix non contraignantes, mais a indiqué que les commerçants étaient libres dans la fixation de leurs prix et que les recommandations ne s'accompagnaient pas de pressions ou d'incitations pour les faire respecter. Sur ce, d'importants détaillants ont baissé leurs prix en novembre 2009 de manière notable et volontaire, autrement dit sans recevoir de meilleurs prix d'achat des producteurs. Le Secrétariat tiendra compte de ce nouvel état de fait pour son analyse selon le droit de la concurrence.

Suite à divers articles de presse à l'égard de l'homogénéité des prix de vente finaux des produits Nivea en Suisse, dont certains sont nettement plus chers que dans les pays avoisinants, le Secrétariat a interrogé la société Beiersdorf AG ainsi que des détaillants du marché concerné. Les résultats de cette enquête ne seront disponibles qu'au premier semestre 2010.

B.5.2 Construction

En juin 2009, des perquisitions ont été effectuées à l'encontre de différentes entreprises de construction dans les cantons d'Argovie et de Zurich. Auparavant, le Secrétariat avait été informé par un dénonciateur d'ententes relatives à d'importantes soumissions dans le domaine de la construction. Les perquisitions ont entamé l'ouverture d'une enquête dans le domaine de la construction des routes et du génie civil dans les cantons d'Argovie et de Zurich. L'enquête devra démontrer si les entreprises concernées ont participé à des ententes, en particulier pour coordonner le montant de leurs offres lors d'appels d'offres et pour se répartir ainsi les projets de construction et les clients. Comme des mesures d'investigation considérables semblent nécessaires, l'enquête sera répartie entre le service du marché des produits (Argovie) et celui des services (Zurich). L'enquête appartient aussi au domaine spécial „cartels de soumissions“ des autorités de la concurrence (cf. B.1.).

Au cours du deuxième semestre, il a été possible de débiter avec l'analyse des documents et du support informatique réquisitionnés au cours de l'enquête relative au canton d'Argovie. Contrairement au canton d'Argovie, l'ouverture d'une procédure de levée des scellés a été nécessaire dans l'enquête du canton de Zurich. Diverses entreprises coopèrent avec les autorités de la concurrence. Si une entreprise ayant participé à l'entente fournit spontanément des informations ou produit des preuves, la Commission peut, selon l'art. 49a

al. 2 LCart, réduire notablement la sanction ou même renoncer à toute sanction.

Dans le cadre de l'enquête en matière de ferrements, les mesures d'investigation ont été achevées en 2009. La procédure est menée à l'encontre d'importantes sociétés de distribution et de commerçants de ferrements pour portes-fenêtres et fenêtres. La proposition du Secrétariat sera notifiée aux parties au cours de l'année 2010 pour leur prise de position. Les ententes qui font l'objet de l'enquête portent sur des augmentations de prix pour des ferrements de fenêtres et portes-fenêtres. Les états de faits signalés dans le cadre de l'enquête ont mené à l'ouverture d'une nouvelle enquête dans le domaine des composants de portes, comme par exemple des poignées de porte, des charnières, des serrures etc. Des mesures d'investigation à ce sujet ont été lancées.

B.5.3 Industrie horlogère

En septembre 2009, la COMCO a ouvert une enquête contre ETA Manufacture Horlogère Suisse SA, une filiale du Swatch Group. Les mesures d'investigation effectuées au cours de l'enquête préalable ont mis en évidence des indices selon lesquels ETA pourrait avoir une position dominante sur le marché des mouvements et en abuser pour imposer des prix ou conditions commerciales inéquitables à ses partenaires. L'enquête a été ouverte à la suite de nombreuses plaintes qui sont parvenues au Secrétariat après que ETA a annoncé à ses clients des augmentations de prix et des modification des conditions de paiement des mouvements. La coopération des participants du marché ainsi que leur intérêt à fournir des informations sont particulièrement grands en raison de la situation économique difficile dans l'industrie horlogère.

ETA a déjà été impliquée dans une procédure devant les autorités de la concurrence. L'enquête précédente concernait l'annonce faite par ETA de réduire les quantités d'ébauches livrées à partir du 1^{er} janvier 2003 et de cesser toute livraison en 2006. Une ébauche constitue l'ensemble des pièces non assemblées du mouvement mécanique. Le mouvement mécanique est constitué par le montage d'une ébauche et d'un assortiment (organe réglant le mouvement mécanique). La procédure s'est terminée en 2004 par un accord amiable entre la Commission de la concurrence et ETA. Cet accord contenait essentiellement un engagement de la part de ETA de poursuivre les livraisons d'ébauches à ses clients jusqu'à la fin de l'année 2010.

B.5.4 Secteur automobile

Suite à de nombreuses demandes provenant de la branche automobile, le Secrétariat s'est penché, concernant la question de la mise en œuvre de la CommAuto en 2009, avant tout sur son rôle de médiateur et sur l'accès aux informations techniques.

Selon la CommAuto, les constructeurs/importateurs ne doivent pas entraver leurs partenaires commerciaux dans la vente de nouveaux véhicules à des revendeurs mandatés agissant au nom du consommateur final. La réglementation de primes ou d'autres incitations qui font la distinction entre la vente directe à un consommateur final et celle à un revendeur mandaté sont aussi considérées comme entrave à la concurrence. Dans ce

contexte, il est possible que des revendeurs normalement indépendants agissent en tant que revendeurs mandatés s'ils suivent les instructions d'un consommateur final. Le Secrétariat a conclu qu'une facturation qui est généralement limitée au client va trop loin et n'est pas compatible avec la Communication. La possibilité de s'écarter de cette règle doit exister dans des cas exceptionnels étayés. Dans ces cas, le constructeur peut exiger un contrôle approfondi pour s'assurer de l'existence d'un client final.

Des réparateurs indépendants et des associations ont averti le Secrétariat d'éventuelles difficultés en relation avec l'accès aux informations techniques pour des participants indépendants du marché. La politique de la concurrence de la CommAuto vise à garantir aux réparateurs indépendants de pouvoir entrer en concurrence avec les réparateurs contractuellement agréés des constructeurs grâce au libre accès, pour tous les concurrents, aux informations techniques nécessaires pour les services de réparation et d'entretien. L'accès doit être assuré de manière non discriminatoire et proportionnée aux besoins des réparateurs indépendants. Ainsi, les informations doivent être mises à disposition à la fois „de façon dissociée et facturées à un prix tenant compte de l'utilisation qu'ils en font“, comme cela est le cas pour les ateliers contractuels. Le Secrétariat est actuellement en train de vérifier s'il existe pour certains constructeurs/importateurs en Suisse d'importantes restrictions à la concurrence en raison d'un manque de moyens de communication adéquats, ou en raison de non-transparence ou de facturation de coûts inappropriés pour leur utilisation.

Au milieu de l'année, la Commission Européenne a pris position par rapport au futur cadre réglementaire du droit de la concurrence dans le secteur automobile européen après l'expiration du règlement d'exemption européen (CE) applicable au secteur automobile, le pendant européen de la CommAuto. Celui-ci fait la distinction entre le marché primaire et secondaire, et propose de prolonger de trois ans jusqu'au 31 mai 2013 les dispositions du règlement d'exemption actuel pour le marché primaire, soit le marché pour la vente de véhicules neufs. Au bout de cette période, le fonctionnement de la concurrence se rapportant à la vente de véhicules neufs sera garanti par les règles générales sur les restrictions verticales. Contrairement à cela, il est prévu de mettre en application un nouveau règlement sectoriel d'exemption par catégorie plus ciblé pour le marché secondaire, soit les marchés de réparation et d'entretien ainsi que de la vente de pièces de rechange, comme ce marché est moins concurrentiel en raison de la spécificité des marques. Ce règlement comportera des dispositions sur les aspects suivants: (a) Accès aux informations techniques; (b) accès aux pièces de rechange; (c) abus de garanties et (d) accès aux réseaux de réparateurs agréés. Après la décision définitive de la Commission Européenne, la COMCO décidera si une adaptation de la CommAuto est nécessaire ou non.

B.5.5 Autres domaines

Suite à la plainte d'un commerçant dans le domaine des appareils électroménagers (produits blancs), le Secrétariat a ouvert une enquête préalable portant sur le systè-

me de distribution de l'entreprise Electrolux AG. Electrolux a interdit à ces revendeurs la vente par internet sous menace de non-livraison. L'enquête préalable devra démontrer si un tel comportement est soumis au droit des cartels et si l'entrave au commerce par internet peut être justifiée par un système de distribution sélective ou par le problème du parasitisme („Trittbrettfahrerproblem“). Il est probable que le Secrétariat recevra à l'avenir de plus en plus de plaintes relatives à la problématique du commerce par internet.

Le Secrétariat a effectué de nombreuses observations de marché en 2009. En effet, le marché des consoles de jeux vidéo et des jeux vidéo a été observé et il en a été conclu qu'il n'existe actuellement pas d'indices d'une restriction à la concurrence. La COMCO continuera à surveiller le développement du marché du divertissement, en particulier l'industrie des jeux vidéo qui atteint des chiffres d'affaires de plusieurs millions. En dehors de cela, le Secrétariat a aussi vérifié si des producteurs d'articles d'enfants ont adressé des recommandations de prix à leurs revendeurs ou passé des accords de répartition du territoire dans le but d'entraver d'éventuelles importations parallèles. Les mesures d'investigation n'ont pas permis de trouver suffisamment d'indices pour l'ouverture d'une enquête préalable ou d'une enquête. D'autre part, le Secrétariat a averti la coopérative ELITE Electro-Partner, en raison du fait que leur catalogue contenait des recommandations de prix qui n'étaient pas indiquées explicitement comme étant non-contraignantes. Finalement, l'entreprise Triumph International AG, active dans le secteur des sous-vêtements, a été tenue de mettre en évidence le fait qu'elle n'exerce aucune influence sur les prix de revente de ses commerçants.

B.6 Marché intérieur

L'activité du centre de compétences LMI en 2009 s'est articulée autour de deux thématiques principales.

La première consiste en la collaboration au développement et à la mise en place du concept „Cartels de soumissions“ (cf. B.1). Dans ce cadre, l'accent a été mis sur la collaboration avec les cantons initiée par le Secrétariat. Outre les entretiens bilatéraux menés avec les directions cantonales des travaux publics de 18 cantons, il faut mentionner la mise sur pied à St-Gall de la première formation destinée aux pouvoirs d'adjudication cantonaux organisée par le Centre de compétences. Sur la base de l'expérience acquise, il est prévu d'organiser plusieurs autres journées de formation dans divers cantons l'année prochaine.

Le second thème important a trait à la disposition de l'art. 2 al. 7 de la Loi sur le marché intérieur (LMI), qui prévoit une obligation de procéder à un appel d'offres lors de la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées. Dans les faits, le contenu et la portée de cette norme, introduite lors de la révision de la loi en 2006, soulèvent des questions complexes et fondamentales. En témoignent également deux demandes, encore en cours d'examen, concernant le renouvellement de concessions hydrauliques et de contrats de concession pour la mise en place et l'exploitation d'installations de distribution d'électricité. La Comco rendra public son avis de droit sur ces ques-

tions fondamentales au cours de l'année prochaine. Ceci devrait permettre d'une part d'augmenter la sécurité du droit et d'autre part de faciliter la mise en œuvre de cette disposition par les cantons et les communes.

Enfin, le Centre de compétences LMI a une nouvelle fois traité de nombreuses requêtes et questions de privés et d'autorités. Pour les premiers, il s'agit principalement de demandes en rapport avec la mise en œuvre du droit au libre accès au marché (en particulier dans le domaine des professions de la santé réglementées par les cantons et des marchés publics). Les autorités, quant à elles, se préoccupent principalement de la conformité avec la LMI de prescriptions cantonales et communales ainsi que de leur pratique administrative (en particulier dans le domaine de la réglementation des entreprises de taxi).

B.7 Centre de compétence investigations

Le CComp investigations a aidé à la préparation et à l'organisation de la plus importante perquisition jamais organisée depuis le changement de la LCart en 2003. Celle-ci a eu lieu en juin 2007 dans les cantons de Zurich et Argovie au siège d'entreprises actives dans le domaine de la construction de routes et du génie civil.

Durant l'année écoulée, le CComp a formé de nouveaux chef-fe-s de team qui pourront être engagés à l'avenir à la tête d'une équipe lors d'une perquisition.

Enfin, les autorités de la concurrence ont pris position sur le projet de Loi fédérale sur les juristes d'entreprise qui prévoit de leur accorder le bénéfice du secret professionnel de l'avocat indépendant. De ce fait, les documents qu'ils établissent dans le cadre de leur contrat de travail ne pourraient être utilisés comme moyens de preuve afin de permettre de détecter l'existence de cartels. Une telle réglementation est à même de compliquer de façon importante la tâche des autorités de poursuite.

B.8 Communication

Les relations publiques gardent une place importante au sein de la Commission de la concurrence. Pour la presse et le public, la transparence des décisions rendues par la COMCO ainsi que leur clarté rédactionnelle sont indispensables à leur compréhension. Durant l'année passée, la COMCO a produit en tout 18 communiqués de presse et a organisé deux conférences de presse concernant des sujets importants comme par exemple les accords verticaux, les accords de soumissions et les opérations de concentration. De plus, la COMCO fait part à la presse durant la rencontre traditionnelle qui a lieu en automne du fonctionnement interne et se tient à disposition pour des questions générales en dehors des procédures.

B.9 Relations internationales

La coopération et la coordination internationales en matière de concurrence continuent à prendre de l'ampleur. Cette tendance est une conséquence de la globalisation, qui entraîne l'ouverture des marchés et par là le risque de restrictions internationales à la concurrence. L'échange de positions entre les autorités de la concurrence devient une nécessité à laquelle la COMCO et son

Secrétariat participent de manière active, notamment dans le cadre du Réseau International de la Concurrence (ICN), en organisant sa 8ème conférence annuelle à Zurich. Les accords de coopération en matière de concurrence gagnent aussi en importance. L'accord de coopération en matière de concurrence avec le Japon évoqué dans le dernier rapport annuel a été ratifié et est entré en vigueur. Les travaux préparatoires en vue d'une coopération formelle avec l'UE suivent leur cours.

OCDE: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé aux rencontres de l'OECD Competition Committee qui se déroule à Paris trois fois par année. Dans ce cadre, plusieurs contributions ont été réalisées et présentées en collaboration avec le SECO par la délégation suisse. Parmi les thèmes abordés lors des diverses sessions et tables rondes en 2009, l'impact de la crise financière sur la politique de la concurrence et le secteur bancaire a été discuté à plusieurs reprises ainsi que les questions de concurrence dans les marchés dits „bifaces“. En 2009, l'OCDE a édité les „Guidelines on bid-rigging in Public Procurement“ et a entamé les procédures d'adhésion à l'OCDE du Chili, de l'Estland, d'Israël, de la Russie et de la Slovaquie.

ICN: La 8ème conférence annuelle de l'ICN s'est tenue à Zurich du 3 au 5 juin 2009. La Suisse, en tant que pays hôte, a chargé le Secrétariat de l'organisation et du bon déroulement de l'évènement. Des représentants des autorités de la concurrence du monde entier ainsi que des représentants d'organisations internationales et des conseillers internationaux ont siégé pendant 3 jours à Zurich. Lors de la séance d'ouverture, Madame la Conseillère Fédérale Doris Leuthard a accueilli les 450 participants en provenance de plus de 80 juridictions. La Conseillère Fédérale a souligné l'importance de la coopération internationale entre autorités de la concurrence compte tenu de la globalisation qui rend les cartels de plus en plus internationaux voire intercontinentaux. Elle a en outre aussi avisé les représentants des autorités de la concurrence présents de ne pas réagir à la crise économique par des mesures protectionnistes, mais de préconiser le maintien d'un accès libre au marché. La conférence a rencontré un vrai succès aussi bien du point de vue de l'organisation que du point de vue de son contenu.

CNUCED: Le Secrétariat a participé à la conférence du programme de développement en faveur de cinq pays d'Amérique latine (COMPAL). Un bilan positif concernant ce programme en est ressorti.

Projet-Vietnam: Le projet „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“ a débuté au début 2008 dans le but de renforcer et soutenir l'autorité vietnamienne de la concurrence (VCAD) fondée en 2006. La coopération bilatérale entre les autorités de la concurrence suisse et vietnamienne comprend notamment l'organisation de workshops au Vietnam et le soutien lors de la réalisation d'études de marchés. En outre, le secrétariat envoie des collaborateurs en temps qu'experts sur place en particulier pour l'élaboration de lignes directrices concernant des sujets de concurrence. Ce projet est prévu sur 3 ans et il est financé par le SECO.

B.10 Perspectives

En 2010, la COMCO mettra l'accent sur les accords de soumission. La priorité absolue sera donnée aux procédures en attente ainsi qu'aux nouvelles enquêtes touchant les accords de soumission. Une importance majeure revient aussi aux séances d'informations. En ce qui concerne les enquêtes toujours en suspens à la fin de l'année 2009, l'autorité de la concurrence a l'intention de clôturer une grande partie de celles-ci. De plus, au cours de l'année 2010 des décisions importantes seront rendues par le tribunal administratif fédéral (Swisscom Mobile de 2007), lesquelles auront une influence non négligeable sur d'autres procédures.

En ce qui concerne les accords verticaux, il s'agit d'adapter les communications spéciales concernant le domaine de distribution d'automobile aux évolutions de l'UE et de les implémenter dans la pratique suisse.

C Organisation et statistique

C.1 COMCO

En 2009, la COMCO s'est réunie lors de 14 séances d'une journée, ainsi que pour une autre séance qui s'est étendue sur deux jours. En plus des thèmes abordés dans les différents cas cités dans les chapitres précédents, la COMCO a été confrontée à des questions liées au développement de l'organisation au sein du Secrétariat (cf. C.3).

Le 11 décembre 2009, le Conseil fédéral a nommé le Professeur Stefan Bühler au poste de vice-président de la COMCO. Son entrée en fonction a été fixée au 1er janvier 2010. Le Professeur Bühler est économiste et complètera ainsi de manière idéale la présidence, jusqu'alors constituée de juristes.

C.2 Secrétariat

En ce qui concerne le Secrétariat, Madame Carole Söhner-Bührer a été promue le 16 février 2009 au poste de vice-directrice de la COMCO. Madame Söhner-Bührer travaillait pour le Secrétariat de la COMCO depuis le mois de novembre 1999. Elle a repris la direction du service Infrastructure.

Le Secrétariat a été actif au sein de plusieurs groupes de travail traitant du développement de l'organisation, mené de manière externe au Secrétariat. Il s'agissait principalement de mettre en place une marche à suivre applicable dans le cadre de la Loi sur les cartels (pour des détails, cf. C.3).

A la fin de l'année 2009, le Secrétariat employait 64 collaboratrices et collaborateurs (plein temps et mi-temps), dont 45 pour cent de femmes. Au total, il s'agissait de 58.2 postes à plein temps. Le personnel était divisé de la manière suivante: 44 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (incluant la direction; 40.7 postes à plein temps), 9 stagiaires (9 postes à plein temps), 11 collaboratrices et collaborateurs du service Ressources et Logistique (8.5 postes à plein temps).

C.3 Développement de l'organisation

C.3.1 Situation : Evaluation de la loi sur les cartels

Le 14 janvier 2009, les résultats de l'**évaluation de la Loi sur les cartels** ont été portés à la connaissance du Conseil fédéral et ont été publiés. Le groupe d'évaluation externe a adressé 14 recommandations au législateur et à l'exécutif (Conseil fédéral, Département fédéral de l'économie et autorités de la concurrence)¹. La COMCO a pris note des recommandations faites en janvier 2009.

Un thème abordé était l'aspect **institutionnel**: D'après les résultats du Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, certaines améliorations doivent être apportées aussi bien en ce qui concerne la Commission qu'en ce qui concerne le Secrétariat, même si l'organisation actuelle, basée sur la loi et le règlement applicables, soit satisfaisante. En premier lieu, une modification des dispositions légales s'impose dans le but d'améliorer le professionnalisme et l'efficacité des autorités de concurrence. En second lieu et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi (voire en partie indépendamment de celle-ci), l'introduction dans le cadre du système actuel de mesures à court ou moyen terme concernant l'organisation de la Commission et le traitement des dossiers (mode de travail au sein des autorités de la concurrence) pourrait apporter une amélioration importante.

Sur la base de ces résultats, le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels a adressé **deux recommandations** au Conseil fédéral, ainsi qu'une recommandation aux autorités de la concurrence. Il proposait à ces dernières de mettre en pratique, avec une aide externe, les mesures à court et moyen terme développées dans le cadre d'une étude d'évaluation (analyse de fonction). Ces démarches apporteraient une amélioration non négligeable aux travaux législatifs en cours.

Le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels a fait les recommandations suivantes au Conseil fédéral:

- Les autorités de la concurrence doivent être structurées indépendamment des enjeux politiques et économiques et les membres dotés d'un pouvoir de décision doivent être professionnalisés. La Commission et le Secrétariat sont à réunir en une seule autorité.
- Afin de garantir un équilibre entre les connaissances juridiques et économiques, la présidence de la COMCO doit être complétée au plus vite par un/une économiste indépendant/e en tant que deuxième vice-président/e.

Alors que la première recommandation se trouve encore en examen (cf. C.4), le Conseil fédéral a donné suite à la deuxième recommandation en nommant le Professeur Stefan Bühler comme deuxième vice-président.

¹ Voir sous C.4.

C.3.2 Travaux de développement d'organisation à la COMCO

La **COMCO** et le **Secrétariat** ont élaboré plusieurs mesures dans le cadre de quatre groupes de travail (travail de la Commission, management et direction du Secrétariat, processus centraux et TI):

- Afin d'améliorer les processus décisionnels au sein de la COMCO: révision des processus décisionnels au sein de la Commission (incluant la présidence) et des instruments de pilotage (séance de présidence et séance de direction), en impliquant de façon optimale les chefs de service et en pilotant les projets et procédures.
- Afin d'améliorer la productivité et la direction de la COMCO: délégation des cas standards au sein de la Commission, création d'un pilotage de projets, révision du mode de travail de la Commission en relation avec la gestion de projets.
- Afin d'améliorer l'orientation des procédures menées par le Secrétariat de la COMCO: élaboration d'une structure de pilotage pour les procédures principales (dossiers; descriptif des activités des autorités de la concurrence avec des points-clés servant de repères, échéances, planification des ressources), choix d'un support informatique adéquat, mise sur pied d'un contrôle de l'avancée des projets.
- Afin d'améliorer la coordination entre la Commission et le Secrétariat: clarification des tâches, des compétences, des rôles et des attentes réciproques durant des cas.

Les groupes de travail ont présenté leurs résultats en été et en automne 2009. La mise en œuvre des résultats est en cours et se poursuivra en 2010, par exemple en ce qui concerne le pilotage des projets.

C.3.3 Modèle de présidence

Le 15 septembre 2008, la Commission a décidé, sur la base, en particulier, des expériences acquises depuis le 1er janvier 2008 suite à la diminution des effectifs au sein de la COMCO ainsi que des résultats de l'analyse de fonctionnalité citée ci-dessus, d'intégrer définitivement le **Modèle de présidence**. Le 17 novembre 2008, le règlement interne de la COMCO fut adopté en conséquence.

En ce qui concerne la Commission, le Modèle de présidence prévoit deux unités (présidence et assemblée plénière) au lieu de cinq (présidence, trois chambres et assemblée plénière). En conséquence, les efforts de délimitation de compétence, de transparence d'information et de vote sont réduits. La présidence a pour tâche la préparation des dossiers de l'assemblée plénière, le suivi si besoin des dossiers importants, ainsi que le jugement des cas délégués par la Commission (p.ex. évaluation de l'examen non approfondi des concentrations). La suppression de la séance de la chambre du conseil, incluant sa préparation, ainsi que la délégation de décisions à la présidence soulage la charge des membres de la Commission. Ceci permet des discussions plus approfondies durant l'assemblée plénière, tout en disposant des mêmes limites de temps. La

présidence subit ainsi moins une augmentation du stress qu'une augmentation de la responsabilité, jusqu'alors partagée avec les chambres, respectivement le président des chambres. Avec la nomination le 14 décembre 2009 par le Conseil fédéral d'un deuxième vice-président, l'équilibre entre les connaissances juridiques et économiques est garanti au sein de la présidence.

C.3.4 Conclusion

Les autorités de la concurrence ont largement mis en pratique les recommandations faites par le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels et ont ainsi réalisé le potentiel d'amélioration prévu. Les mesures mises en œuvre permettent un **progrès** en ce qui concerne le processus décisionnel au sein de la COMCO, la coordination entre la Commission et le Secrétariat, la productivité et la direction de la COMCO ainsi que l'orientation des procédures du Secrétariat de la COMCO. De plus, le choix d'introduire le modèle de présidence contribue à une réduction des efforts en matière de délimitation des compétences, de circulation des informations ainsi que des votes. Les mesures contribuent finalement à l'optimisation et à l'accélération des processus de travail ainsi que des procédures.

C.4 Evaluation et révision partielle LCart

En accord avec l'art. 59a de la Loi sur les cartels qui a fait l'objet d'une révision partielle en 2003, le Conseil fédéral est d'une part chargé de veiller à l'évaluation de l'efficacité des mesures prises et de l'exécution de la Loi sur les cartels, et d'autre part de présenter jusqu'en printemps 2009 au Parlement un rapport en lui soumettant des propositions quant à la suite à donner. La responsabilité de cette évaluation a été confiée au Groupe d'évaluation externe Loi sur les cartels (ci-après: groupe d'évaluation) auquel certains collaborateurs des autorités de la concurrence appartenaient². Le 14 janvier 2009, le groupe d'évaluation a soumis le rapport de synthèse³ au Conseil fédéral. Par la suite, le Département fédéral de l'économie (DFE) a vérifié les recommandations du groupe d'évaluation et a soumis des suggestions à propos de la future façon de procéder.

Le Conseil fédéral a approuvé le rapport du DFE le 25 mars 2009. Dans ce rapport, le Conseil fédéral propose au législateur de maintenir la conception actuelle de la loi ainsi que les nouveaux instruments (sanctions

² Le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels est constitué d'un groupe de commande et d'un „groupe noyau“. Les personnes suivantes font partie du groupe de commande: Dr. R. Corazza (Secrétariat de la COMCO, Directeur, responsable du projet de l'évaluation de la LCart und président du groupe de commande), Dr. U. Bøge (ancien président de l'Office fédéral des cartels allemand et du International Competition Network ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, chef de la Direction de la politique économique), Dr. W. Bussmann (OFJ, responsable évaluation législative et des questions touchant au fédéralisme), Madame Prof. Dr. D. Herren (Université de Berne, institut de droit économique) ainsi que Prof. V. Martenet (Université de Lausanne, vice-président de la COMCO). Le groupe noyau est constitué de F. Stüssi (Secrétariat de la COMCO, chef du projet de l'évaluation de la LCart), Dr. B. Zirlück (Secrétariat de la COMCO, chef Droit), S. Michal (SECO, chef suppléant du ressort croissance et politique de la concurrence) et Dr. S. Rutz (Secrétariat de la COMCO, chef Economie).

³ Le rapport de synthèse se fonde sur 15 rapports et études et contient 14 recommandations (voir: www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de)

directes, régime de clémence, perquisitions et procédure d'opposition). Les nouveaux instruments répondent au vœu du législateur d'empêcher, en augmentant l'effet préventif de la loi, les conséquences nuisibles d'ordre social et économique imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.

Le Conseil fédéral estime toutefois que la Loi sur les cartels présente certaines carences et que des améliorations doivent être apportées. Partant, il a chargé le DFE de concrétiser les recommandations du groupe d'évaluation en tenant compte des conséquences sur les finances et sur le personnel et soumettre des propositions concrètes en vue d'une adaptation de la loi sur les cartels d'ici au printemps 2010. Les propositions doivent notamment viser à renforcer la COMCO en tant qu'institution indépendante, à adapter le contrôle des fusions, à traiter de manière différenciée des accords verticaux et à accélérer les procédures. En outre, le DFE va examiner de manière approfondie d'autres recommandations du groupe d'évaluation, dont certaines font aussi l'objet d'interventions parlementaires, et formuler, au besoin, des propositions concrètes pour adapter la loi. De même, le DFE et le DFAE sont chargés de procéder à des examens complémentaires propres à permettre au Conseil fédéral d'apprécier, notamment dans l'optique de la politique européenne, l'opportunité de négociations sur un accord de coopération avec l'UE portant sur l'échange formel d'informations confidentielles entre autorités en matière de concurrence.

Sur la base de ces examens et de ces propositions concrètes, le Conseil fédéral décidera alors d'ici le printemps 2010 de l'ouverture d'une procédure de consultation de la Loi sur les cartels. Ce faisant, il tiendra compte de la manière dont les autorités d'exécution auront réagi d'ici là aux recommandations du groupe d'évaluation, de l'évolution de la pratique de la COMCO et des tribunaux jusqu'à cette date et de la réaction du Parlement au présent rapport et aux interventions parlementaires pendantes.

Par la suite, le DFE a chargé le SECO de préparer le projet de consultation. A cette fin, le SECO a mis en place un groupe de travail indépendant qui a directement commencé avec les travaux. Des collaborateurs de la COMCO font aussi partie de ce groupe de travail.⁴ La COMCO a pris note de l'intention du Conseil fédéral et du mandat du groupe de travail.

⁴ Dr. R. Corazza (Directeur) est membre de la direction générale du projet, F. Stüssi (Chef des affaires de la direction) et Dr. B. Zirlick (Chef du Centre de compétence Droit) sont membres de l'équipe du projet.

C.5 Statistiques

Enquêtes	2009	2008
Menées durant l'année	20	20
reprises de l'année précédente	16	13
ouvertures	4	7
Décisions	6	4
dont accords amiables	3	1
dont décisions de l'autorité	2	1
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	5	1
Mesures provisionnelles	0	2
Procédure de sanction selon l'art. 50 ss LCart	0	1
Enquêtes préalables		
Menées durant l'année	19	19
Reprises de l'année précédente	11	11
Ouvertures	8	8
Clôtures	7	12
dont ouverture d'une enquête	1	2
dont adaptation du comportement	4	2
dont sans suite	2	8
Autres activités		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	12	31
Conseils	35	23
Observations du marché	87	36
Autres demandes	210	246
Concentrations		
Notifications	26	40
Pas d'intervention après examen préalable	19	39
Examens approfondis	5	3
Décisions de la Comco	4	2
après examen préalable	1	0
après examen	3	2
Réalisations provisoires	0	0
Recours		
Total des recours	6	12
dont clôture	1	8
dont succès de l'autorité de la concurrence	1	7
dont succès partiel		1
Pendants depuis l'année précédente	5	4
Avis, recommandations, prises de positions etc.		
Avis (art. 15 LCart)	2	2
Recommandations (art. 45 LCart)	0	4
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	0	3
Suivi des affaires	4	1
Communications (art. 6 LCart)	0	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	186	71
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	9	n.a.
LMI		
Recommandations/Enquêtes (art. 8 LMI)	0	0
Avis (art. 10 al. 1 LMI)	0	0
Conseils (Secrétariat)	27	31
Recours (art. 9 al. 2 ^{bis} LMI)	1	3

A 1.	3. Rapporto annuale 2009 della Commissione della concorrenza
------	---

A Prefazione del presidente

Nel 2009 le autorità della concorrenza hanno potuto prendere decisioni determinanti per quanto riguarda gli accordi di appalto e gli accordi verticali, sulle quali desidero soffermarmi brevemente in questa sede.

In materia di accordi di appalto, le autorità della concorrenza perseguono diversi approcci, in particolare informano i committenti in relazione a questi accordi e applicano la legge sui cartelli (LCart) contro tali accordi conclusi da parte delle imprese. Da un lato l'obiettivo consiste nel far capire agli enti aggiudicatori e alle imprese il fatto che gli accordi di appalto non sono più reati di poco conto. Dall'altro occorre aumentare, mediante decisioni e sanzioni concrete, l'effetto preventivo in modo che non si giunga alla costituzione di accordi del genere.

Per quanto riguarda il chiarimento con i committenti, la Segreteria ha preso contatto con gli enti aggiudicatori della Confederazione e dei Cantoni. Oltre a fornire informazioni sull'applicazione della LCart contro gli accordi di appalto, la Segreteria offre anche corsi che trasmettono sul posto, al personale di tali enti, tutte le conoscenze del caso.

Per quanto riguarda invece l'applicazione della LCart ai casi concreti, la Comco ha concluso un'inchiesta contro otto imprese bernesi attive nel settore delle installazioni elettriche. Grazie alla cooperazione fornita dalle imprese per poter beneficiare del cosiddetto programma di clemenza (conosciuto anche come „sistema del bonus“), è stato provato che gli accordi concernevano 108 progetti edili per un volume complessivo di circa 36 milioni di franchi. Alle otto imprese sono state inflitte multe per un importo complessivo di 1,24 milioni di franchi.

Nell'ambito degli „accordi verticali“, la Comco ha reso note le prime sanzioni per violazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart. Nel caso Felco/Landi ha multato le imprese per un accordo illecito sui prezzi, che aveva portato ad aumenti di prezzo per i clienti finali. Nel caso Gaba ha invece sanzionato la ditta per aver impedito importazioni parallele in Svizzera imponendo un divieto d'esportazione al titolare della licenza austriaco. Infine, per quanto riguarda i farmaci fuori lista, la Comco ha vietato l'ulteriore ricorso ai prezzi pubblici raccomandati, dal momento che erano stati rispettati dalle farmacie e dai medici dispensanti, determinando quindi un accordo illecito sui prezzi.

Con queste decisioni guida sugli accordi verticali in materia di concorrenza (accordi sui prezzi e impedimento delle importazioni parallele) la Comco contribuisce a una maggiore sicurezza giuridica per le imprese. La Comco continuerà a seguire prioritariamente gli eventuali ostacoli alle importazioni parallele, soprattutto perché in seguito alla revisione della legge sui brevetti e all'imminente introduzione del principio „Cassis de Dijon“ si prevede un aumento dei casi.

Prof. Walter A. Stoffel

Presidente della Commissione della concorrenza

B Attività nei vari ambiti economici

B.1 Ambito prioritario „accordi di appalto“

Quadro generale: la lotta contro gli accordi di appalto costituisce dal 2008 una priorità tematica dell'attività della Segreteria. Tali accordi sono diffusi quanto dannosi per l'economia. Essi determinano spese eccessive da parte degli enti pubblici, il che si ripercuote in modo diretto o indiretto sull'onere fiscale della popolazione e dell'economia. Se si rammenta che gli enti pubblici (Confederazione, Cantoni e Comuni) spendono ogni anno ben 30 miliardi di franchi per costruzioni, beni e servizi, risulta evidente il potenziale effetto dannoso degli accordi di appalto.

L'attività della Segreteria in questo settore si fonda su un progetto proprio, sviluppato appositamente a questo scopo e basato sui tre pilastri seguenti:

- Il pilastro „Prevenzione e informazione“ contiene misure volte alla sensibilizzazione, prevenzione, informazione, allo scambio di conoscenze e al rafforzamento del ruolo delle autorità della concorrenza come interlocutori di riferimento (p.es. formazione e presentazione di relazioni). I destinatari o partner sono gli enti aggiudicatori pubblici (domanda), le imprese che operano nel mercato degli appalti pubblici (offerta), gli organi di regolamentazione del settore e altri ambienti interessati.
- Il pilastro „Individuazione“ include misure che dovrebbero consentire di smascherare gli accordi di appalto (p.es. raccolta e valutazione dei dati sugli appalti). Tra i destinatari o partner si collocano in primo piano gli enti aggiudicatori pubblici, i quali svolgono un ruolo chiave nell'individuazione di tali accordi.
- Il pilastro „Perseguimento“ include infine il perseguimento, lo smantellamento e il sanzionamento degli accordi di appalto con i mezzi previsti dalla legge sui cartelli.

La Segreteria ha avviato lo scorso anno l'applicazione mirata del progetto sopra descritto.

Collaborazione con i Cantoni: La Segreteria è riuscita, di sua iniziativa, a condurre colloqui bilaterali con in tutto 18 Cantoni sul tema „accordi di appalto“. Lo scopo di tali incontri – svoltisi nei rispettivi capoluoghi cantonali con rappresentanti della Direzione delle costruzioni – è stato la ricerca delle possibilità di collaborazione nella lotta contro gli accordi di appalto.

Da un lato è stata discussa l'eventuale collaborazione nell'analisi dei dati cantonali sugli appalti. Dall'altro la Segreteria ha presentato il modulo di formazione „Appalti pubblici e concorrenza“ che originariamente aveva sviluppato per gli enti aggiudicatori della Confederazione, con la proposta di offrire questo corso ai Cantoni o agli enti aggiudicatori cantonali in una variante concepita in modo mirato per il Cantone specifico. Il bilancio dei colloqui condotti è complessivamente positivo. I Cantoni hanno manifestato il loro interesse a collaborare con le autorità della concorrenza nella lotta contro gli accordi di appalto. Inoltre la proposta formativa della Segreteria ha suscitato un'eco estremamente positiva.

A fine ottobre 2009 la Segreteria ha organizzato a San Gallo, insieme alla Divisione delle costruzioni del Cantone, la prima giornata formativa. Questa „manifestazione pilota“, oltre ad avere avuto molto successo, ha anche permesso, in aggiunta allo scambio di conoscenze, uno scambio di esperienze intenso e fruttuoso per entrambe le parti. Sulla base delle esperienze fatte e dei riscontri ricevuti, la Segreteria intensificherà il prossimo anno la propria attività formativa. Per l'anno a venire prevede inoltre di analizzare, nel quadro di un progetto pilota che si avvarrà di appositi metodi statistici, i dati cantonali sugli appalti. A livello tecnico ci si concentrerà sui mercati degli appalti pubblici che possono essere considerati a rischio di collusione.

Informazione: su proposta della redazione di ECO, il magazine di economia della rete televisiva SF DRS, è stato realizzato un reportage sul lavoro della Comco nella lotta contro gli accordi di appalto. Il servizio di 11 minuti, trasmesso il 23 novembre su SF DRS 1, ha presentato il caso degli installatori elettrici della regione bernese (cfr. B.3.5), permettendo agli spettatori di farsi un'idea sul modo di procedere e sugli strumenti della Comco nell'individuazione e nello smantellamento di accordi di appalto. Nel reportage si è parlato inoltre della giornata formativa di San Gallo, che ha permesso di illustrare anche la collaborazione avviata dalla Comco con i Cantoni nella lotta contro tali accordi.

Perseguimento: a questo proposito vanno infine rilevate la conclusione dell'inchiesta sul cartello tra le imprese bernesi attive nel settore delle installazioni elettriche (cfr. B.3.5) e l'avvio di un'inchiesta su diverse imprese edili nei Cantoni di Zurigo e Argovia (cfr. B.5.2).

B.2 Ambito prioritario „accordi verticali“

Nel 2009 le autorità della concorrenza si sono concentrate sugli accordi verticali. In applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart e della relativa Comunicazione del 2 luglio 2007 riguardante la valutazione degli accordi verticali (ComVert 2007), la Comco ha emanato in tale ambito tre decisioni guida concernenti i casi dell'accordo Felco e Landi („forbici e cesoie“), dei farmaci fuori lista e della ditta Gaba. Nell'inchiesta Gaba la Comco ha chiarito dettagliatamente come può essere confutata la presunzione della soppressione della concorrenza efficace in presenza di un accordo di protezione territoriale assoluta. Nell'inchiesta Felco-Landi relativa all'accordo sul prezzo di rivendita di forbici e cesoie, la Comco ha spiegato come va verificata la notabilità degli accordi verticali hard core alla luce dell'articolo 5 capoverso 1 LCart. Infine, nell'inchiesta sui farmaci fuori lista, la Comco ha illustrato come vanno valutate le raccomandazioni di prezzo che portano ad una fissazione dei prezzi di rivendita. Queste tre decisioni guida rafforzano la sicurezza giuridica per le imprese. Nello specifico le tre inchieste hanno portato ai risultati seguenti:

Forbici e cesoie

Con la decisione concernente l'inchiesta **su forbici e cesoie**, la Comco ha condannato due imprese, Felco SA e Landi Schweiz AG, per accordo verticale illecito relativo a un prezzo fisso di rivendita (per una descrizione dettagliata della decisione, cfr. B.3.5). Per la prima volta, la Comco ha sanzionato un accordo verticale sulla fissa-

zione dei prezzi di rivendita, che l'articolo 5 capoverso 4 LCart considera un accordo particolarmente dannoso per la concorrenza.

La decisione conferma che i prezzi fissi di rivendita sono generalmente considerati illeciti secondo il diritto svizzero, come pure secondo quello europeo. Sono giustificabili unicamente in casi eccezionali, per esempio durante la fase di lancio di un nuovo prodotto sul mercato svizzero. La decisione precisa la portata della ComVert 2007.

L'analisi del caso ha riguardato essenzialmente la notabilità dell'intralcio alla concorrenza dell'accordo. La Comco ha ricordato nella sua decisione che tale aspetto deve essere analizzato di caso in caso, esaminando gli elementi qualitativi e quantitativi dell'accordo. Tuttavia, in presenza di un accordo hard core come quelli menzionati all'articolo 5 capoverso 4 LCart, il fattore qualitativo toccato dall'accordo è di una tale importanza che porta ad un intralcio notevole della concorrenza, anche in presenza di un elemento quantitativo basso. Restrizioni che non determinano effetti significativi sul mercato in un caso specifico o addirittura che non determinano alcun effetto e che non sono nemmeno suscettibili di determinarlo non soddisfano il criterio della notabilità quantitativa. Per questo tipo di accordi non possono essere raggiunte le soglie di quote di mercato indicate al capitolo 13 della ComVert 2007 e nella comunicazione PMI.

Farmaci fuori-lista

Nell'inchiesta sui **farmaci fuori-lista** la Comco ha preso una prima decisione sulle raccomandazioni verticali sui prezzi (cfr. B.3.1). Essa ha constatato che la pubblicazione di prezzi pubblici raccomandati da parte dei produttori farmaceutici e la loro applicazione da parte dei punti vendita per tre medicinali costituiscono, secondo l'articolo 4 capoverso 1 LCart, pratiche concordate a carattere verticale. A causa degli interessi delle parti, dell'influenza dell'ex cartello Sanphar e dell'ampia osservanza dei prezzi pubblici raccomandati, questi ultimi costituiscono degli accordi sulla fissazione dei prezzi di vendita che soddisfano la presunzione di illegalità di cui all'articolo 5 capoverso 4 LCart, pur celandosi sotto forma di raccomandazioni.

L'ampia osservanza dei prezzi pubblici raccomandati da parte dei punti vendita ha fatto sì che i prezzi alla produzione delle ditte farmaceutiche non siano stati messi sotto pressione. Una concorrenza dei prezzi più efficace a livello dei punti vendita avrebbe indotto soprattutto le farmacie a esercitare pressione sui grossisti e sulle case farmaceutiche per ottenere i medicinali a condizioni migliori e per poterli quindi offrire a prezzi più bassi. Se fosse successo, i prezzi alla produzione sarebbero diminuiti e ci sarebbe stata una riduzione dei margini per tutti i livelli di vendita. Sia le case farmaceutiche sia le farmacie e i medici dispensanti hanno approfittato di questo sistema e hanno avuto degli incentivi finanziari per mantenerlo in vita.

La collusione che si è manifestata nell'osservanza dei prezzi pubblici raccomandati è stata favorita anche dal ruolo svolto in questo settore dalle banche dati di immediat (Galdat e Pharmavista). Galdat permetteva di individuare il prodotto durante la scansione alla cassa e di far apparire nel sistema il prezzo pubblico raccoman-

dato. Per la farmacia la tentazione di applicare il prezzo visualizzato alla cassa era forte, tanto più che tale pratica le tornava utile.

Nella sua decisione la Comco ha richiamato l'attenzione sull'influenza che Sanphar ha esercitato in merito alla pubblicazione e all'osservanza dei prezzi pubblici raccomandati. La certezza storica che ai tempi di Sanphar un certo farmaco in una determinata unità quantitativa, in una qualità prestabilita e in un dato momento veniva offerto in tutta la Svizzera allo stesso prezzo (DPC 2000/3, p. 379 n. marg. 142, disponibile solo in tedesco), ha favorito anche nel periodo esaminato la cooperazione. Grazie al suo aiuto i produttori e i punti vendita che dispensavano i tre farmaci anticipavano le azioni dei loro concorrenti e si adeguavano concordando le loro pratiche.

Gaba

Con la sua decisione in merito al caso **Gaba**, la Comco ha preso per la prima volta una decisione che concerne un accordo di protezione territoriale assoluta (cfr. B.5.1). Il contratto tra la società produttrice del dentifricio Elmex, Gaba International AG, e il titolare austriaco della licenza, Gebro Pharma GmbH, prevedeva fino a settembre 2006 il divieto di esportazione per i prodotti Gaba fabbricati da Gebro sotto licenza. Questa clausola contrattuale soddisfa la presunzione di soppressione della concorrenza efficace secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart.

In base alle considerazioni della Comco, la presunzione della soppressione della concorrenza efficace può essere confutata con il fatto che la concorrenza efficace non viene eliminata dall'esistenza di un accordo limitativo della concorrenza. Quanto risulta determinante è la considerazione delle condizioni del mercato nel loro complesso. Queste ultime sono caratterizzate, in caso di restrizioni verticali, da una concorrenza intra-brand e inter-brand. In presenza di una limitazione verticale della concorrenza occorre analizzare caso per caso entrambi i tipi di concorrenza.

Nell'inchiesta contro Gaba, dopo aver analizzato approfonditamente la concorrenza intra-brand della marca Elmex rosso e la concorrenza inter-brand sul mercato svizzero dei dentifrici, la Comco è giunta alla conclusione che era possibile confutare la presunzione di soppressione della concorrenza efficace secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart combinando la concorrenza intra-brand e inter-brand esistenti; la sola concorrenza intra-brand non era sufficiente a questo scopo. Tuttavia il divieto di esportazione ha portato a un intralcio notevole alla concorrenza (art. 5 cpv. 1 LCart), che non è giustificato da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart). Pertanto la clausola contrattuale vigente fino a settembre 2006 rappresentava un divieto illecito alle importazioni parallele in Svizzera.

Come si è sviluppata nell'UE la questione degli accordi verticali

Il **regolamento generale dell'UE in materia di accordi verticali** (regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate) è stato oggetto nel 2009 di una revisione a livello comunitario. Visto che

alla fine di maggio 2010 questo regolamento non sarà più in vigore e considerate le esperienze maturate dal giorno della sua emanazione, nell'UE dovrebbe essere varato un nuovo regolamento sugli accordi verticali. La Commissione europea deciderà in merito nel corso dei primi mesi del 2010.

A questo scopo l'UE ha elaborato una versione riveduta del regolamento sugli accordi verticali e delle linee guida corrispondenti, che è stato oggetto di una consultazione pubblica fino alla fine di settembre 2009. In linea di massima la Commissione europea ritiene che le regole e le norme del vecchio regolamento sugli accordi verticali sono risultate efficaci nel loro complesso e non dovrebbero essere modificate radicalmente. Le modifiche proposte dovrebbero sostanzialmente tener conto delle evoluzioni del mercato degli ultimi anni, soprattutto del maggior potere contrattuale delle grandi aziende di commercio al dettaglio e dello sviluppo della vendita online.

Concretamente la Commissione europea propone da un lato che un accordo verticale rientri nelle disposizioni del regolamento sugli accordi qualora non soltanto la quota di mercato del venditore (come avveniva fino ad ora), bensì anche quella dell'acquirente non superi il 30 %. Rispetto alla versione precedente il potere di mercato dell'acquirente dovrebbe quindi essere meglio individuabile. Al fine di promuovere la vendita online, il progetto proposto dalla Commissione europea propone di distinguere tra la vendita come risultato di un marketing attivo (la cosiddetta vendita attiva) e la vendita come frutto dell'iniziativa del consumatore finale (la cosiddetta vendita passiva). Inoltre si spiega che le condizioni imposte dall'offerente al commerciante per la vendita su Internet devono essere trattate secondo il nuovo regolamento sugli accordi verticali.

Oltre al regolamento sugli accordi verticali, alla fine di maggio 2010 scadrà anche il **regolamento di esenzione di gruppo relativo agli accordi verticali nel settore automobilistico** (regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico). La Commissione europea propone di prorogare di tre anni l'attuale regolamento di esenzione di gruppo per la vendita di veicoli nuovi (mercato primario) e di regolamentarlo successivamente con le disposizioni del regolamento generale sugli accordi verticali. Per il mercato dei servizi di riparazione e di manutenzione nonché per la vendita dei pezzi di ricambio (mercato secondario) dovrebbe entrare in vigore, a partire dal 1° giugno 2010, un regolamento di esenzione di gruppo specifico per il settore. Un progetto in questo senso è stato oggetto di una consultazione pubblica che si è conclusa alla fine del 2009.

B.3 Servizi

B.3.1 Sanità

Farmaci fuori-lista

Nel novembre 2009 la Comco ha concluso la sua inchiesta sui medicinali fuori-lista, che ha riguardato i prezzi pubblici raccomandati delle case farmaceutiche Bayer AG (Svizzera), Eli Lilly SA (Svizzera) e Pfizer AG per i

loro prodotti contro la disfunzione erettile ovvero Levitra, Cialis e Viagra.

Questi ultimi sono farmaci soggetti all'obbligo di ricetta appartenenti alla categoria di vendita B (dispensazione ripetuta sulla base di una prescrizione medica) che non figurano nell'elenco delle specialità (ES) dell'Ufficio federale della sanità (UFSP), quindi non sono rimborsabili dalle casse malati nel quadro dell'assicurazione di base. Non figurando sull'ES, i loro prezzi massimi non sono stabiliti dall'UFSP, bensì sono soggetti alle regole della libera concorrenza e vengono fissati dai punti vendita (farmacie e medici dispensanti).

Le tre case farmaceutiche hanno previsto un prezzo pubblico raccomandato per i loro medicinali, che è poi giunto ai punti vendita soprattutto tramite le banche dati a pagamento di e-mediati (Pharmavista e Galdat) e i bollettini di consegna dei grossisti. Dall'inchiesta è emerso che l'89.7 % delle farmacie e l'81.3 % dei medici dispensanti ha rispettato sostanzialmente i prezzi raccomandati per questi tre medicinali.

La pubblicazione e l'osservanza dei prezzi pubblici raccomandati trovano la loro origine nel cartello Sanphar, che è stato vietato dalla Comco nel 2000 (DPC 2000/2, p. 20 segg.). Sanphar era un accordo settoriale che permetteva in particolare di fissare i prezzi di rivendita sulla base di una regolamentazione dei margini di guadagno. Nel corso della procedura è emerso che le tre case farmaceutiche hanno calcolato i prezzi raccomandati applicando i margini di guadagno Sanphar; i punti vendita (specialmente le farmacie) si aspettavano dei prezzi calcolati in questo modo e si sono attenuti ad essi. Dal momento che questo sistema stabiliva non solo i prezzi di produzione delle ditte farmaceutiche ma anche i margini delle farmacie, entrambe le parti ne traevano vantaggio.

L'inchiesta ha rilevato che negli anni 2005 e 2006 le farmacie hanno venduto rispettivamente il 63.5 % e il 63.4 % di tutte le confezioni di Cialis, Levitra e Viagra al prezzo raccomandato. Le confezioni vendute a prezzo scontato – rispetto al prezzo pubblico raccomandato – sono state rispettivamente il 18.9 % e il 19.1 % di tutte le confezioni vendute da farmacie. Tali riduzioni di prezzo sono state però concesse a titolo di sconti personali per il cliente e non di sconti sul prodotto. Considerate le ripercussioni sul mercato e il fatto che sussistevano tre accordi dello stesso tipo che coprivano l'intero mercato, la Comco ha ritenuto che in questo settore la concorrenza efficace è stata soppressa.

La Comco ha constatato che la pubblicazione e l'osservanza di prezzi raccomandati per questi tre farmaci rappresenta un accordo verticale illecito secondo l'articolo 5 capoverso 1 e 4 LCart, che sopprime la concorrenza efficace. La Comco ha vietato alle case farmaceutiche in questione di pubblicare ulteriori prezzi raccomandati per Cialis, Levitra e Viagra e ha inflitto loro una sanzione per un importo complessivo 5,7 milioni di franchi.

Alimenti dietetici omologati

La Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare relativa alla **vendita di alimenti dietetici omologati per gli animali domestici** dopo aver ricevuto segnalazioni sul

fatto che le farmacie non verrebbero rifornite da alcuni distributori di tali alimenti, nemmeno dietro ordinazione. Dall'inchiesta preliminare è emerso che gli alimenti dietetici che permettono di rimuovere a medio o lungo termine le cause di alcune malattie animali, o per lo meno di alleviarne i sintomi, possono essere acquistati quasi esclusivamente attraverso i veterinari. Alcuni indizi hanno lasciato supporre che l'ampia esclusione delle farmacie dalla vendita sia la conseguenza di un accordo illecito.

L'inchiesta preliminare si è conclusa senza dar seguito ad altre procedure poiché gli concertati distributori si sono impegnati, nei confronti della Segreteria, a fornire alle farmacie svizzere gli alimenti dietetici per animali domestici alle condizioni commerciali consuete. Si sono impegnati anche a rispettare determinate norme di comportamento nei confronti dei rivenditori per quanto riguarda i prezzi consigliati.

Fusioni

Due concentrazioni di imprese nel settore farmaceutico hanno permesso alle autorità della concorrenza di precisare la loro pratica per quanto riguarda l'esame preventivo delle fusioni e di avvicinarsi alla prassi vigente nell'Unione europea, a vantaggio delle imprese coinvolte.

Da un lato le autorità della concorrenza svizzere chiederanno alle imprese che notificheranno la loro fusione presso le autorità europee di impegnarsi, se necessario, ad applicare anche in Svizzera gli oneri imposti per i mercati dell'Unione europea qualora le soluzioni trovate nell'Unione europea siano appropriate al mercato svizzero.

Dall'altro lato le autorità federali della concorrenza hanno chiarito i criteri d'esame per i mercati coinvolti da operazioni di assorbimento in cui solo una delle parti coinvolte è attiva con una quota di mercato pari ad almeno 30 %. In questo caso si tratta di verificare in quale misura le altre parti coinvolte possano essere considerate delle imprese potenzialmente in concorrenza. Tre situazioni permettono di affermare che l'operazione fa scomparire concorrenti potenziali: 1) se una delle parti intende entrare sul mercato problematico oppure si è fissata o ha perseguito un obiettivo di questo genere nel corso degli ultimi due anni (lo sviluppo di farmaci concorrenti in una fase avanzata può essere considerato come la volontà di entrare su un nuovo mercato), 2) se questa parte detiene importanti diritti di proprietà intellettuale su tali mercati pur non essendo attiva in essi e 3) un'attenzione particolare sarà rivolta ai casi in cui una parte è presente su un mercato di prodotti situato a monte o a valle, oppure se si tratta di un mercato vicino strettamente legato a quello in cui l'altra parte detiene almeno il 30 % delle quote di mercato.

B.3.2 Servizi finanziari

Carte di credito

Nell'anno in rassegna la Segreteria ha avviato una nuova inchiesta sulle carte di credito Visa e MasterCard e ha firmato anche una conciliazione che dovrebbe garantire sicurezza giuridica alle imprese del settore per la durata dell'inchiesta.

Nel dicembre 2005 la Comco ha concluso un'inchiesta sulla commissione d'interscambio (Interchange Fee) delle carte di credito. La fissazione della commissione interbancaria per le transazioni nazionali (cosiddetta Domestic Multilateral Interchange Fee; DMIF) da parte dei Card Committee di Visa e MasterCard è stata considerata un accordo sui prezzi tra gli issuer e gli acquirer che intralcia notevolmente la concorrenza (cfr. DPC 2006/1, p. 65 segg.). Nella sua motivazione la Comco ha ritenuto che un accordo multilaterale sulla Interchange Fee comporta vantaggi in termini di efficienza rispetto alle trattative bilaterali e pertanto può essere giustificato se si trova un sistema che non presenta gli effetti negativi delle trattative multilaterali e al contempo garantisce vantaggi sotto il profilo dell'efficienza. Come alternativa, con la conciliazione del 29 marzo 2005, la DMIF è stata vincolata ai costi obiettivi del sistema degli issuer e per il metodo di calcolo è stato scelto un approccio maggiormente orientato alla concorrenza. Per tener conto anche degli sviluppi futuri sul mercato delle carte di credito, la Comco ha limitato a quattro anni la validità della sua autorizzazione: il termine di scadenza della conciliazione è fissato per il mese di febbraio 2010.

Vista l'imminente scadenza di questo documento, nel 2009 la Segreteria ha effettuato uno studio d'impatto della decisione relativa alle carte di credito. Sulla base degli sviluppi osservati (in particolare dei costi del sistema) nel luglio 2009 la Segreteria ha avviato una nuova inchiesta sulla futura valutazione della DMIF. Nel corso di tale inchiesta la Segreteria si è già dichiarata disposta, nei confronti delle parti, a trovare una soluzione transitoria sotto forma di una nuova conciliazione.

Quest'ultima avrebbe lo scopo di stabilire l'ammontare della DMIF per il prossimo periodo transitorio sulla base di una procedura fondata sui costi oggettivi e di garantire lo status quo. Inoltre sono state apportate alcune modifiche al modello di calcolo allo scopo di rendere più orientata alla concorrenza la fissazione della DMIF. Dal 1°febbraio 2010 la seconda conciliazione sostituirà la prima e varrà per 3 anni oppure fino alla conclusione dell'inchiesta in corso.

Carte di debito

Visa Europe intende lanciare in Svizzera il prodotto V PAY, un progetto per la cui attuazione prevede di introdurre nel nostro Paese una DMIF. Visa Europe ha notificato la DMIF per la carta di debito Visa V PAY alla Segreteria come previsto dall'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart. La Segreteria ha quindi avviato un'inchiesta preliminare, al termine del quale ha constatato che la DMIF per la V PAY costituisce un accordo limitativo della concorrenza.

Si tratta di un accordo orizzontale da un lato tra gli issuer e dall'altro tra gli acquirer. Considerata l'attuale situazione del mercato nonché determinate promesse fatte da Visa Europe per la fase di ingresso sul mercato, è stato possibile risolvere provvisoriamente alcuni problemi inerenti al diritto dei cartelli in relazione al pianificato accordo sui prezzi. Poiché in Svizzera nessuna banca ha emesso finora una V PAY e il mercato delle carte di debito è dominato essenzialmente da Maestro, un prodotto della MasterCard, l'accordo sui prezzi durante la fase di introduzione sul mercato risulta accettabile. Per

la Segreteria l'Interchange Fee prevista risulta preoccupante a livello di diritto sui cartelli solo nel momento in cui V PAY avrà superato l'ingresso nel mercato e raggiunto una certa importanza nel comparto delle carte di debito.

Dopo Visa Europe, anche MasterCard Europe SPRL ha presentato alle autorità della concorrenza una notifica concernente l'introduzione di una Interchange Fee per tutte le transazioni effettuate in Svizzera con una carta di debito della Maestro. Per il momento in Svizzera il sistema della Maestro funziona senza Interchange Fee. Nel maggio 2009 la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare a questo proposito, che è tuttora in corso.

Too big to fail / Aspetti regolatori

Sulla base di quanto accaduto nel 2008 sui mercati finanziari e delle gravose ripercussioni sulle piazze finanziarie internazionali, nel 2009 il tema „too big to fail“ è stato al centro delle considerazioni in materia di concorrenza e di stabilità politica di numerose autorità e istituzioni. L'OCSE si è occupata del ruolo del diritto in materia di concorrenza nei mercati finanziari e del suo rapporto con la stabilità finanziaria. Nelle sue analisi è giunta essenzialmente alle conclusioni seguenti:

- la crisi attuale non deriva né da un fallimento del mercato né dall'efficacia della concorrenza, bensì è semmai la conseguenza di una scarsa regolamentazione del mercato nel settore finanziario;
- l'esistenza di mercati finanziari oligopolistici con un numero esiguo di banche ma di grande rilevanza per il sistema („too big to fail“) ha favorito notevolmente la crisi;
- nonostante le loro peculiarità e l'importanza che rivestono per l'economia, i mercati finanziari sottostanno alle norme del diritto della concorrenza;
- anche in caso di interventi statali a breve termine, nella pianificazione delle misure statali e delle cosiddette strategie di uscita si dovrebbero applicare le regole del diritto della concorrenza.

In seguito al pacchetto di salvataggio dell'UBS (resosi necessario) e alle discussioni sul tema „too big to fail“, nel novembre 2009 il Consiglio federale ha istituito un gruppo di esperti tra cui è rappresentata anche l'autorità della concorrenza. Lo scopo è analizzare la problematica „too big to fail“ e sviluppare possibili soluzioni per ridurre i problemi e i rischi ad essa legati.

Nel luglio 2009 la FINMA ha quindi avviato un'indagine conoscitiva sulla modifica dell'ordinanza sui fondi propri (O FoP). Tale modifica prevede di eliminare sia i fondi propri ridotti per le banche cantonali (art. 33 cpv. 3 O FoP) sia l'obbligo di versamento suppletivo per le banche aventi la forma della cooperativa (art. 16 cpv. 4 e art. 28 cpv. 2 O FoP). L'obiettivo della proposta avanzata dalla FINMA è migliorare la qualità della base dei fondi propri sia delle banche cantonali sia delle banche aventi la forma della cooperativa. Al contempo verrebbe eliminata la disparità di trattamento rispetto agli altri istituti finanziari. Le autorità della concorrenza avevano fatto notare questa disparità già verso metà degli anni '90 e ora prendono atto con soddisfazione della proposta della FINMA.

B.3.3 Servizi commerciali e altri ambiti

Forbici e cesoie

Nel maggio del 2009, la Comco ha preso una decisione nel settore della lotta contro gli accordi verticali. Si è trattato della prima decisione emanata in applicazione dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, secondo il quale la soppressione di una concorrenza efficace è presunta pure in caso di accordi mediante i quali imprese collocate a livelli di mercato diversi convergono prezzi minimi o fissi.

In questo caso la Comco ha sanzionato Felco SA e Landi Schweiz AG. Felco SA è un'impresa svizzera che fabbrica forbici e cesoie. Essa intrattiene da numerosi anni relazioni commerciali con Landi Schweiz AG, che distribuisce una parte della sua produzione. Nel settembre 2006 queste due imprese hanno stipulato un contratto che prevedeva un prezzo fisso di rivendita per alcuni prodotti Felco, tutti già introdotti sul mercato svizzero. Dopo aver constatato che questo contratto poteva contravvenire alla LCart, il 15 agosto 2007 Felco SA ha deciso di denunciarsi spontaneamente alle autorità della concorrenza nel quadro del programma di clemenza. Nel corso della procedura le due imprese sono giunte a una conciliazione con la Segreteria. La Comco ha approvato la conciliazione ed ha inflitto una sanzione alle due imprese per il loro comportamento illecito.

Con questa decisione, la Comco ha sanzionato per la prima volta un accordo verticale hard core (art. 5 cpv. 4 LCart) e precisato la portata della ComVert2007. Si tratta di un primo caso di richiesta di bonus, secondo il programma di clemenza, nel quadro di un accordo verticale. Pur essendosi autodenunciata, l'impresa è stata considerata promotrice dell'accordo, pertanto non ha potuto beneficiare di una riduzione totale della sanzione, ma soltanto di una riduzione parziale. Tuttavia, considerata l'eccellente cooperazione delle parti durante la procedura, sono state emesse sanzioni simboliche.

Accordi di appalto

Con la decisione del luglio 2009 la Comco ha concluso dopo soli 18 mesi l'inchiesta su alcune imprese bernesi attive nel settore delle installazioni elettriche. È stata la prima decisione che ha preso nell'ambito che dal 2008 considera prioritario a lungo termine, vale a dire la lotta contro gli accordi di appalto.

Ciò che ha fatto scattare l'inchiesta, iniziata con perquisizioni presso le sedi delle imprese coinvolte, sono state le informazioni comunicate da un terzo che non faceva parte del cartello. Un'intensa fase di indagini, durante la quale tutte le parti hanno cooperato nel quadro del programma di clemenza, ha condotto all'individuazione di vari accordi di appalto relativi a progetti di installazioni elettriche di notevole portata nell'area bernese tra il 2006 e il 2008. Le imprese si sono scambiate informazioni sui prezzi e sulla clientela ed hanno rispettato a vicenda le loro intenzioni presentando preventivi concordati. In tal modo la concorrenza è stata elusa ripetutamente e l'obiettivo della procedura di appalto ridotto ad absurdum. Gli incontri mensili tra le varie imprese coinvolte hanno conferito ai singoli accordi una certa continuità; per tale ragione nel calcolo della sanzione si è deciso di far pagare anche una maggiorazione.

La multa inflitta dalla Comco alle imprese che hanno preso parte al cartello è stata complessivamente di 1.24 milioni di franchi. Essa ha anche avuto la possibilità di occuparsi a fondo dello strumento dell'autodenuncia e del conseguente programma di clemenza, di cui tutti i membri del cartello si sono avvalsi.

Nel settore informatico la Segreteria ha condotto una procedura nei confronti della ditta SAP, attiva nel settore dei programmi di gestione „Enterprise resource planning (ERP) “. Tale ditta effettua la manutenzione del suo programma informatico dietro pagamento di un abbonamento annuale il cui importo è calcolato in percentuale del prezzo della licenza per il programma. Fino alla fine del 2008 le imprese potevano scegliere fra diversi contratti di manutenzione, che proponevano prestazioni distinte e costi differenziati. SAP ha tuttavia deciso a un certo punto di proporre un solo tipo di contratto, il più caro, che avrebbe generato un aumento del 5 % dei costi annuali (dal 17 % al 22 % del costo della licenza), un aumento ripartito su quattro anni. In seguito alle reazioni dei clienti e anche all'intervento delle autorità della concorrenza, la ditta SAP ha deciso di tornare sulla sua decisione e di continuare a offrire diversi tipi di contratti. La procedura è stata quindi conclusa senza conseguenze.

B.4 Infrastruttura

B.4.1 Media

Nel settore dei media, due grandi progetti di concentrazione di imprese sono stati oggetto di un'approfondita procedura d'esame da parte della Comco.

Nel primo caso si è trattato dell'acquisizione delle attività svizzere di **Edipresse** da parte di **Tamedia**. Sulla base di indizi che lasciavano supporre la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato dei giornali gratuiti per pendolari nella Svizzera romanda, la Comco ha deciso di procedere a un esame approfondito degli effetti concorrenziali del progetto di concentrazione. È quindi emerso che sul mercato degli annunci di tale regione linguistica vi era posto solo per un giornale gratuito per pendolari, viste le dimensioni relativamente piccole. Questa conclusione è condivisa dall'esperto incaricato dalla Comco. Considerate le perdite considerevoli subite da Edipresse con la pubblicazione del giornale gratuito *Le Matin Bleu*, quest'ultimo sarebbe stato probabilmente eliminato a breve dal mercato, anche senza la fusione del suo editore con Tamedia, l'editore di 20 minutes. Nessun altro editore ha mostrato interesse a rilevare il *Matin Bleu*, vista la situazione.

In queste circostanze la Comco ha ritenuto che le condizioni necessarie per giustificare una fusione di risanamento fossero soddisfatte e quindi ha autorizzato il progetto senza oneri né condizioni. Non spetta infatti alla Comco mantenere in modo artificiale la concorrenza su un mercato se di fatto essa non è realizzabile. Va inoltre notato che secondo la valutazione della Comco, la concentrazione non avrebbe portato a maggiori quote di mercato sugli altri mercati coinvolti, dal momento che le attività di Tamedia si concentrano nella Svizzera tedesca e quelle di Edipresse nella Svizzera francese.

La seconda concentrazione riguarda la condivisione dei servizi di distribuzione mattutina dei giornali di **Tamedia**,

del gruppo **NZZ** e della **Posta**. Anche in questo caso la Comco ha proceduto a un esame approfondito del progetto di fusione, in modo da determinare se la concorrenza potenziale a Tamedia, NZZ e alla Posta nel settore del recapito mattutino dei giornali fosse sufficiente. Essa è giunta alla conclusione che se il mercato non restasse sufficientemente aperto, la nuova organizzazione progettata da Tamedia, NZZ e la Posta deterrebbe una posizione dominante che lascerebbe solo poco spazio a un'eventuale concorrenza. Qualsiasi altro distributore potrebbe a malapena stabilirsi su questo mercato senza clienti quali Tamedia e il gruppo NZZ. Per queste ragioni la Comco ha autorizzato la concentrazione vincolandola a determinati oneri. I servizi di distribuzione possono infatti essere accorpati, ma gli editori non possono partecipare alla nuova entità di distribuzione e gestirla congiuntamente con la Posta.

La Segreteria ha proseguito del resto le sue indagini nel quadro dell'inchiesta sul **prezzo dei libri francofoni** in Svizzera. Le risposte ottenute non sono state sufficienti per permettere di pronunciarsi su un eventuale abuso di posizione dominante dei distributori svizzeri a causa dei prezzi troppo elevati, pertanto è stato necessario inviare altri questionari.

Sempre in questo ambito la Comco si è pronunciata nel quadro della consultazione sul **progetto di regolamentazione del prezzo dei libri**, dichiarandosi contraria al principio stesso di un tale progetto. A suo avviso la lacuna del mercato non è tale da richiedere una regolamentazione. Inoltre non è convinta che sia opportuno regolamentare i prezzi del libro in quanto non vi è un nesso di causalità tra la regolamentazione dei prezzi e gli obiettivi di politica culturale a cui si mira.

B.4.2 Telecomunicazioni

Nel settore delle telecomunicazioni, la decisione di infliggere una sanzione a **Swisscom** nel quadro dell'inchiesta sulla politica dei prezzi praticata per i **servizi ADSL** costituisce il punto forte delle attività della Comco. Swisscom non solo fornisce l'accesso Internet ADSL ai consumatori finali per il tramite della sua società Bluewin, ma è anche l'unico fornitore dei servizi per l'accesso a Internet a banda larga, indispensabili per gli altri fornitori che desiderano offrire l'accesso Internet ADSL ai propri clienti. Mantenendo molto elevato il prezzo di tali servizi rispetto al prezzo del servizio ADSL fatturato ai clienti finali, il margine che i concorrenti di Bluewin potevano trarne non consentiva loro di gestire in modo redditizio i propri servizi ADSL. Sebbene persino Bluewin abbia subito delle perdite in questo settore, queste ultime sono state largamente compensate dai profitti realizzati grazie ai servizi per l'accesso a Internet a banda larga.

Tale politica dei prezzi condotta da Swisscom fino alla fine di dicembre 2007 ha contribuito all'elevato livello dei prezzi in Svizzera e costituisce un abuso di posizione dominante („price o margin squeeze“) che deve essere sanzionato. La Comco ha fissato l'ammontare di tale sanzione a 220 milioni di franchi, tenendo conto del tipo e della gravità della restrizione alla concorrenza. In questo caso, il fatto che il comportamento di Swisscom sia perdurato per diversi anni nel periodo di costituzione di un mercato a forte crescita è stato considerato un fattore

aggravante. Swisscom ha presentato ricorso contro questa decisione presso il Tribunale amministrativo federale.

L'acquisizione di **Sun Microsystems, Inc.** da parte di **Oracle Corporation** è stata esaminata dalla Comco, che ha deciso di sottoporre questa concentrazione a un esame approfondito sulla base di indizi secondo cui potrebbe creare o rafforzare una posizione dominante, in particolare sul mercato dei sistemi di gestione delle banche dati. La Comco ha tuttavia deciso di procedere a questo esame secondo una procedura semplificata. La concentrazione ha degli effetti sui mercati mondiali ed è stata notificata anche alla Commissione europea. Dal momento che gli effetti sulla concorrenza in Svizzera non saranno diversi da quelli osservati altrove, specialmente in Europa, la Comco ha preso atto dell'impegno di Oracle a realizzare la fusione sul mercato svizzero in modo da rispettare la decisione che la Commissione europea emetterà al termine del suo esame ed ha quindi posto fine alla sua analisi approfondita.

Sempre a proposito di concentrazioni di imprese, alla fine dell'anno è stato notificato alla Comco il progetto di fusione tra **Orange** e **Sunrise**. La Comco ha quindi deciso di procedere a un esame approfondito della concentrazione, che sarà condotto nel corso dei primi quattro mesi del 2010.

La Segreteria ha inoltre seguito con attenzione lo sviluppo **della realizzazione della rete a fibre ottiche**, partecipando a diverse procedure di consultazione relative a interventi parlamentari sull'argomento e fornendo consulenza alle imprese. In questo settore in pieno sviluppo è necessario da un lato fare in modo che gli interventi dello Stato restino neutri in materia di concorrenza, dall'altro che le cooperazioni avviate tra i diversi attori del mercato (operatori di telecomunicazioni, imprese elettriche) non devono costituire o favorire la comparsa di accordi illeciti. Occorre anche prestare attenzione affinché le imprese non abusino della posizione dominante che potrebbero detenere in futuro sulla rete.

B.4.3 Energia

La Segreteria ha proseguito l'osservazione del mercato delle prestazioni sistemiche, in particolare l'acquisto di energia di regolazione che deve essere immessa nella rete per garantire l'equilibrio tra l'offerta e la domanda. In un primo momento la Commissione dell'elettricità ElCom ha chiesto alla Comco un parere sulla liceità dell'eventuale introduzione di un sistema „price cap“ („tetto massimo“) da parte di Swissgrid SA per l'acquisto di energia di regolazione. Senza pronunciarsi definitivamente sulla liceità di una tale introduzione, la Segreteria ha tuttavia fatto notare che una tale decisione potrebbe costituire un accordo illecito sui prezzi se il consiglio d'amministrazione (all'interno del quale sono rappresentati i produttori d'energia) o il ramo economico intervenisse nella determinazione del tetto massimo. Essa rileva inoltre che un tale strumento dovrebbe essere evitato qualora intervenga nella formazione dei prezzi, che quindi non deriverebbero più dalla concorrenza.

In un secondo momento Swissgrid ha sottoposto alla Comco, nel quadro di una procedura di opposizione ai sensi dell'articolo 49a cpv. 3 lett. a LCart, nuove regole

applicabili per le gare di appalto, che fissano un prezzo massimo per ogni tipo di prodotto da acquistare sul mercato, considerando che non si terrebbe conto delle offerte superiori a questo prezzo (price cap). La Commissione ritiene che, sebbene la fissazione del prezzo massimo concerna soltanto Swissgrid, senza la partecipazione degli attori del ramo, e non costituisca a priori un accordo sui prezzi, questa pratica risulta problematica poiché rischia di favorire accordi in materia di concorrenza. Swissgrid ha quindi manifestato la sua intenzione di rinunciarvi.

La Segreteria effettua inoltre **un'osservazione del mercato liberalizzato dell'elettricità**. In diverse occasioni le è stato fatto notare che i clienti grandi consumatori di elettricità, per i quali il mercato è ormai aperto, non beneficerebbero in sostanza della possibilità di cambiare fornitore. Sembrerebbe che non ricevono offerte soddisfacenti da parte dei fornitori di elettricità, o perché i prezzi proposti sono troppo elevati, o perché le loro gare d'appalto restano semplicemente senza seguito. La Segreteria ha pertanto inviato una serie di questionari per determinare le cause di tale mancanza di concorrenza. Se si dovesse sospettare l'esistenza di pratiche concertate tra i vari attori del mercato dell'energia elettrica, si avvierebbero le procedure necessarie.

B.4.4 Agricoltura

Nel settore agricolo la Comco ha continuato a sorvegliare il mercato del latte in seguito alla soppressione del contingentamento lattiero del 1° maggio 2009. In particolare ha seguito con attenzione la fondazione dell'Interprofessione del latte nel giugno 2009, che istituisce in particolare un sistema di gestione delle quantità di latte industriale a tre livelli („latte contrattuale“, „latte di borsa“ e „latte di sgombero del mercato“) e fissa un prezzo indicativo del latte. Ha inoltre preso posizione sui vari interventi parlamentari relativi a questo argomento, specialmente sulle proposte che tendono a rendere obbligatorie certe misure volte a regolare la produzione di latte. Se il Parlamento dovesse decidere di rendere obbligatorie tali misure nel quadro della legge sull'agricoltura, esse costituirebbero delle prescrizioni che sono fatte salve ai sensi dell'articolo 3 LCart.

Nella sua attività di controllo delle concentrazioni di imprese, la Comco ha trattato due operazioni di assorbimento effettuate dal gruppo **Emmi**.

Il primo caso concerne l'acquisizione di **Nutrifrais SA**, un'affiliata delle Laiteries Réunies de Genève attiva nella produzione di prodotti lattieri freschi, come yogurt e dessert. La Comco ha ritenuto che la concorrenza esercitata dai produttori stranieri sui mercati, che in futuro dovrebbe aumentare ulteriormente, è sufficiente per disciplinare il mercato svizzero, quindi ha autorizzato la concentrazione nel quadro dell'esame preliminare.

Il secondo caso concerne l'acquisizione di una parte delle attività di **Kellenberger Frisch Service (KFS)** da parte di **Emmi Interfrais**, un'affiliata della Emmi che opera nella distribuzione di prodotti freschi ai commercianti al dettaglio indipendenti e ai grandi consumatori. Kellenberger Frisch Service è un'affiliata della ditta Frigemo AG, a sua volta affiliata della cooperativa fenaco, attiva nell'acquisto, distribuzione e trasporto di prodotti

alimentari, in particolare di prodotti freschi. Poiché le quote di mercato corrispondenti (distribuzione di prodotti lattieri e di formaggi) non raggiungevano il 20 %, la Comco ha riconosciuto l'assenza di indizi secondo cui la concentrazione creerebbe o rafforzerebbe una posizione dominante. Ha invece preso in esame due accordi connessi alla fusione propriamente detta. Il progetto di concentrazione prevede infatti che, per due anni, KFS e fenaco non forniranno prodotti lattieri e formaggi ai clienti ceduti alla Emmi Interfraxis. Inoltre le parti hanno fissato un importo forfettario di rimborso per il caso in cui dei clienti „acquisiti“ nel quadro della concentrazione vengano comunque riforniti di prodotti lattieri e formaggi da ditte del gruppo fenaco; ciò vale per una durata di cinque anni a partire dalla data di realizzazione della transazione. La Comco ha riconosciuto la necessità di tali misure per garantire il valore della parte dell'impresa KFS ceduta a Emmi Interfraxis, ma ritiene che la loro durata non dovrebbe superare i due anni.

B.4.5 Altri ambiti

Nel settore dei trasporti, la Comco ha partecipato alla consultazione relativa alla **rimessa delle ferrovie 2** che concerne innanzitutto gli aspetti legati alla sicurezza, all'armonizzazione della legislazione svizzera con i cosiddetti „pacchetti ferroviari dell'UE“, la modalità di finanziamento dell'infrastruttura ferroviaria e l'attuazione dell'equiparazione tra le ferrovie private e le FFS. La Comco si è pronunciata a favore di una regolazione il più neutra possibile dal punto di vista della concorrenza. In particolare ha auspicato l'estensione dell'applicazione delle procedure delle gare di appalto per il rilascio di concessioni e propone di rendere obbligatorio questo tipo di procedura. Essa ha inoltre sottolineato l'importanza di vigilare affinché il prezzo minimo di tracciato (indennizzazione del gestore dell'infrastruttura per l'utilizzo della stessa) e le regole di calcolo dei prezzi di tracciato non determinino come effetto una distorsione della concorrenza.

La Comco si è infine pronunciata sul progetto di **revisione totale della legislazione postale**. Si è opposta alla fissazione del prezzo delle prestazioni offerte nel quadro del servizio universale da parte del Consiglio federale ovvero della Commissione della Posta, questo per evitare di falsare la concorrenza. Ha inoltre insistito sulla necessità di limitare allo stretto necessario i vantaggi concorrenziali concessi ai fornitori di servizi incaricati del servizio universale, ripetendo in particolare i problemi concorrenziali legati alla deroga al divieto di circolare di notte e la domenica, già denunciati nella raccomandazione formulata nel 2008.

B.5 Mercati dei prodotti

B.5.1 Commercio al dettaglio

Con la decisione **Gaba** del novembre 2009 la Comco ha adottato una decisione di principio per quanto riguarda l'impedimento delle importazioni parallele mediante accordi verticali. Gaba International AG e la società austriaca titolare della licenza, Gebro Pharma GmbH, sono state sanzionate dalla Comco perché l'una aveva imposto all'altra il divieto di esportazione; a causa di quest'ultimo il mercato svizzero era stato escluso dalle importazioni parallele. La Comco ha inflitto a Gaba una

multa di 4.8 milioni di franchi per aver vietato le importazioni parallele, mentre Gebro ha dovuto pagare una multa simbolica di CHF 10'000.-, perché non ha tratto alcun vantaggio da tale divieto.

Gaba e Gebro hanno modificato il proprio contratto nel settembre 2006 ed hanno annullato il divieto d'esportazione. Il nuovo contratto obbliga Gebro a informare Gaba in merito a ogni esportazione. In determinate circostanze una clausola del genere potrebbe avere lo stesso effetto di un divieto d'esportazione, ma nella presente procedura tale rischio non è stato confermato. Gaba e Gebro hanno inoltre ribadito che con il nuovo contratto non ostacoleranno le importazioni parallele.

La Comco aveva avviato l'inchiesta a seguito di una denuncia della Denner AG, che lamentava il fatto di non poter effettuare importazioni parallele di prodotti Elmex dal mercato austriaco. Dopo essere stata rifornita dalla Svizzera, Denner ha preso le distanze dalla procedura. La Comco ha tuttavia portato a termine l'inchiesta, dal momento che erano sorte alcune questioni di principio. La Comco continuerà a seguire prioritariamente gli ostacoli contrattuali alle importazioni parallele, in particolare anche per evitare che la revisione della legge sui brevetti e l'imminente introduzione del principio „Cassis-de-Dijon“ vengano aggirate.

Alla fine del 2008 il discount Lidl si è rivolto alla Segreteria perché non veniva rifornito da determinati produttori di articoli di marca svizzeri, a quanto pare a seguito di pressioni da parte di Coop. Nel corso di un approfondito esame la Segreteria è giunta alla conclusione che alcuni elementi depongono a favore di una posizione dominante di Coop su determinati mercati dell'approvvigionamento. Tali elementi si sono rafforzati considerando la posizione di Coop nel lancio di nuovi prodotti. La Segreteria ha constatato che Coop ha minacciato misure di ritorsione a determinati fornitori nel caso in cui avessero rifornito i punti vendita Lidl. Nessuno dei fornitori interpellati ha però menzionato tali tentativi di pressione di Coop come causa della mancata rifornitura (parziale o totale) dei negozi Lidl. La Comco ha ammonito Coop a questo proposito e ha annunciato l'apertura di un'inchiesta qualora tali tentativi di pressione dovessero portare a una mancata fornitura dei concorrenti.

Le concentrazioni di imprese del commercio al dettaglio autorizzate dalla Comco negli ultimi anni previo il rispetto di determinati oneri (Coop/Fust, Migros/Denner e Coop/Carrefour) hanno tenuto occupata la Segreteria anche nel 2009. Il controllo del rispetto degli oneri è stato affidato alle società di revisione indipendenti Refindar Moore Stephens AG (Coop/Fust), Deloitte (Migros/Denner) e BDO Visura (Coop/Carrefour). Nel caso Migros/Denner l'onere relativo all'obbligo di annuncio secondo l'articolo 9 capoverso 4 LCart ha fatto sì che la Comco abbia valutato due acquisizioni da parte della Migros che, conformemente all'articolo 9 capoverso 1, non sarebbero state soggette all'obbligo di annuncio. Entrambe le acquisizioni sono state considerate innocue in termini di concorrenza.

Sulla base di varie segnalazioni da parte dei consumatori, la Segreteria ha chiesto spiegazioni alla Procter & Gamble sulla sua politica dei prezzi per le lamette Gillette. Procter & Gamble ha confermato l'esistenza di prezzi

consigliati al pubblico non vincolanti, ma ha fatto notare che i commercianti restano liberi nella definizione dei prezzi e che le raccomandazioni di prezzo non sono legate ad alcuna forma di pressione né alla concessione di incentivi specifici. In seguito a ciò, nel novembre 2009 i grandi commercianti al dettaglio hanno abbassato notevolmente i prezzi di propria iniziativa, vale a dire senza ottenere prezzi d'acquisto più bassi dai produttori. La Segreteria terrà conto di questo nuovo fatto nella sua analisi sotto il profilo del diritto della concorrenza.

Dopo diversi articoli stampa sull'omogeneità dei prezzi di vendita al pubblico dei prodotti Nivea in Svizzera, che talvolta superano notevolmente quelli praticati nei paesi limitrofi, la Segreteria ha chiesto spiegazioni sia alla società Beiersdorf AG sia ai commercianti al dettaglio. Molto probabilmente i risultati verranno resi noti nel primo semestre del 2010.

B.5.2 Edilizia

Nel giugno 2009 sono state effettuate delle perquisizioni in diverse imprese edili nei Cantoni di Argovia e Zurigo. La Segreteria era stata informata in precedenza da una „soffiata“ sull'esistenza di accordi di appalto di grossa portata tra le imprese edili. Con le perquisizioni la Segreteria ha avviato un'indagine nel settore della **costruzione stradale e del genio civile**. L'inchiesta dovrebbe chiarire se le imprese si sono accordate in modo illecito su progetti edili, in particolare per coordinare l'importo totale dei costi preventivati nelle gare di appalto, spartendosi così tra di loro progetti e clienti. A seconda del Cantone le inchieste sono ripartite tra il servizio Mercati dei prodotti (Cantone Argovia) e il servizio Servizi (Cantone Zurigo), poiché la portata delle indagini appare considerevole. Le inchieste rientrano inoltre nell'ambito prioritario „Accordi di appalto“ delle autorità della concorrenza (cfr. B.1).

Per quanto concerne l'inchiesta che riguarda il Cantone Argovia, nel secondo semestre si è cominciato a visionare e ad analizzare i documenti e i supporti dati sequestrati, dal momento che non è stato necessario avviare la procedura di dissigillamento dei mezzi di prova come invece è stato necessario nel Cantone di Zurigo. Diverse imprese collaborano con l'autorità della concorrenza. Se le imprese coinvolte nell'accordo forniscono spontaneamente informazioni o presentano mezzi di prova, possono beneficiare di una riduzione parziale o totale della sanzione conformemente all'articolo 49a capoverso 3 LCart (il cosiddetto programma di clemenza).

Per quanto riguarda l'inchiesta sulle **ferramenta per edilizia**, nel 2009 si sono concluse le indagini. La procedura riguarda le principali società di distribuzione della Svizzera e i commercianti di ferramenta per finestre e portefinestre. Nel corso del 2010 il parere della Segreteria sarà sottoposto alle parti, le quali potranno esprimersi in merito. Gli accordi esaminati comprendono in particolare gli aumenti di prezzo per le ferramenta di finestre e portefinestre. Gli ulteriori casi denunciati nell'ambito di questa inchiesta hanno portato all'apertura di una nuova inchiesta relativa alle **componenti delle porte**, quali maniglie, serrature, cerniere, ecc. Le indagini a questo proposito sono state avviate.

B.5.3 Industria orologiera

Nel settembre 2009 la Comco ha avviato un'inchiesta contro **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse SA**, un'affiliata del gruppo Swatch. Le indagini effettuate nella fase d'inchiesta preliminare avevano fatto emergere degli indizi secondo cui ETA vanterebbe una posizione dominante sul mercato dei movimenti meccanici degli orologi e ne avrebbe abusato nei confronti dei suoi partner commerciali mediante misure discriminatorie nel senso di adeguamenti di prezzi e di condizioni. L'inchiesta è riconducibile a diverse denunce pervenute alla Segreteria, dopo che ETA aveva annunciato aumenti di prezzi e nuove condizioni di pagamento per i movimenti meccanici degli orologi. L'interesse e la disponibilità degli operatori del mercato a fornire informazioni alle autorità della concorrenza sono molto elevati, tra l'altro anche a causa della situazione economica attualmente tesa per l'industria orologiera.

Dal 2002 al 2004 ETA era già stata al centro di una procedura della Comco, dopo aver annunciato la sua intenzione di ridurre le forniture di movimenti meccanici grezzi e di sospenderle completamente a partire dal 2006. Per movimenti grezzi si intendono gli elementi non montati di un movimento meccanico; insieme all'organo regolatore, ovvero il gruppo bilanciere, spirale, ancora e ruota di scappamento, costituiscono il movimento di un orologio meccanico. La procedura si è conclusa nel 2004 con una conciliazione tra la Comco e ETA, che ha comportato sostanzialmente l'obbligo da parte di ETA di continuare a rifornire i vecchi clienti fino alla fine del 2010.

B.5.4 Settore automobilistico

Considerate le numerose segnalazioni relative al **settore automobilistico**, con l'attuazione della Comunicazione Automobili, nel 2009 la Segreteria si è dovuta occupare prioritariamente dell'attività di mediazione e dell'accesso alle informazioni tecniche.

Secondo la Comunicazione Automobili, i produttori/importatori non possono limitare i loro distributori autorizzati a vendere veicoli nuovi a intermediari delegati dai consumatori finali. Ciò non può verificarsi nemmeno attraverso premi o altri incentivi che distinguano la vendita diretta a un cliente finale dalla vendita tramite un intermediario autorizzato. In tale contesto è possibile che rivenditori generalmente indipendenti figurino poi – quando operano per conto di un consumatore finale – come intermediari autorizzati. La Segreteria è giunta alla conclusione che un obbligo di principio di fatturazione ai clienti finali sia eccessivo e non conciliabile con la comunicazione. Deve esserci almeno la possibilità, in casi motivati, di poter derogare a tale norma. In tali casi il produttore può chiedere una verifica particolarmente precisa dell'esistenza di un cliente finale.

Officine e associazioni indipendenti hanno segnalato alla Segreteria eventuali irregolarità nell'accesso alle informazioni tecniche da parte di operatori indipendenti del mercato automobilistico. Uno degli obiettivi specifici della Comunicazione Automobili a livello di politica della concorrenza era garantire che le officine indipendenti potessero entrare in concorrenza con le officine autorizzate dei produttori, assicurando a tutti gli operatori di tale mercato il libero accesso alle informazioni tecniche ne-

cessarie per i lavori di riparazione e manutenzione. L'accesso deve avvenire secondo le stesse modalità e in una forma che soddisfi le esigenze degli operatori indipendenti del mercato. Questi ultimi devono poter accedere alle informazioni allo stesso modo delle officine autorizzate, ovvero „singolarmente e a un prezzo adeguato al loro utilizzo“. La Segreteria sta esaminando se nel caso di alcuni produttori/ importatori in Svizzera si è eventualmente giunti a notevoli limitazioni della concorrenza per la mancanza di mezzi di comunicazione adeguati, per mancanza di trasparenza o a causa di una fatturazione di costi inadeguati per rapporto all'utilizzo di tali mezzi di comunicazione.

Nel corso dell'estate la Commissione europea si è espressa sul futuro quadro legislativo in materia di concorrenza nel settore automobilistico dopo la scadenza del regolamento di esenzione di gruppo per la vendita di veicoli nuovi, ovvero l'equivalente europeo della Comunicazione Automobili. La Commissione distingue sostanzialmente tra mercato primario e secondario e propone di prorogare di tre anni, fino al 31 maggio 2013, le disposizioni di tale regolamento per il mercato primario, vale a dire il mercato per la vendita di nuovi veicoli. Nella vendita di nuovi veicoli la concorrenza dovrebbe quindi essere protetta dalle norme generali sulle restrizioni verticali della concorrenza. Invece per il mercato secondario, ossia il mercato dei servizi di riparazione e manutenzione e della vendita di pezzi di ricambio, sul quale la concorrenza è meno marcata per la specificità delle marche, dovrebbe entrare in vigore, a partire dal 1° giugno 2010, un nuovo regolamento d'esenzione di gruppo, più mirato per le peculiarità dei singoli settori. Esso dovrebbe disciplinare in particolare gli aspetti seguenti: (a) accesso alle informazioni tecniche; (b) accesso ai pezzi di ricambio; (c) abuso delle garanzie e (d) accesso alle reti delle officine convenzionate. Dopo che la Commissione europea avrà preso una decisione definitiva in merito, la Comco valuterà se e in che misura sarà necessario modificare la Comunicazione Automobili.

B.5.5 Altri ambiti

Facendo seguito alla denuncia di un commerciante di elettrodomestici, la Segreteria ha avviato un'inchiesta preliminare sul sistema di vendita di Electrolux AG. Quest'ultima ha proibito ai suoi rivenditori il commercio via Internet minacciando la sospensione delle forniture. Dall'inchiesta preliminare dovrebbe emergere in quale misura un comportamento del genere è preso in considerazione nella legge sui cartelli e se è possibile eventualmente motivare una limitazione del commercio online con la selettività del sistema di vendita o giustificarla con la problematica dei cosiddetti free rider. Si prevede quindi che la Segreteria riceverà ulteriori denunce relative al commercio elettronico.

Nel 2009 essa ha effettuato diverse osservazioni di mercato, nell'ambito delle quali è emerso che il mercato dei videogiochi e delle console non presenta al momento elementi che confermino l'esistenza di limitazioni della concorrenza. Lo sviluppo nel mercato dell'intrattenimento interattivo continuerà tuttavia a essere sorvegliato, soprattutto dal momento che l'industria dei videogiochi realizza ormai un fatturato di miliardi di franchi. La

Segreteria esaminerà inoltre il mercato degli articoli per bambini per rilevare eventuali raccomandazioni di prezzo da parte dei produttori nei confronti dei commercianti e/o accordi sulla ripartizione dei mercati per limitare il commercio parallelo. Dalle indagini effettuate non sono emersi indizi sufficienti per l'avvio di un'inchiesta preliminare o di un'inchiesta. La Segreteria ha inoltre ammonito la cooperativa ELITE Electro-Partner, poiché il suo catalogo di apparecchi elettrici conteneva raccomandazioni di prezzo, senza tuttavia indicare esplicitamente il loro carattere non vincolante. Infine, nel settore della biancheria intima, la ditta Triumph International AG è stata esortata a chiarire che non esercita alcuna influenza sui prezzi di rivendita dei commercianti.

B.6 Mercato interno

Nel 2009 l'attività del centro di competenza Mercato interno è stata all'insegna di due priorità tematiche. Una prima priorità è stata la partecipazione allo sviluppo e all'attuazione del progetto „accordi di appalto“ (cfr. B.1). In questo caso è risultata in primo piano la collaborazione avviata dalla Segreteria con i Cantoni. Oltre ai colloqui bilaterali con un totale di 18 divisioni cantonali delle costruzioni, va menzionato lo svolgimento, a San Gallo, del primo corso di formazione progettato dal centro di formazione per gli enti aggiudicatori cantonali. Sulla base delle esperienze fatte, per il prossimo anno è previsto lo svolgimento di diverse manifestazioni formative in vari Cantoni.

Una seconda priorità tematica è stata la trattazione della disposizione dell'articolo 2 capoverso 7 della legge sul mercato interno (LMI), che prevede l'obbligo di indire gare d'appalto per trasferire a privati i monopoli cantonali e comunali. Il contenuto e la portata di questa norma, creata nell'ambito della revisione della legge del 2006, solleva in realtà delicate questioni di principio. Lo dimostrano anche due richieste di informazioni presentate alla Comco e ancora in fase di accertamento, riguardanti il rinnovo delle concessioni del diritto di utenza di acqua e i contratti di concessione sulla produzione e il funzionamento di impianti di distribuzione elettrici. Il prossimo anno la Comco renderà nota la sua opinione giuridica su tali questioni di principio, così aumenterà la sicurezza giuridica e allo stesso modo si favorirà l'attuazione della disposizione da parte di Cantoni e Comuni.

Infine il centro di competenza Mercato interno ha continuato a trattare numerose segnalazioni e richieste di informazioni presentate da singoli cittadini o da autorità. Le prime hanno riguardato principalmente questioni relative all'attuazione del diritto al libero accesso al mercato (in particolare nel settore delle professioni sanitarie regolamentate a livello cantonale e degli appalti pubblici). Le seconde hanno riguardato invece soprattutto la conformità alla LMI delle norme cantonali e comunali nonché la prassi amministrativa (in particolare nel settore della regolamentazione dei taxi).

B.7 Centro di competenza Indagini

Il centro di competenza Indagini ha contribuito alla preparazione e all'organizzazione della più grande perquisizione mai organizzata dalla modifica della LCart nel 2003; essa è stata effettuata nel giugno 2009 nei Canto-

ni di Zurigo e Argovia presso le sedi di imprese attive nel settore della costruzione stradale e del genio civile.

Nel corso dell'anno in rassegna il centro di competenza Indagini ha formato nuovi capigruppo che in futuro potranno essere impiegati per guidare i vari team durante le perquisizioni.

Infine le autorità della concorrenza hanno preso posizione sul progetto della legge federale sui giuristi d'impresa, che prevede di accordare loro il beneficio del segreto professionale previsto per gli avvocati indipendenti. Pertanto, i documenti da essi redatti nel quadro del loro contratto di lavoro non potrebbero essere utilizzati come mezzi di prova per permettere di rilevare l'esistenza di cartelli. Una norma del genere è in grado di complicare in modo serio il compito delle autorità inquisitorie.

B.8 Comunicazione

L'ambito delle relazioni pubbliche dell'autorità della concorrenza riveste sempre una grande importanza. Una prassi decisionale trasparente con spiegazioni comprensibili per gli operatori dei media e l'opinione pubblica è indispensabile. Lo scorso anno la Comco ha dovuto comunicare decisioni importanti sugli accordi verticali, gli accordi di appalto e le concentrazioni di imprese, che hanno portato a 18 comunicati stampa e a due conferenze stampa. Inoltre, nel tradizionale colloquio autunnale, le autorità della concorrenza hanno dato ai giornalisti la possibilità di farsi un'idea sulle procedure interne e l'occasione di porre domande al di fuori della procedura ordinaria.

B.9 Relazioni internazionali

L'importanza della cooperazione e del coordinamento internazionale è in costante aumento nell'ambito della politica della concorrenza. Ciò è una conseguenza della globalizzazione, poiché con l'apertura mondiale del mercato aumenta il pericolo di limitazioni transfrontaliere della concorrenza. Diventa pertanto necessario l'intenso scambio di opinioni delle autorità della concorrenza, al quale partecipano attivamente la Comco e la Segreteria, in particolare nell'ambito dell'International Competition Network (ICN) che nel 2009 ha tenuto a Zurigo la sua 8a conferenza annuale. Anche gli accordi di cooperazione tra le autorità della concorrenza acquisiscono importanza. L'accordo con il Giappone menzionato nell'ultimo rapporto annuale è stato firmato ed è entrato in vigore. Proseguono intanto i lavori preliminari in vista di una collaborazione più formale con l'UE.

OCSE: Rappresentanti della Comco e della Segreteria hanno partecipato all'incontro dell'OCSE Competition Committee e ai gruppi di lavoro relativi a „Competition and Regulation“, „International Cooperation and Enforcement“ e „Competition Law and Policy“. In tale occasione sono stati redatti ed esposti diversi contributi. Nel 2009 si è discusso tra l'altro di conciliazioni in materia di cartelli, rispetto dei prezzi di rivendita, posizioni dominanti all'acquisto e monopsoni, sconti fedeltà e sconti combinati, concorrenza nell'industria edile e questioni di concorrenza in caso di partecipazioni minoritarie o di presenza di amministratori di un'impresa nel consiglio di amministrazione di un'altra e viceversa.

ICN: Dal 3 al 5 giugno 2009 si è tenuta a Zurigo l'ottava conferenza annuale dell'ICN. Quest'anno la Svizzera era lo Stato ospitante e alla Segreteria è stata affidata l'organizzazione dell'evento. I rappresentanti delle autorità della concorrenza di tutto il mondo, i rappresentanti delle organizzazioni internazionali e i consulenti nazionali e internazionali si sono quindi riuniti a Zurigo per tre giorni. In occasione della seduta di apertura la consigliera federale Doris Leuthard ha dato il benvenuto ai 450 partecipanti provenienti da oltre 80 giurisdizioni. La consigliera federale ha ricordato l'importanza della cooperazione internazionale tra le autorità della concorrenza, dal momento che ormai, sulla scia della globalizzazione, si organizzano cartelli a livello internazionale e intercontinentale. Ha esortato i rappresentanti delle autorità della concorrenza a non reagire alla crisi economica con il protezionismo, bensì a continuare a garantire un libero accesso al mercato. La conferenza ha incontrato un notevole consenso, suscitando inoltre un ampio apprezzamento dei partecipanti sia in relazione ai contenuti che all'organizzazione.

UNCTAD: la Segreteria ha partecipato alla conferenza del programma di aiuto allo sviluppo a favore di cinque paesi dell'America latina (COMPAL) nell'ambito dell'UNCTAD. Nel corso di questa riunione è stato stilato un bilancio positivo del programma.

Progetto Vietnam: all'inizio del 2008 è iniziato il progetto „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“, il cui scopo è rafforzare e sostenere l'autorità vietnamita della concorrenza (VCAD) istituita nel 2006. La collaborazione bilaterale tra le autorità della concorrenza del Vietnam e la Svizzera prevede in particolare lo svolgimento di workshop in Vietnam e il sostegno a studi di mercato. I collaboratori della Segreteria fungono inoltre da esperti sul posto, soprattutto per l'elaborazione di linee guida su temi di rilevanza. Il progetto ha una durata di tre anni, il finanziamento è garantito dalla SECO.

B.10 Prospettive

Nel 2010 gli accordi di appalto resteranno un tema prioritario. Le procedure sugli accordi di appalto, nuove o in corso che siano, avranno la massima priorità. Anche alle manifestazioni informative si darà molta importanza. L'autorità della concorrenza intende concludere gran parte delle inchieste che risultano ancora in sospeso alla fine del 2009. Inoltre, nel 2010, il Tribunale amministrativo federale prenderà decisioni importanti (Swisscom Mobile del 2007) che potranno avere un influsso determinante su altre procedure.

Per quanto riguarda gli accordi verticali, occorrerà adeguare agli sviluppi nell'UE la comunicazione generale e specifica sulla vendita di automobili e provvedere alla sua attuazione nella prassi svizzera.

C Organizzazione e statistica

C.1 Comco

Nel 2009 la Comco ha tenuto 14 sedute plenarie di un'intera giornata e una di due giorni. Oltre ai casi discussi nei capitoli precedenti, la Comco ha trattato in diverse riunioni la questione dello sviluppo della sua organizzazione (cfr. C.3).

L'11 dicembre 2009 il Consiglio federale ha nominato il prof. Stefan Bühler secondo vicepresidente della Comco. Il prof. Bühler è un economista e dal 1° gennaio 2010 completerà in modo ideale la presidenza, finora composta esclusivamente da giuristi.

C.2 Segreteria

Il 16 febbraio 2009 la Comco ha nominato Carole Söhner-Bührer vicedirettrice della Segreteria. La signora Söhner-Bührer, che lavora per la Segreteria dal novembre 1999, ha assunto la direzione del servizio Infrastruttura.

La Segreteria è stata coinvolta in diversi gruppi di lavoro che hanno seguito, sotto una guida esterna, lo sviluppo dell'organizzazione. Sostanzialmente l'obiettivo era creare e attuare un costante orientamento ai processi all'interno della procedura prevista dalla legge sui cartelli (cfr. C.3).

A fine 2009 la Segreteria aveva alle sue dipendenze 64 collaboratori (a tempo pieno e parziale) 45 % dei quali di sesso femminile, per un totale di 58.2 posti a tempo pieno. Il personale è ripartito nel modo seguente: 44 collaboratori scientifici (inclusa la direzione; 40.7 posti a tempo pieno), 9 stagisti in ambito scientifico (9 posti a tempo pieno), 11 collaboratori del servizio Risorse e logistica (8.5 posti a tempo pieno).

C.3 Sviluppo dell'organizzazione

C.3.1 Valutazione della legge sui cartelli

Il 14 gennaio 2009 il Consiglio federale ha preso atto ed ha pubblicato i risultati della **valutazione della legge sui cartelli**. Il gruppo esterno di valutazione della legge sui cartelli ha formulato 14 raccomandazioni all'attenzione del legislatore e degli organi esecutivi (Consiglio federale, Dipartimento federale dell'economia e autorità della concorrenza)¹. La Comco ha preso atto di tali raccomandazioni nel gennaio 2009.

Uno dei temi è stata la **questione istituzionale**: secondo i risultati del gruppo di valutazione della legge sui cartelli, sia la Commissione che la sua Segreteria necessitano di miglioramenti anche se l'organizzazione prevista dalla legge e dal regolamento interno permette in linea di principio di svolgere un buon lavoro. Per migliorare la professionalità e l'efficienza delle autorità della concorrenza è indispensabile, in primo luogo, modificare le disposizioni legali. In secondo luogo, prima che le modifiche entrino in vigore (e in parte indipendentemente da ciò) si possono già conseguire sostanziali miglioramenti nell'ambito del sistema vigente mediante l'adozione di misure a breve e medio termine concernenti l'organizzazione della Commissione e il disbrigo degli affari (metodi di lavoro presso la Comco e la Segreteria).

Sulla base di questi risultati il gruppo di valutazione della legge sui cartelli ha rivolto due **raccomandazioni** al Consiglio federale e una alle autorità della concorrenza. Esso ha raccomandato alle autorità della concorrenza di attuare in un progetto seguito da esperti esterni le misure a breve e medio termine elaborate in uno studio di valutazione (analisi funzionale). Esse comporterebbero notevoli miglioramenti per i lavori della legislatura in corso e l'onere sarebbe accettabile.

Il gruppo di valutazione della legge sui cartelli ha raccomandato al Consiglio federale quanto segue:

- Le autorità della concorrenza devono essere totalmente indipendenti dagli ambienti politici ed economici e gli organi decisionali devono essere professionalizzati. La Commissione e la Segreteria devono essere riunite in un'autorità a un solo livello.
- La presidenza della Comco deve annoverare prima possibile come secondo vicepresidente un/una economista indipendente, in modo da garantire un equilibrio tra le conoscenze giuridiche ed economiche.

Mentre la prima raccomandazione si trova ancora in fase d'esame (cfr. C.4), con la nomina del prof. Stefan Bühler a secondo vicepresidente della Commissione, il Consiglio federale ha dato seguito alla seconda raccomandazione.

C.3.2 Lavori di sviluppo dell'organizzazione della Comco

La **Comco** e la **Segreteria** hanno elaborato in quattro gruppi di lavoro (attività della Commissione, gestione della Segreteria, processi principali, IT) diverse misure, in particolare:

- Per migliorare i processi decisionali della Comco: rielaborazione dei processi decisionali all'interno della Commissione (inclusa la direzione) e delle istanze dirigenziali con funzione di coordinamento (riunione della presidenza, riunione della direzione) con un ottimale coinvolgimento dei fornitori di servizi e sviluppo di un'organizzazione dei processi e di progetto.
- Per migliorare l'efficienza e la gestione della Comco: delega dei casi standard all'interno della Commissione, sviluppo di una responsabilità di progetto, rielaborazione delle modalità di lavoro della Commissione in relazione al project management.
- Per migliorare l'orientamento ai processi della Segreteria: sviluppo di una struttura permanente di project management per tutti i processi principali (trattazione dei dossier, illustrazione delle attività delle autorità della concorrenza sotto forma di descrizioni di processo, con fissazione di tappe intermedie, scadenze e stima delle spese), scelta di un supporto informatico appropriato, elaborazione di un controllo dei progressi.
- Per migliorare il coordinamento tra la Commissione e la Segreteria: chiarire i compiti, le competenze, i ruoli e le aspettative reciproche nelle varie attività.

I gruppi di lavoro hanno presentato i risultati nell'estate e nell'autunno 2009 e al momento sono in fase di applicazione. Alcuni lavori come l'attuazione della struttura permanente di project management proseguiranno anche nel corso del 2010.

¹ Cfr. il capitolo C.4.

C.3.3 Modello della presidenza

In particolare sulla base delle esperienze maturate dal 1° gennaio 2008 dopo il ridimensionamento della Comco e dopo la presentazione di importanti informazioni emerse dalla suddetta analisi funzionale, il 15 settembre 2008 la Commissione ha optato definitivamente per il **modello della presidenza** e il 17 novembre 2008 ha approvato il nuovo regolamento interno.

Il modello della presidenza prevede, al posto di cinque unità a livello della Commissione (presidenza, tre camere, plenum) soltanto due unità (presidenza e plenum), con conseguenti semplificazioni a livello di delimitazione delle competenze, informazione e votazione. La presidenza deve preparare i dossier del plenum, se necessario seguire i casi importanti e prendere le decisioni delegate dalla Commissione (ad es. la valutazione di progetti di fusione che non richiedono ulteriori verifiche). La soppressione delle tre camere, quindi dei rispettivi lavori di preparazione e la delega di decisioni alla presidenza sgrava il lavoro dei membri della Commissione consentendo, con lo stesso dispendio di tempo, discussioni più approfondite nel plenum. All'interno della presidenza non aumenta tanto l'onere in termini di tempo quanto piuttosto la responsabilità, visto che prima era ripartita tra le diverse camere e i presidenti delle camere. La nomina del secondo vicepresidente da parte del Consiglio federale, avvenuta il 14 dicembre 2009, garantisce l'equilibrio tra le conoscenze giuridiche ed economiche all'interno della presidenza.

C.3.4 Sintesi

Le autorità della concorrenza hanno messo in pratica le raccomandazioni del gruppo di valutazione della legge sui cartelli, realizzando il potenziale di miglioramento da esso individuato. Le misure adottate consentono di **migliorare** in particolare i processi decisionali della Comco, il coordinamento tra la Commissione e la Segreteria, l'efficienza e la gestione della Comco nonché l'orientamento ai processi della Segreteria della Comco. Inoltre la scelta del modello della presidenza per l'organizzazione della Commissione ha contribuito ad apportare delle semplificazioni a livello di delimitazione delle competenze, informazione e votazione. Tutte queste misure consentono nel complesso di ottimizzare e accelerare i processi lavorativi e pertanto anche le procedure.

C.4 Valutazione e revisione parziale della LCart

Conformemente all'articolo 59a della legge sui cartelli rivista nel 2003, il Consiglio federale deve far **valutare** l'efficacia delle misure e l'esecuzione della legge, dopodiché deve riferire in un rapporto i risultati all'Assemblea federale entro la primavera del 2009 e formulare proposte per il seguito. L'esecuzione della valutazione è stata affidata al **gruppo esterno di valutazione della legge sui cartelli**, di cui hanno fatto parte anche collaboratori delle autorità della concorrenza². Il 14 gennaio 2009 il Consiglio federale ha preso atto del rapporto di sintesi³ del gruppo di valutazione della legge sui cartelli. Il Dipartimento federale dell'economia (DFE) ha quindi esaminato le raccomandazioni di tale gruppo e ha sottoposto al Consiglio federale delle proposte per il seguito dei lavori.

Il 25 marzo 2009 il **Consiglio federale** ha approvato il **rapporto del DFE**. In esso il Consiglio federale ha proposto al legislatore di mantenersi essenzialmente fedele all'attuale piano della legge sui cartelli e ai nuovi strumenti (sanzioni dirette, sistema del bonus, perquisizioni e procedura di opposizione). I nuovi strumenti della legge riveduta riflettono l'intenzione del legislatore di impedire, aumentando l'effetto preventivo della legge, le conseguenze dannose a livello economico o sociale dei cartelli e di altre limitazioni della concorrenza, promuovendo quindi la concorrenza nell'interesse della libera economia di mercato.

Il Consiglio federale ritiene tuttavia che la legge sui cartelli presenti determinate lacune e che sia necessario intervenire. Ha quindi chiesto al DFE di concretizzare le raccomandazioni del gruppo di valutazione della legge sui cartelli tenendo conto delle ripercussioni finanziarie e sul personale e di presentare proposte concrete per un **adeguamento della legge sui cartelli** entro la primavera 2010. Le eventuali proposte devono focalizzarsi in particolare sul potenziamento della Comco quale istituzione indipendente, sull'adattamento dei controlli sulle concentrazioni di imprese, sul trattamento differenziato degli accordi verticali e sull'accelerazione delle procedure. Gli ulteriori adattamenti suggeriti dal gruppo di valutazione, richiesti tra l'altro anche da alcuni interventi parlamentari, dovranno essere sottoposti a esame approfondito prima di poter essere proposti concretamente per l'attuazione. Inoltre il DFE e il DFAE presenteranno ulteriori studi di fattibilità, sulla base dei quali il Consiglio federale potrà valutare l'opportunità – anche dal punto di vista della politica europea – di condurre trattative con l'UE su un eventuale accordo di cooperazione per lo scambio formale di informazioni confidenziali tra le autorità della concorrenza.

Sulla base di queste proposte da elaborare e degli studi condotti, il Consiglio federale avrà tempo fino alla primavera 2010 per decidere l'eventuale apertura di una **procedura di consultazione sulla revisione parziale** della legge sui cartelli. Nella sua decisione il Consiglio federale prenderà in considerazione anche le conclusioni che le autorità di esecuzione avranno tratto fino ad allora dalle raccomandazioni del gruppo di valutazione della

² Il gruppo di valutazione della legge sui cartelli era composto da un gruppo di pilotaggio e da un gruppo di contatto. Il gruppo di pilotaggio era composto dai seguenti membri: Dr. R. Corazza (Segreteria della Comco, direttore, responsabile del progetto di valutazione della LCart e presidente del gruppo di pilotaggio), Dr. U. Böge (ex presidente del Bundeskartellamt tedesco e dell'International Competition Networks ICN), prof. Dr. A. Brunetti (SECO, capo della Direzione della politica economica), Dr. W. Bussmann (UFG, responsabile della valutazione legislativa e delle questioni riguardanti il federalismo), Prof.ssa Dott.ssa D. Herren (Università di Berna, Istituto di diritto economico) e Prof. Dr. V. Martenet (Università di Losanna, vicepresidente della Comco). Il gruppo di contatto era composto da: F. Stüssi (Segreteria della Comco, referente, capo del progetto di valutazione della LCart), Dr. B. Zirlick (Segreteria della Comco, capo del centro di competenza Diritto), S. Michal (SECO, capo sostituto del settore Sviluppo economico e politica della concorrenza) e Dr. S. Rutz (Segreteria della Comco, capo del centro di competenza Economia).

³ Il rapporto di sintesi si basa su 15 studi e rapporti e contiene 14 raccomandazioni (consultabili sul sito: www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=it).

legge sui cartelli, il modo in cui si sarà evoluta nel frattempo la prassi della Comco e dei tribunali e come il Parlamento avrà reagito a questo rapporto e agli interventi ancora in sospeso.

Il DFE ha quindi incaricato la **SECO** di preparare il progetto da porre in consultazione. La SECO ha istituito a tal fine un gruppo di lavoro indipendente, che ha subito intrapreso i lavori. Di tale gruppo fanno parte anche collaboratori della Segreteria dell'autorità della concorrenza.⁴ La Comco ha preso atto dell'intenzione del Consiglio federale e dell'affidamento dell'incarico al gruppo di lavoro.

⁴ Dr. R. Corazza (direttore) fa parte della direzione generale del progetto, F. Stüssi (responsabile dei dossier della direzione) e Dr. B. Zirlick (responsabile del centro di competenza Diritto) sono membri del gruppo di progetto.

C.5 Statistica

Inchieste	2009	2008
eseguite nel corso dell'anno	20	20
riprese dall'anno precedente	16	13
di cui aperture	4	7
Decisioni finali	6	4
di cui conciliazioni	3	1
di cui ordini delle autorità	2	1
di cui sanzioni secondo l'art. 49a cpv. 1 LCart	5	1
Misure cautelari	0	2
Procedure sanzionatorie secondo l'art. 50 e segg. LCart	0	1
Inchieste preliminari		
eseguite nel corso dell'anno	19	19
riprese dall'anno precedente	11	11
Aperture	8	8
Chiusure	7	12
di cui con apertura di un'inchiesta	1	2
di cui con adeguamento del comportamento	4	2
di cui senza seguito	2	8
Altre attività		
Annunci secondo l'art. 49a cpv. 3 lett. a LCart	12	31
Consulenze	35	23
Osservazioni di mercato	87	36
Altre questioni	210	246
Concentrazioni		
Notifiche	26	40
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	19	39
Esami approfonditi	5	3
Decisioni della Comco	4	2
dopo l'esame preliminare	1	0
dopo l'esame approfondito	3	2
Realizzazione provvisoria	0	0
Procedure di ricorso		
Procedure di ricorso in totale	6	12
di cui concluse	1	8
vinte dall'autorità della concorrenza	1	7
vinte solo in parte		1
pendenti alla fine dell'anno	5	4
Perizie, raccomandazioni, prese di posizione, ecc.		
Perizie (art. 15 LCart)	2	2
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	4
Perizie (art. 47 LCart o 11 LTC)	0	3
Monitoraggio	4	1
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	0
Prese di posizione (art. 46 cpv. 1 LCart)	186	71
Consultazioni (art. 46 cpv. 2 LCart)	9	n.a.
LMI		
Raccomandazioni / Inchieste (art. 8 LMI)	0	0
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	0	0
Consulenze (Segreteria)	27	31
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 ^{bis} LMI)	1	3

A 1.	4. Annual Report 2009 of the Competition Commission
------	--

A Foreword from the President

In 2009, the competition authorities were able to issue authoritative decisions on bid rigging and vertical agreements which I would like to discuss briefly in this introduction.

In relation to bid rigging, the competition authorities are pursuing a variety of approaches. These primarily involve explaining the importance of preventing bid rigging to the awarding authorities and enforcing the Cartel Act (CartA) against bid rigging on the contractor side. The aim is firstly to make it clear to both procurement agencies and the bidding companies that bid rigging is no longer a trivial offence. Secondly, it is intended that decisions and sanctions in specific cases will have such a deterrent effect that bid rigging will cease to occur.

In order to provide information on bid rigging to awarding authorities, the Secretariat contacted federal and cantonal procurement agencies. In addition to explaining how the CartA is applied to stop bid rigging, the Secretariat is offering training sessions to federal and cantonal procurement agencies in their own offices in order to provide them with the required information and expertise.

With regard to the enforcement of the CartA in specific instances of bid rigging, the Competition Commission concluded an investigation into eight Bernese electrical installation firms in the summer of 2009. On the basis of the reports submitted under the bonus system, it was possible to prove that the unlawful agreements covered 108 construction projects with a total value of around CHF 36 million. The companies involved received fines totalling CHF 1.24 million.

In the area of vertical agreements, the Competition Commission issued its first decisions on sanctions for violations of Art. 5 para. 4 CartA. In the case of Felco/Landi, it fined the companies for unlawful price fixing that had led to price increases for end customers. In the Gaba case, it issued penalties for preventing parallel imports into Switzerland after the company concerned imposed an export ban on its Austrian licensee. And lastly, in the off-list medicines case, the Competition Commission prohibited the further use of recommended retail prices because these had been adhered to by pharmacists and self-dispensing doctors, which had resulted in unlawful price fixing.

With these ground-breaking decisions on vertical agreements affecting competition (price fixing agreements and the prevention of parallel imports), the Competition Commission is helping to bring about greater legal certainty for businesses. The Competition Commission will continue to give priority to the pursuit of restraints on parallel imports, in particular because such restraints are expected to increase due to the revision of the Patent Act and the imminent introduction of the Casis-de-Dijon principle.

Prof. Walter A. Stoffel

President of the Competition Commission

B Activities in the Various Economic Sectors

B.1 Focus on bid rigging

Overview: Combating bid rigging has been a focus for the activities of the Secretariat since 2008. In practice, bid rigging arrangements are as widespread as they are harmful to the national economy. They lead to excessive public expenditure, which has a direct or indirect effect on the amount of taxes that businesses and ordinary people have to pay. When one realises that public authorities (at federal, cantonal and communal levels) each year procure a good CHF 30 billion in buildings, products and services, the potential losses that bid rigging can cause become clear.

The activities of the Secretariat in the area of bid rigging follow a strategy devised to deal with this specific problem, which is based on the following three approaches:

- „Prevention & information“, which involves measures intended to raise awareness, to prevent and provide information on bid rigging, to encourage the exchange of expertise and to strengthen the role of the competition authorities as a contact partner (e.g. through training and seminars). The target group and partners for these measures are public procurement agencies (consumers), the companies operating in the procurement markets (suppliers), the regulators in the public procurement sector and other interested parties.
- „Exposure“, which comprises measures designed to expose bid rigging (e.g. the collection and evaluation of bid data). The target group and partners for these measures are primarily public procurement agencies. They play a key role in the exposure of bid rigging.
- „Prosecution“ lastly covers the prosecution, dismantling and penalisation of bid rigging cartels using the procedures provided by the Cartel Act.

Last year, the Secretariat began with the targeted implementation of the above strategy.

Cooperation with the cantons: The Secretariat was able on its own initiative to conduct bilateral talks on the subject of bid rigging with 18 cantons. The purpose of these meetings – conducted in the various cantonal capitals with representatives from the building departments – was to discuss ways of cooperating in combating bid rigging.

The emphasis was firstly on possible cooperation in the evaluation of cantonal bid data. In addition, the Secretariat presented its „Public Procurement and Competition“ training module, originally developed for the federal procurement agencies, and offered the cantons and the cantonal procurement agencies a version of the module that was adapted to their needs. Overall, the discussions met with a positive response, with the cantons expressing their interest in cooperating with the competition authorities in combating bid rigging. The Secretariat's education and training programme received an especially enthusiastic welcome.

At the end of October 2009, the Secretariat, in cooperation with the Building Department of the Canton of St.

Gallen, held its first training event in St. Gallen. This „pilot event“ may be regarded as a success, and in addition to the knowledge transfer, provided the opportunity for an intensive exchange of practical experiences that was highly beneficial for both sides. Building on the experience acquired and the feedback received, the Secretariat intends to increase its education and training activities in the coming year. In 2010, the Secretariat further intends as part of a pilot project to evaluate cantonal bid data using suitable statistical methods. In practice, the focus will be on those procurement markets which may be regarded as being particularly susceptible to collusion.

Information: In response to a proposal from the editorial team of the ECO magazine programme on SF DRS (Swiss television), ECO produced a television report on the work of the Competition Commission in the combating of bid rigging. The 11-minute report, which was broadcast on 23 November on SF DRS 1 and which focused on the case of the Bernese electrical installation firms (see B.3.5), provided viewers with an insight into the procedures and instruments used by the Competition Commission to expose and dismantle bid rigging arrangements. In addition, the report covered the efforts of the Competition Commission to initiate cooperation with the cantons in combating bid rigging, featuring footage of the training event in St. Gallen.

Prosecution: Lastly, in relation to prosecution, the completed investigation into the cartel of Bernese electrical installation firms (see B.3.5) and the investigation into several firms of building contractors in the cantons of Zurich and Aargau, which began with the house searches, (see B.5.2) are of particular note.

B.2 Focus on vertical agreements

Vertical agreements were a priority area for the competition authorities in 2009. In the cases of „clippers and shears“, „off-list medicines“ and „Gaba“, the Competition Commission issued three landmark rulings in relation to vertical agreements in application of Art. 5 para. 4 CartA and the related vertical notice of 2 July 2007. In the Gaba investigation, the Competition Commission specified how the presumption of the elimination of effective competition in the case of an absolute territorial protection agreement may be rebutted. In the „clippers and shears“ case, the Competition Commission explained how the relevance of hard vertical agreements must be verified in the light of Art. 5 para. 1 CartA. In the off-list investigation, the Competition Commission lastly explained how recommended retail prices should be assessed where they have a decisive influence on the fixing of resale prices. These three ground-breaking decisions increase the level of legal certainty for businesses. Individually, the three investigations led to the following results:

Clippers and shears

In the decision in the **clippers and shears** case, the Competition Commission sanctioned two companies, Felco SA and Landi Switzerland AG, for an unlawful vertical agreement relating to a fixed retail price (for a detailed description of the decision, see B.3.3). For the first time, the Competition Commission imposed a fine for a vertical agreement that fixed a retail price, a prac-

tice regarded by Art. 5 para. 4 CartA as being particularly harmful to competition.

The decision confirms that fixed retail prices are generally illegal under Swiss law, just as they are under European law. They may only be justified in very exceptional cases, for example during the period in which a new product is launched on the Swiss market. The decision provides precise guidelines on the scope of Vertical Notice 2007.

The deliberations in the case focused mainly on the significance of the agreement. The Competition Commission noted in its decision that the issue of the significance of an agreement must be considered on a case-by-case basis, by examining the agreement's qualitative and quantitative aspects. However, in the case of hard agreements such as those mentioned in Art. 5 para. 4, the qualitative factor achieved by the agreement is of such importance that it will be deemed to have a significant effect on competition, even if the quantitative element is insignificant. The only restraints that do not meet the criterion of quantitative significance are those that only display effects on the market that prove to be insignificant in a given case, or that have no effects at all, and are not likely to lead to significant effects. For this type of agreement, the thresholds applicable to Ch. 13 Vertical Notice 2007 and in the SME Notice cannot be attained.

Off-list medicines

In the investigation into *off-list medicines*, the Competition Commission made its first decision relating to vertical price recommendations (see B.3.1). It established that the publication by pharmaceutical manufacturers of recommended retail prices (RRPs) for three medicines, when taken with the compliance with these prices by sales outlets constitute vertical concerted practices in accordance with Art. 4 para. 1 CartA. Due to the interests the parties, the influence of the former Sanphar cartel, and the widespread compliance with the RRP, these apparent recommendations in fact constitute agreements fixing sales prices that satisfy the presumption of Art. 5 para. 4 CartA.

The widespread compliance with the RRP by sales outlets meant that no pressure was placed on the ex works sales prices of the pharmaceutical companies. Effective price competition at the level of sales outlets would have caused the pharmacies to exercise pressure on wholesalers and pharmaceutical companies with the aim of being able to purchase the drugs on more favourable terms, and thus to retail them at lower prices. This would ultimately have resulted in a reduction in the ex works sales price charged by the pharmaceutical companies and a reduction of margins at all distribution levels. Both the pharmaceutical companies and the sales outlets benefitted from the current system and had a financial incentive to ensure its continued operation.

The collusion that manifested itself in the compliance with the RRP was also encouraged by the role played by the e-mediast databases (Galdat and Pharmavista) in this sector. Galdat permitted the identification of the product when it was scanned at the cash desk, causing the RRP already stored in the system to appear. There was a strong temptation for a pharmacy to actually

comply with the RRP stored in the cash register memory, especially as the procedure was also beneficial to the pharmacy.

In its decision, the Competition Commission referred to the influence of Sanphar in connection with the publication of and compliance with the RRP. The historical certainty at the time of Sanphar that a specific medicine in a defined unity of quantity, of a standard quality and at a given time would be offered in Switzerland at the same price (RPW 2000/3, p. 379 No. 142), still served as a factor encouraging cooperation at the time of the investigation. With its help, the manufacturers and sales outlets for the three medicines were able to anticipate and adjust to or match the behaviour of their competitors.

Gaba

With its ruling against **Gaba**, the Competition Commission made its first ever decision relating to an absolute territorial protection agreement (see B.5.1). Until September 2006, the agreement between the manufacturer of Elmex toothpaste, Gaba International AG, and its licensee in Austria, Gebro Pharma GmbH, contained an export ban applicable to Gaba products manufactured by Gebro under licence. This contractual clause fulfilled the presumption of the elimination of effective competition in accordance with Art. 5 para. 4 CartA.

In the view of the Competition Commission, this presumption may be rebutted if it can be proved that effective competition is not eliminated by the agreement in restraint of competition. A decision must be made based on an overall consideration of the market conditions. In relation to vertical restraints of competition, such conditions are determined by both inter and intra-brand competition. Both forms of competition must be analysed on a case-by-case basis where there is a vertical restraint of competition.

In the investigation into Gaba, following a comprehensive analysis of the intra-brand competition in relation to the red Elmex brand and of the inter-brand competition in the Swiss market for toothpaste, the Competition Commission concluded that it was possible to rebut the presumption of Art. 5 para. 4 CartA by combining the available intra-brand and inter-brand competition; the intra-brand competition alone was not sufficient. However, the export ban significantly restricted competition (Art. 5 para. 1 CartA) to an extent that could not be justified on the grounds of the economic efficiency (Art. 5 para. 2 CartA). Therefore the contractual clause, valid until September 2006, constituted an unlawful prohibition of parallel imports into Switzerland.

Developments in the EU on vertical agreements

The **EU General Regulation on Vertical Agreements** (Commission Regulation (EC) No. 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, referred to below as the Vertical Regulation) was revised in 2009. As the Ordinance will cease to apply at the end of May 2010, and given the experience acquired since its enactment, the EU intends to issue a new Vertical Regulation. The EU Commission will make a decision on this in early 2010.

To this end, the EU Commission has drawn up a revised version of the Vertical Regulation and the related guidelines, which was the subject of a public consultation procedure until the end of September 2009. In principle, the EU Commission is of the view that the rules and regulations of the old Vertical Regulation proved their worth, generally speaking, and should not be radically amended. The amendment proposals are essentially intended to take account of market trends in recent years, and above all of the increased purchasing power of large retail businesses and of the development of online sales.

In specific terms, the EU Commission is firstly proposing that a vertical agreement will only fall under the Vertical Regulation not simply (as at present) if the market share of the supplier does not exceed 30 %, but also if the market share of the customer is below the same level. In contrast to the current version, this should take better account of the power of the market. In relation to the promotion of online sales, the proposed approach of the EU Commission makes a more specific distinction between sales that are the result of active marketing (active sales) and sales that are dependent on the initiative of retail consumers (passive sales). In addition, it is explained how conditions for Internet sales imposed by suppliers on retailers are to be treated under the new Vertical Regulation.

Like the Vertical Regulation, the sector-specific Group Exemption Regulation relating to vertical agreements in the motor vehicle sector (Commission Regulation (EC) No. 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81 paragraph 3 of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector; referred to below as the MV-GER) ceases to apply at the end of May 2010. The EU Commission is proposing to extend the current MV-GER for the market for the sale of new vehicles (the primary market) by three years and thereafter to regulate that market through the provisions of the General Vertical Regulation. For the markets for repairs and servicing and for the sale of spare parts (the aftermarket), a new sector-specific group exemption regulation should come into effect from 1 June 2010. A draft of this regulation was undergoing a public consultation procedure as of the end of 2009.

B.3 Services

B.3.1 Health

Off-list medicines

In November 2009, the Competition Commission completed its investigation relating to off-list medicines. The subject matter of this investigation was the recommended retail prices (RRPs) of Bayer (Switzerland) AG, Eli Lilly (Swiss) SA and Pfizer AG for their three drugs that combat erectile dysfunction, respectively Levitra, Cialis and Viagra.

These three drugs are prescription-only medicines that fall within Distribution Category B (repeated supply by medical prescription), and which do not appear on the list of pharmaceutical specialities (SL) issued by the Federal Office of Public Health (FOPH). Accordingly, they are not paid for by the health insurance companies

under the system of mandatory basic insurance. As these three drugs are not on the SL, they do not have a maximum price fixed by the FOPH, but are subject to free competition. The price is determined by the sales outlet (in this case pharmacies and self-dispensing doctors [SD-doctors]).

The three pharmaceutical companies have calculated RRP's for their three medicines, notice of which is given to the sales outlets primarily via the e-mediat databases (Pharmavista and Galdat – both provide their information for a fee) and by means of the delivery invoices provided by wholesalers. The investigation found that 89.7 % of pharmacies and 81.3 % of SD-doctors were basically complying with the RRP's for these three drugs.

The publication of and compliance with the RRP's originates from the time of the Sanphar cartel, which was banned by the Competition Commission in 2000 (RPW 2000/2, p. 20 ff.). Sanphar was an agreement applicable to the entire industry, which in particular made it possible to fix retail prices on the basis of a system of margins. In the course of the proceedings, it was revealed that the three pharmaceutical companies calculated the RRP's using the Sanphar system of margins and that the sales outlets (and in particular the pharmacies) expected and complied with the RRP's calculated in this way. This allowed both sides to profit, as the system stabilised both the ex works sales price of the pharmaceutical companies and the margins achieved by the pharmacies.

The investigation found that in 2005 and 2006, 63.5 % and 63.4 % respectively of all packets of Cialis, Levitra and Viagra were sold by pharmacies at the recommended retail price. The packets sold at a discount – based on the recommended retail price and in the years mentioned – amounted to 18.9 % and 19.1 % respectively of all packets sold by pharmacies. These discounts were customer rather than product-related. Based on these effects on the market as well as the fact that there were three similar sets of agreements existing alongside each other that covered the entire materially relevant market, the Competition Commission came to the conclusion that effective competition in this market had been eliminated.

The Competition Commission held that the publication of and compliance with RRP's for these three medicines constitute unlawful vertical agreements affecting competition in accordance with Art. 5 para. 1 and 4 CartA that eliminate effective competition. The Competition Commission prohibited the pharmaceutical companies concerned from publishing any further RRP's for Cialis, Levitra and Viagra and imposed sanctions on the companies totalling CHF 5.7 million.

Dietary feedstuffs

The Secretariat opened a preliminary investigation into the **sale of dietary feedstuffs for pets**, after receiving reports that certain distributors of these feedstuffs were not responding to orders from pharmacies. The preliminary investigation indicated that dietary feedstuffs for sick animals that eliminate the causes of the illness in the medium to long term or at least alleviate its symptoms are sold almost exclusively via veterinary surgeons. There were indications that the widespread exclu-

sion of the pharmacies from the sales market could be the consequence of an unlawful agreement affecting competition.

The preliminary investigation was successfully concluded without consequences, because the distributors concerned gave undertakings to the Secretariat to supply their dietary feedstuffs for pets to Swiss pharmacies on the customary commercial terms. In addition, the distributors of dietary feedstuffs undertook to comply with a specific code of conduct with regard to recommended retail prices given to retailers.

Mergers

Two mergers in the pharmaceutical sector have allowed to competition authorities to provide specific guidelines on its practice on the preliminary examination of mergers and thus move closer to the current European practice, bringing benefits to the companies concerned.

First of all, the Swiss competition authorities will in future require companies that report their merger at the same time to the European authorities that they comply with the same conditions and requirements (if any) in Switzerland as apply in the corresponding markets in the EU, provided these measures are appropriate for the Swiss market.

Secondly, the competition authorities have clarified the examination criteria for markets affected by takeovers in which only one of the participants operates with a market share of 30 % or more. In such cases, the issue is the extent to which the other companies involved in the merger may be categorised as potential competitors. A planned takeover leads to the exclusion of potential competitors in three situations: 1) if a participant company is planning to enter the problematic market or if it has pursued this objective in the past two years (the development of competing medicines that has entered an advanced phase may be interpreted as the intention to enter a new market); 2) if this company holds important intellectual property rights in this market, even where it is not active in the market concerned. 3) Special attention must be given to cases in which a participant is active in an up or downstream product market or in a neighbouring market closely linked with the product market in which the participant company holds a market share of at least 30 %.

B.3.2 Financial services

Credit cards

In the report year, the Secretariat opened a new investigation into the Visa and MasterCard credit cards and at the same time signed an amicable transitional settlement, which should guarantee legal certainty to companies operating in the credit card market for the duration of the investigation.

In December 2005, the Competition Commission completed its investigation in the Credit Card – interchange fee cases. The fixing of the domestic multilateral interchange fee (DMIF) in the Visa and MasterCard credit card committees was held to be a serious price-fixing agreement between the issuers and acquirers (see RPW 2006/1, S. 65 ff.). In justifying its decision, the Competition Commission assumed that the multilateral negotia-

tions on the interchange fee brought advantages of efficiency when compared with bilateral negotiations. It can therefore be justified, provided a system is found to eliminate the negative effects of the multilateral negotiations, while at the same time preserving its advantages of efficiency. As a solution, in an amicable settlement (AS I) dated 29 March 2005, the DMIF was tied to the objective network costs of the issuer and a competitive approach was chosen for the calculation method. In order to take account of future developments in the credit card market as well, the Competition Commission limited its approval to a period of four years. AS I expires in February 2010.

With a view to the expiry of AS I, in 2009 the Secretariat carried out an analysis of the effectiveness of the credit card decision. Due to the developments observed (in particular the network costs), the Secretariat opened a new investigation in July 2009 into the future assessment of the DMIF. In the course of the investigation, the Secretariat notified the parties that it was prepared to adopt a transitional solution as part of a new amicable settlement (AS II).

The aim of AS II is to continue to fix the DMIF for the transitional period on the basis of the objective cost-based procedure and to guarantee the status quo in relation to this. In addition, some adjustments have been made to the calculation model with the aim of improving the competitive approach to fixing the DMIF. AS II will replace AS I from 1 February 2010 and will apply either for 3 years or until the conclusion of the ongoing investigation.

Debit cards

Visa Europe has announced its intention to launch its debit card product V PAY in Switzerland. In order to implement this project, Visa Europe planned to introduce a DMIF in Switzerland. Visa Europe notified the Secretariat under Art. 49a para. 3 lit. a CartA of the DMIF for the debit card Visa V PAY, in response to which the Secretariat opened a preliminary investigation.

In the preliminary investigation, the Secretariat concluded that the DMIF for V PAY amounted to an agreement affecting competition. It took the form of a horizontal agreement between the issuers on the one hand and the acquirers on the other. Based on the current market situation and on specific assurances from Visa Europe in relation to the market entry phase, a solution was found that temporarily eliminates potential competition law problems in connection with the intended price-fixing agreement. As no bank in Switzerland has yet issued a V PAY card and because the Swiss debit card market is essentially dominated by Maestro, a product from MasterCard, the price-fixing agreement was shown to be acceptable during the market introduction phase. The Secretariat will only begin to regard the planned interchange fee as a concern in competition law terms when V PAY has established itself and has achieved a certain importance in the debit card market.

Following the report filed by Visa Europe, MasterCard Europe SPRL also made a report to the competition authorities. The subject of the report is also the introduction of an interchange fee, in this case for all domestic transactions carried out using a Maestro debit card. Cur-

rently the Maestro system in Switzerland works without an interchange fee. The Secretariat also opened a preliminary investigation into this case, this time in May 2009, which is still ongoing.

Too big to fail/Regulatory matters

Due to the events in 2008 in and around the financial markets and their critical effects on international financial centres, numerous authorities and institutions this year focused on the theme of „too big to fail“ and its implications for competition law and economic stability. The OECD addressed the issue of the role of competition law in the financial services markets and its influence on the stability of the system. In its conclusions, it made the following significant findings, among others:

- the current crisis is neither the result of a market failure nor of effective competition, but rather the consequence of a lack of market regulation in the financial sector;
- the presence of oligopolistic financial markets, where the small number of banks means they are essential to the system („too big to fail“), was a major factor in bringing about the crisis;
- the financial markets, despite their peculiarities and economic importance, are subject to the rules of competition law;
- even in the case of short-term state intervention, the rules of competition law should be applied when devising state measures and so-called exit strategies.

As a consequence of the required UBS rescue package and the debate surrounding the issue of „too big to fail“, the Federal Council in November 2009 appointed a panel of experts, on which the competition authorities are also represented. The aim is to analyse the „too big to fail“ problem and to devise measures for reducing the associated problems and risks.

In July 2009, FINMA opened a hearing on the amendment of the Capital Requirements Ordinance (CRO). The plan here is to abolish the so-called cantonal bank discount on regulatory capital (Art. 33 para. 3 CRO) along with the duty for cooperative banks to pay in further capital (Art. 16 para. 4 and Art. 28 para. 2 CRO). With the planned amendment, FINMA is in particular seeking to bolster the capital resources of cantonal and cooperative banks. At the same time, the intention is to bring an end to unequal treatment in comparison with the other financial institutions. The competition authorities pointed out the current unequal treatment as far back as the mid-1990s and are now pleased to note that FINMA is taking action to deal with this issue.

B.3.3 Commercial and industrial services and other sectors

Clippers and shears

In the campaign against vertical agreements, the Competition Commission took its first decision in application of Art. 5 para. 4 CartA in May 2009. In accordance with the Article mentioned, there is a presumption that effective competition is eliminated by agreements between

companies at different levels of the market that result in the adoption of minimum or fixed prices.

The Competition Commission imposed sanctions on Felco SA and Landi Schweiz AG in the „clippers and shears“ case. Felco SA is a Swiss company that manufactures garden shears and hedge clippers. For several years, it has done business with Landi Schweiz AG, which sells certain of its products. In September 2006, the two companies entered into an agreement on fixed retail prices for certain Felco products already available on the Swiss market. After ascertaining that this agreement could violate the Cartel Act, Felco SA made use of the bonus system and reported the agreement to the competition authorities on 15 August 2007. In the course of the proceedings, the two companies signed an amicable settlement with the Secretariat to the Competition Commission. This was approved by the Competition Commission, which also penalised the two companies for their unlawful conduct.

This decision sees the Competition Commission penalise a hard vertical agreement for the first time (Art. 5 para. 4 CartA) and specifies the scope of the 2007 Vertical Notice. It is also the first case of a vertical agreement in which the bonus has been requested under the principal witness rule. As the company making the report was also held to be the instigator of the unlawful agreement, it was ineligible for a complete waiver of sanctions, receiving only a part reduction of the penalty. Nonetheless, thanks to the excellent cooperation received from the parties during the proceedings, it was possible to impose only symbolic fines.

Bidding cartels

In a decision in July 2009, the Competition Commission concluded its investigation into electrical installation firms in Bern after only one-and-a-half years. In doing so, it made its first decision on the combating of bid rigging, a matter designated a long-term priority issue in 2008.

The investigation, which began with house searches, was triggered by a report from a whistleblower, i.e. a third party not involved in the cartel. An intensive investigation phase, in which all the parties cooperated in terms of the bonus programme, provided proof of a multitude of individual bid rigging arrangements relating to larger electrical installation contracts in the Bern area between 2006 and 2008. The firms exchanged pricing and customer information and respected each other's wishes on projects by submitting bids for contracts that had been mutually agreed in advance. As a result, competition was repeatedly eliminated and the bidding procedure was rendered pointless. Furthermore, monthly meetings between the participant companies provided a permanent framework for the individual arrangements and thus justified the imposition of more severe sanctions.

In its decision, the Competition Commission fined the companies involved in the cartel a total of CHF 1.24 million. In addition, ComCo had the opportunity to make an in-depth assessment of how the bonus report instrument is working, as it was used by all the members of the cartel.

In the IT sector, the Secretariat conducted proceedings against SAP, a company active in the field of „Enterprise Resource Planning“ (ERP) management software. In return for an annual fee, the company also provided support for its program, the price of this service being calculated on the basis of a certain percentage of the price for the software licence. Until the end of 2008, customers had a choice of various support contracts, offering a variety of services at different prices. However, SAP then decided that in future it would only offer the most expensive support contract. This decision would over a period of four years have brought a five per cent increase in the annual fee (from 17 % to 22 % of the licence fees). Both as a result of the reaction from customers and due to the intervention of the competition authorities, SAP reversed this decision and now offers several contract options again. It has therefore been possible to conclude the proceedings without taking any further action.

B.4 Infrastructure

B.4.1 Media

In the media sector, the Competition Commission subjected two important mergers to a detailed examination.

The first case related to the takeover of the Swiss activities of the **Edipresse** Group by **Tamedia AG**. As there were indications that a dominant position would be established or reinforced in the market for free commuter newspapers in the French-speaking part of Switzerland, the Competition Commission decided to carry out a detailed examination of the effects of the merger plan on competition. In its analysis, the Competition Commission concluded that in the French-speaking part of Switzerland, there was room for only one freesheet due to relatively small size of the market for newspaper advertising in the region. The independent expert called in by the Competition Commission confirmed this assessment. As a result of the considerable losses that Edipresse incurred from publishing its *Le Matin Bleu* freesheet, there is little doubt that *Le Matin Bleu* would have disappeared from the market even if its publisher had not merged with the publisher of 20minutes, Tamedia AG, as no other publishing house was interested in taking over *Le Matin Bleu* in the current situation.

Given the circumstances, the Competition Commission regarded the criteria justifying a reorganisational merger as fulfilled and approved the merger without imposing any conditions or requirements. It is not the task of the Competition Commission to artificially maintain competition in a market. It should also be added that the Competition Commission in its detailed examination came to the conclusion that the merger did not lead to an increase in market share in the markets concerned. The reason for this is that Tamedia AG is active in the German-speaking part of Switzerland, while Edipresse operates in the French-speaking part.

The second case related to the merging of the early morning distribution services of **Tamedia**, the **NZZ** Group and **SwissPost**. The Competition Commission also subjected this merger to a detailed examination in order to decide whether there is sufficient potential competition for Tamedia, NZZ and SwissPost in this sector.

The Competition Commission concluded that the new organisation in its planned form would hold a dominant position unless adequate opportunities remained open for new competitors to enter the market. An alternative distributor would find it very difficult to establish itself in the market without the NZZ Group and Tamedia as clients. For this reason, the Competition Commission only permitted the merger subject to conditions. The early morning distribution activities can be merged, but the publishers will be prohibited from holding a stake in the new organisation and from running it along with SwissPost.

The Secretariat also continued its investigation into book **prices** in the French-speaking part of Switzerland. In the view of the Competition Commission, the responses received from wholesalers proved to be inadequate for it to be able to pass judgment on a possible dominant position. For this reason, new questionnaires were sent out.

In the same sector, the Competition Commission issued a negative response in the consultation procedure relating to the draft Book Price Regulation Act. In its view, there has been no market failure that would justify the need for regulation. In addition, the Competition Commission does not regard the regulation of book prices as expedient as there is no causal connection between the fixed price and the aims of culture policy.

B.4.2 Telecommunications

In the telecommunications sector, the investigation into the pricing policy for **ADSL services**, in the course of which a sanction was imposed on **Swisscom**, formed the focus for the activities of the Competition Commission. Swisscom is not only a supplier of ADSL internet access to end customers through its Bluewin subsidiary, it is also the only supplier of the preparatory service that is essential for other internet access providers that wish to offer broadband services to their own customers. By keeping the price of the preparatory service very high in relation to the price of the ADSL service billed to end customers, the margin that the Bluewin competitors have been able to achieve has not enabled them to run their ADSL services profitably. Although Bluewin has also made losses in this sector, they have been overcompensated for by the profits made thanks to the preparatory service.

This pricing policy, pursued by Swisscom until the end of December 2007, has contributed to the high level of prices in Switzerland and constitutes the abuse of a dominant position (a „margin squeeze“ or scissors effect). The Competition Commission fixed the amount of the sanction at CHF 220 million, taking account of the type and the seriousness of the restraint on competition. In this case, the fact that Swisscom's conduct continued for several years over the initial and growth phases of the market was considered to be an aggravating factor. Swisscom has filed an appeal against the decision with the Federal Administrative Court.

The takeover of **Sun Microsystems, Inc.** by **Oracle Corporation** was investigated by the Competition Commission. It decided to submit this merger to a detailed investigation due to indications that it could create

or reinforce a dominant position, in particular in the market for database management systems. However, the Competition Commission decided to conduct the investigation according to a simplified procedure. The merger has effects on global markets and has therefore also been reported to the European Commission. Oracle gave an undertaking to the Competition Commission to implement the merger in the Swiss market in such a way as to respect any EU requirements, provided the effects on competition in Switzerland will not be different from those that may be observed elsewhere, and in Europe in particular. It was therefore possible to conclude the detailed examination.

Also in relation to mergers, the Competition Commission received notice of the planned merger between **Orange** and **Sunrise** at the end of the year. It decided to conduct a detailed investigation into this merger, which will be implemented over the first four months of 2010.

The Secretariat also carefully followed **developments in the development of the fibre optic network**, taking part in several consultation procedures relating to parliamentary procedures on the subject and by providing advice to the companies. The aim in this booming sector is firstly to ensure that state intervention has no discernable effect on competition. Secondly, ongoing cooperation between the various players in this market (telecommunications providers, electricity companies) must not constitute or encourage unlawful agreements. The other aim is to ensure that the companies do not abuse any dominant position that they may hold in the network in the future.

B.4.3 Energy

The Secretariat continued its **monitoring of the market for system services**, in particular the purchase of regulating energy, which is required to guarantee network stability. In an initial step, the Federal Electricity Commission, ElCom, requested the Competition Commission for advice on the legitimacy of the possible imposition of a price cap by Swissgrid SA for the purchase of system services. Without making a final judgment on the legitimacy of the introduction of a price cap, the Secretariat however pointed out that this decision could constitute an illegal agreement on prices if the Swissgrid board, on which energy producers are represented, or the energy industry was able to exert an influence on the maximum price fixed. In addition, the Secretariat pointed out that this type of instrument should be avoided on the grounds of competition policy as it interferes in the fixing of prices.

In a second step, Swissgrid submitted new conditions for inviting bids for the purchase of system services to the Competition Commission as part of opposition proceedings under Art. 49a para. 3 let. a CartA. In particular, these conditions include the introduction of a price cap for system services products. As a consequence, offers that exceed the price cap will not be considered. The Commission was of the view that even if the price cap is fixed by Swissgrid alone, without the participation of the players in the industry, and a priori does not constitute an agreement on prices, the introduction of a price cap is problematic under competition law, because it may encourage agreements in restraint of competition. As a

result, Swissgrid indicated that it intended to abolish the price cap in mid-2010.

In addition, the Secretariat **monitored the liberalised electricity market**. Its attention has been drawn on several occasions to the fact that the major consumers of electricity to which the market is now open would not benefit from the possibility of changing supplier. It would seem that they are not receiving satisfactory offers from electricity providers, in that the prices offered are either too high, or their invitations for bids simply receive no response. The Secretariat therefore sent out a series of questionnaires in order to establish the reasons for this lack of competition. If there are indications of concerted practices between the various players in the market for electrical energy, the required proceedings will be opened.

B.4.4 Agriculture

In the agriculture sector, the Competition Commission continued its **monitoring of the market for dairy products** following the abolition of the milk production quota on 1 May 2009. In particular, it observed with interest the establishment of the Milk Industry Federation in June 2009. One particular aim of this trade federation is the introduction of a system to manage dairy milk in three stages (contractual, exchange and clearance milk) and to establish a milk price monitoring system. In addition, the Competition Commission expressed its opinion on various parliamentary proposals, and in particular those aiming to introduce mandatory measures to regulate milk production. If the Parliament declares such measures to be generally applicable under the Agriculture Act, this would constitute a reservation in terms of Art. 3 CartA.

The Competition Commission dealt with two takeovers by the **Emmi Group** under the merger control procedure.

The first case concerns the takeover of **Nutrifrais SA**, a subsidiary of Laiteries Réunies in Geneva that produces fresh dairy produce, such as yogurts and desserts. The Competition Commission assessed the current pressure of competition exercised by the foreign producers on the markets, which is expected to increase in the future, as being adequate to impose discipline on the Swiss market, and therefore approved the merger on the basis of the preliminary examination.

The second case concerns the takeover of part of the activities of **Kellenberger Frisch Service (KFS)** by **Emmi Interfrais**, a subsidiary of Emmi that distributes fresh products to independent retailers and to major consumers. Kellenberger Frisch Service is a subsidiary of Frigemo AG, which is itself a subsidiary of the fenaco cooperative, which is active in the purchase, distribution and transport of food products, and in particular fresh products. Provided that the market shares in the markets concerned (distribution of dairy products and cheese) are less than 20 %, the Competition Commission is of the view that there is no indication that a dominant position is being created or reinforced. However, it concentrated on two secondary points relating to the takeover. The merger plan provides that for a period of two years, KFS and fenaco will not supply dairy products or cheese to customers that have been assigned to Emmi Inter-

frais. In addition, a fixed refund was agreed between the parties that would be payable if customers "acquired" as part of the merger were nevertheless supplied with dairy products and cheese by companies in the fenaco group over a period of 5 years from the implementation of the transaction. The Competition Commission held that these measures were necessary to ensure that the part of KFS transferred to Emmi Interfraiss did not incur a loss in value. Nevertheless, it reduced the maximum duration of the measure to two years.

B.4.5 Other sectors

In the transport sector, the Competition Commission took part in the consultation procedure relating to **Railways Reform 2**, which primarily related to safety aspects, the harmonisation of Swiss legislation with the EU railway packages, the method of financing railway infrastructure and placing private railways on an equal footing with the SBB. The Competition Commission advocated a form of regulation that is as neutral as possible from a competition point of view. It particularly welcomed the move to broaden the scope of the appeal procedure to include the bidding process for the award of licences, and proposed that this procedure be made mandatory. The Competition Commission also stressed the importance of ensuring that the minimum price for train paths (the fee paid to the proprietor of the infrastructure for the right to use it) and the rules for calculating the price of train paths must not lead to a distortion of competition.

The Competition Commission finally expressed its opinion in relation to the **total revision of the Postal Services Act**. It opposed prices being fixed by the Federal Council or by the Postal Services Commission for the services offered within the framework of the universal service, in order to avoid a distortion of competition. In addition, it stressed the need to limit the competitive advantages accorded to providers of universal services to what is strictly necessary. It drew special attention to the problems that the prohibition of night and Sunday driving pose for competition, a matter that the Competition Commission had already mentioned in its 2008 recommendation.

B.5 Product Markets

B.5.1 Retail trade

With the decision in the **Gaba case** in November 2009, the Competition Commission made a policy decision on the prevention of parallel imports by means of vertical agreements. Gaba International AG and the Austrian Gebro Pharma GmbH were fined by the Competition Commission because Gaba had imposed an export ban on its Austrian licensee. This made it impossible to make parallel imports onto the Swiss market. The Competition Commission imposed a fine of CHF 4.8 million on Gaba for preventing parallel imports. Gebro was fined a token sum of CHF 10'000 because it did not itself benefit from the prevention of parallel imports.

Gaba and Gebro amended their agreement in September 2006 and removed the export ban. The new agreement obliged Gebro to notify Gaba whenever it made any exports. Such a clause could in certain circumstances also have the effect of an export ban, but this was not confirmed in the proceedings in question. Gaba

and Gebro also confirmed in the proceedings that they would not obstruct parallel imports under the new agreement.

The Competition Commission opened the investigation in response to a complaint from Denner AG, in which Denner claimed that it was unable to make parallel imports of Elmex products from the Austrian market. Denner later distanced itself from the proceedings, after being supplied from within Switzerland. The Competition Commission nevertheless completed the investigation, because it raised certain fundamental issues. The Competition Commission will continue to make a top priority of pursuing contractual restraints on parallel imports, and in particular to prevent the revision of the Patent Act and the imminent introduction of the Cassis-de-Dijon principle from adversely affecting the situation.

At the end of 2008, the discount supermarket chain Lidl, which has recently entered the Swiss market, contacted the Secretariat of the Competition Commission to claim that it was not being supplied by certain Swiss brand product manufacturers, allegedly due to attempts made by Coop to apply pressure. In a comprehensive investigation, the Secretariat came to the conclusion that there were indications that Coop held a dominant position in certain procurement markets. These indications were substantiated when consideration was given to Coop's position in relation to the introduction of new products. The Secretariat found that Coop threatened certain suppliers with retaliatory measures if they supplied Lidl. The attempts made by Coop to apply pressure were not, however, cited by any of the suppliers interviewed as the reason for a (total) failure to supply Lidl. The Competition Commission issued a warning to Coop in relation to this and announced that an investigation would be opened if such attempts to apply pressure led to a failure to supply competitors.

The company mergers in the retail trade that have been conditionally approved by the Competition Commission in recent years (Coop/Fust, Migros/Denner and Coop/Carrefour) again occupied the Secretariat in 2009. The independent audit companies Refindar Moore Stephens AG (Coop/Fust), Deloitte (Migros/Denner) and BDO Visura (Coop/Carrefour) were entrusted with the task of verifying compliance with the conditions. The condition in the Migros/Denner case with regard to a duty of disclosure analogous to Art. 9 para. 4 CartA led to the Competition Commission assessing two takeovers by Migros that would not have been subject to notification under Art. 9 para. 1. Both were declared unobjectionable.

As a result of various reports from consumers, the Secretariat questioned Procter & Gamble with regard to its pricing policy for Gillette razors. Procter & Gamble pointed out that although non-binding recommended prices existed, retailers are free to fix their own prices and the recommended prices are not linked to the application of any pressure or the granting of specific incentives. In response, the larger retailers reduced their prices significantly on their own initiative in November 2009, i.e. without being granted lower cost prices from the manufacturer. The Secretariat will take account of this new situation in its competition law assessment.

Following various newspaper articles about the homogeneity of retail prices for Nivea products in Switzerland, which in certain cases are considerably higher than those charged in neighbouring countries, the Secretariat questioned both Beiersdorf AG and the retailers. The results will probably be made known in the first part of 2010.

B.5.2 Construction industry

In June 2009, house searches were carried out at several construction companies in the cantons of Aargau and Zurich. The Secretariat had received an advance tip-off from a whistleblower that arrangements were being made among the construction companies in relation to major bids. Along with the house searches, the Secretariat opened an investigation into the **road construction and civil engineering industry** in the cantons of Aargau and Zurich. The investigation aims to show whether the companies entered into unlawful arrangements in relation to construction projects, in particular in order to coordinate bids in response to invitations to tender and thus to allocate themselves construction projects and clients. The investigations will be conducted by the Product Markets Service in the case of the Canton of Aargau and by the Services Service for the Canton of Zurich, as it is expected that extensive investigations will be required. The investigations also fall within the competition authorities' „bid rigging“ priority area (see B.1).

In the investigation relating to the Canton of Aargau, a start was made in the second half of the year with the inspection and evaluation of the confiscated documents and data carriers, because no procedure for removing the seals on documents was required as was the case in the investigation relating to the Canton of Zurich. Various companies are cooperating with the Competition Authority. If companies involved in the agreements provide information or evidence voluntarily, this may lead to a considerable reduction in or complete dispensation from sanctions in accordance with the bonus system in Art. 49a para. 2 CartA.

In the investigation into **builders' supplies**, enquiries were completed in 2009. The proceedings focused on Switzerland's largest suppliers and dealers in window and door fittings. The Secretariat's proposal will be sent to the parties in the course of 2010 so that they can express their views. The agreements under investigation include price increases for fittings for windows and French doors. The information that came to light in the course of this investigation has led to the opening of a new investigation in the area of **door fittings**, such as door handles, locks, hinges, etc. A start has been made to the enquiries in this connection.

B.5.3 Watch industry

In September 2009, the Competition Commission opened an investigation into **ETA Manufacture Horlogère Swiss SA**, a subsidiary of the Swatch Group. The enquiries made in the preliminary investigation revealed indications that ETA held a dominant position in the market for mechanical watch movements and may have abused this position in relation to its trading partners through discriminatory practices involving changes

in prices and terms. The investigation is a response to miscellaneous reports received by the Secretariat, after ETA had announced price increases for watch movements and changes to its payment terms. The market participants have shown a strong interest and willingness to provide the competition authorities with information, due in part to the difficult economic situation currently experienced by the watch industry.

From 2002 to 2004, ETA was also the subject of proceedings before the Competition Commission. That investigation related to ETA's announcement that it intended to reduce the supply volumes of ébauches and to stop supplies entirely from 2006. Ebauches are the basic components of a mechanical watch movement, and come in the form of an assembly set. When combined with the assortment (the regulating element of a mechanical watch movement), each assembly set produces the full mechanical watch movement. The proceedings ended in 2004 with an amicable settlement between the Competition Commission and ETA. Basically this involved ETA undertaking to continue to supply its existing clients with ébauches until the end of 2010.

B.5.4 Automotive sector

In response to numerous enquiries from the **automotive sector**, in 2009 the Secretariat was required to examine dealer activities and access to technical information in the implementation of the Motor Vehicles Notice.

In terms of the MV Notice, manufacturers/importers may not place restrict their authorised dealers from selling new vehicles to agents acting for end customers. Nor may such restrictions be imposed by means of bonus schemes or other incentives that differentiate between a direct sale to an end customer and a sale via an agent instructed by that customer. In this connection, it is possible for resellers who are generally independent – if they act on behalf of an end customer – to act as agents. The Secretariat reached the conclusion that a basic obligation to bill the end customer goes too far and is incompatible with the Notice. There must at least be a possibility of diverging from the rules in justified exceptional cases. In such cases, the manufacturer may demand particularly detailed verification of the existence of an end customer.

The Secretariat received reports from independent workshops and associations of possible irregularities relating to access to technical information for independent market participants in the automotive sector. One of the specific competition policy goals of the MV Notice is to guarantee that independent workshops can compete with the manufacturers' authorised workshops, by ensuring unrestricted access for all competitors in the servicing and repair market to the technical information required for repairs and servicing work. Access must be given under equal conditions and in a way that meets the requirements of the independent market participants. Accordingly, the information must be provided to the independent market participants just as it is given to the authorised workshops, “unbundled and priced in a way that takes into account the extent to which they use it”. The Secretariat is currently examining whether in the case of certain manufacturers/importers in Switzerland due to a lack of suitable communication channels or a

result of a lack of transparency or the charging of unreasonable costs for the use of information, potentially considerable restraints of competition have arisen.

In the middle of the year, the EU Commission made a statement on the future competition law framework for the automotive sector in the European area following the expiry of the **MV-GER**, the European counterpart to the MV Notice. It drew a distinction in principle between the primary and aftermarket and proposed that the provisions of the current MV-GER be extended for three years until 31 May 2013 for the primary market, i.e. the market for the sale of new vehicles. Thereafter, competition in the sale of new vehicles should be protected by the general rules on vertical restraints of competition. On the other hand, for the aftermarket, i.e. the markets for repairs and servicing and for the sale of spare parts, where competition is less pronounced due to the brand specifics, a new more targeted sector-specific group exemption regulation should come into effect from 1 June 2010, which contains rules on the following points in particular: (a) access to technical information; (b) access to spare parts; (c) misuse of warranties and (d) access to authorised workshop networks. Once the EU Commission has made a final decision, the Competition Commission will decide whether and to what extent an amendment of the MV Notice is necessary.

B.5.5 Other sectors

In response to a report from a dealer in the household appliances (white goods) sector, the Secretariat opened a preliminary investigation into the Electrolux AG sales network. Electrolux has prohibited its dealers from trading on the Internet, and threatened not to supply them if they do. The preliminary investigation should indicate the extent to which such conduct is covered by the Cartel Act and whether the obstruction of online trading by means of a selective distribution network is justified or can be justified by the free rider problem. It is expected that the Secretariat will receive an increasing number of reports relating to online trading.

The Secretariat carried out various market monitoring procedures in 2009. The market for video gaming consoles and video games was monitored and it was established that currently there are no indications of restraints of competition. The Secretariat will however continue to keep an eye on developments in the market for interactive entertainment, especially as the video games industry in recent years has been achieving turnovers in billions. It also examined the market for children's products, looking for possible pricing requirements imposed by manufacturers on dealers and/or territorial agreements aimed at preventing parallel trading. The enquiries carried out did not provide sufficient indications to justify the opening of a preliminary investigation or a full investigation. In addition, the Secretariat issued a warning to the ELITE Electro-Partner co-operative, as its catalogue for electrical appliances contained recommended prices that were not expressly labelled as non-binding. In the underwear market, Triumph International AG were required to provide clear evidence that they are not exerting an influence on the retail prices charged by retailers.

B.6 Internal Market

In 2009, the Competence Centre for the Internal Market concentrated on two priority areas. This first was participation in the development and implementation of the „bid rigging“ strategy (see B.1). The focus was on the cooperation with the cantons initiated by the Secretariat. In addition to the bilateral talks with 18 cantonal building departments, special mention must be made of the training course that the Competence Centre devised for the cantonal procurement agencies, which it ran for the first time in St. Gallen. Building on the experience gained, next year several training events are planned in various cantons.

A second priority was an evaluation of Art. 2 para. 7 of the Internal Market Act (IMA), which stipulates an obligation to have a bidding procedure for the transfer of cantonal and communal monopolies to private entities. In practice, the content and scope of this provision, introduced in the 2006 reform of the legislation, raise awkward fundamental issues. There is evidence for this in two enquiries submitted to the Competition Commission that are still under investigation relating to the renewal of water rights concessions and of concession agreements on the construction and operation of electrical distribution stations. The Competition Commission will announce its legal opinion next year on the fundamental issues raised. This should both increase legal certainty and facilitate the implementation of the provision by the cantons and communes.

Lastly, the Competence Centre for the Internal Market again dealt with numerous submissions and enquiries from private individuals and authorities. In relation to the former, issues connected with the exercise of the right to free access to the market predominated (in particular in relation to cantonally regulated medical professions and public procurement). With regard to the latter, the work related primarily to questions connected with the IMA-conformity of cantonal and communal regulations as well as administrative practices (in particular in connection with regulations on taxis).

B.7 Competence Centre for Investigations

The Competence Centre for Investigations assisted in the preparation and organisation of the most important search ever organised since the revision of the CartA in 2003. This was carried out in June 2007 in the Cantons of Zurich and Aargau at the headquarters of companies operating in road construction and civil engineering sector.

Over the past year, the Competence Centre trained new team leaders who can be deployed in future to head search teams.

Finally, the competition authorities have stated their position on the bill for a Federal Act on Company Lawyers, which plans to grant them the benefits of professional secrecy currently enjoyed by lawyers in private practice. As a result, the documents that they draw up in the context of their employment could not be used as evidence of the existence of cartels. This type of regulation seriously complicates the task of the law enforcement authorities.

B.8 Communication

The public relations work carried out by the Competition Authority continues to have high priority. Transparent decision-making processes with comprehensible explanations for journalists and the general public is essential. In the past year, the Competition Commission was required to publicise important decisions on vertical agreements, on bid rigging and on company mergers, which required a total of 18 press releases and two press conferences. In addition, the competition authorities provided journalists at the traditional autumn conference with information on internal procedures and with the opportunity ask general questions unrelated to specific proceedings.

B.9 International Relations

International cooperation and coordination in competition policy is constantly gaining in importance. This is a consequence of globalisation, as with global market liberalisation the risk of cross-border restraints of competition increases. This makes a comprehensive exchange of ideas among the competition authorities essential. The Competition Commission and the Secretariat are active participants in this exchange, in particular as members of the International Competition Network (ICN), which held its 8th annual conference in Zurich in 2009. Cooperation agreements between competition authorities are also gaining in importance. The agreement with Japan mentioned in the last report year has been signed and has come into effect. Progress is also being made with the preliminary work with a view to formal cooperation with the EU.

OECD: Representatives of the Competition Commission and of the Secretariat took part in the meetings of the OECD Competition Committee, which take place three times a year in Paris. In collaboration with SECO, the delegation prepared and presented various contributions. The key topics discussed in 2009 at various sessions and round tables included the effect of the financial crisis on competition policy, the banking sector and competition issues in bilateral markets. In 2009, the OECD issued its "Guidelines on bid-rigging in public procurement" and welcomed Chile, Estonia, Israel, Russia and Slovenia as new members.

ICN: From 3-5 June 2009, the eighth annual conference of the ICN took place in Zurich. Switzerland was the host this year and the Secretariat had the task of organising and running the event. For three days, representatives of competition authorities from around the globe, representatives of international organisations, and national and international advisors met in Zurich. The opening meeting saw Federal Councillor Doris Leuthard welcome the 450 conference participants from more than 80 jurisdictions. The Federal Councillor reminded the audience of the importance of international cooperation between the competition authorities, as cartels are organising themselves internationally and inter-continentially as a part of the globalisation process. She also urged representatives of competition authorities not to react to the economic crisis with protectionist measures, but to continue to ensure unrestricted access to markets. The conference met with general approval and widespread ap-

preciation among participants both in relation to the content and its organisational aspects.

UNCTAD: The Secretariat attended the conference on the development promotion programme benefiting five Latin American countries (COMPAL) under the auspices of UNCTAD. At the meeting, it was agreed that the programme had been a success.

Vietnam project: In the spring of 2008, the project „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“ began, with aim of strengthening and supporting the Vietnamese Competition Authority (VCAD), which was established in 2006. The bilateral cooperation between the competition authorities in Vietnam and Switzerland includes the holding of workshops in Vietnam and providing support with market studies. In addition, Secretariat staff act as experts in Vietnam, in particular for devising guidelines on competition-relevant topics. The project will last for three years, with funding being provided by SECO.

B.10 Outlook

In 2010, bid rigging will continue to be a key theme. The already pending and new proceedings on bid rigging will enjoy top priority. Information events will also be accorded high importance. The Competition Authority intends to complete the majority of the investigations pending at the end of 2009. In addition, in 2010 important decisions from the Federal Administrative Court are expected (Swisscom Mobile decision from 2007), which may have a considerable influence on other proceedings.

In relation to vertical agreements, it will be necessary to amend the general and the specific Notice on the Sale of Automobiles to take account of developments in the EU and to implement the notices in Swiss cases.

C Organisation and Statistics

C.1 Competition Commission

In 2009, the Competition Commission held 14 full-day and one two-day plenary sessions. In addition to dealing with the cases discussed in the preceding chapters, the Competition Commission also held various meetings to tackle the issue of organisational development (see immediately below in C.3).

On 11 December 2009, the Federal Council appointed Prof. Stefan Bühler to be the second Vice-President of the Competition Commission from 1 January 2010. Prof. Bühler is an economist and is the ideal addition to the presiding committee, which previously comprised only lawyers.

C.2 Secretariat

In the Secretariat to the Competition Commission, Mrs Carole Söhner-Bührer was appointed Vice-Director by the Competition Commission on 16 February 2009. Mrs Söhner-Bührer has worked in the Secretariat of the Competition Commission since November 1999. She takes over as head of the Infrastructure Service.

The Secretariat was involved in various working groups that are carrying out the work on organisational development with the aid of external consultants. Essentially

the aim is to devise and implement a continuous procedural strategy within proceedings under the Cartel Act (see detailed C.3).

As of the end of 2009, the Secretariat employed 64 members of staff (full-time and part-time), 45 % of whom were women. This corresponds to a total of 58.2 full-time positions. The staff was made up as follows: 44 specialist officers (including the Executive Management; 40.7 full-time positions), 9 specialist trainees (9 full-time positions), and 11 members of staff in the Resources and Logistics Service (8.5 full-time positions).

C.3 Organisational Development

C.3.1 Introduction: Evaluation of the Cartel Act

On 14 January 2009, the results of the **evaluation of the Cartel Act** were acknowledged and published by the Federal Council. The external Cartel Act Evaluation Group made 14 recommendations to parliament and the executive (the Federal Council, Federal Department of Economic Affairs and the Competition Authorities).¹ The Competition Commission acknowledged the recommendations in January 2009.

One issue was **institutional** in its nature: according to the results presented by the Cartel Act Evaluation Group, improvements are required both in relation to the Commission and the Secretariat if they are basically to be able to do their work properly on the basis of the organisational structure prescribed by the law and by the internal regulations. In order for the professionalism and efficiency of the Competition Authorities to be improved, it is first of all imperative that the statutory provisions be amended. Until these amendments take effect (and to some extent irrespective of whether they do), substantial improvements could be achieved within the current systems by means of short to medium-term measures with regard to the organisation of the Commission and the handling of cases (i.e. in the working methods of the two competition authorities).

Based on these results, the Cartel Act Evaluation Group made two **recommendations** to the Federal Council and one to the competition authorities. It recommended that the competition authorities implement the short to medium-term measures devised in an evaluation study (known as the functions analysis) in a project supported by external consultants. This would lead to clear improvements in the work in the ongoing legislative period at a reasonable cost.

The Cartel Act Evaluation Group made the following recommendations to the Federal Council:

- The competition authorities must be structured in such a way that they are independent of political and private sector influence and their decision-makers must be professional appointees. The Commission and Secretariat must be combined in a single-tier authority.
- An independent economist must be appointed to the Presiding Committee of the Competition Commission as soon as possible with as a second Vice-President in order to guarantee a balance between members from the legal profession and those with expertise in economic matters.

While the first recommendation made to the Federal Council is still under consideration (see C.4), the second recommendation has already been implemented with the appointment of Prof. Stefan Bühler as the second Vice-President.

C.3.2 Organisational development work in the Competition Commission

The **Competition Commission** and the **Secretariat** have devised a variety of measures in four working groups (Commission work, Management and Leadership in the Secretariat, Core processes, IT), and in particular the following:

- For the improvement of the decision-making processes in the Competition Commission: review of the decision-making processes within the Commission (including internal management) and the coordinating management bodies (meetings of the Presiding Committee, meetings of the Executive Management) with the optimum integration the heads of service and the development of a process and project organisation system.
- For the improvement of performance capabilities and internal management in the Competition Commission: delegation of standard cases within the Commission, development of a project control system, review of the working methods of the Commission in connection with project management.
- For the improvement of the procedural strategy of the Secretariat of the Competition Commission: development of a continuous project management structure for all main processes (business; description of the activities of the Competition Authorities in the form of procedural specifications with milestones, deadlines and estimates of costs and time required), selection of appropriate software support, development of a system for checking progress with processes.
- For the improvement of coordination between the Commission and Secretariat: clarification of tasks, competencies, roles and mutual expectations in relation to cases.

The working groups presented their results in the summer and autumn of 2009. The implementation of the results is underway. Some tasks, such as the implementation of the continuous project management structure, will continue into 2010.

¹ See Section C.4.

C.3.3 Presiding committee model

On the basis in particular of the experience gained since 1 January 2008 following the reduction of the size of the Competition Commission and after the submission of important findings from the previously mentioned functions analysis, the Commission made the final decision on 15 September 2008 to opt for the **presiding committee model** and therefore approved the revised internal regulations of the Competition Commission on 17 November 2008.

In the presiding committee model, instead of there being five units at Commission level (Presiding Committee, three chambers, plenary session), there are now two (Presiding Committee, plenary session). Accordingly, the time and expense of allocating, providing information on and coordinating tasks are reduced. The Presiding Committee has to prepare the business of the plenary session, to provide support in important cases as far as is necessary and take the decisions delegated to it by the Commission (for example the assessment of merger plans that do not require a detailed investigation). The fact that chamber meetings and the related preparation are no longer required and the delegation of decisions to the Presiding Committee relieve the burden placed on the members of the Commission. This permits more in-depth discussions in the plenary session even though there is no change in the time available. In the Presiding Committee, there is increased responsibility rather than increased demands on time. These responsibilities were previously allocated to the appropriate chamber presidents. With the appointment of the second Vice-President by the Federal Council on 14 December 2009, a balance has been guaranteed between legal and economic expertise in the Presiding Committee.

C.3.4 Conclusion

The Competition Authorities have to a large extent implemented the recommendations of the Cartel Act Evaluation Group and thus achieved the potential for improvement that was identified. The measures taken will bring **improvements**, especially in the decision-making processes of the Competition Commission, the coordination between the Commission and Secretariat, the performance and internal management of the Competition Commission and the procedural strategy of the Secretariat of the Competition Commission. In addition, the choice of the presiding committee model for the organisation of the Commission has contributed to a reduction in the time and expense of allocating, providing information on and coordinating tasks. The measures will generally help to optimise and speed up working processes and thus the time taken to deal with cases.

C.4 Evaluation and Partial Revision of the CartA

In terms of Art. 59a of the revised Cartel Act of 2003, the Federal Council was required to arrange for an **evaluation** of the effectiveness of competition law measures and of the enforcement of the Cartel Act, submit a report on this to Parliament by the spring of 2009 and make proposals for what further action is required. The **Cartel Act Evaluation Group**, which also included staff from the competition authorities², was made responsible for the conduct of the evaluation. On 14 January 2009 the

Federal Council was notified of the content of the consolidated report³ of the Cartel Act Evaluation Group. The Federal Department of Economic Affairs (DEA) thereafter examined the recommendations of the Cartel Act Evaluation Group and submitted proposals on the further action required to the Federal Council.

The **Federal Council** approved the related **DEA report** on 25 March 2009. In this report, the Federal Council proposes that Parliament should basically adhere to the current concept of the Cartel Act and to the new instruments (direct sanctions, bonus system, house searches and objection procedure). The new instruments under the revised Act fulfil the intention of Parliament to prevent the harmful economic or social effects of cartels and other restraints of competition by increasing the deterrent effect of the Act and thus encouraging competition in the interests of a liberal free-market system.

However, the Federal Council is at the same time of the view that the Cartel Act has certain flaws and that there is a need for action. Accordingly, it has instructed the DEA to make specific proposals based on the recommendations of the Cartel Act Evaluation Group and taking account of the effects on funding and staffing requirements, and to draft **amendments to the Cartel Act** by spring 2010. The draft proposals should relate in particular to strengthening the Competition Commission as an independent institution, revising the merger control procedure, introducing differentiation in the treatment of vertical agreements and accelerating procedures. Other reforms urged by the Cartel Act Evaluation Group, which in certain cases have also been demanded in certain parliamentary procedural requests, should be subjected to detailed consideration and should, if necessary, be included in the proposals. In addition, the DEA and DFA should carry out further enquiries to enable the Federal Council to consider, from a European policy view as well, the opportunity for talks on a cooperation agreement with the EU on the formal exchange of confidential information between competition authorities.

² The Cartels Act Evaluation Group comprised a Steering and a Core Group. The Steering Group comprised the following persons: Dr. R. Corazza (ComCo Secretariat, Director, Project Manager for the CartA Evaluation and Chairman of the Steering Group), Dr. U. Böge (former President of the German Federal Cartel Office and of the International Competition Network ICN), Prof. Dr. A. Brunetti (SECO, Head of the Economic Policy Directorate), Dr. W. Bussmann (FOJ, Specialist on Legislation Evaluation und Federalism Issues), Prof. Dr. D. Herren (University of Bern, Institute for Business Law) and Prof. Dr. V. Martenet (University of Lausanne, Vice-President of ComCo). The Core Group comprised F. Stüssi (ComCo Secretariat, Head of Section, Project Manager for the CartA Evaluation), Dr. B. Zirlick (ComCo Secretariat, Head of the Competence Centre for Law), S. Michal (SECO, Deputy Head of the Growth and Competition Policy Unit) and Dr. S. Rutz (ComCo Secretariat, Head of the Competence Centre for Economics).

³ The consolidated report is based on 15 report and studies and contains 14 recommendations (available on: www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de).

Based on the proposals and reports to be prepared, the Federal Council will decide by spring 2010 on the opening of a **consultative committee stage for a partial revision** of the Cartel Act. In making its decision, the Federal Council will also take account of the conclusions drawn up to that point by the implementing authorities from the recommendations of the Cartel Act Evaluation Group, developments in the practices of the Competition Commission and the courts in the intervening period and the reactions of parliament to the report and the pending procedural requests.

The DEA has now instructed **SECO** to prepare the bill for submission to the consultative committee. The SECO has set up an independent working group, which will begin the work immediately. This working group also includes staff from the Secretariat of the Competition Commission.⁴ The Competition Commission has taken note of the intentions of the Federal Council and of the tasks of the working group.

⁴ Dr. R. Corazza (Director) is a member of the senior project management team, F. Stüssi (Head of Directorate Affairs) and Dr. B. Zirlick (Head of the Competence Centre for Law) are members of the project team.

C.5 Statistics

Investigations	2009	2008
Carried out during the year	20	20
Carried over from the previous year	16	13
Opened	4	7
Final decisions	6	4
Amicable settlement	3	1
Administrative ruling	2	1
Sanctions under art. 49a para. 1 ACart	5	1
Precautionary measures	0	2
Sanctions proceedings under art. 50 ff. ACart	0	1
Preliminary investigations		
Carried out during the year	19	19
Carried over from previous year	11	11
Opened	8	8
Concluded	7	12
Investigations opened	1	2
Modification of conduct	4	2
...No consequences	2	8
Other activities		
Reports under Art. 49a para. 3 let. a ACart	12	31
Advice	35	23
Market monitoring	87	36
Other enquiries	210	246
Mergers		
Reports	26	40
No objection after preliminary examination	19	39
Investigations	5	3
Decisions of the Competition Commission	4	2
after preliminary investigation	1	0
after full investigation	3	2
Early implementation	0	0
Appeal proceedings		
Total of appeal proceedings	6	12
Concluded	1	8
Success for the Competition Authority	1	7
Partial success		1
Pending at the end of year	5	4
Expert reports, recommendations and opinions, etc.		
Expert reports (Art. 15 CartA)	2	2
Recommendations (Art. 45 CartA)	0	4
Expert opinions (Art. 47 CartA or 11 TCA)	0	3
Follow-up checks	4	1
Notices (Art. 6 CartA)	0	0
Opinions (Art. 46 para. 1 CartA)	186	71
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 CartA)	9	n.a.
IMA		
Recommendations / investigations (Art. 8 IMA)	0	0
Expert opinions (Art. 10 I IMA)	0	0
Explanatory reports (Secretariat)	27	31
Appeals (Art. 9 para. 2 ^{bis} IMA)	1	3

B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

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

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Gaba

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG. Verhängung von Bussen gegenüber den Parteien gemäss Artikel 49a Absatz 1 i.V.m. Artikel 5 Absatz 4 KG.

Enquête selon l'article 27 ss LCart. Etablissement de sanctions à l'encontre des parties selon l'article 49a alinéa 1 en relation avec l'article 5 alinéa 4 LCart.

Inchiesta giusta gli articoli 27 segg. LCart. Inflizione di sanzioni alle parti giusta l'articolo 49° capoverso 1 e l'articolo 5 capoverso 4 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG], SR 251) betreffend Gaba International AG, der Herstellerin der Zahnpasta Elmex, wegen einem unzulässigen absoluten Gebietschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Sanktionierung der Gaba International AG und ihres österreichischen Lizenznehmers Gebro Pharma GmbH wegen Parallelimportverbot für Elmex-Zahnpasta in die Schweiz. Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG). Keine Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG).

Décision de la Commission de la concurrence du 30 novembre 2009 selon l'art. 27 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart], RS 251) concernant l'enquête sur le cas de Gaba International AG, productrice de dentifrice Elmex, relative à la protection territoriale absolue illicite selon l'art. 5 al. 4 LCart. Sanctions à l'encontre de Gaba International AG et de son titulaire de licence en Autriche, Gebro Pharma GmbH, en raison de l'interdiction d'importations parallèles du dentifrice Elmex en Suisse. Renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace par la combinaison de la concurrence intra- et inter-marques existante. Affectation notable de la concurren-

ce (art. 5 al 1 Lcart). Pas de justification pour des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 Lcart).

Decisione della Commissione della concorrenza del 30 novembre 2009 secondo l'articolo 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart]; RS 251) concernente Gaba International SA, produttore del dentifricio Elmex, a causa di una protezione territoriale assoluta illecita secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart. Sanzioni per Gaba International SA e il suo licenziatario austriaco Gebro Pharma Sagl per divieto di importazioni parallele del dentifricio Elmex in Svizzera. Presunzione della soppressione della concorrenza efficace sul mercato svizzero dei dentifrici confutata con una sufficiente combinazione di concorrenza intra- e interbrand. Intralcio notevole alla concorrenza (art. 5 cpv. 1 LCart). Nessuna giustificazione da motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2 LCart).

A **SACHVERHALT**

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Am 30. November 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige der Denner AG (nachfolgend: Denner) ein, welche gleichzeitig auch der Preisüberwachung zugestellt wurde. Darin führte Denner aus, dass sie seit dem Jahr 2003 versuche, von der Gaba AG (nachfolgend: Gaba) mit Elmex Kariesschutzzahnpasta rot (nachfolgend: Elmex rot) beliefert zu werden, jedoch ohne Erfolg. Daneben habe Denner auch erfolglos versucht, Elmex rot aus Österreich zu importieren. Gaba hat die Herstellung und den Vertrieb von Elmex rot in Österreich im Rahmen eines Lizenzvertrages an die Gebro Pharma GmbH (nachfolgend: Gebro) übertragen.

2. Denner mit Sitz in Zürich ist ein in der Schweiz tätiges Detailhandelsunternehmen, das als Discounter mit 435 Verkaufsstellen ein Sortiment in den Bereichen Food und Near-Food anbietet. Zusätzlich beliefert Denner rund 293 Denner-Satelliten. Denner wurde im Zuge des von der Wettbewerbskommission (WEKO) mit Verfü-

gung vom 3. September 2007 unter Auflagen bewilligten Zusammenschlussvorhabens vom Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros) übernommen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff.).

3. Gaba mit Sitz in Therwil wurde per 1. Januar 2007 von der europaweit tätigen und gruppenführenden Gaba International AG (nachfolgend ebenfalls: Gaba)¹ mit damaligem Sitz in Münchenstein, Basel, übernommen. Seit dem 26. Juni 2008 ist der Gesellschaftssitz wiederum in Therwil. Gaba ist auf Mund- und Zahnpflege spezialisiert und stellt Zahnpasten, Zahnsplüngen, Gelées und Zahnbürsten her. Die bekannten Marken von Gaba sind Elmex und Meridol. Gaba gehört zur international tätigen Colgate-Palmolive-Gruppe, welche mit fast 38'000 Beschäftigten in über 200 Ländern präsent ist und etwa USD 9.4 Mia. Umsatz pro Jahr erwirtschaftet.

4. Gebro ist Lizenznehmerin von Gaba mit Sitz in Fieberbrunn, Österreich, und ist auf die Herstellung und den Vertrieb von chemischen und pharmazeutischen Produkten spezialisiert. Gebro ist in über 25 Ländern präsent und erzielte im Jahr 2008 einen Gesamtumsatz von 103.89 Mio. Euro.²

5. Neben der Verhinderung von Parallelimporten betraf die Anzeige von Denner den selektiven Vertrieb von Gaba für die Produkte Elmex und Meridol, die Nichtbelieferung von Denner als Mittel zur Preishochhaltung sowie die Behinderung von Denner im Wettbewerb wegen dem must-in-stock Charakter von Elmex und Meridol.

6. Gestützt auf die Anzeige von Denner eröffnete das Sekretariat am 10. Mai 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG um abzuklären, ob Anhaltspunkte für das Vorhandensein unzulässiger Wettbewerbsabreden oder eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

7. Im Vorabklärungsverfahren ergaben sich basierend auf Informationen von Denner, Gaba und den befragten Marktteilnehmern sowie dem Umstand, dass es Denner nicht gelang, Elmex rot aus dem benachbarten Österreich parallel zu importieren, Anhaltspunkte für das Vorliegen folgender unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen:

- Nichtbelieferung von Denner mit Elmex rot (Art. 5 Abs. 1 KG; Art. 7 KG);
- Preisvorgaben für den Verkauf von Elmex rot (Art. 5 Abs. 4 KG);
- Behinderung des Parallelimports von Elmex rot (Art. 5 Abs. 4 KG).

8. Basierend auf diesen Anhaltspunkten eröffnete das Sekretariat am 8. Februar 2007 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG wegen allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabreden laut Art. 5 KG und wegen unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Massgabe von Art. 7 KG.

9. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist eine allfällige Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot in die Schweiz durch Gaba und Gebro (nachfolgend: Parteien). Die Anhaltspunkte für die weiteren vorstehend

genannten Wettbewerbsbeschränkungen haben sich nicht verdichtet.

A.2. Relevanter Sachverhalt

10. Gaba ist in allen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften am Markt tätig. Eine Ausnahme bildet Österreich, wo Gebro im Rahmen eines Lizenzvertrages sowohl für die Produktion als auch für den Vertrieb von Gaba-Produkten verantwortlich ist. Der zwischen Gaba und Gebro am 1. Februar 1982 geschlossene Lizenzvertrag beinhaltete eine Klausel, wonach es Gebro verwehrt war, die lizenzierten Produkte ins Ausland zu exportieren:

„GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

11. Die Existenz des Vertrages wird von Gaba und Gebro nicht bestritten. Die Parteien behaupten jedoch, dass die Gebietsschutzklausel, insoweit sie überhaupt eine solche darstellte, nicht der Vertragswirklichkeit entsprach und weder durchgesetzt noch eingehalten wurde. Tatsächlich hätten gewisse Parallelimporte in die Schweiz stattgefunden (vgl. hinten Rz. 106), und wo dies nicht der Fall gewesen sein sollte, sei es auf andere Gründe zurückzuführen gewesen (vgl. hinten Rz. 63 u. 322).

12. Der Vertrag von 1982 wurde am 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus einem „Distribution Agreement“ und einem „Agreement on the Manufacture of Dental Products“ ersetzt.

13. Das neue Distribution Agreement verpflichtet Gebro, Gaba über Lieferanfragen aus dem Ausland zu informieren. Die entsprechende Klausel lautet wie folgt:

„The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory.“

14. Denner listete Elmex rot im Jahr 1994 aus seinem Sortiment aus. Später wollte Denner das Produkt wieder in das Sortiment aufnehmen und hat seit 2003 verschiedene Versuche unternommen, um direkt von Gaba beliefert zu werden. Gaba verweigerte die Lieferung mit der Begründung, dass Denner die selektiven Kriterien von Gaba nicht erfüllte.

¹ Wenn nicht anders vermerkt, steht „Gaba“ nachfolgend für „Gaba Schweiz AG“ für die Zeitperiode vor dem 1. Januar 2007 und für „Gaba International AG“ für die Zeitperiode nach dem 1. Januar 2007.

² Vgl. <http://www.gebro.com/de/default.asp?ID=210>.

15. Denner versuchte daraufhin, Elmex parallel zu importieren. Anfang November 2005 versuchte Denner über eine [...] Zwischenhändlerin, aus dem österreichischen Markt Elmex für den Verkauf in der Schweiz zu beschaffen. Denner legte einen E-Mail-Verkehr ins Recht, aus welchem sich ergibt, dass sie am 2. November 2005 eine Anfrage an die [...] Zwischenhändlerin getätigt hat. Die Anfrage über eine Belieferung von 20'000 Tuben Elmex rot je Monat zum Preis von EUR 1.43 wurde von der Zwischenhändlerin zunächst bestätigt. Die Zwischenhändlerin schrieb jedoch rund zwei Wochen später an Denner zurück, dass aus dem österreichischen Handel keine Mengen erhältlich seien und führte folgende Begründung an:

„Der Lizenznehmer in Österreich wird uns keine Ware für den Export zur Verfügung stellen“.

16. Denner hat sich nach eigenen Angaben nie direkt mit einer Lieferanfrage an Gebro gewandt, da sie dies als aussichtslos einschätzte.

17. Gebro bestreitet, von der [...] Zwischenhändlerin oder von sonst jemandem eine entsprechende Lieferanfrage erhalten zu haben. Sie sagt überdies, dass mit Denner verhandelt worden wäre, wenn Denner im Jahre 2005 direkt an sie herangetreten wäre. Eine Lieferung wäre ab Frühsommer 2006 möglich gewesen. Gebro wäre auch an einer Lieferung von 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat interessiert gewesen, denn dies hätte einer Absatzsteigerung von [...] % entsprochen.

18. Mit Eingabe vom 8. Oktober 2008 informierte Denner das Sekretariat über einen erneuten Belieferungsversuch. Aus dem vorgelegten E-Mail-Verkehr vom April 2007 ergibt sich eine Lieferanfrage über dieselbe [...] Zwischenhändlerin. Hingegen hat ein Geschäftsleitungsmitglied von Denner im Rahmen der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 vor der WEKO ausgesagt, dass nach der Anfrage im November 2005 keine weiteren Versuche unternommen worden seien. Auch kam die Anfrage von April 2007 nach den Ausführungen von Gebro nie bei ihr an. Denner verweigerte nähere Angaben zu den angegangenen Kontaktpersonen, unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und auf den Umstand, dass [...] und die Parallelhandelsopportunitäten gefährden würde.

19. Eine schweizerische Unternehmung, die Spar Management AG (nachfolgend: Spar), importiert mit Wissen und Willen der Parteien seit 2003 Gaba Produkte indirekt aus der Produktion von Gebro aus Österreich parallel in die Schweiz.

20. Seit dem 16. März 2009 wird Denner von Gaba direkt mit Elmex rot beliefert. Denner verkauft das Produkt Elmex zu einem Normalverkaufspreis von CHF 4.40. Im Mai 2009 senkte Coop den Normalverkaufspreis für Elmex rot um rund 10 % von CHF 4.90 auf CHF 4.40.

21. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 wurde Denner von Gebro dazu eingeladen, künftige Lieferanfragen direkt an sie zu richten. Von dieser Möglichkeit hat Denner Gebrauch gemacht, woraufhin Gebro Denner am 28. August 2009 eine schriftliche Offerte unterbreitete. Gebro offerierte Elmex rot zu einem Preis von EUR [...].

22. Ende September 2009 hat Denner eine bestimmte (limitierte) Menge Elmex rot Zahnpasta, welche parallel importiert wurde, zu einem Aktionspreis von CHF 2.85 pro Stück zum Verkauf angeboten.

23. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Denner das Sekretariat mit Schreiben vom 12. Februar 2009 darüber informiert hat, „... an einer Weiterführung der Untersuchung gegen Gaba AG kein Interesse mehr ...“ zu haben“.

A.3. Verfahren

24. Am 30. November 2005 reichte Denner eine Anzeige gegen Gaba ein betreffend den selektiven Vertrieb von Gaba für die Produkte Elmex und Meridol, die Nichtbelieferung von Denner als Mittel zur Preishochhaltung, die Verhinderung von Parallelimporten von Elmex rot sowie die Behinderung von Denner im Wettbewerb wegen dem must-in-stock Charakter von Elmex und Meridol.

25. Am 10. Mai 2006 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und verschickte Fragebögen an die Detailhändler Manor, Aldi Suisse AG (nachfolgend: Aldi), Volg Konsumwaren AG (nachfolgend: Volg), Spar Handels AG (nachfolgend: Spar), Coop, Migros und Carrefour. Der Fragebogen umfasste Fragen zu den Verkaufspreisen, allfälligen Preisvorschriften oder Preisempfehlungen von Gaba und einer möglichen Behinderung von Parallelimporten von Elmex rot aus dem Ausland.

26. Gleichentags wurde Gaba ein Fragebogen betreffend Informationen zum Vertriebssystem, zur Preispolitik und zu Parallelimporten zugestellt.

27. Die Antworten zu den Fragebögen gingen zwischen dem 17. Mai und dem 12. Juli 2006 ein.

28. Mit E-Mail vom 12. Oktober 2006 fragte das Sekretariat Gebro nach den Gründen der Nichtbelieferung von Denner. Gebro antwortete mit E-Mail vom 24. Oktober 2006, dass solche Auskünfte erst auf formelle Anfrage hin erteilt würden.

29. Am 8. Februar 2007 teilte das Sekretariat Denner und Gaba mit, dass im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet wurde. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 2. März 2007 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 13. März 2007 im Bundesblatt bekannt.

30. Mit Schreiben vom 27. Februar 2007 informierte das Sekretariat Gaba darüber, dass die Akten aus dem Vorabklärungsverfahren in das Untersuchungsverfahren übernommen werden. Gaba wurde zudem die Möglichkeit eingeräumt, den Sachverhalt zu aktualisieren.

31. Mit Schreiben vom 3. April 2007 informierte Denner das Sekretariat darüber, dass ein erneuter Versuch, Elmex rot aus Österreich zu beziehen, gescheitert sei. Der ausländische Lieferant habe Denner mitgeteilt, dass Gaba nicht erlaube, Elmex rot aus Österreich an Denner zu liefern.

32. Am 4., 5. und 12. April 2007 teilte das Sekretariat den in der Vorabklärung befragten Lebensmittel-Detailhandelsunternehmen sowie Gebro mit, dass die

Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen werden. Daneben wurde den Detailhändlern die Möglichkeit eingeräumt, Korrekturen und Ergänzungen zu ihren bisher eingereichten Unterlagen anzubringen.

33. Mit Eingabe vom 31. Mai 2007 nahm Gaba Stellung zur Übernahme der Akten aus der Vorabklärung. Im Wesentlichen erklärte sich Gaba damit einverstanden, die eingereichten Unterlagen in das Untersuchungsverfahren zu übernehmen. Gaba wies jedoch darauf hin, dass Denner auf den zivilen Weg zu verweisen sei. Das Untersuchungsverfahren sei einzustellen.

34. Vor dem Hintergrund der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Migros/Denner teilte das Sekretariat Denner mit Schreiben vom 31. Juli 2007 mit, dass vorübergehend auf Instruktionsmassnahmen verzichtet werde.

35. Im Anschluss an den Unternehmenszusammenschluss Migros/Denner (RPW 2008/1, 129 ff.), teilte Gaba Migros Anfang 2008 mit, dass Denner nicht mit Gaba-Produkten beliefert werden dürfe.

36. Am 9. April 2008 verschickte das Sekretariat Fragebögen an Denner, Gaba, Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde), Verbände (5, wovon alle geantwortet haben), Detailhändler (11, wovon 10 geantwortet haben³), Konsumentenschutzorganisationen (5, wovon alle geantwortet haben), Apotheken (22, wovon 21 geantwortet haben), Drogerien (21, wovon 19 geantwortet haben) und Zahnpastahersteller (16, wovon alle geantwortet haben).

37. Zusätzliche Fragebögen wurden am 22. April 2008 an einen weiteren Detailhändler, am 5. Mai 2008 an Swissmedic und das Bundesamt für Gesundheit, am 2. Juni 2008 an Prof. Dr. med. dent. Thomas Imfeld, am 3., 16. und 18. Juni 2008 an weitere Zahnpastahersteller verschickt.

38. Mit Schreiben vom 15. Mai 2008 forderte das Sekretariat eine repräsentative Anzahl von Zahnärzten auf, die fünf von ihnen am häufigsten empfohlenen Zahnpasten zu nennen. Dieses Schreiben ist darauf zurückzuführen, dass die Schweizerische Zahnärztegesellschaft (SSO) dem Sekretariat am 6. Mai 2008 mitteilte, sie könne bei ihren Mitgliedern keine entsprechenden Informationen einholen.

39. Am 30. Juli 2008 bat das Sekretariat Gaba um Präzisierungen zur Eingabe vom 12. Juni 2008.

40. Am 7. August 2008 bat das Sekretariat Gaba um weitere Angaben betreffend die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle sowie um einen aktuellen Geschäftsbericht von Gaba.

41. Am 12. August erhielt das Sekretariat die Antwort von Colgate-Palmolive zum Fragebogen vom 9. April 2008. Colgate-Palmolive ist durch den Rechtsvertreter von Gaba vertreten, da beide zur selben Unternehmensgruppe gehören.

42. Am 1. September 2008 erhielt das Sekretariat die Antworten von Gaba zu seinen Fragen vom 30. Juli und 4. August 2008.

43. In den Monaten September und Oktober 2008 fanden weitere Befragungen von Gaba und Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde) statt.

44. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2008 stellte Denner dem Sekretariat eine Kopie der E-Mail-Korrespondenz zwischen Denner und ausländischen Lieferanten zu, über welchen Denner erneut vergeblich versuchte, aus Österreich Elmex zu importieren (vgl. Rz. 31).

45. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2008 stellte Gaba ein Gesuch um Akteneinsicht, welches am 28. Oktober 2008 vom Sekretariat gewährt wurde.

46. Am 20. November 2008 liess das Sekretariat Denner sämtliche Aktenstücke zukommen. Damit hatte Denner hinreichend Gelegenheit, sich zum Verfahren zu äussern, wie das Sekretariat Denner mit Schreiben vom 17. Dezember 2008 mitteilte.

47. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 wurde Gaba und Gebro (mit entsprechender Information an die Bundeswettbewerbsbehörde) der Antrag des Sekretariats zugestellt und die Parteien wurden diesbezüglich um eine Stellungnahme gebeten. Gleichzeitig wurde Gebro informiert, dass die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf Gebro erweitert wurde.

48. Beide Parteien reichten dem Sekretariat in den Monaten Januar, Februar und März 2009 je zwei Gesuche um Fristerstreckung für das Einreichen der Stellungnahme ein, welchen jeweils stattgegeben wurde.

49. Mit Schreiben vom 25. März 2009 reichte Gaba innert der behördlich angesetzten Frist die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariats vom 16. Dezember 2008 ein. Die Stellungnahme von Gaba beinhaltete ein Parteigutachten von RBB Economics.

50. In den Monaten April, Mai und Juni 2009 stellte das Sekretariat Denner verschiedene Zusatzfragen in Bezug auf Parallelimporte und die in diesem Zusammenhang eingespannten Zwischenhändler zu.

51. Mit Schreiben vom 30. April 2009 reichte Gebro innert der behördlich angesetzten Frist die Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 16. Dezember 2008 ein.

52. Am 8. Juni 2009 wurden Gaba und Gebro von der WEKO angehört. Den Parteien wurde dabei die Möglichkeit einer mündlichen Stellungnahme eingeräumt. Im Rahmen der Anhörung wurden Gaba und Gebro von der WEKO befragt.

53. Im Anschluss an die Anhörung von Gaba und Gebro holte das Sekretariat bei Denner Informationen zu Unklarheiten betreffend den Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens ein. Die entsprechenden Informationen gingen am 12. Juni 2009 beim Sekretariat ein.

³ Beim Detailhandelsunternehmen, welches nicht geantwortet hat, handelt es sich um Carrefour. Carrefour hatte sich zwischenzeitlich aus dem Schweizer Markt zurückgezogen. Die Verkaufsstellen wurden von Coop übernommen (vgl. RPW 2008/4, S. 593 ff.). Da in der Schweiz keine Organisation von Carrefour mehr vorhanden war, konnte von Carrefour niemand mehr zu den Fragen Stellung nehmen.

54. In der Folge entschied sich die WEKO dazu, Denner als Zeugin einzuvernehmen. Entsprechende Einladungen wurden am 18. Juni 2009 an Denner sowie Gaba und Gebro verschickt. Die Zeugeneinvernahme fand im Beisein von Gaba und Gebro am 6. Juli 2009 in den Büroräumlichkeiten der WEKO statt.

55. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde den Parteien das Protokoll der Zeugeneinvernahme zugestellt verbunden mit der Aufforderung, dazu sowie zur Zeugeninvernahme Stellung zu nehmen. Die entsprechenden Eingaben der Parteien gingen am 15. Juli bzw. am 28. Juli 2009 beim Sekretariat ein.

56. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurden die Parteien zudem aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte. Die Stellungnahmen der Parteien gingen am 24. August 2009 beim Sekretariat ein.

57. Den Parteien wurde im Rahmen des rechtlichen Gehörs fortlaufend die zu den Akten genommenen Dokumente zugestellt.

58. Am 1., 6. und 26. Oktober 2009 wandte sich Denner mit drei Schreiben an das Sekretariat, welche allesamt weder neue Fakten, noch sonstige wichtige Gesichtspunkte aufwiesen, die für den Entscheid relevant sind.

59. Am 30. November 2009 entschied die WEKO über das vorliegende Verfahren.

A.4. Wesentliche Vorbringen der Parteien

60. Die Parteien machen im Wesentlichen geltend, dass Parallelimporte von Österreich in die Schweiz nicht verhindert wurden und dementsprechend möglich seien. Dies belege die Tatsache, dass Spar seit 2003 Gaba-Produkte mit Wissen und Willen der Parteien parallel importiere. Gaba bringt zudem vor, dass ab dem 1. September 2006 gar keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bestanden habe, da nur aktive Verkäufe ausserhalb Österreichs verboten waren. Die Parteien hätten einem unzulässigen Passivverkaufsverbot auch nicht konkludent zugestimmt.

61. Im Weiteren sei Art. 5 Abs. 4 KG vorliegend nicht anwendbar, da kein Vertriebsvertrag, sondern ein Lizenzvertrag vereinbart worden sei. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG lasse eine Anwendung auf diesen Fall nicht zu, da die Schweiz im Vertriebsvertrag gar nicht zugewiesen worden sei. Ferner seien Parallelimporte von Elmex rot wegen technischen Handelshemmnissen (Heilanpreisungen, Warnhinweise) nicht möglich gewesen. Gaba vertreibe ihre Produkte in einem kartellrechtlich zulässigen selektiven Vertriebssystem und Denner sei nicht beliefert worden, da dieser die selektiven Kriterien von Gaba nicht erfüllte. Gaba bringt ferner vor, dass die Marktanteilsschwelle von 30 % für eine Nichtfreistellung nach der EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen⁴ auf dem relevanten Produktmarkt Österreich nicht erreicht sei.

62. Die Parteien machen weiter geltend, dass sich die Widerlegung der Vermutung nach Art 5. Abs. 4 KG auf den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb konzentrieren müsse. Beide Parteien bringen vor, dass im vorliegenden Fall sowohl intensiver Intra-brand-Wettbewerb, als

auch intensiver Interbrand-Wettbewerb herrsche, womit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Gaba reichte in ihrer Stellungnahme ein ökonomisches Parteigutachten von RBB Economics ein, welches diese Punkte untermauern soll.

63. Gebro erläutert, dass kein Passivverkaufsverbot bezweckt oder bewirkt worden sei; die gelebte Vertragswirklichkeit habe kein Passivverkaufsverbot beinhaltet. Nebst Parallellieferungen in die Schweiz würden die Vertragsprodukte seit vielen Jahren durch Gebro direkt und indirekt in andere Länder ausserhalb Österreichs exportiert. [...] Im Weiteren könne eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung – da Kapazitätsengpässe vorlagen – durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

64. Gebro macht schliesslich geltend, das Sekretariat habe die Untersuchungsmaxime verletzt, da die Parallellieferungsaktivitäten sowie die Kapazitätsengpässe bei Gebro nicht untersucht worden seien.

65. Gaba bringt vor, dass Denner keinen Versuch unternommen habe, die Produkte (insbesondere Elmex rot) von einem österreichischen Handelsunternehmen oder gar direkt von Gebro zu beziehen. Gemäss eigenen Aussagen habe Gebro nie eine Lieferanfrage erhalten, die für Denner bestimmt gewesen sei. Denner habe sich nie selbst an Gebro gewandt. Hinsichtlich des Gehalts der Anzeige von Denner führt Gaba ins Feld, dass lediglich zwei E-Mails existieren würden, welche die Vorwürfe von Denner belegen sollten. Diese Korrespondenz besage jedoch lediglich, dass es einem [...] Handelsunternehmen nicht möglich war, Gaba-Produkte von einem österreichischen Handelsunternehmen zu beziehen.

66. In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht Gaba geltend, dass das Sekretariat im Jahre 2002 die Marktstellung von Gaba auf dem Zahnpastamarkt untersuchte und dabei zum Schluss gekommen sei, dass Gaba nicht marktbeherrschend wäre und keine Hinweise für vertikale oder horizontale Preisabreden vorgelegen hätten.

67. Zu diesem Vorbringen ist zu präzisieren, dass im Rahmen besagter Marktbeobachtung lediglich die Frage des Vorliegens allfälliger Preisabreden untersucht wurde; die Frage der Behinderung von Parallelimporten wurde indes nicht beurteilt. Zudem wies das Sekretariat im Abschlusschreiben vom 12. Juli 2002 Gaba darauf hin, dass die WEKO durch die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Sekretariates nicht gebunden werde. Daher kann Gaba aus den Erkenntnissen der genannten Marktbeobachtung nichts zu ihren Gunsten ableiten.

68. Gaba beanstandet ferner, dass das vorliegende Untersuchungsverfahren während beinahe einem Jahr sistiert wurde; das Sekretariat habe wegen des Zusammenschlusses Migros/Denner keine Zeit mehr für die Untersuchung gehabt.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der EU-Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 L 123/11.

69. Zutreffend ist, dass das Untersuchungsverfahren während längerer Zeit sistiert wurde, da in besagtem Zeitraum die vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Migros/Denner⁵ hängig war. Dieses Vorgehen war wegen der Sachlage angebracht.

70. Schliesslich führt Gaba ins Feld, dass Denner den dieser Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt wahrheitswidrig wiedergegeben habe, indem Denner ohne entsprechende Beweismittel behauptete, Gaba erlaube nicht, die Zahnpasta Elmex aus Österreich an Denner in der Schweiz zu liefern. Gaba seien die Identität und der Sitz des Unternehmens, über welches Denner Elmex rot parallel importieren wollte, nicht bekannt. Ohne diese Identität könne Gaba die Richtigkeit der Aussage nicht überprüfen. Denner habe denn auch nie versucht, Elmex rot direkt von Gebro in Österreich zu beziehen.

71. Dem ist zu entgegnen, dass die Identität des Handelsunternehmens für die Beurteilung des in Frage stehenden Sachverhaltes von untergeordneter Bedeutung ist.

72. Die Parteien machen geltend, dass es in der vorliegenden Untersuchung um die Frage gehe, ob ein einziges Unternehmen – Denner – 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat importieren konnte oder nicht. Es gehe in diesem Fall daher einzig um die individuellen Interessen von Denner. Gaba führt ferner ins Feld, dass der wirksame Wettbewerb vorliegend nicht beeinträchtigt worden sei, was das ökonomische Expertengutachten belege. Die WEKO sei daher mangels öffentlichen Interesses nicht für das Verfahren zuständig. Denner hätte ihre Ansprüche richtigerweise auf dem Zivilweg geltend machen müssen. Dies belege denn auch die Desinteresseerklärung von Denner.

73. Zu diesem Vorbringen von Gaba ist festzuhalten, dass das Sekretariat gemäss Art. 26 Abs. 1 KG Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin eröffnen kann. Es besteht in keinem der drei genannten Fällen ein Anspruch auf Durchführung einer Vorabklärung, doch trifft das Sekretariat dann eine entsprechende Pflicht, wenn ernsthafte Indizien für eine erhebliche Beschränkung oder Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegen.⁶ Die E-Mail-Korrespondenz zwischen Denner und der [...] Zwischenhändlerin war als ernsthaftes Indiz für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten, zumal daraus hervorging, dass Denner zunächst die Zusage erhielt, dass die Lieferung von 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat „kein Problem“ sei, und die [...] Zwischenhändlerin Denner lediglich rund zwei Wochen später mitteilte, dass „überhaupt keine Mengen“ von Elmex rot aus dem österreichischen Handel erhältlich seien. Retrospektiv betrachtet fällt zusätzlich ins Gewicht, dass die Korrespondenz zwischen Denner und der [...] Zwischenhändlerin zu einem Zeitpunkt stattfand, als der alte Lizenzvertrag noch in Kraft war, welcher Gebro sowohl aktive wie auch passive Verkäufe ins Ausland untersagte.

74. Darüber hinaus ist der öffentlich rechtliche Weg nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 130 II 149) primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb auszurichten. Anhand der zivil-

rechtlichen Praxis kann festgestellt werden, dass sich die Rolle der Zivilgerichte oftmals darauf beschränkt, die zivilrechtlichen Folgen einer (von der WEKO zuvor) festgestellten Wettbewerbsbeschränkung im Nachhinein zu regeln.⁷ Bereits vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass die Wettbewerbsbehörden ein kartellverwaltungsrechtliches Verfahren einleiten können resp. u.U. sogar müssen, wenn sich die Frage nach einer Beschränkung bzw. Beseitigung wirksamen Wettbewerbs stellt. Daneben haben sich in der Praxis der Wettbewerbsbehörden Kriterien für Kartellverwaltungsverfahren herausgebildet. Diese umfassen das Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung, die Schwere der Wettbewerbsbeschränkung sowie das Vorhandensein einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung.⁸ Der vorliegende Fall geht zurück auf eine Anzeige von Denner, wobei sicherlich auch private Interessen eine gewisse Rolle spielen, doch stellt sich vorliegend die Frage, ob Parallelimporte behindert wurden, was unter Umständen zu einer Hochhaltung des Preisniveaus in der Schweiz führte. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass in Übereinstimmung mit der Praxis der Europäischen Kommission Abreden betreffend die Behinderung von Parallelimporten als besonders schwere Wettbewerbsverstösse gelten.⁹ Vor diesem Hintergrund ist die Zuständigkeit der WEKO als gegeben zu betrachten.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

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

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

77. Gaba und Gebro sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

78. Dem Kartellgesetz 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).

⁵ RPW 2008/1, S. 128 ff.

⁶ Vgl. J. FRICK, Art. 26, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 8.

⁷ Vgl. A.-C. HAHN, Art. 12, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 5.

⁸ Vgl. V. MARTENET, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, in: AJP 8/2008, S. 969 ff.

⁹ Vgl. P. STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2008, Rz. 189.

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

B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten

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, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.1. Wettbewerbsabrede

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

B.3.1.1. Bewusstes oder gewolltes Zusammenwirken

82. Am 1. Februar 1982 schloss Gaba mit Gebro einen Know-how- und Markenlizenzvertrag (nachfolgend: Lizenzvertrag) ab. Dieser wurde am 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus einem „Distribution Agreement“ und einem „Agreement on the Manufacture of Dental Products“ ersetzt.

83. Der bis am 1. September 2006 gültige Lizenzvertrag enthielt in Ziff. 3.2 eine Klausel, wonach Gebro die unter Verwendung des Know-hows von Gaba in Lizenz hergestellten Produkte nur in Österreich vertreiben durfte:

„GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste]¹⁰ nach Österreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Österreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

84. Die Klausel enthielt somit sowohl ein Verbot aktiver als auch passiver Verkäufe (sog. absoluter Gebietsschutz). Der aktive Verkauf ist die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziff. 2 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 [Vertikalbekanntmachung, VertBek]). Der passive Verkauf ist die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat,

d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziff. 3 VertBek).

85. Im neuen Distribution Agreement werden in Ziff. 12.1 lediglich aktive Verkäufe explizit verboten:

„The distributor [Gebro] shall not make any active endeavours to solicit orders for the products [Gaba-Produkte] outside the territory [Österreich] and shall not establish any centre for the distribution of the products outside the territory. [The] distributor shall inform [the] principal [Gaba] of any request of supply of products coming from outside the territory. The principal or its affiliates shall not make any active endeavours to sell products in the territory.“

86. Bei den in Frage stehenden Verträgen (Lizenzvertrag, „Distribution Agreement“, „Agreement on the Manufacture of Dental Products“) handelt es sich um schriftliche Vereinbarungen zwischen Gaba und Gebro über die Herstellung und den Vertrieb von Gaba-Produkten. Somit erfüllen sie das erste Tatbestandselement einer Abrede.

B.3.1.2. Bezweckung oder Bewirkung einer Wettbewerbsbeschränkung

87. Neben dem Element des bewussten und gewollten Zusammenwirkens der an einer Abrede beteiligten Unternehmen ist zudem erforderlich, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, eine tatsächliche Beeinflussung des Marktes ist indes nicht notwendig. Bezwecken in diesem Sinne bedeutet, dass die Abrede oder die abgestimmte Verhaltensweise objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, unwesentlich sind dabei die Vorstellungen der beteiligten Unternehmen. Bewirkt wird eine Wettbewerbsbeschränkung dann, wenn tatsächlich eine Beeinflussung auf dem relevanten Markt stattfindet. Nicht erforderlich ist indes, dass die Wirkung bereits eingetreten ist. Es genügt, wenn diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft eintreten kann.¹¹

Situation vor dem 1. September 2006

88. Der bis zum 1. September 2006 gültige Lizenzvertrag bezweckte oder bewirkte eine Wettbewerbsbeschränkung, weil Gaba Gebro untersagte, Elmex rot parallel in die Schweiz zu exportieren und dadurch die Möglichkeit bestand, den Schweizer Markt abzuschotten bzw. den Import von billigeren Produkten zu verhindern.

89. Diesbezüglich bringen die Parteien vor, dass die absolute Gebietsschutzklausel nicht der Vertragswirklichkeit entsprach bzw. weder durchgesetzt noch eingehalten wurde.

90. Dem ist entgegenzuhalten, dass das im alten Lizenzvertrag vereinbarte Verbot aktiver und passiver Verkäufe (absoluter Gebietsschutz) zu Lasten von Gebro gemäss Ziff. 3.2. dem Wortlaut nach klar und unzweideutig lautet. Eine anderslautende Abrede liegt

¹⁰ Nachfolgend: Vertragsprodukte.

¹¹ Vgl. R. KÖCHLI/P. M. REICH, Art. 4, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 24 f.

bis zum 1. September 2006 nicht vor. Es fehlen auch sonst Hinweise wie Protokolle, Besprechungsnotizen, Korrespondenzen, E-Mail-Verkehr, welche auf eine Ausserkraftsetzung oder faktische Nichtbeachtung des Vertrages schliessen liessen. Im Markt selbst konnte Denner keine Parallelimporte tätigen. Importe aus Österreich in die Schweiz finden jedoch in bescheidenem Umfang (vgl. Rz. 247) über den Spezialfall Spar statt, welcher indirekt über [...] importiert (vgl. Rz. 107).

Situation nach dem 1. September 2006

91. Das seit dem 1. September 2006 geltende Distribution Agreement enthält in Ziff. 12.1 ein Verbot des aktiven Verkaufs. Dieses Verbot bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, da die Wettbewerbsintensität in einem gewissen Gebiet dadurch tendenziell abnimmt, was den Wettbewerbsparameter Preis beeinflussen kann. Gleichzeitig verpflichtet der Vertrag Gebro in Ziff. 12.1, Gaba bei Bestellungen von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zu informieren. Bei Nichteinhaltung dieser Informationspflicht verfügt Gaba über die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass [...], war Gaba daher in der Lage, ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen und damit den Wettbewerb zu beschränken.

92. Die Parteien bringen vor, dass seit dem 1. September 2006 kein Verbot von Passivverkäufen mehr vorliege. Die Herleitung eines solchen aus der Informationspflicht von Gebro gegenüber Gaba sei vertragsrechtlich nicht nachvollziehbar. In Bezug auf das Passivverkaufsverbot sei keine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG nachgewiesen worden.

93. Die im Distribution Agreement statuierte Informationspflicht zu Lasten von Gebro, wonach Gebro verpflichtet ist, Gaba über Lieferanfragen von Unternehmen ausserhalb Österreichs zu orientieren, ist vor folgendem Hintergrund zu sehen:

- Durch die Information über Lieferanfragen von Unternehmen ausserhalb von Österreich und bei vertragskonformer Umsetzung ist Gaba stets lückenlos über die Warenströme von Gaba-Produkten in Zentraleuropa im Bilde. Hinzu kommt, dass Gaba – mit Ausnahme von Österreich – in sämtlichen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften tätig ist (vgl. auch Abbildung 1). Durch die Informationspflicht zu Lasten von Gebro gemäss dem Distribution Agreement verschafft sich Gaba die Möglichkeit, die Exportpolitik von Gebro zumindest indirekt zu beeinflussen, weil [...]. Die Informationspflicht vermochte bzw. vermag die Entscheidungsautonomie von Gebro massgeblich zu beeinflussen. Alleine diese Beeinflussung spielt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt, eine Rolle. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beschränkung ausdrücklicher Zweck oder bloss eine mögliche, unbeabsichtigte Wirkung einer rechtlich relevanten Abrede ist.¹²
- Mit Blick auf die Praxis der Europäischen Behörden bzw. die Rechtsprechung in der EU kann ein kürzlich ergangenes Urteil herangezogen werden.

Dabei hatte das EuG die Frage zu beurteilen, ob gestützt auf eine Reihe von Schreiben zwischen Vertriebshändlern und einem Hersteller betreffend Produktpreise und weitere marktrelevante Informationen eine Vereinbarung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag (EGV) vorlag. Das EuG hielt in seinen Erwägungen fest, dass eine Willensübereinstimmung sich sowohl aus den Klauseln eines Vertrages als auch aus dem jeweiligen Verhalten der in Frage stehenden Unternehmen ergeben könne. Beim konkret zu beurteilenden Fall hielt das EuG fest, dass aus dem Wortlaut der von den Parteien ins Recht gelegten Faxschreiben nicht eindeutig hervorgehe, dass sie Parallelexporte unterbinden sollten. Doch eine Gesamtschau ergebe, dass die Schreiben in mehr oder weniger direktem Zusammenhang mit der Existenz von Paralleleinfuhren stehen. Das EuG hielt fest, dass der Hersteller (Nintendo) ein System der praktischen Zusammenarbeit und des Informationsaustausches geschaffen habe, woran sich u.a. die Alleinvertriebshändlerin von Nintendo für Belgien und Luxemburg beteiligte, was den Schluss zuliesse, dass eine Beschränkung des Parallelhandels bezweckt wurde (EuG, Urteil vom 30. 4. 2009 - T-18/03). Ergänzend sei angefügt, dass in diesem Fall ein Vertriebsvertrag vorlag, welcher keine durch Art. 81 Abs. 1 EGV verbotene Klausel enthielt.

94. Hält man sich dieses Urteil vor Augen, wird die Problematik der in Frage stehenden Informationspflicht ersichtlich:

- Selbst wenn ein Informationsaustausch zwischen einem Hersteller und Vertriebshändlern zu anderen Zwecken als einer Implementierung eines absoluten Gebietsschutzes vereinbart wird, ist es möglich, dass solche Formen der Zusammenarbeit, je nach Intensität und Regelmässigkeit, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zur Folge haben können. Was im vorgenannten Urteil des EuG festgehalten wurde, hat in casu a fortiori für die im Distribution Agreement verankerte Informationspflicht zu gelten. Denn im Gegensatz zum Urteil des EuG bestand in concreto vor der Vereinbarung der Informationspflicht im alten Lizenzvertrag ein ausdrückliches Verbot aktiver und passiver Verkäufe (absoluter Gebietsschutz). Daher vermag alleine die formelle Änderung der vertraglichen Beziehung zwischen Gaba und Gebro vormals bestehende wettbewerbsbeschränkende Wirkungen nicht zu beseitigen.
- Es ist zwar durchaus möglich und nachvollziehbar, dass die Informationspflicht (noch) zu anderen Zwecken als der Implementierung eines absoluten Gebietsschutzes statuiert wurde (z.B. zwecks Sicherstellung der Versorgung etc.). Entgegen den Vorbringen der Parteien ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb Gaba über Gebro

¹² Vgl. J. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 4 N.5.

(ihren Vertriebspartner in Österreich) Marktinformationen einholt, um neue Märkte zu erschliessen, denn gemäss Angaben der Parteien regelten bzw. regeln der alte Lizenzvertrag sowie die neuen Verträge nämlich nur die Beziehungen zwischen Gaba und Gebro in Österreich. Zudem wies Gaba darauf hin, dass Gebro ein unabhängiges Unternehmen sei, welches vorrangig im österreichischen Markt tätig sei.

95. Vor diesem Hintergrund ist die im Distribution Agreement enthaltene Informationspflicht zu Lasten von Gebro aus wettbewerbsrechtlicher Sicht grundsätzlich geeignet, den vormals bestehenden absoluten Gebietschutz faktisch fortzuführen.

Fazit

96. Die im Lizenzvertrag enthaltene Klausel (Ziff. 3.2) und die im Distribution Agreement enthaltene Informationspflicht (Ziff. 12.1) sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

97. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über die exklusive Zuweisung von Gebieten

98. Unter den gesetzlichen Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, sofern passive Verkäufe in diese Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (sog. absoluter Gebietsschutz; Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek).

99. Nicht unter den Vermutungstatbestand fällt hingegen das Verbot des aktiven Verkaufs.

B.3.2.1.1. Vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro

Situation vor dem 1. September 2006

100. Bis zum 1. September 2006 wurde Gebro durch Ziff. 3.2 Lizenzvertrag verpflichtet, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen. Der Lizenzvertrag statuierte somit sowohl ein aktives als auch ein passives Verkaufsverbot. Dies bedeutet, dass Gebro potenzielle Kunden in vertragsfremden Gebieten weder aktiv ansprechen (Verbot des aktiven Verkaufs; Ziff. 2 VertBek) noch unaufgeforderten Bestellungen von Kunden aus solchen Gebieten nachkommen durfte (Verbot des passiven Verkaufs; Ziff. 3 VertBek). Somit lag ein absoluter Gebietsschutz vor, der den wirksamen Wettbewerb nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vermutungsweise beseitigt (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. b VertBek).

101. Die Parteien bestreiten, dass eine vertikale Gebietsabrede zwischen Gaba und Gebro vorliegt. Gaba macht zunächst geltend, dass keine Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG vorliegt, weil es sich beim Vertrag vor dem 1. September 2006 nicht um einen Vertriebsvertrag,

sondern um einen Lizenzvertrag handelt. Lizenzverträge würden von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst. Nach Art. 5 Abs. 4 KG werde die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten vermutet, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Aus den parlamentarischen Arbeiten zu Art. 5 Abs. 4 KG gehe hervor, dass lediglich „Vertriebsverträge“ von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden sollten. Die Gebietszuweisung im Rahmen von Lizenzabreden sollte demgegenüber von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden. In Anlehnung an die VO (EG) 2790/1999¹³ würden Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigem Eigentum betreffen, dann nicht als Vertriebsverträge qualifiziert, wenn diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung seien und sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer beziehen. Im Einklang mit der Vertikalbekenntmachung der WEKO und der EU Praxis sei der (alte) Vertrag als Lizenzvertrag und damit als Technologietransfervereinbarung i.S. der VO (EG) 772/2004 und nicht als Vertriebsvertrag zu qualifizieren.

102. Aus folgenden Gründen wird der vorliegende Lizenzvertrag vom Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 KG erfasst:

- Lizenzverträge sind als Verträge im Sinne von Art. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) verbindliche und erzwingbare Vereinbarungen nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG. Ob diese Abreden im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen bewirken oder bezwecken, ist anhand der Kriterien von Art. 5 KG zu beurteilen.¹⁴ Lizenzsysteme sind Distributionsformen, welche eine spezifische vertriebliche Zusammenarbeit, die deutlich über eine warenbezogene Transaktion hinausgeht, beinhalten.¹⁵ Der Lizenzvertrag stellt mithin eine besondere Vertriebsform dar, dessen kartellrechtliche Beurteilung gemäss Art. 5 KG erfolgt.¹⁶ Auch in der Praxis der EU werden Lizenzverträge durch kartellrechtliche Bestimmungen eingegrenzt, weil mit ihnen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sein können.¹⁷
- In Anlehnung an den allgemeinen Grundsatz des Vertragsrechts *falsa demonstratio non nocet*, wonach bei der Auslegung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und

¹³ Vgl. Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Abl. L 336.

¹⁴ Vgl. R. M. HILTY, Lizenzverträge und Art. 5 KG, in: Zäch (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich, 2006, S. 43.

¹⁵ Vgl. C. WILDHABER, Formen des Vertriebs und Entscheidungsgrundlagen, in: Kull/Wildhaber (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 12, Rz. 53.

¹⁶ Vgl. P. DUCREY, Vertriebsverträge und Kartellrecht, in: Arter (Hrsg.), Vertriebsverträge, Bern 2007, S. 283 ff., insbesondere S. 286.

¹⁷ Vgl. H. LIEBMANN, Vertriebsverträge in der EU, Wien 1998, S. 181.

nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist, schliesst alleine die Bezeichnung als Lizenzvertrag nicht per se aus, dass ein solcher Vertrag vom Begriff Vertriebsvertrag gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird.¹⁸ Dass mit dem Lizenzvertrag neben der Herstellung auch der Vertrieb geregelt werden sollte, ist bereits Ziff. 1.2. des Lizenzvertrages zu entnehmen. Angesichts des übereinstimmenden Willens von Gaba und Gebro, sowohl die Herstellung wie auch den Vertrieb vertraglich zu regeln, sowie des Umstandes, dass eigenen Angaben zufolge Gebro die Stellung als exklusive Vertriebsgesellschaft von Gaba in Österreich zukommen sollte, ist davon auszugehen, dass dem vertrieblichen Aspekt des alten Lizenzvertrages eine tragende Bedeutung zugedacht war. Dies bringt schliesslich auch der Abschluss des (umfangreichen) Distribution Agreements deutlich zum Ausdruck.

- Auf die Frage der Anwendbarkeit der EU-Gruppenfreistellungsverordnung von Technologietransfervereinbarungen wird in Rz. 159 näher eingegangen.

103. Die Parteien führen weiter ins Feld, dass Art. 5 Abs. 4 KG nicht anwendbar sei, da der vorliegende Sachverhalt vom Wortlaut der Bestimmung nicht erfasst werde. Die Lizenzverträge würden vorliegend das Gebiet Österreich und nicht die Schweiz zuweisen. Die Schweiz werde auch nicht durch alle übrigen Vertriebsverträge von Gaba indirekt als Gebiet zugewiesen. Mit Art. 5 Abs. 4 KG habe der Gesetzgeber erreichen wollen, dass bei Vertriebsverträgen, die den Schweizer Markt vom Ausland abschotten, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. Für die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG sei zudem bedeutsam, dass keine Regelung geschaffen werden sollte, die Verhaltensweisen, welche nach dem Recht der EG zulässig seien, unter den Vermutungstatbestand gestellt würden.

104. Hinsichtlich des Anwendungsbereiches von Art. 5 Abs. 4 KG werden nachfolgend die zentralen Aspekte der Parteivorbringen eingehend betrachtet:

- Wie auch von den Parteien anerkannt, wollte der Gesetzgeber mit Art. 5 Abs. 4 KG verhindern, dass der schweizerische Markt abgeschottet wird, indem Parallelimporte in die Schweiz generell unterbunden werden und dadurch in der Schweiz ein erhöhtes Preisniveau durchgesetzt werden kann.¹⁹ Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund einzig die im Gesetzeswortlaut verankerte Konstellation erfasst wird. Das heisst, einzig „...Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten...“ werden erfasst, „...soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“ Dies würde bedeuten, dass unerwünschte Marktabschottungen lediglich dann unter den Vermutungstatbestand fallen, wenn in Vertriebsverträgen die Schweiz als Vertragsgebiet zugewiesen wird und Verkäufe in die Schweiz ausgeschlossen werden. Die Folge davon wäre, dass andere Konstellationen, mit denen der schweizerische Markt abgeschottet wird (wie z.B. im vorliegenden Fall), und die somit zum

gleichen Ergebnis führen, nicht als Marktabschottungen im Sinn des Gesetzgebers gelten würden.

- Betrachtet man die in casu interessierende Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages, die da lautet:

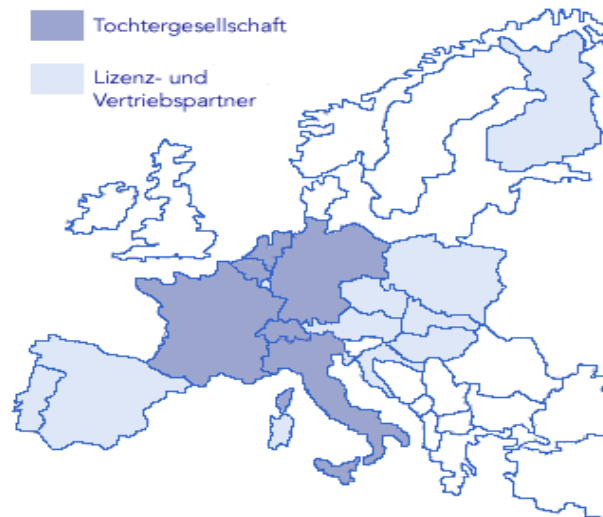
„...Gebro verpflichtet sich ihrerseits die Vertragsprodukte (u.a. Elmex rot) ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

fällt zunächst auf, dass diese Klausel Gebro jegliche Exporttätigkeit untersagt. Vor dem Hintergrund, dass sich Gaba die Schweiz im Lizenzvertrag nicht explizit vorbehalten hat (vgl. Rz. 165) und angesichts des Umstandes, dass Gaba in sämtlichen an die Schweiz angrenzenden Ländern mit gruppeneigenen Gesellschaften am Markt tätig ist (vgl. Abbildung 1), führt die in Frage stehende Klausel letztlich dazu, dass der Schweizer Markt abgeschottet wird, ohne dass Gaba das Gebiet der Schweiz ausdrücklich zugewiesen wurde. Die Formulierung im Lizenzvertrag untersagte Gebro, in andere Länder (als Österreich) Vertragsprodukte zu liefern und ermöglichte Gaba somit, die Warenströme der von Gebro produzierten Vertragsprodukte massgebend zu beeinflussen.

¹⁸ Vgl. I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, Rz. 27.38.

¹⁹ Vgl. P. REINERT, Art. 5, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 35 mit weiteren Hinweisen.

Abb. 1: Länderpräsenz von Gaba



Quelle: http://www.gaba.ch/htm/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm, besucht am 4. Juni 2009.

105. Eine solche Interpretation entspricht auch der Praxis in der EU:

- Als Leitentscheid kann das Urteil in Sachen „Consten/Grundig“ herangezogen werden, wonach eine zwischen einem Hersteller und einem Vertriebsunternehmen abgeschlossene Vereinbarung, die darauf abzielt, die nationalen Schranken im Handel zwischen Mitgliedstaaten wieder aufzurichten, den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen könnte (Urteil des EuGH vom 13. Juli 1966 i.S. Consten-Grundig, 56/64 und 58/64, Slg. 1966, S. 322). Ferner hat der EuGH festgehalten, dass ein in einer Alleinvertriebsvereinbarung vorgesehener absoluter Gebietsschutz für den Händler, der die Kontrolle und die Behinderung der Parallelimporte ermöglichen soll, zu einer vertragswidrigen künstlichen Aufrechterhaltung getrennter nationaler Märkte führt und eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellt (Urteil des EuGH vom 8. Februar 1990 i.S. Tipp-Ex GmbH / Kommission, C-279/87, Slg. 1990, I-261). Schliesslich bestätigte der EuGH das Verbot von Verkäufen, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs in der Gemeinschaft bewirken und die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen drohen (Urteil des EuGH vom 28. April 1998 i.S. Javico International und Javico AG/Yves Saint Laurent Parfums SA, C-306/96, Slg. 1998, I-1983). In seinem jüngsten Entscheid hat der EuGH seine Rechtsprechung bestätigt, wonach Vereinbarungen, die den Parallelhandel begrenzen oder verbieten, grundsätzlich eine Verhinderung des Wettbewerbs bezwecken (Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2009 i. S. GlaxoSmithKline Services / Kommission, C-501/06 P, noch nicht veröffentlicht).
- Somit sind Massnahmen, welche zu Abschottungen (einzelner) nationaler Märkte führen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Im Lichte der Europakompatibilität hat dies (folgerichtig) auch für die Schweiz zu gelten, denn wenn nach der europäischen Praxis die Aufrichtung nationaler Schranken dem Gedanken des EU-Binnenmarktes zuwiderläuft, kann dies a fortiori auch mit den wettbewerbspolitischen Zielen der Schweiz kaum vereinbar sein, ansonsten gerade die Bestrebungen um Rechtsangleichung im zwischenstaatlichen Handel toter Buchstabe bleiben würden.

Aus diesen Gründen ist es dem gesetzgeberischen Willen folgend unablässig, dass Vertriebsverträge, welche direkt oder indirekt den Schweizer Markt abschotten, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein müssen.

106. Die Parteien führen ferner an, dass der Schweizer Markt nie abgeschottet worden sei. Kunden in der Schweiz, die gegenüber Gaba den Wunsch geäußert hätten, in Österreich Waren beziehen zu wollen, seien sogar an Gebro verwiesen worden, wie ein Schreiben von Spar beweise. Dieser Umstand verdeutliche auch, dass die Bestimmung von Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages weder eingehalten noch durchgesetzt worden sei. Spar importiere seit 2003 Elmex rot aus Österreich und sei kein Spezialfall. Die Spar Management AG sei ein Schweizer Familienunternehmen, das der Leuthold&Co. AG in St. Gallen und keiner internationalen Gruppengesellschaft gehöre. Spar sei (lediglich) Franchisenehmerin der Spar International. Da Spar seit 2003 Elmex über Dritte importiere und auch Denner dies beabsichtige, seien die beiden Situationen miteinander vergleichbar (act no. 329, Rz. 84 ff.).

107. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden: Spar Schweiz ist Lizenznehmerin von Spar International und bildet einen Spezialfall, da sie über [...] parallel importieren kann. Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen, da die Spar Management AG (Spar Schweiz) einerseits indirekt zur Spar Österreich-Gruppe gehört und andererseits einem Franchisesystem angeschlossen ist.²⁰ Im Übrigen ist [...] ein bedeutender Kunde von Gaba-Produkten aus der Produktion von Gebro. Gegenüber wichtigen Kunden²¹ ist eine Einschränkung des Weiterverkaufs an einen bestimmten Abnehmer, der zur selben Gruppe gehört, schwierig durchzusetzen. Zudem handelt es sich bei den von den Parteien geltend gemachten Parallelimporten von Spar über [...] um indirekte Lieferungen: Gebro hat gemäss eigenen Angaben nie Vertragsprodukte direkt an Spar geliefert. Die Belieferung von [...] durch Gebro lässt sich auf die vertragliche Marktversorgungspflicht von Gebro zurückführen. Angesichts des Umstandes, dass es Gebro einerseits vertraglich untersagt war, Vertragsprodukte zu exportieren und dass sich Gebro andererseits in Jahresvereinbarungen mit ihren österreichischen Abnehmern zur Belieferung mit Vertragsprodukten verpflichtete, veranlasste Gebro (zwangsläufig) dazu, eine Interessensabwägung vorzunehmen. Denn Gebro hätte sowohl bei Exporten von Vertragsprodukten wie auch bei Nichteinhaltung der Jahresvereinbarungen eine Verletzung des Lizenzvertrages bzw. der Jahresvereinbarungen begangen.

108. Gebro macht weiter geltend, dass sie seit vielen Jahren Vertragsprodukte direkt und indirekt in andere Länder ausserhalb Österreichs exportiere. [...]

109. Diese Vorbringen von Gebro sind indes zurückzuweisen:

- [...]
- [...]
- [...]

110. Die von Gebro getätigten Exporte nach [...] sind somit in quantitativer Hinsicht vernachlässigbar.

111. Zu den indirekten Exporten von [...] ist zu sagen, dass Gebro mit diesen Unternehmen nach eigenen Angaben rund [...] % des Umsatzes mit Gaba-Produkten generiert und deshalb eine Nichtbelieferung – selbst wenn diese für das Ausland bestimmt wäre – aus betriebswirtschaftlichen Gründen keine Option gewesen wäre. Im Übrigen werden die von Gebro behaupteten indirekten Exporte einzig mit [...] belegt, welche [...] und somit für die Zeitperiode vor dem 1. September 2006 nicht zu berücksichtigen sind.

112. Gaba gab schliesslich an, die Gründe der Nichtbelieferung von Denner durch die [...] Zwischenhändlerin nicht zu kennen. Die [...] Zwischenhändlerin habe sich bezüglich einer Belieferung auch nicht mit Gaba in Verbindung gesetzt. Möglicherweise könne die Nichtbelieferung von Denner jedoch durch die schweizerische Gesetzgebung zu erklären sein, welche dazu führe, dass in Österreich hergestellte Zahnpasta in der Regel nicht in der Schweiz verkauft werden dürfe. Die gesetzlichen Vorgaben im Bereich Zahnpasta würden nach wie vor ein Hindernis für Parallelimporte darstellen. In Österreich

würden für Zahnpasta im Allgemeinen folgende, von der Schweiz unterschiedliche gesetzliche Regeln gelten:

- **Fluoridgehalt:** Die gesetzlichen Anforderungen in Österreich seien anders als jene in der Schweiz, z.B. dürfe Elmex Kinderzahnpasta in Österreich über einen Fluoridgehalt von 0.05 % verfügen, während in der Schweiz in Mundpflegeprodukten für Kinder bis zu sechs Jahren nur eine Konzentration von maximal 0.025% zulässig sei (Art. 2 Abs. 2 und Anhang 3 der Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel [VKos; SR 817.023.31]). Die EG-Kosmetika-Richtlinie enthalte dagegen keine entsprechende Einschränkung. In Österreich könne daher Elmex Kinderzahnpasta mit einem Fluoridgehalt von (500ppm/Olafluor) verkauft werden.
- **Heilanpreisungen:** In Österreich sei es üblich, für Zahnpasta mit Heilanpreisungen zu werben und auf den Verpackungen solche Auslobungen anzubringen. Daher fänden sich auf den in Österreich hergestellten Produkten Heilanpreisungen wie „entzündungshemmend“, „schmerzlindernd“ etc. Solche Heilanpreisungen seien in der Schweiz verboten. Gemäss Art. 31 Abs. 3 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02) seien sämtliche Hinweise auf krankheitsheilende, -lindernde oder -verhütende Wirkungen (z.B. entzündungshemmende Wirkungen) verboten. Gewisse Heilanpreisungen bei Zahn- und Mundpflegemitteln seien indes zulässig. So sind (heute) Hinweise auf kariesverhütende sowie auf andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften erlaubt, sofern sie wissenschaftlich belegt werden können. Dies gelte allerdings erst seit dem Inkrafttreten der revidierten LGV, also ab dem 1. April 2008. Bis dahin seien lediglich Hinweise auf kariesverhütende Eigenschaften erlaubt gewesen. Die in Deutschland vertriebene Elmex rot mit dem Hinweis „Medizinische Zahnpasta“ hätte bis zum 1. April 2008 in der Schweiz nicht vertrieben werden können.
- **Beschriftungssprache:** Während es in Österreich regelmässig genüge, die Produkte in deutscher Sprache zu beschriften, müssten in der Schweiz in Verkehr gesetzte Produkte mindestens die Warnhinweise in den drei Amtssprachen enthalten (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. h VKos). Auf der Tube Elmex rot, welche in der Schweiz vertrieben werde, sei der Hinweis „Enthält/contient/contiene Olafluor“ angebracht. Dabei handle es sich um einen Warnhinweis gemäss der

²⁰ Die Spar Management AG gehört zu 33% der Aspiag Management AG und zu 67% der Leuthold&Co. AG (vgl. RPW 2008/1, S. 164, Rz. 290). Die Aspiag Management AG ist Teil der Spar Österreich Gruppe. Vgl. <http://unternehmen.spar.at/spar/unternehmen/aspiag.htm>; besucht am 14. Mai 2009.

²¹ Spar Österreich ist mit einem Marktanteil von 28.3% im Jahr 2008 das zweitgrösste Unternehmen im österreichischen Lebensmittelhandel. Vgl. Daten zum österreichischen Lebensmittelhandel 2008, <http://lebensmittelnet.at/article/articleview/77104/1/8154>, besucht am 17. November 2009.

Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über kosmetische Mittel (VKos; SR 817.023.31). Die in Deutschland und Österreich vertriebene Elmex rot enthalte keinen dreisprachigen Warnhinweis.

113. Dasselbe gilt gemäss Gaba für Produkte, die zwar der deutschen Gesetzgebung entsprechen, den schweizerischen Vorschriften aber nicht genügen. Wenn Gebro den Schweizer Markt beliefern möchte, müsste sie dafür jeweils die Produktion hinsichtlich Rezeptur, Tuben, Verpackung und Beschriftung umstellen, was angesichts der kleinen Stückzahlen, die in die Schweiz exportiert werden könnten, nicht sehr attraktiv sei.

114. Gebro führt im Zusammenhang mit gesetzlichen Vorgaben an, dass bei einer Belieferung von Denner infolge der unklaren Rechtslage mit straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen zu rechnen gewesen wäre.

115. Zu den Vorbringen der Parteien hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen in der Schweiz ist Folgendes anzumerken:

- **Fluoridgehalt:** Vorliegend sind die gesetzlichen Bestimmungen für Elmex rot massgebend. In der Schweiz ist die maximal zulässige Fluoridkonzentration in Zahnpasten auf 0.15 % beschränkt (Art. 2 Abs. 2 und Anhang 3 VKos; vgl. Rz. 182). Hinsichtlich der Frage allfälliger Unterschiede in der Fluoridkonzentration von Zahnpasten zwischen der Schweiz und dem benachbarten Ausland bzw. diesbezüglicher Importhindernisse führte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) aus, dass es für Zahnpasten für Kinder über sechs Jahre und Erwachsene bezüglich der Höchstkonzentration von Fluorid keinen Unterschied gibt zwischen der europäischen Kosmetikrichtlinie²² und der Regelung in der Schweiz (VKos). Somit stellen die gesetzlichen Regeln zum Fluoridgehalt kein Hindernis für den Parallelimport von Elmex rot in die Schweiz dar.
- **Heilanzeigen:** Zur Frage, ob es zutrefte, dass es in Österreich üblich sei, für Zahnpasta mit Heilanzeigen, wie z.B. „entzündungshemmend“ und „schmerzlindernd“ zu werben, führte das BAG aus, dass jeder EU-Mitgliedstaat diesbezüglich über eine eigene Vollzugs- und Abgrenzungspraxis verfüge, was seitens des EG-Gerichtshofes auch toleriert werde. Wie Gaba richtig festhält, sind nach schweizerischer (vom Bundesgericht abgestützter) Praxis bei kosmetischen Mitteln grundsätzlich alle medizinischen Hinweise und Heilanzeigen wie z.B. „entzündungshemmend, schmerzlindernd“ verboten (Art. 31 Abs. 3 LGV). Allerdings wird bei Zahn- und Mundpflegemitteln eine Ausnahme gemacht: Bei diesen werden Hinweise auf kariesverhütende sowie auf andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften geduldet, wenn sie wissenschaftlich belegt werden können (Art. 31 Abs. 4 LGV). Das Bundesgericht hat den Parallelimport der Zahnpasta „Colgate Dentagard mit Naturkräutern“ durch Denner mit der Auslobung „zahnmedizinisch vorbeugend“ denn auch als zulässig erklärt.²³ Das Bundesgericht hält in seinem Urteil vom 19. Okto-

ber 2006 explizit fest, dass der Hinweis „zahnmedizinisch vorbeugend“ sich nicht nur auf Kariesverhütung beschränke, sondern in Verbindung mit weiteren Angaben auf der Tube (Beseitigung von Plaque, Kräftigung von Zahnfleisch und Schutz vor Karies) zu sehen sei (BGE 2A.213/2006/fco).

- **Beschriftungssprache:** Das BAG bestätigte, dass Zahnpasten, welche – wie Elmex rot – als kosmetische Mittel eingestuft würden, gemäss Art. 3 Abs. 2 VKos Warnhinweise in den drei Amtssprachen enthalten müssten, die sich deutlich vom übrigen Text abheben. Für sonstige produktspezifische ([zahn-]medizinische) Hinweise genüge hingegen die Angabe in einer Amtssprache (Art. 31 Abs. 2 Bst. c LGV). Zutreffend ist, dass es sich beim Begriff „Olafluor“ um einen Warnhinweis im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. h VKos handelt, welcher in den drei Landessprachen aufgedruckt werden muss. Die Behauptung von Gaba, dass die genannten Hinweise echte Importschranken darstellen sollen, wird durch den Umstand weitgehend widerlegt, dass die von Spar verkaufte Elmex rot besagten Hinweis nur in deutscher Sprache enthält. Darüber hinaus verkaufen auch andere Schweizer Händler Zahnpasten, welche bezüglich Inhaltsstoffe nur in einer Landessprache beschriftet sind. So bieten Pam, Proxi und Treffpunkt die Zahnpasta Leader Price an, welche lediglich in französischer Sprache beschriftet sind.

116. Folgende Fotos von Elmex rot lassen die unterschiedlichen Beschriftungen in der Schweiz und Österreich erkennen. In Abbildung 2 ist eine von Gaba in der Schweiz produzierte Tube Elmex rot mit dem Warnhinweis in den drei Landessprachen zu sehen (siehe Rückseite der Tube unten rechts).

²² Vgl. Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel, ABl. L 262 vom 27. September 1976, S. 169 ff.

²³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.213/2006 vom 19. Oktober 2006. Im Nachgang zu diesem Bundesgerichtsentscheid wurde der damals geltende Art. 31 Abs. 4 LGV per 7. März 2008 um den folgenden kursiven Text ergänzt: „Bei Zahn- und Mundpflegemitteln sind Hinweise auf kariesverhütende sowie auf andere zahnmedizinisch vorbeugende Eigenschaften erlaubt, wenn sie wissenschaftlich belegt werden können.“

Abb. 2: Beschriftung Elmex rot durch Gaba



117. In der Abbildung 3 ist eine aus Österreich parallel importierte und in der Schweiz bei Spar verkaufte Tube Elmex rot mit dem Warnhinweis lediglich in deutscher

Sprache zu sehen (siehe Rückseite der Tube auf der rechten Seite).

Abb. 3: Beschriftung Elmex rot durch Gebro



118. Zusammenfassend sind die von den Parteien ins Feld geführten Argumente betreffend gesetzliche Importhindernisse nicht stichhaltig. Sie belegen einzig, dass nach schweizerischer Gesetzgebung (theoretische) Importschranken existierten (betreffend Heilanzeigen) und teilweise nach wie vor existieren (betreffend Beschriftungssprache), doch vermochten diese effektiv getätigte Parallelimporte erwiesenermassen nicht zu behindern. Anzeigen bei den entsprechend zuständigen Behörden seitens Gaba im Falle für parallel importierte Elmex rot Zahnpasta wären daher einzig als Indiz dafür zu werten, dass Parallelimporte nicht erwünscht sind.

119. Gebro hat an der Parteibefragung denn auch dargelegt, dass sie an einer Belieferung von Denner interessiert und bereit gewesen wäre, ihr nachzukommen, vorbehaltlich entsprechender Produktionskapazitäten. Eine derartige Anfrage sei jedoch nie an Gebro herangetragen worden.

120. Tatsächlich konnte im Beweisverfahren eine direkte oder indirekte Lieferanfrage bei Gebro für Denner nicht erstellt werden. Zwar versuchte Denner im fraglichen Zeitraum einmal, nämlich im Jahre 2005, über eine [...] Zwischenhändlerin Elmex rot aus Österreich zu importieren. Als Beleg reichte Denner die entsprechende E-Mail-Korrespondenz ein, welche bestätigt, dass Denner am 2. November 2005 eine Anfrage an die [...] Zwischenhändlerin gerichtet hat. Die Anfrage über eine Belieferung von 20'000 Tuben Elmex rot je Monat zum Preis von EUR 1.43 wurde von der Zwischenhändlerin zunächst bestätigt:

„...Die 20'000 Tuben je Monat sind kein Problem. Österreich verkauft die Zahncrème in einer Duo-Pkg aus Karton. Der Sonderpreis wäre 1,43 Euro je Tube [...]. Preis ist sicherlich bis zumindest 31.03.06 machbar...“

121. Am 15. November 2005 liess die Zwischenhändlerin indes verlauten:

„[...] wie soeben telefonisch besprochen, müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir keine Mengen aus dem österreichischen Handel bekommen können. Der Lizenznehmer in Österreich wird uns keine Ware für den Export zur Verfügung stellen. [...]“

122. Aus diesem E-Mail-Verkehr ergibt sich, dass Denner tatsächlich eine Lieferanfrage an eine [...] Zwischenhändlerin getätigt und sich bemüht hat, Elmex rot parallel zu importieren. Die Bemühungen von Denner waren ernsthaft, forderte doch Denner nach der Bestätigung ihrer Lieferanfrage die [...] Zwischenhändlerin auf, Angaben zur Logistik zu liefern. Dementsprechend übermittelte die [...] Zwischenhändlerin ein paar Arbeitstage nach der Bestätigung der Lieferanfrage von Denner folgende Logistikdaten:

„...6 Duo's = 1 Karton (6 VKE) 45 Karton a 6 Duo's = 1 Lage (270 VKE) 7 Lagen a 45 Karton a 6 Duo's = 1 Palette (1.890 VKE) eine Musterverpackung ist bereits zu ihren Händen unterwegs.“

123. Allerdings ergibt sich aus dem E-Mail-Verkehr nicht, dass die [...] Zwischenhändlerin tatsächlich eine entsprechende Lieferanfrage direkt oder indirekt an Gebro weitergeleitet hat. Gebro macht im Gegenteil

geltend, keine Kenntnis einer solchen Anfrage gehabt zu haben:

„...Generell hat Gebro nie eine Lieferanfrage erhalten, in der offen gelegt worden wäre, dass eine Lieferung für Denner bestimmt sei. Auch Denner selbst hat sich nie an Gebro gewandt.“

124. Anlässlich der Anhörung der Parteien vom 8. Juni 2009 bekräftigte Gebro ihre Aussage und antwortete auf entsprechende Frage der WEKO hin, dass sie keine Kenntnis einer entsprechenden Lieferanfrage im fraglichen Zeitraum hatte. Gebro führte weiter aus, dass trotz eingehender interner Recherchen ein möglicher Adressat einer solchen Anfrage (Mitarbeiter) nicht ausfindig gemacht werden konnte, sofern es eine solche überhaupt gegeben haben sollte. An Gebro sei somit nie eine Anfrage von Denner herangetragen worden.

125. Schliesslich hat ein Geschäftsleitungsmitglied von Denner als Zeuge an der Einvernahme vom 6. Juli 2009 erklärt, dass Denner sich nie direkt an Gebro gewandt habe, weil sie das ohnehin als nutzlos erachtet habe. Auch räumte der Zeuge ein, dass Gebro nicht wissen konnte, dass die Anfrage für Denner bestimmt gewesen war. Dieser Zeuge konnte aus eigener Wahrnehmung auch keine Angaben zu Kontakten zwischen der Zwischenhändlerin und Gebro machen.

126. Darüber hinaus weigerte sich Denner trotz schriftlicher Aufforderung der Behörde, diejenigen Kontaktpersonen der [...] Zwischenhändlerin anzugeben, welche zur Lieferanfrage von Denner Auskünfte erteilen können. Denner verweigerte die Auskunft unter Berufung auf Geschäftsgeheimnisse und führte zudem an, dass [...] und die Parallelhandelsopportunitäten gefährden würde. Am 12. Februar 2009 teilte Denner den Wettbewerbsbehörden generell mit, dass sie an der Fortführung des vorliegenden Verfahrens kein Interesse mehr habe. Seither hat sich Denner mit drei Schreiben an das Sekretariat gewandt, welche allesamt weder neue Fakten, noch sonstige wichtige Gesichtspunkte aufwiesen, die für den Entscheid relevant sind (vgl. Rz. 58).

127. Um die bestehenden Geschäftskontakte von Denner mit der [...] Zwischenhändlerin (und anderen Zwischenhändlerinnen) nicht zu gefährden, verzichtete die WEKO in der Folge auf weitere Instruktionsmassnahmen im benachbarten Ausland. Ohne Mithilfe der betroffenen Beteiligten wären derartige Instruktionsmassnahmen denn auch kaum erfolgversprechend gewesen. Nach der heutigen Gesetzgebung kann die Auskunftspflicht gegen ausländische Unternehmen nicht durchgesetzt werden. Es bestehen keine entsprechenden bi- oder multilateralen Rechtshilfeabkommen zwischen der Schweiz und den übrigen europäischen Staaten. Auskunftsbegehren sind zwar grundsätzlich möglich, doch hängt deren Beantwortung vom Willen der befragten ausländischen Unternehmen und Zeugen ab. Die Schweiz verfügt insofern über kein Instrument, das eine amtliche Zusammenarbeit mit Drittländern in Wettbewerbsachen ermöglichen würde.²⁴

²⁴ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Internationaler Vergleich des schweizerischen Kartellgesetzes mit jenem von ausgewählten Ländern, Projektbericht P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008, Rz. 25 f.

128. Somit ist nicht erstellt, dass tatsächlich eine direkte oder indirekte Lieferanfrage von Denner an Gebro ergangen ist. Eine direkte Lieferanfrage entfällt von vorneherein, da eine derartige Anfrage nach den übereinstimmenden Aussagen von Denner und Gebro nie stattfand. Auch eine indirekte Lieferanfrage konnte nicht nachgewiesen werden. Als mögliches Indiz für eine indirekte Lieferanfrage liegt lediglich ein einziger E-Mail-Austausch vom November 2005 über eine bestimmte Menge Elmex rot vor. Dieser E-Mail-Austausch fand jedoch zwischen Denner und einem Dritten statt, und es konnte nicht erstellt werden, dass über diesen Dritten eine Anfrage an Gebro gelangte.

129. Gestützt auf die obigen Ausführungen kommt die WEKO zum Schluss, dass bis zum 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vorlag. Der Belieferungsversuch von Denner bei Gebro konnte jedoch nicht rechtsgenüglich nachgewiesen werden.

Situation nach dem 1. September 2006

130. Am 1. September 2006 wurde der Lizenzvertrag durch ein neues Vertragswerk abgelöst (vgl. Rz. 82). Dieses enthält keine Klauseln, die den Passivverkauf explizit verbieten. Im Distribution Agreement wird Gebro jedoch ein aktives Verkaufsverbot auferlegt. Aktive Verkaufsverbote werden vom Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst. Allerdings verpflichtet der Vertrag Gebro in Ziff. 12.1, Gaba bei Bestellungen von Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zu informieren. Diese Informationspflicht eröffnet Gaba die Möglichkeit, auf Exporte von Gebro Einfluss zu nehmen und dadurch ein faktisches Verbot des Passivverkaufs durchzusetzen. Mit anderen Worten erlaubt Ziff. 12.1, das ehemalige explizite Verbot von Passivverkäufen implizit fortzusetzen. Betrachtet man den Wortlaut bzw. den Gegenstand der Informationspflicht des Distribution Agreements insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass dieser vertraglichen Klausel eine absolute Gebietsschutzabrede voranging, so sind solche Vertragsklauseln grundsätzlich geeignet, Parallelimporte zu behindern.

131. Die vereinbarte Informationspflicht vermag für sich alleine jedoch keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darzustellen. Dazu wären weitere Indizien nötig, welche nahelegen, dass diese Informationspflicht tatsächlich dazu geführt hat, Passivverkäufe aus der Produktion von Gebro ins Ausland zu unterbinden. Ein solches Indiz wäre gegeben, wenn eine Lieferanfrage aus der Schweiz – etwa von Denner – ohne sachliche Gründe abgewiesen worden wäre.

132. In casu machte Denner im Rahmen ihrer Anzeige bei den Wettbewerbsbehörden zunächst geltend, im April 2007 sei ein erneuter Versuch, Elmex aus Österreich zu beziehen, gescheitert. Der ausländische Lieferant habe Denner mitgeteilt, Gaba erlaube nicht, Denner zu beliefern. Diese Aussage basiert auf einer E-Mail-Korrespondenz zwischen Denner und der [...] Zwischenhändlerin. Diese teilte Denner am 1. April 2007 mit, dass sie Denner nach nochmaligem Gespräch mit dem Einkauf der [...] in Österreich nicht mit der gewünschten Zahncrème (Elmex) beliefern könne. Aus [...] könne keine Ware beschafft werden, jedenfalls keine

grösseren Mengen, da der Lieferant Gebro die Abnahmemengen genaustens kontrolliere. Generell sei vom Lieferanten nicht gewünscht, dass Auslandsgeschäfte getätigt würden. Dies betreffe nicht nur die Schweiz, denn Gebro habe nur eine Lizenz zur Vermarktung in Österreich. Nach wie vor könne aber Ware aus [...] beschafft werden, jedoch nur in kleineren Mengen.

133. Mit den von Denner zur Verfügung gestellten Dokumente kann jedoch nicht nachgewiesen werden, dass bei Gebro eine Lieferanfrage einging: Zunächst besteht hinsichtlich des von Denner geltend gemachten Importversuches vom April 2007 insofern ein Widerspruch, als Denner an der Zeugeneinvernahme vom 6. Juli 2009 zu Protokoll gab, dass einzig im Jahre 2005 ein Importversuch von Elmex rot aus Österreich unternommen worden sei. Ferner lässt sich der E-Mail nicht entnehmen, dass Gaba Gebro nicht erlaubte, Denner zu beliefern. In diesem Zusammenhang lieferte Denner den Wettbewerbsbehörden weder von sich aus noch auf entsprechende Anfrage hin weitere einschlägige Beweismittel, welche ihre Behauptungen substantiiert hätten. Im Übrigen ist Denner nie direkt an Gebro herangetreten (vgl. Rz. 125) und hat sich geweigert, den Wettbewerbsbehörden die bei der [...] Zwischenhändlerin zuständigen Personen zu nennen, welche zu den mutmasslichen Lieferanfragen bei Gebro hätten befragt werden können (vgl. Rz. 126).

134. Vor diesem Hintergrund ist nicht erwiesen, ob die von Denner über eine [...] Zwischenhändlerin getätigten Versuche, Elmex rot parallel aus Österreich zu importieren, tatsächlich stattgefunden haben und an Gebro herangetragen wurden. Daher ist das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG für die Periode nach dem 1. September 2006 nicht erstellt.

135. Gemäss den obigen Ausführungen lag bis zum 1. September 2006 grundsätzlich eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor, nicht aber für die Zeitperiode danach. Zu prüfen ist, ob der Vertrieb von Elmex rot einen selektiven Vertrieb erfordert, oder der Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro vom Anwendungsbereich der EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen²⁵ erfasst wird.

B.3.2.1.2. Selektiver Vertrieb von Gaba

136. Im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen darf ein Hersteller seinen zum Vertrieb zugelassenen Händlern verbieten, die Vertragsprodukte an nicht zugelassene Händler weiterzuverkaufen. Zunächst werden die Definition und rechtlichen Bestimmungen zu selektiven Vertriebssystemen dargelegt (B.3.2.1.2.1.). Anschliessend wird das Vertriebssystem von Gaba beschrieben (B.3.2.1.2.2.) und gewürdigt (B.3.2.1.2.3.).

²⁵ Vgl. Fn. 4.

B.3.2.1.2.1. Definition und rechtliche Bestimmungen

Definition

137. Ziff. 4 VertBek definiert selektive Vertriebssysteme als Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern, wonach

- i. der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und
- ii. diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

Rechtliche Bestimmungen

138. Vereinbarungen, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, erfüllen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG mangels erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht, sofern kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind (Ziff. 8 Abs. 4 VertBek):

- i. Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h., ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;
- ii. Die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden;
- iii. Die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

B.3.2.1.2.2. Das Vertriebssystem von Gaba im Überblick

Vertriebskanäle in der Schweiz

139. Gaba setzt Elmex rot in der Schweiz über drei Absatzkanäle ab:

- Dental-Kanal: Dieser besteht aus Zahnärzten und Dentalhygienikern. Deren Belieferung erfolgt über den Dental-Grosshandel.
- Drug-Kanal: Dieser besteht aus Apotheken und Drogerien. Die Belieferung erfolgt über den Drug-Grosshandel.
- Food-Kanal: Dieser Detailhandelskanal besteht aus Lebensmittel-Detailhändlern, Internethändlern, Warenhäusern, Convenience-Stores sowie freien Detaillisten.

140. Gaba führt die Produkte laut eigenen Angaben in der Regel zuerst über den Dental- und Drug-Kanal ein und vertreibt sie erst in einer späteren Phase – etwa [...] Jahre später – via Food-Kanal.

Vertriebskanäle im Ausland

141. Im Ausland wird Elmex rot weitgehend über Tochterfirmen von Gaba vertrieben (vgl. Abb. 1, Rz. 104). Dies ist in Deutschland, Frankreich, Italien und in den Benelux-Staaten der Fall.

142. In Spanien, Polen, der Tschechischen Republik, der Slowakei und Ungarn ist Gaba nicht mit einer Tochtergesellschaft tätig. [...]

143. In Österreich besteht ebenfalls keine konzerneigene Vertriebsstruktur. Zur Erschliessung dieses Marktes schloss Gaba vor über 25 Jahren mit Gebro einen Know-how- und Markenlizenzvertrag ab. Mit diesem Lizenzvertrag wurde Gebro für Österreich das exklusive Herstellungs- und Vertriebsrecht für Gaba-Produkte eingeräumt. Gebro ist also nicht nur eine Vertriebsgesellschaft, sondern stellt die Produkte von Gaba als Lizenznehmerin her.

Selektionskriterien

144. Die Selektionskriterien von Gaba betreffen das Image der Geschäftsstelle (Ladengestaltung und Erscheinungsbild), die Präsentation der Produkte, das Sortiment im Oral-Care Bereich sowie einen zweiten Verkaufspunkt bei Promotionen:

- Ladengestaltung und Erscheinungsbild: Die Produkte werden in sauberen, freundlichen und hellen Verkaufslökalen angeboten. Der Vertragspartner muss dafür sorgen, dass die innere und äussere Gestaltung des Geschäftes ordentlich ist.
- Präsentation: Die Produkte werden im Regal für Kosmetikprodukte übersichtlich präsentiert. Die Produkte werden geordnet präsentiert, sei es gestellt, gehängt oder liegend. Die Produkte dürfen nicht in Boxen oder Sammelbehälter geschüttet werden.
- Oral-Care Sortiment: Der Vertragspartner sollte über ein kompetentes und nachhaltiges Oral-Care Sortiment verfügen, welches aus mindestens 50 % national bekannten Markenartikeln besteht, keine In-Out Liquidationsposten enthält und in welchem auch neue innovative Produkte eine Gelegenheit erhalten, in einer frühen Phase ihres Lebenszyklus gelistet zu werden.
- Zweiter Verkaufspunkt bei Promotionen: Wenn eine Promotion stattfindet, präsentiert der Vertragspartner die Promotionsprodukte sauber an einem zweiten Verkaufspunkt, idealerweise zusammen mit dem Präsentationsmaterial, in jedem Fall jedoch unter Verwendung der Originalverpackung. Die Produkte dürfen nicht geschüttet werden.

B.3.2.1.2.3. Würdigung

145. Nachfolgend wird anhand von Ziff. 8 Abs. 4 VertBek geprüft, ob – wie von Gaba vorgebracht – ein rein qualitativer Selektivvertrieb vorliegt (vgl. Rz. 138).

Notwendigkeit infolge Produktbeschaffenheit

146. Laut Gaba erfordert die Beschaffenheit von Elmex aus folgenden Gründen einen selektiven Vertrieb:

- Hochwertigkeit: Bei Elmex rot handle es sich um ein hochwertiges Produkt, welches über ein sehr hohes Qualitätsimage verfüge. Gaba strebe für Elmex bezüglich Qualität, medizinischen Ansprüchen und Vertrauenswürdigkeit ein erstklassiges Image an. Die Publikumswerbung, welche die

Qualität und Wirksamkeit von Elmex betone, trage weiter zum hohen Qualitätsimage bei. Das Qualitätsimage von Elmex sei mit demjenigen von Parfüms, Körper- und Schönheitspflegemitteln, Kosmetika etc. zu vergleichen, welche ebenfalls in selektiven Vertriebssystemen verkauft würden, die gemäss der wettbewerbsrechtlichen Praxis in der EU zulässig seien.²⁶ Für diese Produkte werde – wie auch für Elmex rot – ein besonderes Image geschaffen, das sie von anderen, ähnlichen Produkten unterscheiden solle. Die Hersteller solcher Produkte hätten ein Interesse daran, deren besonderes Image aufrechtzuerhalten und sie in einer Weise zu präsentieren, welche dem Ansehen der Marke gerecht werde.

- Qualität Verkaufspunkte: Das Qualitätsimage von Elmex hänge auch von der Qualität der Verkaufspunkte ab. Deshalb müsse Gaba bei der Auswahl der Vertriebskanäle deren Qualitätsimage Rechnung tragen.
- Zusammenarbeit mit Wissenschaft/Spezialisten: Gaba beschäftige rund [...] Mitarbeiter in den Abteilungen Forschung und Entwicklung, Qualitätssicherung und wissenschaftlicher Dienst. Gaba führe zudem mit Universitäten wissenschaftliche Studien durch. Weiter bestehe eine intensive Zusammenarbeit mit Zahnärzten und Dentalhygienikern.
- Schulungen: Gaba führe in Apotheken und Drogerien Schulungen durch, um die Beratungskompetenz der Mitarbeiter zu erhöhen und die Produkteigenschaften von bestehenden und neuen Produkten zu erläutern. Auch im Detailhandel würden Abteilungsleitern Schulungen zum Thema Mundhygiene angeboten, in welchen über Technologie und Wirkung der Gaba-Produkte informiert werde.

147. Nach Ansicht der WEKO erfordert die Beschaffenheit von Elmex rot aus folgenden Gründen keinen selektiven Vertrieb:

- Selektive Vertriebssysteme sind insbesondere bei Prestige- und Luxusgütern (z.B. Yves Saint-Laurent), bei technisch hoch stehenden Produkten (z.B. Bang & Olufsen) oder bei Produkten, die besondere Fachkenntnisse bedingen (z.B. pharmazeutische Produkte), üblich.²⁷ Elmex rot fällt in keine dieser Kategorien: Bei Elmex rot, einem Gut des täglichen Bedarfs, handelt es sich nicht um ein Prestige- oder Luxusgut wie beispielsweise Yves Saint-Laurent. Somit kann die von Gaba zitierte europäische Rechtsprechung (vgl. Fn. 26) nicht ohne Weiteres auf Elmex rot übertragen werden, da diese lediglich Luxusprodukte betrifft. Zudem ist Elmex rot weder ein technisch hoch stehendes Produkt noch bedingt dessen Vertrieb besondere Fachkenntnisse. Elmex rot wird in aller Regel denn auch wie andere herkömmliche Zahnpasten in den Regalen von Detailhändlern ohne jegliche Beratung angeboten.
- Die Qualität von Elmex rot wird durch Gaba und nicht durch den Distributor bestimmt. Dement-

sprechend ist jede Zahnpasta Elmex rot unabhängig vom Verkaufspunkt von derselben Qualität.

148. Daraus folgt, dass das Vorliegen eines absoluten Gebietsschutzes nicht mit dem Argument verneint werden kann, dass Gaba das Produkt Elmex rot selektiv vertreibt. Folglich müssen die Schweizer Händler nicht zum selektiven Vertrieb von Gaba zugelassen sein, um Parallelimporte tätigen zu dürfen.

149. Diese Schlussfolgerung wird durch das Vorbringen von Gebro untermauert, dass zwischen Gaba und Gebro keine Vereinbarung über die Errichtung eines selektiven Vertriebssystems vorliege. Somit scheint die Beschaffenheit des Produkts Elmex rot in Österreich keinen selektiven Vertrieb zu bedingen. Weshalb dies in der Schweiz anders sein soll, ist zumindest fraglich.

150. Im Folgenden wird dargelegt, dass vorstehende Schlussfolgerung mangels diskriminierungsfreier Anwendung der Selektionskriterien durch Gaba selbst dann gelten würde, wenn Elmex rot einen selektiven Vertrieb erfordern würde.

Diskriminierungsfrei angewandte objektive Kriterien qualitativer Art

151. Laut Gaba sind die Selektionskriterien ihres Vertriebssystems objektiver und qualitativer Art und werden diskriminierungsfrei angewandt: Die Kriterien würden sich nach den Anforderungen von Gaba richten. Zudem stehe der Vertrieb von Elmex jedem offen, der die von Gaba festgelegten objektiven Kriterien erfülle.

152. Gemäss Gaba ist das besondere Image von Elmex in Gefahr, wenn die Zahnpasta in Discount-Geschäften wie Massenware verkauft würde. Das Qualitätsimage von Elmex hänge nicht nur von der Qualität des Produkts ab, sondern auch vom Qualitätsimage der Verkaufspunkte. Gaba führt konkret folgende Gründe für die Nichtbelieferung von Denner an:

- Denner weise aus Sicht der Konsumenten verglichen mit den anderen Detailhändlern ein tiefes Qualitätsimage auf, was Marktstudien belegen würden.
- Denner positioniere sich seit Jahren ausschliesslich als Discounter.
- Denner präsentiere die Artikel erfahrungsgemäss nicht in einer einem hochwertigen Produkt gerechten Weise. So würden Artikel direkt aus dem Karton oder lose in grossen Behältern verkauft.

²⁶ Gaba stützt sich insbesondere auf folgende europäische Entscheide: EuG Rs. T-88/92, Leclerc, Slg. 1996, II-1961, Rz. 105 ff.; Yves Saint-Laurent Parfums EU COMP IV/33.242 (nicht mehr rechtskräftig); Parfums Givenchy EU COMP IV/33.542 (nicht mehr rechtskräftig).

²⁷ Vgl. R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 66; P. MÜNCH/C. MAILLEFER/P. HUNGER, Vertriebssysteme, in: T. Geiser/P. Krauskopf/P. Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Basel/Genf/München 2005, Rz. 7.11 und 7.41.

- Die Bereitschaft, sich für Elmex einzusetzen, sowie die Identifikation der medizinischen Fachpersonen, Apotheker und Drogisten würde sinken, wenn Elmex in Discountern verkauft würde. Elmex würde damit ihre spezielle Positionierung verlieren.
 - Würde die spezielle Produktdifferenzierung von Elmex wegfallen, hätten die grossen Detailhändler kein Interesse mehr, Elmex im Sortiment zu führen, womit ein Grossteil des Umsatzes von Gaba wegfallen würde.
153. Gaba beliefere aus diesen Gründen [...].
154. Gaba beliefert in der Schweiz jedoch auch Denner-Satelliten und Convenience-/Tankstellenshops. Zudem wurde Elmex rot bei Pick Pay verkauft. In Österreich beliefert Gaba den Anbieter [...], in Deutschland den Netto-Marken-Discount von EDEKA, die miniMAL-Märkte von Rewe, Schlecker, sowie die Internethändler Apo-Discounter.de, Dent Di und biopa.
155. Zur Belieferung einzelner Verkaufskanäle nimmt Gaba wie folgt Stellung:
- Denner-Satelliten seien freie Detaillisten, welche das Denner-Grundsoriment mit Markenartikeln und Frischprodukten ergänzten. Denner-Satelliten seien deswegen keine Discounter, sondern würden von der Bevölkerung eher als Dorfläden wahrgenommen. Infolge des Engagements der unabhängigen Geschäftsinhaber verfügten die Verkaufsstellen in aller Regel über ein gutes Erscheinungsbild und erfüllten somit die qualitativen Kriterien von Gaba (vgl. Rz. 144).
 - Bei den Convenience-/Tankstellenshops seien Migros und Coop Marktführer. Gegen eine Belieferung dieser Verkaufspunkte durch die beiden Grossverteiler spreche nichts, da die Convenience-/Tankstellenshops von Migros und Coop vom Qualitätsimage der beiden Anbieter profitieren würden. Weiter beliefere Gaba auch [...]. Die Konsumenten würden Convenience-/Tankstellenshops ein recht hohes Qualitätsimage attestieren, wie eine Studie von ACNielsen belege. Dies sei darauf zurückzuführen, dass diese Verkaufspunkte Markenartikel führten und sich an eine anspruchsvolle Kundschaft richteten. Vor diesem Hintergrund sei eine Belieferung von Convenience-/Tankstellenshops durch Gaba nur konsequent.
 - Pick Pay habe vor der Übernahme durch Denner eine breite Auswahl an Markenartikeln angeboten. Daneben seien viele Filialen als Franchise-Betriebe von unabhängigen Detaillisten mit grossem Engagement geführt worden. Pick Pay habe das Image eines innovativen Anbieters gehabt, welcher eine anspruchsvolle und qualitätsbewusste Kundschaft angesprochen habe. Obwohl Pick Pay in der Folge verschiedener Neuausrichtungen immer mehr zum Discounter tendierte, habe sie sich bis zuletzt von Denner bezüglich der Sortimentsbreite unterschieden.
- Hinsichtlich der Vertriebspartner in Deutschland und Österreich macht Gaba geltend, dass [...]. Bezüglich Schlecker bringt Gaba vor, dass es sich dabei nicht um einen Discounter, sondern um einen Drogeriemarkt mit breitem Sortiment handle.
156. Nach Ansicht der WEKO ist eine diskriminierungsfreie Anwendung der Selektionskriterien aus folgenden Gründen zu verneinen:
- Es ist auch unter der Berücksichtigung der Vorbringen von Gaba nicht ersichtlich, weshalb die durch Gaba belieferten Händler wie Convenience-/Tankstellenshops, Denner-Satelliten, Netto-Marken-Discount von EDEKA, die miniMAL-Märkte von Rewe, Schlecker, sowie die Internethändler Apo-Discounter.de, Dent Di und biopa im Unterschied zu Denner alle von Gaba aufgestellten Kriterien des selektiven Vertriebs erfüllen sollen. Beispielsweise ist fraglich, ob Convenience-/Tankstellenshops über ein kompetentes und nachhaltiges Oral-Care Sortiment verfügen. Gegen diese Ausführungen führt Gaba ins Feld, dass die Frage, ob ein Unternehmen im Ausland die für den Schweizer Markt geltenden Kriterien von Gaba erfüllt, irrelevant sei. Im Ausland werde ein Produkt je nach Markt, Struktur des Detailhandels, Konsumgewohnheiten oder Marktdurchdringung ganz unterschiedlich vertrieben. Im Übrigen erfüllten auch ausländische Unternehmen, welche direkt durch Gaba beliefert würden, die selektiven Kriterien. Dem ist entgegen zu halten, dass Gaba die selektiven Kriterien selbst in der Schweiz nicht diskriminierungsfrei anzuwenden scheint, da Convenience- und Tankstellenshops und Denner-Satelliten im Gegensatz zu Denner-Filialen beliefert werden.
 - Das Argument, dass die grossen Detailhändler kein Interesse mehr hätten, Elmex im Sortiment zu führen, wenn Elmex rot bei Denner gelistet würde, ist nicht stichhaltig. Ansonsten würden zahlreiche bei Denner gelisteten Markenartikel, wie etwa Lindt & Sprüngli, Nivea, L'Oréal oder Gillette, bei den anderen Grossverteilern nicht angeboten. Dieser Vergleich greife gemäss Gaba zu kurz, da das Vertriebssystem von Gaba nicht vergleichbar sei mit demjenigen anderer Konsumgüter. Weder Lindt & Sprüngli noch Nivea bauten auf eine jahrelange Zusammenarbeit mit Zahnärzten, Universitäten und Dentalhygienikerschulen, welche die Grundlage für das Qualitätsimage von Elmex darstelle.
 - Folgende Faktoren sprechen dafür, dass Denner die Selektionskriterien von Gaba – entgegen der Vorbringen von Gaba – erfüllt:
 - i. Fünf von acht befragten Detailhändlern erwarten lediglich einen schwachen Einfluss auf das Markenimage, wenn Elmex rot bei Denner verkauft würde. Ein Detailhändler erwartet gar keinen Einfluss, ein weiterer einen mittleren und ein letzter einen starken Einfluss. Somit sind die befragten Detailhändler mehrheitlich der Meinung, dass ein Verkauf von Elmex rot bei Denner das Image der

Marke nicht oder nur schwach beeinflussen würde.

- ii. Die Befragung der Detailhändler ergab zudem, dass für Elmex rot keine besonderen Verkaufsmassnahmen getroffen werden: Bis auf einen Anbieter (Warenhaus Manor) gaben alle befragten Detailhändler an, dass Elmex rot in den Verkaufsregalen so präsentiert werde wie andere Zahnpasten auch bzw. dass hinsichtlich dem Verkauf von Elmex rot – beispielsweise hinsichtlich der Präsentation – keine besonderen Massnahmen getroffen würden.
- iii. Andere Zahnpastamarken werden auch bei Discounter angeboten – beispielsweise verkauft Denner Colgate, Signal oder Pearl Drops. Ferner wird Denner auch von anderen Markenartikelherstellern, welche Produkte von hoher Qualität herstellen, beliefert. Denner nennt hierzu als Beispiele Lindt & Sprüngli, Nivea, L'Oréal oder Gillette. Dies deutet darauf hin, dass der Vertrieb über Denner dem Image von Markenprodukten nicht abträglich ist.
- iv. Denner wird seit März 2009 von Gaba mit Elmex rot beliefert. Somit erfüllt Denner die Selektionskriterien seit diesem Datum auch nach Ansicht von Gaba. Das Konzept „New Denner“ wurde allerdings bereits Ende 2004 abgeschlossen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Denner die Selektionskriterien zwischen Ende 2004 und März 2009 nicht erfüllt haben sollte.

Zwischenfazit

157. Die Beschaffenheit des Produkts Elmex rot erfordert keinen selektiven Vertrieb. Damit darf Gaba die Belieferung von Schweizer Händlern über ausländische Vertriebspartner nicht behindern oder verhindern.

158. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Beschaffenheit von Elmex rot einen selektiven Vertrieb erforderte: Eine diskriminierungsfreie Anwendung der Selektionskriterien würde nämlich bedingen, dass Denner zum Vertrieb hätte zugelassen werden müssen.

B.3.2.1.3. Keine Anwendung der TT-GVO

159. Zulässig wäre die zwischen Gaba und Gebro vereinbarte vertikale Gebietsabrede, wenn sie unter die EU-Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen²⁸ (nachfolgend: TT-GVO) fallen würde. Gemäss Gaba handelt es sich beim Lizenzvertrag mit Gebro um eine Vereinbarung i.S. der TT-GVO. Gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO sind in Technologietransfer-Vereinbarungen sowohl aktive als auch passive Verkaufsverbote zulässig, sofern sie Lieferungen in Gebiete betreffen, die sich der Lizenzgeber selbst vorbehalten hat.

160. Laut Gaba sei dies vorliegend der Fall: Gaba habe sich sowohl die Schweiz als auch Deutschland vorbehalten und bearbeite diese exklusiv mit ihren eigenen Tochtergesellschaften. Da sich das schweizerische Kartellgesetz stark an das europäische Wettbewerbsrecht anleh-

ne, sei davon auszugehen, dass nach dem europäischen Recht zulässige Praktiken auch mit dem schweizerischen Kartellrecht vereinbar seien.

161. Gemäss der TT-GVO kann bei TT-Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern angenommen werden, dass sie im Sinne von Art. 81 EGV gerechtfertigt werden können, wenn der individuelle Marktanteil der Parteien auf dem betroffenen Technologie-²⁹ und Produktmarkt 30 % nicht überschreitet und die Vereinbarungen nicht schwerwiegende wettbewerbsschädigende Beschränkungen enthalten (Erw. 11 und Art. 3 Abs. 2 TT-GVO).

162. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die TT-GVO in der Schweiz nicht direkt anwendbar ist. Selbst wenn von einer analogen Anwendung der TT-GVO in der Schweiz ausgegangen wird, wären die Voraussetzungen für eine Freistellung im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

163. Zwar ist nach Aussagen von Gaba davon auszugehen, dass es sich beim Lizenzvertrag um eine TT-Vereinbarung zwischen Nicht-Wettbewerbern handelt und die Marktanteilsschwelle von 30 % auf den relevanten österreichischen Märkten von beiden Parteien nicht überschritten wird.

164. Hält man sich die Praxis der EU-Behörden vor Augen (vgl. Rz. 105), ist es jedoch unwahrscheinlich, dass ein Lizenzvertrag, der zu einer Marktabstottung führt, in der EU freigestellt würde: Bereits im Entscheid Nungesser von 1982 hat der EuGH festgehalten, dass ein Lizenzvertrag mit einem absoluten Gebietsschutz zur künstlichen Aufrechterhaltung getrennter Märkte führt und somit mit dem EWG-Vertrag unvereinbar ist (Urteil des EuGH vom 8. Juni 1982 i.S. Nungesser / Kommission, 258/78, Slg. 1982, S. 2015).

165. Doch selbst wenn davon ausgegangen wird, dass der Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro die Voraussetzungen für eine Freistellung nach der TT-GVO erfüllen würde, hat sich Gaba – entgegen ihren Behauptungen – weder die Schweiz noch Deutschland explizit vorbehalten. Doch gerade dies wäre nach Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO erforderlich.

166. Im Übrigen kann die Wettbewerbsbehörde eines EU-Mitgliedstaates gemäss Art. 6 Abs. 2 TT-GVO den Rechtsvorteil der TT-GVO im Einzelfall entziehen, wenn die fragliche Technologie-Transfer-Vereinbarung Wirkungen hat, die mit Art. 81 Abs. 3 EGV unvereinbar sind, und der Mitgliedstaat alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist. Überträgt man dies nun

²⁸ Vgl. Fn. 4.

²⁹ „Technologiemärkte bestehen aus der lizenzierten Technologie und ihren Substituten, d.h. anderen Technologien, die von den Lizenznehmern aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks mit der lizenzierten Technologie als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Technologiemärkte werden nach denselben Grundsätzen definiert wie Produktmärkte.“ Bekanntmachung der EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EGV auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2004 C 101/02, Rz. 22.

auf den konkreten Fall, so wird ersichtlich, dass (i) die Abschottung des Schweizer Marktes vom Gesetzgeber bekämpft werden soll (vgl. Rz. 104) und (ii) die Schweiz alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist (vgl. Rz. 206). Somit wären die Voraussetzungen eines Entzugs des Rechtsvorteils der TT-GVO gegeben.

167. Auf die weitere Prüfung der Frage der Anwendbarkeit der TT-GVO in der Schweiz kann daher verzichtet werden. Das diesbezügliche Argument von Gaba ist somit zurückzuweisen.

B.3.2.1.4. Fazit

168. Die obigen Ausführungen zeigen, dass vor dem 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vorlag.

169. Diese Schlussfolgerung gilt unbeachtet des angeblich selektiven Vertriebssystems von Gaba und einer allfälligen Anwendung der TT-GVO in der Schweiz.

B.3.3. Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

170. Die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG kann mit dem Nachweis umgestossen werden, dass der wirksame Wettbewerb durch die wettbewerbsbeschränkende Abrede tatsächlich nicht beseitigt wird, sondern dass trotz der Abrede ein gewisser Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb stattfindet.³⁰ Ausschlaggebend ist eine Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse. Diese sind bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sowohl von Intrabrand- und Interbrandwettbewerb geprägt. Beide Arten von Wettbewerb gilt es bei Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung fallspezifisch zu analysieren.

171. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn die Weiterverkäufer von Elmex rot in der Schweiz Parallelimporte von Elmex rot in genügendem Umfang tätigten bzw. hätten tätigen können und/oder wenn sich die Anbieter derselben Marke hinsichtlich eines anderen Wettbewerbsparameters, wie insbesondere dem Preis, einen gewissen Wettbewerb lieferten (Intrabrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.3.2.) und zudem zwischen den Anbietern verschiedener Zahnpastamarken Wettbewerb bestand (Interbrand-Wettbewerb; vgl. Abschnitt B.3.3.3.).

172. Zur Prüfung der Marktverhältnisse wird vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt (vgl. Abschnitt B.3.3.1.).

B.3.3.1. Relevanter Markt

B.3.3.1.1. Sachlich relevanter Markt

173. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], die hier analog anzuwenden ist).

174. Marktgegenseite von Gaba auf der Absatzseite sind der Detailhandel (Lebensmittelgeschäfte, Waren-

häuser, Internethandel, Convenience-Shops etc.), Apotheken und Drogerien, Zahnärzte und Dentalhygieniker (vgl. Rz. 139). Da deren Nachfrage nach Zahnpasta-Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), ist das Verhalten der Endverbraucher Ausgangspunkt der nachfolgenden Analyse.

175. Die Abgrenzung des relevanten Marktes richtet sich nach dem Bedarfsmarktkonzept. Danach sind die sachlichen Märkte nach der funktionellen Austauschbarkeit der Produkte aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsverbrauchers voneinander abzugrenzen, wobei sich die Produkte in Einzelheiten wie der Konstruktion, Qualität, Preis und ähnlichem unterscheiden können.

176. Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob der sachlich relevante Markt aus Sicht der Endabnehmer sämtliche Zahnpasten umfasst oder ob dieser Gesamtmarkt nach den Produktausprägungen von Zahnpasten oder einzelnen Hersteller- und Handelsmarken zu unterteilen ist. Anschliessend wird untersucht, welchem Markt Elmex rot zuzuordnen ist und ob diese Zahnpasta allenfalls einen separaten Markt bildet.

Marktsegmentierung nach Produktausprägungen

177. Die Produktpalette an Zahnpasta zeichnet sich durch eine weitgehende Produktdifferenzierung aus. Ausgehend von der regulären Kariesschutz Zahnpasta sind Zahnpasten im Angebot, die darüber hinausgehende Nutzen – wie etwa die Behandlung von Zahnfleischproblemen, die Zahnaufhellung und/oder die Reduzierung der Empfindlichkeit der Zähne – versprechen oder sich an einen besonderen Personenkreis – etwa Personen ab einem Alter von 40 Jahren – wenden.

178. In Übereinstimmung mit der europäischen und deutschen Praxis wird eine Differenzierung nach den jeweiligen Zusatznutzen als nicht sachgerecht beurteilt.³¹ Auch die Zahnpasten mit Zusatznutzen dienen in erster Linie dem Zweck der Zahnreinigung und sind daher in Anwendung des oben genannten Bedarfsmarktkonzepts als untereinander austauschbar anzusehen und damit demselben sachlich relevanten Markt zuzurechnen.

179. Es ist zudem davon auszugehen, dass die Zahnpastahersteller die Produktion der verschiedenen Produktvarianten von Zahnpasta relativ einfach umstellen können: Die Produktionseinrichtungen sind grundsätzlich dieselben und fast alle Produktvarianten haben gewisse Inhaltsstoffe gemeinsam. Die notwendige Zeit für Produktionsumstellungen sowie die damit verbundenen Kosten sind nicht signifikant.³² Die hohe Angebotsumstellungsflexibilität suggeriert deshalb ebenfalls, von einem Markt auszugehen, der sämtliche Produktvarianten von Zahnpasta umfasst.

³⁰ Vgl. RPW 2009/2, Sécateurs et cisailles, S. 146, Rz. 39.

³¹ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 8; Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03, Rz. 46; Procter & Gamble/Gillette EU COMP/M.3732, Rz. 24.

³² Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 10.

Marktsegmentierung nach Hersteller- und Handelsmarken

180. Eine Segmentierung des Marktes nach Hersteller- und Handelsmarken ist aus nachfolgenden Gründen nicht angezeigt:

- Die unter der Marke eines Detailhändlers verkaufte Zahnpasta ist aus Sicht der Verbraucher funktionell mit den unter einer Herstellermarke verkauften Produkten austauschbar.³³
- Auch das Preisniveau ergibt keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Marktsegmentierung. Die Preise der Zahnpasten der Tiefpreislagen von Migros und Coop sowie der Eigenmarke von Aldi sind mit rund CHF 0.70 die tiefsten im Markt. Daneben sind im Schweizer Detailhandel verschiedene Eigenmarken erhältlich. Die mit Abstand meistverkaufte Zahnpasta ist Candida von Migros. Die Normalverkaufspreise für Candida bewegten sich im Jahr 2008 in einer Bandbreite von CHF 2.90 bis CHF 3.80 während sich jene von Markenprodukten innerhalb einer Bandbreite von CHF 1.95 (Odol Dent 3) und CHF 5.95 (Meridol) befanden. Folglich ist keine preisliche Trennlinie zwischen Eigenmarken- und Markenprodukten festzustellen. Es besteht im Gegenteil ein preisliches Kontinuum, das von den Produkten der Tiefpreislagen bis zu den Premium-Produkten ansteigt. Vor diesem Hintergrund ist auch eine Unterscheidung zwischen sog. Premium-Markenprodukten und Standardprodukten abzulehnen.

Produktausprägung Elmex rot

181. Laut Aussage von Gaba ist Elmex rot im Markt als eine Zahnpasta von höchster Qualität mit besonderen medizinischen Eigenschaften positioniert, die das Vertrauen der medizinischen Fachpersonen genießt. Deshalb wurde untersucht, ob Elmex rot basierend auf ihre Zusammensetzung nicht als herkömmliche Zahnpasta, sondern als Zahnpasta mit medizinischen Eigenschaften (Medizinalzahnpasta) zu qualifizieren und dementsprechend einem anderen Markt zuzuordnen ist.

182. Laut rechtlichen Bestimmungen wird eine Zahnpasta je nach Fluoridkonzentration zwei möglichen Kategorien zugeordnet:

- Kosmetische Produkte: Bis zu einer Fluoridkonzentration von 0.15 % wird eine Zahnpasta als kosmetisches Mittel eingestuft (Art. 2 Abs. 2 VKos). In diesem Fall untersteht sie der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 23. November 2005 (LGV; SR 817.02). Unter kosmetischen Mitteln im Sinne dieser Verordnung sind Stoffe oder Zubereitungen zu verstehen, welche bestimmungsgemäss äusserlich mit den verschiedenen Teilen des menschlichen Körpers, mit den Zähnen oder den Schleimhäuten der Mundhöhle in Berührung kommen (Art. 35 Abs. 1 LGV). Sie dienen ausschliesslich oder überwiegend dem Schutz dieser Körperteile, der Erhaltung ihres guten Zustandes, ihrer Reinigung, Parfümierung oder Desodorierung oder der Veränderung des

Aussehens. Sie wirken lokal auf die Haut oder die Zähne (Art. 35 Abs. 2 LGV).

- Arzneimittel: Ab einer Fluoridkonzentration von 0.15 % gehört eine Zahnpasta nicht mehr zur Kategorie der kosmetischen Produkte, sondern wird als Arzneimittel eingestuft. Dann untersteht sie dem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21). Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG sind Arzneimittel Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen. Arzneimittel müssen vom Schweizerischen Heilmittelinstitut Swissmedic zugelassen werden (Art. 9 Abs. 1 HMG).

183. Laut dieser Definition ist Elmex rot mit einer Fluoridkonzentration von 0.14 % als kosmetisches Mittel – und somit nicht als Medizinalzahnpasta – zu qualifizieren und gehört deshalb in dieselbe Kategorie wie die herkömmlichen Zahnpasten.

184. Dennoch könnte eine Differenzierung zwischen Elmex und den anderen Zahnpasten angezeigt sein, da Elmex rot im Unterschied zu anderen herkömmlichen Zahnpasten den Wirkstoff Aminfluorid enthält. Aminfluorid hat gegenüber anderen Fluoridverbindungen die Vorteile einer längeren Verweildauer und einer antiseptischen Wirkung auf die Zahnbelagsbakterien.

185. Allerdings wirken sich alle in der VKos genannten Fluorverbindungen (inkl. Aminfluorid) erwiesenermassen positiv auf den Kariesschutz aus. Deshalb implizieren die Vorteile von Aminfluorid gegenüber anderen Fluoridverbindungen nicht, dass Elmex rot sich hinsichtlich ihrer Zusammensetzung signifikant von Zahnpasten mit anderen Zusatznutzen unterscheidet und darauf basierend als eine Art Medizinalzahnpasta einzustufen ist.

186. Zudem sind auch die Patente von Gaba auf der Aminfluoridverbindung abgelaufen. Dies bedeutet, dass theoretisch alle Zahnpastahersteller Produkte auf der Basis dieses Wirkstoffes produzieren können.

187. Denkbar ist jedoch, dass es Gaba dank einer erfolgreichen Imagekampagne gelungen ist, Elmex rot im Markt so zu positionieren, dass die Zahnpasta trotz den obigen Ausführungen einen eigenen Markt bildet. Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen.

Markenimage Elmex rot

188. Gaba betreibt nach eigenen Aussagen seit Jahrzehnten gezielt eine Imagewerbung, die darauf ausgerichtet ist, Elmex als Produkt von höchster Qualität zu positionieren, welches das Vertrauen der medizinischen Fachpersonen (Zahnärzte und Dentalhygieniker) genießt und von diesen aktiv empfohlen und vertrieben

³³ Vgl. Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03, Rz. 25.

wird. Die Imagekampagne sei vielschichtig und beginne mit einer intensiven Zusammenarbeit mit den Universitäten. Es gebe auch eine enge Zusammenarbeit mit Dentalhygieniker-Schulen. Gaba betreibe zudem einen aufwändigen Aussendienst, der die Zahnärzte und Dentalhygieniker regelmässig besuche, sie zu den Produkten berate und über neue Studien/Erkenntnisse informiere. Gaba sei auch an den entsprechenden Fachkongressen präsent. Auch der Vertrieb über Apotheken und Drogerien werde von einem Aussendienst speziell betreut und

mit einem in der Schweiz einzigartigen (finanziellen) Aufwand im Bereich Mundhygiene betrieben. Ferner sei die gesamte Publikumswerbung auf den Aufbau eines besonderen Images ausgerichtet.

189. Um zu prüfen, in welchem Umfang Elmex rot von Zahnärzten tatsächlich aktiv empfohlen wird, fragte das Sekretariat 53 Zahnärzte, welche fünf Kariesschutz-Zahnpasten sie am häufigsten empfehlen. Die nachfolgende Tabelle 1 fasst die 43 verwertbaren Antworten zusammen.

Tabelle 1: Empfohlene Zahnpasten³⁴

Zahnpasta	Antworten Zahnärzte 43 Befragte = 100 %			
	Nennungen auf Rang 1		Nennungen auf Rang 2 – 5	
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Elmex	23	54	17	40
(davon Elmex rot)	(17)	(40)	(12)	(28)
Candida	7	16	28	65
Colgate	7	16	18	42
Meridol	2	5	18	42
Sensodyne	1	2	14	33
Signal	2	5	11	26
Emofluor	0	0	10	23
Tebodont	1	2	3	7
Cleanicdent	0	0	2	5
Mentadent C	0	0	2	5
Diverse	0	0	4	9

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

190. Die Tabelle 1 illustriert die zentrale Bedeutung von Elmex bei den Empfehlungen von Zahnärzten: Mit 23 von 43 Zahnärzten, d.h. 54 %, empfiehlt die Mehrheit der Zahnärzte die Marke Elmex am häufigsten. Weitere 17 Zahnärzte, d.h. 40 %, empfehlen die Marke am zweit- bis fünfhäufigsten. Zahnärzte empfehlen jedoch auch Candida, Colgate, Meridol sowie andere Zahnpasten – wenn auch viel seltener als Elmex.

191. Eine von einem Zahnpastahersteller durchgeführte Studie vom November 2005 bei Zahnärzten und Dentalhygienikern hinsichtlich deren Empfehlungen von Zahnpasta ergab ein ähnliches Resultat.

192. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Elmex die von Zahnärzten meistempfohlene Zahnpasta ist. Damit wird ihr Bekanntheitsgrad gefördert und die Wahrnehmung der Konsumenten von Elmex als hochwertiges Produkt unterstützt. Dies gilt umso mehr, als Zahnärzte häufig Empfehlungen abgeben; laut der oben erwähnten Studie im Durchschnitt an jeden zweiten Patienten.

193. Gemäss der Studie „Reader's Digest European Trusted Brand Survey“ wurde Elmex von den Schweizer Konsumenten im Jahr 2009 im Bereich Zahnpasta/Mundpflege denn auch als vertrauenswürdigste Marke qualifiziert.³⁵

194. Um weitere Hinweise zur Frage zu erhalten, ob Elmex rot einen eigenständigen Markt bildet, fragte das Sekretariat verschiedene Gruppen von Marktteilnehmern (Apotheken, Lebensmittel-Detailhändler, Drogerien,

³⁴ In der Tabelle steht „Elmex“ für die Nennungen von Elmex rot, Elmex sensitiv, Elmex junior, Elmex Kinderzahnpasta sowie Elmex (ohne Präzisierung). Für die Marken Colgate, Candida, Sensodyne und Signal wurde analog vorgegangen. So steht „Colgate“ für Colgate (ohne Präzisierung), Colgate Total, Colgate Fluor und Colgate Whitening.

³⁵ Die Datenbasis der repräsentativen Studie umfasst 1082 Befragte in der Schweiz. Vgl. Reader's Digest Trusted Brand Survey – Europe's Most Trusted Brands in 2009, Reader's Digest, 2009, verfügbar unter <http://www.rdtrustedbrands.com>, besucht am 5. Juni 2009.

Konsumentenschutzorganisationen, pharmaSuisse, Schweizerischer Drogistenverband und Zahnpastahersteller), wie viel Prozent der Konsumenten von Elmex rot auf eine andere Zahnpasta ausweichen würden, wenn Elmex rot um 10 % teurer würde und die Preise aller anderen im Handel erhältlichen Zahnpasten gleich blei-

ben würden. Die nachfolgende Tabelle 2 fasst die 64 verwertbaren Antworten zusammen. Diese sind allerdings mit Vorsicht zu interpretieren, da die Endkunden nicht direkt zu ihrem Nachfrageverhalten befragt wurden und strategische Antworten der befragten Marktteilnehmer nicht auszuschliessen sind.

Tabelle 2: Substitution von Elmex rot mit anderen Zahnpasten

Marktteilnehmer	0-5 %	5-10 %	10-15 %	15-20 %	20-25 %	25-30 %
Apotheken	9	6	3	1		
Detailhandel	6	1		1		
Drogerien	3	6	2	3	2	
Stiftung für Konsumentenschutz			1			
Zahnpastahersteller	5	1		1		1
Total (N=64)	36	14	5	6	2	1

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

195. Der Tabelle 2 ist Folgendes zu entnehmen: Mit 50 (=36+14) von 64 Marktteilnehmern geht die grosse Mehrheit davon aus, dass infolge einer Preiserhöhung von Elmex rot um 10 % höchstens 10 % der Konsumenten auf eine andere Zahnpasta ausweicht. Die Antworten wurden insbesondere mit einer hohen Kunden- bzw. Markentreue, dem Brandimage und der Glaubwürdigkeit von Elmex rot begründet. Als häufigste Ausweichprodukte wurden Candida, Colgate, Signal und (von den Apotheken) Meridol genannt.

196. Es stellt sich die Frage, ob die maximal 10 % abweichender Konsumenten ausreichen würden, um eine Preiserhöhung von Elmex rot (bei gleich bleibenden Preisen aller anderen Zahnpasten) unprofitabel zu machen. Wenn dies der Fall wäre, würde Elmex rot gemäss dem Small but Significant Non-transitory Increase in Price-Test (SSNIP-Test)³⁶ keinen eigenständigen Markt bilden. Die Frage kann an dieser Stelle mangels verfügbarer Informationen – insbesondere zu den Kostenstrukturen³⁷ von Gaba – nicht beantwortet werden. Die Antworten in Tabelle 2 deuten lediglich auf eine tiefe Preissensitivität der Konsumenten von Elmex rot hin.

197. Eine tiefe Preissensitivität von Zahnpastakonsumenten ist konsistent mit den Befunden der EU-Kommission im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle „Smithkline Beecham/Block Drug“.³⁸ Diesbezüglich scheint sich Elmex also nicht stark von anderen Zahnpasten zu unterscheiden. Haben sich die Konsumenten basierend auf ihren eigenen oder den Bedürfnissen ihres Haushalts erst einmal für eine bestimmte Produktvariante (z.B. zahnfleischschonend) entschieden, wechseln sie auch bei einer signifikanten Preiserhöhung nicht so rasch auf eine andere Produktvariante. Allerdings passen sich die Konsumenten über die Zeit ihren geänderten Bedürfnissen und der zur Auswahl stehenden Produktpalette an.³⁹

198. Mit dem Befund einer tiefen Preissensitivität von Zahnpastakonsumenten erklärt sich Gaba unter Berufung auf die Ergebnisse des ökonomischen Parteigutachtens zur Preissensitivität von Konsumenten von Elmex nicht einverstanden, sondern beurteilt diese als beachtlich. Auf diese Preissensitivitätsanalyse wird in Rz. 288 ff. eingegangen, da sie das Fazit der sachlich relevanten Marktabgrenzung nicht tangiert.

199. Die obigen Ausführungen zeigen, dass es Gaba gelungen ist, Elmex durch Werbung ein medizinisches Image zu geben und somit eine erfolgreiche Produktdifferenzierungsstrategie zu betreiben. Diese Produktdifferenzierung reicht zwar nicht aus, um einen eigenen Markt für Elmex rot zu definieren, jedoch ist Elmex rot als Premium-Markenprodukt zu qualifizieren. Premium-Markenprodukte gehören aus den oben genannten Gründen zum Gesamtmarkt für Zahnpasta (vgl. Rz. 180). Deshalb wird Elmex rot in Übereinstimmung mit der Praxis der deutschen Wettbewerbsbehörden als Premium-Markenprodukt dem Markt für Zahnpasta zugeordnet.⁴⁰

Fazit

200. Elmex rot gehört zum sachlich relevanten Markt für Zahnpasta, welcher Zahnpasta für die tägliche Zahnpflege in allen Produktvarianten und aller Hersteller- und Eigenmarken umfasst.

³⁶ Vgl. M. MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge 2004, S. 102 f.

³⁷ Vgl. MOTTA (Fn. 36), S. 106, Fn. 9.

³⁸ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 9.

³⁹ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 9.

⁴⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03.

B.3.3.1.2. Räumlich relevanter Markt

201. 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).

202. Wie in Rz. 174 erwähnt, bilden auf der Absatzseite der Detailhandel (Lebensmittelgeschäfte, Warenhäuser, Internethandel, Convenience-Shops etc.), Apotheken und Drogerien sowie Zahnärzte und Dentalhygieniker die Marktgegenseite von Gaba. Auch wenn deren Nachfrage nach Zahnpasta-Produkten wiederum vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), kann sich die räumliche Dimension des relevanten Marktes aus Sicht der direkten Nachfrager (Detailhandel etc.) von jener aus Sicht der indirekten Nachfrager (Endverbraucher) unterscheiden, etwa infolge eines unterschiedlichen Nachfragevolumens. Deshalb wird die räumliche Dimension des Absatzmarktes nachfolgend aus Sicht der direkten Abnehmer betrachtet.

203. Laut Gaba ist der räumlich relevante Markt wegen den folgenden Gründen zumindest europäisch:

- Es gebe einen wichtigen internationalen Wettbewerbsdruck auf Schweizer Produzenten bei der Belieferung Schweizer Einzelhändler. Gemäss dem Entscheid Coop/Carrefour (RPW 2008/4, S. 608, Rz. 119) würden lediglich 30 % bzw. 37 % der persönlichen Hygieneprodukte bzw. Reinigungsmittel im Inland erzeugt. Der Rest werde entweder direkt oder indirekt importiert. Es gäbe keinen Grund zur Annahme, dass dies nicht auch auf Zahnpasta zutreffen könnte.
- In diesem Zusammenhang bringt Gaba ebenfalls vor, dass kleinere Einzelhändler rund [...] % ihres Bedarfs von ausländischen Lieferanten, einschliesslich Grosshändlern, beziehen würden.
- Einzelhändler könnten Zahnpasta (inkl. Elmex) in die Schweiz importieren und machten dies auch. Im Jahr 2008 hätten sich die Parallelimporte auf ca. 4 % der von allen Lebensmittel-Einzelhändlern in der Schweiz verkauften Zahnpasta-Tuben belaufen.
- Grosse Mengen an Zahnpasta zu importieren wäre für Coop und Migros einfach möglich. Die beiden Grossverteiler könnten deshalb glaubwürdig drohen, Parallelimporte zu tätigen, um attraktive Grosshandelspreise zu erhalten, die dem Wettbewerbspreis entsprechen würden. Ein tatsächlicher Parallelimport erübrige sich in der Folge.
- Elmex rot könne über Internet-Einzelhändler importiert werden: Apo-Discounter und Dent Di würden Elmex rot unabhängig vom Bestellwert verkaufen.

204. Diese Vorbringen sind aus folgenden Gründen nicht stichhaltig:

- Gemäss den Erhebungen im Entscheid Coop/Carrefour (2008/4, S. 608, Rz. 119) beträgt

der Anteil des Beschaffungsvolumens der Schweizer Lebensmittel-Detailhändler, welcher von Schweizer Lieferanten bezogen wird, 30 % in der Produktgruppe „Körperpflege/Kosmetik“ bzw. 37 % in der Produktgruppe „Wasch-/Reinigungsmittel“. Zudem werden in den beiden Produktgruppen jeweils rund 40 % des Beschaffungsvolumens über ausländische Lieferanten mit Niederlassung oder einer Vertriebsgesellschaft in der Schweiz bezogen. Direkt importiert werden lediglich 30 % (Produktgruppe Körperpflege/Kosmetik) bzw. 22 % (Produktgruppe Wasch-/Reinigungsmittel). Diese Direktimporte – und nicht die von Gaba geltend gemachten 70 % bzw. 63 % – wären die relevanten Vergleichsgrössen, falls die Importwerte für die Produktgruppen Körperpflege/Kosmetik oder Wasch-/Reinigungsmittel überhaupt auf Zahnpasta übertragen werden könnten. Ein solcher Analogieschluss scheint in casu schon deshalb irreführend zu sein, weil laut eigenen Angaben ausser Casino, Spar und Denner kein anderer Schweizer Lebensmittel-Detailhändler in den letzten fünf Jahren je den Versuch unternahm, Zahnpasta in die Schweiz parallel zu importieren. Casino und Spar stellen zudem insofern Spezialfälle dar, als Casino Eigenmarken über Casino France bezieht und Spar über [...] parallel importieren kann (vgl. Rz. 216). Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen. Im Übrigen widerspricht sich Gaba selbst, wenn sie einerseits vorbringt, dass regulatorische Hindernisse den Import von Zahnpasta in die Schweiz behindern würden, und andererseits, dass Importe dem räumlich relevanten Markt eine zumindest europäische Dimension geben würden.

- Basierend auf die von Gaba zur Verfügung gestellten Unterlagen ist weder nachvollziehbar, wie die angeblich [...] % der Importe durch kleinere Einzelhändler berechnet wurden, noch auf welche Produkte sich der genannte Bedarf beziehen soll. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass diese Grösse nicht eins zu eins auf Zahnpasta übertragen werden kann, selbst wenn kleinere Einzelhändler tatsächlich rund [...] % ihres Bedarfs importieren würden.
- Bei den von Gaba geltend gemachten parallel importierten Zahnpasten in Höhe von 4 % handelt es sich um eine zu kleine Grösse, um den räumlich relevanten Markt grösser als die Schweiz zu fassen.
- Das Vorbringen von Gaba, Coop und Migros könnten den Lieferanten glaubwürdig drohen, bedeutende Mengen an Zahnpasta parallel zu importieren, steht im Widerspruch zu den Antworten der Mehrheit der befragten Detailhändler, welche angaben, in den letzten fünf Jahren nie den Versuch unternommen zu haben, Zahnpasten parallel zu importieren. [...].
- Beim Argument, Elmex rot könne über Internet-Einzelhändler importiert werden, betrachtet Gaba die Endkunden als Marktgegenseite der Zahnpas-

tahersteller und fokussiert somit den nachgelagerten Absatzmarkt, obwohl Gaba selbst vorbringt, eine solche Betrachtungsweise sei bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes nicht sachgerecht. Selbst wenn eine solche Betrachtungsweise sachgerecht wäre, würde sich ein Online-Einkauf bei Apo-Discounter oder Dent Di für die meisten Konsumenten nicht rechnen: Eine einzelne Tube Elmex rot ist bei den Internet-Einzelhändlern zwar billiger⁴¹ als der Normalverkaufspreis von Elmex rot in der Schweiz. Hinzuzählen wären jedoch Versandkosten in Höhe von EUR 17 unabhängig vom Bestellwert, was Bestellungen für Endkunden unattraktiv macht.⁴² Folglich ist das Volumen solcher Interneteinkäufe vernachlässigbar.

205. Gemäss Praxis der WEKO ist der räumlich relevante Markt für Zahnpflegeprodukte namentlich aufgrund spezieller Nachfragespezifika national abzugrenzen.⁴³ Ferner ist der absolute Gebietsschutz, der aus dem Vertrag zwischen Gaba und Gebro resultiert (vgl. Rz. 168), ein weiteres Indiz für einen national räumlich relevanten Markt.

206. Aus den genannten Gründen wird der räumlich relevante Markt für Zahnpasta in Übereinstimmung mit der europäischen Rechtsprechung national abgegrenzt.⁴⁴

B.3.3.2. Intrabrand-Wettbewerb

207. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern von Elmex rot wird geprüft, ob Parallelimporte von Elmex rot in genügendem Umfang getätigt wurden bzw. hätten getätigt werden können, um diszipli-

nierend auf das Wettbewerbsgeschehen zu wirken. Hierzu wird untersucht, ob überhaupt eine Arbitragemöglichkeit gegeben war (B.3.3.2.1.) und ob Parallelimporte tatsächlich getätigt wurden (B.3.3.2.2.). Möglicherweise herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Elmex rot unabhängig von allfälligen Parallelimporten ein intensiver Wettbewerb. Dieser Frage wird in Abschnitt B.3.3.2.3. nachgegangen.

B.3.3.2.1. Arbitragemöglichkeit

208. Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich für Wiederverkäufer betriebswirtschaftlich lohnt, Elmex rot parallel zu importieren. Laut Denner ist eine Arbitragemöglichkeit vorhanden: Während der Abgabepreis (für Pick Pay) in der Schweiz CHF [...] im Jahr 2005 betragen habe, hätte Denner für Elmex aus Österreich, inklusive Marge der Zwischenhändlerin [...], lediglich ca. CHF [...] bezahlen müssen. Denner hätte die parallel importierte Zahnpasta in der Schweiz für CHF [...] verkaufen können. Dies bedeute einen Preisabschlag von CHF [...] gegenüber dem damals geltenden Preis bei Migros und Coop.

209. Eine Arbitragemöglichkeit wird auch von Spar bejaht. Spar schätzt die Kosteneinsparnis beim Import von Elmex rot auf ca. [...] %. Diese Aussage deckt sich mit den von Denner genannten Preisunterschieden.

210. Die national unterschiedlichen Abgabepreise von Elmex rot suggerieren denn auch eine Arbitragemöglichkeit. Die nachfolgende Tabelle 3 enthält die durchschnittlichen Einkaufspreise der wichtigsten Detailhändler in der Schweiz, Österreich und Deutschland für die Jahre 2005/2006 und 2007.

Tabelle 3: Durchschnittliche Einstandspreise von Elmex rot im internationalen Vergleich

Jahr	Wechselkurs	Schweiz	Österreich		Deutschland	
2005/2006	1.55	CHF [2.00-3.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [1.00-2.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [2.00-3.00]
2007	1.64	CHF [2.00-3.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [2.00-3.00]	EUR [1.00-2.00]	CHF [2.00-3.00]

Quelle: Angaben der Parteien, Angaben exkl. MwSt.

211. Der Tabelle ist zu entnehmen, dass der durchschnittliche Einstandspreis in der Schweiz in den Jahren 2005/2006 [signifikant] höher war als im umliegenden Ausland. Im Jahr 2007 reduzierte sich dieser Unterschied infolge einer Aufwertung des Euro gegenüber dem Schweizer Franken auf knapp [...] %.

212. Anzumerken ist, dass der Einstandspreis [...].

213. Laut Gaba sind die höheren Einstandspreise in der Schweiz auf die folgenden Faktoren zurückzuführen:

- Den grossen Abnehmern in Deutschland müssten wegen den grösseren Mengen auch höhere Mengenrabatte als jenen in der Schweiz gewährt werden, was den durchschnittlichen Einkaufspreis senke.
- Bei Zahnpasta würde schätzungsgemäss nur [...] der Gesamtkosten auf die Produktion entfallen. Bei den restlichen Kosten handle es sich um Lo-

gistik-, Vertriebs- und Marketingkosten, die in den jeweiligen Ländern anfallen würden. Diese Dienstleistungen müsse Gaba für den Vertrieb in der

⁴¹ Ca. EUR 2.29 (Dent Di) und EUR 2.49 (Apo-Discounter), sprich Mehrwertsteuerbereinigt ca. CHF 3.10 bis 3.38, Umrechnungskurs: 1 EUR = 1.5 CHF; Wechselkurs 10. Mai 2009. Vgl. http://www.apodiscounter.de/kosmetik-pflege-zahn-mundpflege-c-265_303.html und <http://www.nwb-shops.de/dentdi/ev/default.asp?preise=ev>, besucht am 11. Mai 2009.

⁴² Ein Konsument muss ungefähr 15 bis 20 Tuben Zahnpasta bestellen, damit er denselben Normalverkaufspreis in Höhe von CHF 4.90 wie bei Migros resp. CHF 4.40 wie bei Coop erhalten würde (Stand: Mai 2009).

⁴³ Vgl. Procter & Gamble/Gillette, RPW 2005/4, S. 613 f., Rz. 26.

⁴⁴ Vgl. Smithkline Beecham/Block Drug EU COMP/M.2192, Rz. 30; Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03, Rz. 46; Procter & Gamble/Gillette EU COMP/M.3732, Rz. 42.

Schweiz bei Dritten einkaufen, die im Vergleich zu Deutschland und Österreich deutlich höhere Preise in Rechnung stellen würden. Diese Aussage belegt Gaba mit Ergebnissen der Studie „Europri-
cing“ von Promarca sowie mit Zahlen des Bundesamts für Statistik (BfS).

- Würde man die Einstandspreise mit den vom BfS berechneten Kaufkraftstandards bereinigen, zeige sich, dass die Einkaufspreise von Gaba an den Handel kaufkraftbereinigt in allen drei Ländern praktisch identisch seien (Schweiz: CHF [1.00-2.00]; Österreich: CHF [1.00-2.00]; Deutschland: CHF [1.00-2.00]).

214. Letzteres Argument wird auch von Gebro geltend gemacht. Das Vorbringen ist jedoch irrelevant, da ein Arbitragepotenzial unabhängig von der unterschiedlichen Kaufkraft in den verschiedenen Ländern besteht.

215. Zusammenfassend scheinen lediglich Spar und Denner ein Interesse zu haben, die Arbitragemöglichkeit für den Parallelimport von Elmex rot wahrzunehmen. Ob die unterschiedlichen Einstandspreise einen Parallelimport betriebswirtschaftlich attraktiv machen, hängt insbesondere von dem mit Parallelimporten verbundenen administrativen Aufwand und der Verfügbarkeit der nachgefragten Mengen ab (vgl. Rz. 216).

B.3.3.2.2. Parallelimporte

216. Bis September 2009 (vgl. Rz. 19, 22) war Spar der einzige Schweizer Lebensmittel-Detailhändler, der Parallelimporte von Elmex rot tätigte. Spar importiert [...] Elmex über [...]. Dieser Bedarf entspricht einem Anteil von [...] % aller in der Schweiz verkauften Tuben Elmex rot. Spar erwähnt keine Schwierigkeiten beim Import. Ausser Denner und Spar gaben alle übrigen Lebensmittel-Detailhändler an, in den letzten fünf Jahren nie den Versuch unternommen zu haben, Elmex rot parallel zu importieren. Als Gründe wurden folgende angegeben:

- gesetzliche Vorschriften;
- fehlende kontinuierliche Versorgung;
- Konzentration des Vertriebs auf Eigenmarken;
- fehlende Verkaufsunterstützung;
- zu kleine Importvolumen;
- zu grosser Aufwand;
- fehlende Verfügbarkeit von grossen Mengen auf dem Parallelmarkt.

217. Gebro hat laut eigenen Angaben die von ihr hergestellten Produkte indirekt über [...] an Spar Schweiz exportiert. Dazu ist anzumerken, dass Spar insofern einen Spezialfall darstellt, als sie über [...] parallel importieren kann (vgl. Rz. 107 f.). Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen.

218. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich ein Parallelimport von Elmex rot laut Aussagen der Marktteilnehmer lediglich für Denner und Spar betriebswirtschaftlich lohnt, wobei Denner diese Arbitragemöglichkeit erstmals im September 2009 ausnutzen konnte.

219. Gaba ist mit dieser Feststellung aus folgenden Gründen nicht einverstanden:

- Gemäss der Verfügung Coop/Carrefour (RPW 2008/4, S. 608) würden lediglich 30 % der Körperpflegeprodukte und rund 37 % der Wasch- und Reinigungsmittel in der Schweiz produziert. Der Rest werde direkt oder indirekt importiert. Es gebe keine Gründe, weshalb dies bei Zahnpasta anders sein solle.
- Für Zahnpastahersteller bestehe die glaubwürdige Gefahr, dass Coop und Migros bedeutende Mengen Zahnpasta parallel importieren könnten.
- Die beiden Grossverteiler würden sich durch die Drohung, von Elmex rot auf Konkurrenzprodukte oder auf im Inland bezogene Eigenmarken umzustellen, günstige Einkaufspreise sichern.
- Die Bedeutung von Parallelimporten werde bei der Beurteilung des Intrabrand-Wettbewerbs überschätzt.

220. Den Vorbringen von Gaba ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Betreffend den Schluss von den Importanteilen bestimmter Produktgruppen auf den Importanteil von Zahnpasta wird auf die Ausführungen in Rz. 204 verwiesen.
- Das Argument, es bestehe eine glaubwürdige Gefahr, dass Coop und Migros bedeutende Mengen Zahnpasta parallel importieren könnten, ist aus den in Rz. 204 aufgeführten Gründen wenig plausibel.
- Auch die angebliche Drohung, Coop und Migros würden Elmex rot auslisten und durch andere Zahnpastamarken ersetzen, ist nicht glaubwürdig: Eine Auslistung von Elmex rot ist angesichts der Stärke der Marke Elmex (vgl. Rz. 188 ff.) und der hohen Marktanteile (vgl. Rz. 259) unwahrscheinlich.
- Inwiefern Parallelimporte den Preis für ein Produkt ins Rutschen bringen und somit den Intrabrand-Wettbewerb stimulieren können, wird durch den Parallelimport von Elmex rot durch Denner im September 2009 vor Augen geführt: Denner bot die parallel importierte Elmex-Zahnpasta in einem Sonderangebot zu CHF 2.85 an während die in der Schweiz beschaffte Ware weiterhin mit CHF 4.40 bepreist wurde.

B.3.3.2.3. Intrabrand-Preiswettbewerb

221. Nach Ansicht der Parteien herrscht auf dem Schweizer Markt zwischen den Anbietern von Elmex rot ein intensiver Wettbewerb, obwohl Elmex rot bis September 2009 nur von Spar parallel importiert wurde. Die Wettbewerbsintensität betreffend Elmex rot wird im Folgenden analysiert. Der Fokus liegt dabei auf dem Preiswettbewerb, da eine Differenzierung zwischen den Wiederverkäufern von Elmex rot über die Qualität oder Serviceleistungen unwahrscheinlich ist: Die Qualität der Zahnpasta Elmex rot hängt lediglich vom Hersteller Gaba ab und ist deshalb in allen Verkaufsstellen identisch. Im Weiteren wird die grosse Mehrheit der in der Schweiz

vertriebenen Elmex rot in den Regalen von Supermärkten ohne Beratung angeboten (vgl. Rz. 229).

222. Gaba ist mit dieser Argumentation nicht einverstanden und bringt vor, dass um Elmex rot aufgrund des Vertriebs im Drug- und Dentalkanal ein intensiver Intra-brand-Qualitätswettbewerb herrsche. Dieses Vorbringen stösst ins Leere, da erstens die Qualität von Zahnpasta nicht vom Wiederverkäufer, sondern vom Hersteller abhängt (vgl. Rz. 221). Zweitens werden in der Schweiz rund [>70] % aller Elmex rot Zahnpasten im Food-Kanal abgesetzt (vgl. Rz. 224), in dessen Verkaufsstellen hinsichtlich der Beratungsdienstleistungen keine Unterschiede existieren. Drittens ist es fraglich, ob Konsumenten in Apotheken und Drogerien tatsächlich

eine Beratung für herkömmliche Zahnpasten wie Elmex rot nachfragen.

Intra-brand-Preiswettbewerb zwischen Absatzkanälen

223. Gaba setzt Elmex rot in der Schweiz über den Food-, Drug- und Dental-Kanal ab (vgl. Rz. 139). Elmex rot wird innerhalb dieser drei Vertriebskanäle in einer Vielzahl von Verkaufspunkten angeboten. Laut Gaba handelt es sich dabei um mehrere tausend Zahnärzte und Dentalhygieniker, rund 2'350 Apotheken und Drogerien sowie rund [...] Detailhändler, freie Detaillisten und Convenience-Stores.

224. Der Food-Kanal stellt den weitaus wichtigsten Absatzkanal für Elmex rot dar, wie die folgende Tabelle 4 zeigt.

Tabelle 4: Umsatzanteile Elmex rot nach Absatzkanal 2007

Absatzkanal	Umsatz in CHF	Anteil in %
Dental	[...]	[...]
Drug	[...]	[...]
Food	[...]	[>70]

Quelle: Angaben von Gaba.

225. Innerhalb des Food-Kanals werden [>70] % aller in der Schweiz verkauften Elmex rot Zahnpasten über Migros und Coop abgesetzt.⁴⁵ Aufgrund der zentralen Bedeutung des Absatzkanals Lebensmittel-Detailhandel für den Vertrieb von Elmex rot steht dieser im Fokus der nachfolgenden Analyse.

Intra-brand-Preiswettbewerb im Lebensmittel-Detailhandel

226. Die nachfolgende Tabelle 5 enthält die Normal-, Aktions- und Durchschnittspreise für Elmex rot im Schweizer Lebensmittel-Detailhandelsmarkt für das Jahr 2007.

Tabelle 5: Preise (in CHF) Elmex rot im Lebensmittel-Detailhandel im Jahr 2007

Detailhändler	Normalverkaufspreise	Aktionsverkaufspreise	Durchschnittspreise
Coop	4.60	3.65	[...]
Denner-Satelliten	4.15	Keine Aktionen	[...]
Manor	4.40	3.65	[...]
Migros	4.60	3.65	[...]
Spar	4.60	2.70	[...]
Valrhône (PAM)	4.60	3.95	[...]
Volg	4.60	3.45	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

227. Der ersten Spalte der Tabelle 5 ist zu entnehmen, dass die Normalverkaufspreise von Elmex rot im Jahr 2007 um lediglich CHF 0.45 (rund 10 %) variierten. Hervorzuheben ist, dass die beiden Absatzkanäle, welche den Grossteil an Elmex rot in der Schweiz absetzen (vgl. Rz. 229), identische Preise hatten.

228. Die zweite Spalte der Tabelle 5 zeigt, dass die Aktionsverkaufspreise von Spar im Jahr 2007 deutlich unter den Preisen der übrigen Detailhändler lagen. Dies ist

wohl damit zu erklären, dass Spar Elmex rot über [...] bezieht. Der zweiten Spalte ist ferner zu entnehmen,

⁴⁵ Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

dass die Bandbreite der Aktionsverkaufspreise von Elmex rot in der Schweiz im Jahr 2007 rund CHF 1.25 (gut 31 %) betrug. Diese Bandbreite ergibt sich nur, weil Spar dank Parallelimporten sehr tiefe Aktionspreise setzen kann. Ohne Spar hätte die Bandbreite lediglich CHF 0.50 (gut 12 %) betragen.

229. Hervorzuheben ist, dass im Jahr 2007 rund [>60] % aller in der Schweiz verkauften Elmex rot Zahnpasten über die Verkaufskanäle von Migros und Coop abgesetzt wurden.⁴⁶ Im Food-Kanal betrug dieser Anteil sogar [>70] % (vgl. Rz. 225). Somit wurde ein Grossteil der in der Schweiz angebotenen Elmex rot zu denselben Normal- und Aktionsverkaufspreisen verkauft.

230. In der letzten Spalte der Tabelle 5 sind die jährlichen Durchschnittspreise von Elmex rot ausgewiesen.⁴⁷ Die Durchschnittspreise bewegten sich im Jahr 2007 in einer Bandbreite von CHF [...] und CHF [...]. Dies entspricht einem durchschnittlichen Preisunterschied von [20-30] %. Ohne Spar hätte die Bandbreite CHF [...] (gut [10-20] %) betragen.

231. Die geringen Unterschiede der Normalverkaufs- und Aktionsverkaufspreise können sowohl Ergebnis eines intensiven als auch eines mangelhaften Intra-brand-Preiswettbewerbs sein.

232. Laut Gaba sind die geringen Preisunterschiede ein Zeichen für wirksamen Intra-brand-Wettbewerb, da beim Versuch eines Detailhändlers, die Preise höher als diejenigen seines wichtigsten Wettbewerbers zu setzen, eine bedeutende Anzahl Kunden abwandern würde. Weiter herrsche auch bei anderen Markenprodukten Preisparität zwischen Migros und Coop.

233. Diesem Vorbringen widerspricht jedoch die Tatsache, dass Denner nach Aufnahme der Belieferung durch Gaba im März 2009 Elmex rot rund 10 % günstiger als Migros und Coop anbot. Daraufhin senkte Coop im Mai 2009 den Preis von Elmex rot auf das Niveau von Denner (vgl. Rz. 20). Dies deutet darauf hin, dass der Intra-brand-Wettbewerb vor der Belieferung von Denner mit Elmex nicht genügend wirksam war bzw. dass ein Preissetzungsspielraum gegen unten bestand. [...]. Auch dies deutet darauf hin, dass es sich bei den Endverkaufspreisen von Elmex rot nicht um Wettbewerbspreise handelte. Im Übrigen müsste im Einzelfall geprüft werden, ob es sich bei Preisen anderer Produkte, welche Migros und Coop gleich teuer anbieten, um Wettbewerbspreise handelt. Somit sind die festgestellten geringen Preisunterschiede nicht auf einen wirksamen, sondern auf einen mangelnden Intra-brand-Preiswettbewerb zurückzuführen.

234. Ein mangelhafter Intra-brand-Preiswettbewerb wie im vorliegenden Fall kann durchaus auch im Interesse von Gaba liegen: Solange der Druck auf die Endverkaufspreise gering ist, gerät der Hersteller in der Regel ebenfalls weniger unter Preisdruck. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Gaba den Wiederverkäufern von Elmex rot als unverbindlich deklarierete Preisempfehlungen abgibt. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese ein Instrument darstellen, um den Preisdruck im Markt tief zu halten. Die Frage, ob Gaba den Intra-brand-Preiswettbewerb damit beeinflusst, wird

vorliegend mangels genügenden Anhaltspunkten jedoch nicht weiter verfolgt.

235. Die Parteien machen bezüglich der ausgewiesenen Preisdifferenzen bei Elmex rot weiter geltend, dass diese gar nicht gering seien, insbesondere wenn man auch den Drug- und Dental-Kanal in die Analyse miteinbeziehe. Gebro bringt zudem vor, dass ein Vergleich der Aktions- und Normalverkaufspreise zu höheren Preisspannen von Elmex rot führe als vom Sekretariat berechnet worden seien.

236. Dem ist entgegenzuhalten, dass rund [...] aller Tuben Elmex rot zu denselben Normal- und Aktionsverkaufspreisen abgesetzt werden (vgl. Rz. 229). Unter Mitberücksichtigung des Dental- und Drug-Kanals hätten die Preisspannen zudem lediglich gegen oben zugenommen.

237. Seit dem Jahr 2007 haben sich die Preise für Elmex rot wie folgt verändert: Gaba erhöhte auf 1. April 2008 den Abgabepreis für ihre Produkte in der Schweiz, worauf eine Tube Elmex rot bei Migros, Coop, Spar, Volg und Manor zu demselben Normalverkaufspreis von CHF 4.90 erhältlich war. Die Denner-Satelliten verkauften Elmex rot mit CHF 4.40 rund 10% günstiger. Seit Frühling 2009 werden Denner-Filialen von Gaba ebenfalls mit Elmex rot beliefert und bieten die Tube zu einem Preis von CHF 4.40 an. Im Mai 2009 senkte Coop den Preis für Elmex rot auf jenen von Denner. Schliesslich verkaufte Denner im September 2009 in einem Sonderangebot parallel importierte Elmex-Zahnpasta zu CHF 2.85.

Aktionstätigkeit für Elmex rot

238. Laut Gaba spielt der Preiswettbewerb um Elmex rot über eine rege Aktionstätigkeit. Aktionen spielen beim Absatz von Elmex rot tatsächlich eine wichtige Rolle, wie Tabelle 6 verdeutlicht. Je nach Detailhändler werden zwischen knapp [...] und [...] der Gesamtmenge über Aktionen abgesetzt.

⁴⁶ Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

⁴⁷ Die Normal- und Aktionspreise wurden mit den verkauften Mengen gewichtet, es handelt sich also um gewichtete Durchschnitte.

Tabelle 6: Aktionen von Elmex rot im Lebensmittel-Detailhandel im Jahr 2007

Detailhändler	Normalware in % der Gesamtmenge	Aktionsware in % der Gesamtmenge
Coop	[...]	[...]
Manor	[...]	[...]
Migros	[...]	[...]
Spar	[...]	[...]
Valrhône (PAM)	[...]	[...]
Volg	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

239. Diese Zahlen bewegen sich in einem ähnlichen Rahmen wie bei anderen häufig verkauften Zahnpasten in der Schweiz (vgl. Rz. 282).

240. Für die Beurteilung der Wettbewerbsintensität hinsichtlich Elmex rot fragte das Sekretariat Gaba, aufgrund welcher Kriterien die Aktionspläne für Elmex rot bei den Detailhändlern zeitlich festgelegt würden und ob die Aktionspläne bei den verschiedenen Detailhändlern zeitlich koordiniert würden.

241. Laut Gaba werden Aktionen bzw. Aktivitäten für das jeweilige Folgejahr, welche Gaba (mit)finanziere, mit den Kunden an den Jahresendgesprächen besprochen. Der Detailhändler bestimme den Zeitpunkt der Aktivität und die Promotionsartikel; Gaba koordine die Aktionen nicht. Für Promotionsaktivitäten offeriere Gaba dem Detailhändler einen Aktionspreis (normaler Listenpreis

minus Aktionsrabatt), wobei mindestens der Aktionsrabatt dem Konsumenten weiterzugeben sei. Es handle sich somit um einen Höchstpreis. Der Detailhändler sei frei, den Detailhandelspreis weiter zu reduzieren oder weitere Aktionen auf eigene Rechnung durchzuführen. In diesem Fall habe der Kunde Gaba frühzeitig zu informieren, damit Gaba die Warenverfügbarkeit sicherstellen könne.

242. Die Ausführungen zur finanziellen Beteiligung von Gaba an den Aktionen sowie zur frühzeitigen Informationspflicht implizieren, dass Gaba die Aktionspolitik der Händler beeinflussen kann.

243. Tabelle 7 enthält die Aktionswochen von Elmex rot im Lebensmittel-Detailhandel im Jahr 2007. Kalenderwochen, in welchen bei mehreren Detailhändlern gleichzeitig Aktionen stattfanden, sind fett markiert.

Tabelle 7: Aktionswochen Lebensmittel-Detailhandel 2007

Detailhändler	Aktionswochen
Casino	[...]
Coop	[...]
Manor	[immer ausser Jan./Feb. und Juli/Aug.]
Migros	[...]
Spar*	[...]
Valrhône (PAM)	[...]
Volg	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

*Spar bezieht Elmex rot nicht über Gaba.

244. Wie Tabelle 7 zeigt, finden die Aktionen von Elmex rot weitgehend gestaffelt statt, insbesondere überschneiden sich die Aktionen bei Migros und Coop, welche den Grossteil an Elmex rot in der Schweiz absetzen, nicht. Hervorzuheben ist die Aktionspolitik von Manor:

Ausser in den Monaten Januar/Februar und Juli/August wird Elmex rot stets in Aktion angeboten.

245. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Aktionen beim Verkauf von Elmex rot eine wichtige Rolle spielen. Die Aktionstätigkeit genügt jedoch nicht, um den

Intrabrand-Preiswettbewerb als genügend wirksam zu qualifizieren.

246. Die Parteien sind mit dieser Schlussfolgerung nicht einverstanden und bringen vor, dass die Aktionstätigkeit bei Elmex rot bei der Würdigung des Intrabrand-Wettbewerbs nur mangelhaft berücksichtigt worden sei. Die WEKO nimmt dieses Vorbringen zur Kenntnis, hält aber an ihrer ursprünglichen Würdigung fest.

Auswirkungen der Verfügbarkeit von Elmex rot bei Denner auf den Intrabrand-Wettbewerb

247. Laut Gaba ist Elmex rot in der Schweiz die am häufigsten verfügbare Zahnpasta, da sie – im Unterschied zu Candida und anderen Marken Zahnpasten – sowohl bei Coop und Migros und den meisten anderen Lebensmittel-Detailhändlern als auch bei tausenden von Zahnärzten und Apotheken erhältlich sei. Deshalb sei es sehr unwahrscheinlich, dass der Verkauf von Elmex rot bei Denner den Intrabrand-Wettbewerb wesentlich beeinflusst hätte.

248. Dem ist entgegenzuhalten, dass für die Beurteilung des Intrabrand-Wettbewerbs nicht einzig die Anzahl verschiedener Verkaufsstellen resp. die Marktdurchdringung entscheidend ist. Vielmehr müssen auch die Preisunterschiede in den verschiedenen Verkaufsstellen mitberücksichtigt werden. Die Verfügbarkeit von Elmex rot bei Migros beispielsweise hatte – unabhängig von der Anzahl Verkaufsstellen – keine Auswirkungen auf den Intrabrand-Wettbewerb, da Migros und Coop bis im Mai 2009 denselben Preis verlangten (vgl. Rz. 237). Der Verkauf bei Denner jedoch hat einen wesentlichen Einfluss auf den Intrabrand-Wettbewerb von Elmex rot, da

- Denner Elmex rot zum Zeitpunkt der Belieferungsaufnahme durch Gaba günstiger anbot als die restlichen Detailhändler. Während Migros und Coop Elmex rot zu CHF 4.90 anboten, verkaufte Denner die Tube zu CHF 4.40;
- Denner Elmex rot seither in der Schweiz in einem flächendeckenden Verkaufstellennetz von rund 730 Verkaufsstellen zu diesem günstigen Preis anbietet;
- der Marktanteil von Denner im Food-Kanal im Bereich Zahnpasta gemäss Angaben von Gaba [10-20] % beträgt, jener von Spar jedoch lediglich [0-10] %;
- die bei Denner verkaufte Menge an Elmex rot ungefähr [0-10] % des Gesamtabsatzes an Elmex rot in der Schweiz (inkl. Drug- und Dental-Kanal) entsprechen würde,⁴⁹ jene von Spar jedoch lediglich [...] % beträgt;
- nachdem Elmex rot bei Denner zu einem günstigeren Preis erhältlich war, Coop den Preis für Elmex rot im Mai 2009 ebenfalls auf CHF 4.40 senkte. Dies zeigt, dass der Verkauf von Elmex rot bei Denner einen Einfluss auf den Intrabrand-Wettbewerb hat.

Grundsätzliche Vorbringen der Parteien zum Intrabrand-Wettbewerb

249. Die Parteien bringen gegen die obigen Ausführungen Folgendes vor:

- Die Prüfung des Intrabrand-Wettbewerbs beschränke sich auf die Analyse des Preiswettbewerbs im Food-Kanal. Der Drug- und Dentalkanal dürften jedoch nicht ausgeklammert werden. So biete beispielsweise die Drogerie Müller Elmex rot zu einem gut [0-10] % günstigeren Preis an als die Lebensmittel-Detailhändler.
- Die Freigabe der beiden Zusammenschlüsse Migros/Denner und Coop/Carrefour impliziere, dass der Wettbewerb zwischen den Schweizer Lebensmittel-Detailhändlern sowohl vor als auch nach den beiden Transaktionen wirksam gewesen sei. Zudem müsse aufgrund der im Rahmen der Zusammenschlussprüfungen Migros/Denner und Coop/Carrefour verfügbaren Auflagen angenommen werden, dass der Wettbewerb weiterhin wirksam sei.
- Der vorangehende Punkt werde unterstrichen durch die Tatsache, dass die Marktabgrenzung in den beiden Zusammenschlussentscheiden enger definiert worden sei als im vorliegenden Fall, in welchem der relevante Markt sowohl Lebensmittel-Einzelhändler als auch Apotheken und Drogerien umfasse.
- Spar dürfe bei der Beurteilung des Intrabrand-Wettbewerbs nicht ausgeklammert werden, da Spar kein Spezialfall sei. Im Übrigen sei es für den Intrabrand-Wettbewerb irrelevant, woher Spar die Produkte beziehe.

250. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

- Betreffend die Berücksichtigung des Drug- und Dental-Kanals ist anzumerken, dass die Preise für Elmex rot im Drug-Kanal – mit Ausnahme von Müller – durchwegs höher sind als im Food-Kanal. Die von Gaba erwähnte Drogerie Müller ist zudem erst seit 2005 in der Schweiz präsent und betreibt nur 28 Filialen (Stand: Mai 2009). Diese geringe Marktdurchdringung suggeriert eine eher untergeordnete Bedeutung dieses Anbieters für den Intrabrand-Wettbewerb.
- Das Vorbringen zur Freigabe der beiden Zusammenschlüsse Migros/Denner und Coop/Carrefour stösst ins Leere, da in diesen Entscheiden eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung von Migros und Coop festgestellt wurde. Damit sich die Wettbewerbssituation auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt nicht substantiell verschlechterte, resp. um die Markteintrittsbarrieren zu senken, verfügte die WEKO in beiden Verfahren Auflagen (vgl. RPW 2008/1, S. 129 ff. und RPW 2008/4, S. 593 ff.). Somit lassen weder die Freigabe der beiden Zusammenschlüsse noch die Tatsache, dass Auflagen verfügt wurden, den Schluss zu, auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt herrsche wirksamer Wettbewerb.

⁴⁹ Denner versuchte, monatlich 20'000 Tuben zu bestellen (vgl. Rz. 15), was einem jährlichen Gesamtbedarf von 240'000 Tuben entspricht. Dies entspricht auch ungefähr der von Denner nun effektiv bezogenen Menge von Gaba. In der Schweiz werden pro Jahr insgesamt ca. [...] Mio. Tuben (Food: ca. [...] Mio. Tuben) Elmex verkauft. Quelle: Angaben von Gaba.

- Die Breite des sachlich relevanten Marktes für Zahnpasta kann nicht mit jener des Lebensmittel-Detailhandels verglichen werden, da letzterer auf dem Sortimentskonzept basiert und somit neben Zahnpasta eine grosse Anzahl weiterer Produkte umfasst (vgl. RPW 2008/1, Rz. 164 und RPW 2008/4, Rz. 55). Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass Apotheken und Drogerien die beiden grossen Schweizer Grossverteiler im Unterschied zu Denner zu disziplinieren vermögen, da die Preise für Elmex rot im Drug-Kanal tendenziell höher sind als im Food-Kanal.
- Entgegen dem Vorbringen von Gebro wird Spar bei der Beurteilung des Intrabrand-Wettbewerbs durchaus berücksichtigt. Auf die Gründe, weshalb Spar als Spezialfall zu behandeln ist, wurde oben ausführlich eingegangen (vgl. Rz. 107). Die Bedeutung von Spar für den Intrabrand-Wettbewerb ist darüber hinaus aus folgenden Gründen als eher gering einzustufen: Erstens verfügt Spar in der Schweiz über bedeutend weniger Verkaufsstellen (ca. 330) als Migros (ca. 540), Coop (ca. 840) und Denner (ca. 730) und somit über eine bedeutend kleinere potenzielle Kundenbasis (vgl. RPW 2008/4, S. 615). Zweitens verfügt Spar beim Verkauf des Produkts Elmex rot in der Schweiz lediglich über einen Marktanteil von [...]%. Drittens bietet Spar Elmex rot nur während [...] Wochen pro Jahr in Aktion an (vgl. Rz. 243). In der übrigen Zeit entsprechen die Normalverkaufspreise jenen von Migros und Coop.

B.3.3.2.4. Fazit

251. Zusammenfassend ergaben die Ermittlungen der WEKO zum Intrabrand-Wettbewerb folgendes Resultat:

- Eine Arbitragemöglichkeit beim Import von Elmex rot wird von Spar und Denner bejaht. Trotz der unterschiedlichen Einstandspreise zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland lohnt sich ein Parallelimport für die übrigen Detailhändler laut eigenen Angaben insbesondere wegen administrativem Aufwand und der fehlenden Verfügbarkeit der nachgefragten Mengen betriebswirtschaftlich nicht.
- Bis September 2009 importierte lediglich Spar Elmex rot parallel. Allerdings stellt Spar insofern einen Spezialfall dar, als sie über [...] parallel importieren kann (vgl. Rz. 107). Die gleiche Möglichkeit steht anderen Schweizer Detailhandelsunternehmen nicht offen.
- Die Preisunterschiede für Elmex rot im Schweizer Lebensmittel-Detailhandel sind gering. Allerdings ist durch die Aktionstätigkeiten ein gewisser Preiswettbewerb um Elmex rot vorhanden. Dieser reicht jedoch nicht aus, um den Intrabrand-Preiswettbewerb als genügend wirksam zu qualifizieren.

252. Somit besteht zwar ein gewisser Intrabrand-Wettbewerb aus Aktionstätigkeiten und den Parallelimporten von Spar. Allerdings ist das Ausmass an Intrabrand-Wettbewerb zu gering, um als genügend wirksam qualifiziert zu werden. Eine Widerlegung der

Vermutung aus Art. 5 Abs. 4 KG allein aufgrund des festgestellten Intrabrand-Wettbewerbs ist folglich nicht möglich. Daher wird im Folgenden der Interbrand-Wettbewerb geprüft.

B.3.3.3. Interbrand-Wettbewerb

253. Zur Analyse des Ausmasses an Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Zahnpastamarken wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta untersucht.

B.3.3.3.1. Aktueller Wettbewerb

Marktteilnehmer

254. Auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta sind vier grosse Hersteller tätig, die alle über starke Marken verfügen:

- Gaba produziert die Marken Elmex und Meridol. Gaba gehört zum Colgate-Palmolive Konzern, welcher die Marken Colgate und Dentagard anbietet.
- Mibelle, eine Tochter der Migros-Gruppe, stellt die Marken Candida und M-Budget her.
- Unilever ist ein international tätiges Konsumgüterunternehmen, welches mit ungefähr 175'000 Beschäftigten in 150 Ländern präsent ist und etwa CHF 64 Mia. Umsatz erwirtschaftet. Unilever stellt die Marke Signal her.
- GlaxoSmithKline ist ein international tätiges Pharmaunternehmen, welches mit ungefähr 100'000 Beschäftigten in 160 Ländern präsent ist und etwa CHF 46 Mia. Umsatz erwirtschaftet. GlaxoSmithKline produziert die Marken Odol und Sensodyne.

255. Daneben existieren zahlreiche kleinere Anbieter wie Doetsch Grether, Weleda, Dr. Wild & Co., Wala, Logocos und Purity Laboratories, die ihre Produkte insbesondere über den Drug-Kanal absetzen. Zudem bieten Lebensmittel-Detailhändler wie Aldi und Coop Eigenmarken von Zahnpasta an.

256. Nachfolgend werden die Marktanteile der Zahnpastahersteller auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta dargelegt. Da der Lebensmittel-Detailhandel den weitestwichtigen Absatzkanal für Zahnpasta darstellt, konzentriert sich die Analyse der Marktanteile auf die verfügbaren Daten dieses Absatzkanals (vgl. Rz. 224).

Marktanteile

257. Das Sekretariat hat zur Schätzung der Marktanteile bei den Lebensmittel-Detailhändlern für die Jahre 2006 und 2007 die abgesetzten Mengen an Zahnpasta sowie die damit erzielten Umsätze erhoben. Zu beachten ist, dass die so kalkulierten Marktanteile lediglich Grössenordnungen wiedergeben, da bei den Berechnungen nur der Lebensmittel-Detailhandelskanal berücksichtigt wurde.

258. Gemäss Gaba müssten die Marktanteile basierend auf den Mengen berechnet werden, weil es zwischen den billigsten und den teuersten Zahnpasten signifikante Preisunterschiede gebe. Würde man auf die Umsätze abstellen, resultiere für Tiefpreisprodukte ein zu tiefer

und für die teuren Produkte ein überhöhter Marktanteil, weil für eine Zahnreinigung unabhängig von der Marke gleichviel Zahnpasta benötigt werde. Diese Ansicht stützt eine Marktanteilstudie von ACNielsen, welche die Marktanteile ebenfalls mengenbasiert ausweist.

259. Die Frage nach der sachgerechten Basis für die Marktanteilsberechnungen muss hier nicht abschlies-

send beantwortet werden, da die Schlussfolgerungen dadurch nicht tangiert werden. Die nachfolgende Tabelle 8 enthält deshalb sowohl mengen- als auch umsatzbasierte Marktanteile der wichtigsten Zahnpastahersteller und deren Zahnpasten.

Tabelle 8: Marktanteile 2007

Hersteller	Produkt	Marktanteil mengenbasiert (in Liter)	Marktanteil umsatzbasiert
Gaba	Elmex rot	[10-20]%	[10-20]%
	Elmex sensitiv	[0-10]%	[0-10]%
	Elmex Kinder & Junior	[0-10]%	[0-10]%
	Meridol	[0-10]%	[10-20]%
	Total	[20-30]%	[40-50]%
Colgate-Palmolive	Colgate	[10-20]%	[10-20]%
	Dentagard	[0-10]%	[0-10]%
	Total	[10-20]%	[10-20]%
Colgate-Palmolive/Gaba	Total	[40-50]%	[50-60]%
Mibelle	Candida	[20-30]%	[10-20]%
	M-Budget	[0-10]%	[0-10]%
	Total	[30-40]%	[20-30]%
Unilever	Signal	[10-20]%	[10-20]%
GlaxoSmithKline	Odol, Sensodyne	[0-10]%	[0-10]%
Aldi	Eigenmarken	[0-10]%	[0-10]%
Coop	Dentalux, Prix Garantie	[0-10]%	[0-10]%
Andere	z.B. Pearl Drops, etc.	[0-10]%	[0-10]%
Total		100%	100%

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

260. Gaba kritisiert an Tabelle 8, dass Denner, Carrefour, Casino, Jelmoli und Loeb darin unberücksichtigt blieben. Zudem seien die Hersteller von Zahnpasta abgesehen von Dr. Wild & Co fälschlicherweise gar nicht befragt worden. Entgegen dem Vorbringen sind Denner und Casino in Tabelle 8 sehr wohl berücksichtigt. Ferner blieben Jelmoli und Loeb aufgrund fehlender Bedeutung unberücksichtigt. Zudem konnte Carrefour nach dem Marktaustritt mangels zuständigem Personal nicht mehr befragt werden. Im Übrigen decken sich die in Tabelle 8 ausgewiesenen Marktanteile mit der oben erwähnten Studie von ACNielsen (vgl. Rz. 258).

261. Bei der Berechnung der Marktanteile stellte sich die Frage, ob die Marktanteile von Gaba jenen von Colgate-Palmolive zugerechnet werden müssen, da Gaba zu Colgate-Palmolive gehört. Laut Colgate-Palmolive ist eine Addition der Marktanteile aus folgenden Gründen abzulehnen:

- Gaba sei ein selbstständiges und autonom am Markt auftretendes Profitcenter innerhalb des Colgate-Palmolive-Konzerns. Colgate-Palmolive und Gaba würden sich mit ihren Produkten als Wettbewerber gegenüberstehen.

- Beide Unternehmen hätten unterschiedliche Marken sowie eigene Marketing- und Verkaufsabteilungen und würden die Beziehungen mit dem Handel separat und unabhängig (inklusive Preisgestaltung) voneinander führen.
- Beide Unternehmen verfolgten eine unterschiedliche Geschäftsstrategie und würden mit unterschiedlichen Vertriebspartnern zusammenarbeiten. Dies zeige sich etwa daran, dass Colgate-Palmolive Denner mit ihren Produkten beliefern und Gaba aufgrund ihres selektiven Vertriebssystems Denner bislang nicht habe beliefern können, da dieser die selektiven Kriterien von Gaba nicht erfüllt habe.

262. Entgegen der Darlegungen von Colgate-Palmolive sind die Marktanteile von Colgate-Palmolive und Gaba zu addieren. Damit wird den Eigentumsverhältnissen Rechnung getragen. Dies entspricht der Praxis der WE-KO⁴⁹ und hat auf das Resultat der Untersuchung keine Auswirkungen.

⁴⁹ Vgl. RPW 2008/1, Migros/Denner, S. 163, Rz. 281; RPW 2008/4, Coop/Carrefour, S. 613, Rz. 170 u. S. 617, Rz. 182.

263. Die Feststellung, wonach die Addition der Marktanteile von Gaba und Colgate-Palmolive keine Auswirkungen auf das Resultat der Untersuchung hat, macht laut Gaba nur dann Sinn, wenn die kumulierten Marktanteile von Gaba und Colgate-Palmolive nicht als Anzeichen von Marktmacht betrachtet würden, da bereits die individuellen Marktanteile von Gaba und Colgate-Palmolive kein Anzeichen von Marktmacht darstellten, wie ein empirischer Test der Marktmacht zeigen würde. Wie unten dargelegt wird, stösst diese Kritik ins Leere, weil aufgrund des besagten Tests nicht geschlossen werden kann, dass bereits Gaba allein nicht über Marktmacht verfügt.

264. Die mengenbasierten Marktanteile in Tabelle 8 illustrieren, dass Colgate-Palmolive/Gaba mit einem Marktanteil von rund [40-50] % eindeutiger Marktführer ist. Gaba allein vereint einen Marktanteil von rund [20-30] % auf sich, wobei die Marke Elmex einen Marktanteil von ca. [20-30] % erreicht und jener von Elmex rot etwa [10-20] % beträgt. Mit Mibelle ([30-40] %) und Unilever ([10-20] %) sind zwei weitere grosse Anbieter auf dem Markt tätig. Daneben ist mit GlaxoSmithKline ein weiteres internationales Unternehmen mit rund [0-10] % Marktanteil präsent. Schliesslich mischen noch kleinere Marktteilnehmer und die Detailhändler mit ihren Eigenmarken mit.

265. Werden die Umsätze als Grundlage zur Berechnung der Marktanteile herangezogen, ist Colgate-

Palmolive/Gaba mit einem Marktanteil von gut [50-60] % Marktführer, gefolgt von Mibelle mit einem Marktanteil von etwas über [20-30] %. Die Marktanteile der anderen Marktteilnehmer verändern sich nicht wesentlich.

266. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Produzentenseite im Schweizer Markt für Zahnpasta konzentriert ist und eine oligopolistische Struktur aufweist. Die Marktanteile der vier grössten Zahnpastahersteller belaufen sich – umsatz- und mengenbasiert – auf über 90 %.

Marktanteilsentwicklung

267. Der Markt für Zahnpasta ist weitgehend gesättigt. Die gesamte Bevölkerung benutzt regelmässig Zahnpasta, weshalb die abgesetzte Menge kaum noch gesteigert werden kann. Gesättigte Märkte gehen oft einher mit stabilen Marktstrukturen. Tabelle 9 illustriert, dass die Marktanteilsschwankungen auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta in der Zeitperiode 2006 bis 2007 als eher gering einzustufen sind. Geringe Marktanteilsschwankungen weisen in der Tendenz auf eine mangelhafte Dynamik des Wettbewerbsgeschehens hin. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich auch Hersteller in einem gesättigten Markt mit geringen Marktanteilsschwankungen heftig konkurrieren, um keine Marktanteile an Konkurrenten zu verlieren. Somit dürfen geringe Marktanteilsschwankungen lediglich als Indikator für eine mangelnde Wettbewerbsdynamik gelesen werden.

Tabelle 9: Marktanteilsschwankungen 2006-2007

Anbieter	Veränderung mengenbasiert	Veränderung umsatzbasiert
Colgate-Palmolive	[...] %	[...] %
Gaba	[...] %	[...] %
Colgate-Palmolive/Gaba	[...] %	[...] %
GlaxoSmithKline	[...] %	[...] %
Mibelle	[...] %	[...] %
Unilever	[...] %	[...] %
Weitere	[...] %	[...] %

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

268. Gaba kritisiert den Schluss geringer Marktanteilsschwankungen, weil diese fälschlicherweise auf Jahresbasis berechnet worden seien. Aufgrund der Aktionstätigkeit gebe es innerhalb eines jeweiligen Jahres beträchtliche Marktanteilsschwankungen. Bei Betrachtung der (mengenbasierten) Marktanteilsveränderungen auf Wochenbasis ergäben sich etwa für Elmex rot Marktanteilsschwankungen zwischen [0-20] % im Zeitraum 2006 bis 2008.

269. Es ist zutreffend, dass es innerhalb eines jeweiligen Jahres aufgrund der Aktionstätigkeiten der Hersteller zu unterschiedlichen Zeitpunkten Marktanteilsschwankungen gibt. Der Dynamik des Marktes wird jedoch besser Rechnung getragen, wenn die Marktanteile auf Jahres-

basis berechnet werden, anstatt kurzfristige Schwankungen zu fokussieren.

270. Der Tabelle 9 ist zu entnehmen, dass es Colgate-Palmolive/Gaba gelang, ihre Marktanteile insbesondere auf Kosten von [...] etwas auszubauen. Zu den Gewinnern gehört insbesondere Elmex rot. Gaba konnte mit diesem Produkt in den letzten fünf Jahren kontinuierlich Marktanteile gewinnen (vgl. Tabelle 10).⁵⁰

⁵⁰ Der Unterschied hinsichtlich des Marktanteils für das Jahr 2007 in Tabelle 8 und Tabelle 10 ist dadurch zu erklären, dass die Marktanteile in Tabelle 8 auf Erhebungen des Sekretariats und jene in Tabelle 10 auf Angaben von Gaba beruhen.

Tabelle 10: Marktanteile Elmex rot (mengenbasiert) 2003-2007

2003	2004	2005	2006	2007
[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Quelle: Angaben von Gaba.

Marktmacht von Gaba

271. Laut Gaba können vertikale Abreden – wie etwa ein absoluter Gebietsschutz – nur dann wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, falls daran Unternehmen mit Marktmacht beteiligt sind. Im Folgenden werden die Argumente von Gaba diskutiert, die laut Gaba belegen sollen, dass Gaba keine Marktmacht besitze. Ein zentraler Punkt in der Argumentation sind die Ergebnisse von zwei im ökonomischen Parteigutachten präsentierten (quantitativen) Methoden. Diese Methoden und deren Resultate werden im Folgenden dargelegt und diskutiert (ii und iii). Anschliessend wird auf weitere Argumente von Gaba eingegangen, die laut Gaba gegen eine marktmächtige Stellung von Gaba auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta sprechen (iv).

i. Vorbemerkung zu den (quantitativen) Methoden

272. Im ökonomischen Parteigutachten wird angenommen, dass weder Colgate-Palmolive noch Gaba vor dem Zusammenschluss im April 2004 über Marktmacht verfügten, da die Fusion der beiden Unternehmen im Jahr 2004 sonst in Österreich und Deutschland⁵¹, Ländern mit ähnlichen Angebots- und Nachfragestrukturen wie die Schweiz, nicht genehmigt worden wäre.

273. Bereits diese Grundannahme ist unzutreffend: Im Rahmen der Zusammenschlussprüfungen in Deutschland und Österreich kam der Marktbeherrschungstest zur Anwendung. Auch wenn durch einen Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, können die beiden Unternehmen sowohl einzeln (vor dem Zusammenschluss) als auch zusammen (nach dem Zusammenschluss) marktmächtig sein.

274. Aus dieser unbegründeten Grundannahme schliesst das Parteigutachten, dass Gaba und Colgate-Palmolive zusammen keine Marktmacht haben können, wenn die Fusion keine Auswirkungen auf die Preise hatte, d.h. wenn der Zusammenschluss keine unilateralen Effekte⁵² generierte. Um dies zu illustrieren, wendet das Parteigutachten zwei Methoden an, die im Folgenden erläutert und diskutiert werden (ii und iii).

ii. Vergleich der relativen Preise

275. Zur Illustration der unilateralen Effekte des Zusammenschlusses Colgate-Palmolive/Gaba werden im Parteigutachten die folgenden relativen Preise in den angegebenen Verkaufsstellen über den Zeitraum 2003 bis 2008 abgebildet:

- Coop: Gaba-Zahnpasten/Signal
- Migros: Gaba-Zahnpasten/Candida
- Coop: Colgate/Signal
- Carrefour: Colgate/Odol Dent 3

276. In den Abbildungen ist kein Trend bzw. Strukturbruch ersichtlich. Deshalb zieht das Parteigutachten den Schluss, dass die relativen Preise von Elmex und Colgate durch die Colgate-Palmolive/Gaba-Transaktion nicht gestiegen seien.

277. Gegen den vorgenommenen Preisvergleich und das gezogene Fazit ist Folgendes einzuwenden:

- Selbst wenn in den Abbildungen ein Trend bzw. Strukturbruch der relativen Preise ersichtlich wäre, wäre dies irrelevant, da der relative Preis als Indikator für unilaterale Effekte ungeeignet ist: Unilaterale Effekte bestehen aus einem internen Koordinationseffekt und einem Gleichgewichtseffekt. Der Gleichgewichtseffekt führt dazu, dass das Preisniveau im gesamten Markt (aller Marken) steigt. Durch eine Betrachtung relativer Preise wird der Gleichgewichtseffekt eliminiert. Der im Parteigutachten gewählte Ansatz ist deshalb nicht geeignet, um das Vorliegen unilateraler Effekte und damit die Zunahme an Marktmacht durch einen Zusammenschluss zu illustrieren.
- Es handelt sich nur um eine Darstellung der relativen Preise zwischen ausgewählten Produkten und ausgewählten Unternehmen. Mit anderen Worten wird in den Abbildungen nicht der Gesamtmarkt dargestellt. Folglich sind aus den Abbildungen keine zuverlässigen Aussagen über den Gesamtmarkt möglich.
- Der gewählte Ansatz ist nicht konsistent mit der folgenden fundamentalen Argumentation von Gaba: Gaba bestreitet einerseits das Vorliegen einer oligopolistischen Marktstruktur, andererseits treten unilaterale Effekte – welche vorliegend illustriert werden sollen – aber nur in solchen Marktstrukturen auf.

iii. Difference-in-Difference Schätzung

278. Im Parteigutachten wird sodann eine nicht näher erklärte Difference-in-Difference (DD)-Schätzung präsentiert, welche aufzeigen soll, dass die Preise der Colgate/Gaba-Produkte nach der Fusion nicht angestiegen seien. Konkret wird ein Parameter geschätzt, welcher

⁵¹ Vgl. Bundeskartellamt, Colgate-Palmolive/Gaba, B3-24520-Fa-154/03.

⁵² Klassische Referenzen zum Konzept der unilateralen Effekte sind R. J. DENECKERE/C. DAVIDSON, Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition, Rand Journal of Economics, 1985, Vol. 16, S. 473-486; C. Shapiro, Mergers with Differentiated Products, Antitrust Magazine, 1996, S. 23-30; G. J. Werden, A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products, Journal of Industrial Economics, 1996, Vol. 44, S. 409-413. Eine Übersicht zum Thema findet sich in Motta (Fn. 36), Kapitel 5.2; L. KAPLOW/C. SHAPIRO, Antitrust, in: A. M. Polinsky/S. Shavell, Handbook of Law and Economics, 2007, Kapitel 4.

einen allfälligen Effekt der Fusion (dargestellt durch eine Dummy-Variable) auf die Preisentwicklung von Elmex aufzeigen soll. Der geschätzte Parameter ist nicht signifikant. Das Parteigutachten schliesst daraus, dass es keinen ökonomisch relevanten und statistisch signifikanten messbaren Effekt der Colgate-Palmolive/Gaba-Transaktion auf die Zahnpasta Preise gebe.

279. Leider wird die durchgeführte DD-Schätzung nicht näher erklärt, so dass der gewählte Ansatz nicht nachvollziehbar ist. Weiter wird nicht darauf eingegangen, über welchen Zeitraum geschätzt wird. Ferner können die Resultate basierend auf die im Parteigutachten zur Verfügung gestellten Informationen nicht überprüft werden.

iv. Weitere Argumente von Gaba gegen das Vorhandensein von Marktmacht

280. Laut Gaba sprechen im Wesentlichen die folgenden Argumente gegen eine marktmächtige Stellung von Gaba:

- Die Nachfragemacht im Schweizer Lebensmittel-Detailhandel stelle eine wichtige Beschränkung für Gaba und Colgate-Palmolive dar.
- Candida sei die stärkste Zahnpastamarke in der Schweiz.
- Die Produzenten von Zahnpasta würden ihren Beitrag zu regelmässigen und beträchtlichen Rabattaktivitäten von Einzelhändlern leisten.
- Die Marktanteile von Colgate-Palmolive/Gaba würden beträchtlich überschätzt, da die Unternehmen grösstenteils unabhängig voneinander operieren würden und Importe und Grosshändler in den Zahlen nicht miteinbezogen seien. Kleinere Einzelhändler würden jedoch rund 40% ihres Bedarfs von ausländischen Lieferanten, einschliesslich Grosshändlern, beziehen.
- Schliesslich würden die Marktanteile im vorliegenden Fall keinen Hinweis auf Marktmacht geben. Die Markteintritts- und Expansionsmöglichkeiten sowie die vorhandene Nachfragemacht würden für genügend wirksamen Wettbewerb sorgen.

281. Diesen Vorbringen ist Folgendes entgegen zu halten:

- Es ist zutreffend, dass eine starke Marktgegenseite den Wettbewerb unter den Unternehmen im relevanten Markt intensivieren kann, indem sie letztere gegeneinander ausspielt. Im vorliegenden Fall vermochte jedoch auch der konzentrierte Schweizer (Lebensmittel-)Detailhandel die Abrede zwischen Gaba und Gebro nicht zu untergraben. Ferner ist nicht auszuschliessen, dass die Marktgegenseite in casu von der Wettbewerbsbeschränkung, die durch den absoluten Gebietschutz generiert wurde, profitierte und deshalb kaum Interesse an einer Destabilisierung der Abrede zwischen Gaba und Gebro hatte: Ein schwächerer Intrabrand-Wettbewerb durch weniger Importe setzt auch die Schweizer Lebensmittel-Detailhändler weniger unter Druck. Somit vermag die Stellung der Schweizer Lebensmittel-

Detailhändler die Marktmacht von Gaba nicht zu beseitigen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass beide Seiten über ein gewisses Mass an Marktmacht verfügen.

- Das Argument, Candida sei die stärkste Zahnpastamarke in der Schweiz, ist für die Beurteilung der Marktmacht von Gaba irrelevant, da Marktmacht nicht mit Marktbeherrschung gleichzusetzen ist: Es ist durchaus möglich, dass sowohl die Hersteller von Candida wie auch jene von Elmex marktmächtig sind, ohne dass einer der beiden Produzenten marktbeherrschend ist. Im Übrigen setzt sich der von Gaba geltend gemachte Marktanteil von Candida aus einem ganzen Bündel verschiedener Candida-Zahnpasten zusammen.
- Das Vorbringen betreffend den Beitrag der Hersteller von Zahnpasta zu den Rabattaktivitäten der Einzelhändler ist weder ein Beleg noch ein Indiz für die Absenz von Marktmacht: Die Hersteller haben ein intrinsisches Interesse daran, die Vermarktung ihrer Produkte beim Endkonsumenten mitgestalten zu können.
- Hinsichtlich der Kritik an der Kalkulation der Marktanteile von Gaba/Colgate-Palmolive sowie deren angeblichen Überschätzung wird auf Rz. 262 verwiesen. Auf das Argument betreffend die angeblich fehlende Berücksichtigung von Importen wurde bereits bei der räumlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz. 204) eingegangen.
- Die Marktanteile stellen nebst anderen lediglich ein Element in der Analyse der Wettbewerbsbedingungen dar.

Aktionstätigkeit

282. Ein weiterer Indikator für das Ausmass von Interbrand-(Preis-)Wettbewerb sind Aktionstätigkeiten. Die Ermittlungen des Sekretariats ergaben, dass bei den häufig verkauften Zahnpastamarken Candida Fresh Gel, Candida Peppermint, Candida Sensitive Plus, Colgate Total, Colgate Fresh Gel, Elmex rot, Elmex sensitiv, Meridol, Signal Antikaries und Signal White System durchschnittlich rund ein Drittel des Verkaufs über Aktionen stattfindet.

283. In diesem Zusammenhang bringt Gaba basierend auf vierwöchigen Verkaufsdaten von ACNielsen vor, dass Aktionen bei Zahnpasta sehr häufig getätigt würden: So habe es bei Coop zwischen 2006 und 2008 lediglich drei Perioden gegeben, in welchen keine Aktion zumindest einer der sechs wichtigen Marken – Colgate Total, Elmex rot, Odol Dent 3, Signal Micro Granuli, Dentagard Kräuter und Sensodyne Multi Care – stattgefunden habe.

Produkt- und Preisdifferenzierung

284. Die Produktpalette von Zahnpasta zeichnet sich durch eine weitgehende Produktdifferenzierung aus (vgl. Rz. 177), alleine Coop verkauft beispielsweise über 30 verschiedene Zahnpasten. Diese Produktdifferenzierung wird kontinuierlich weiterentwickelt: So hat Colgate-Palmolive laut eigenen Angaben in den letzten zwei Jahren fünf neue Zahnpasten in der Schweiz lanciert. Zudem ist die Zahl der Variationen verschiedener Zahn-

pasten im Zeitraum zwischen 2004 und 2008 beachtlich angestiegen.

285. Diese Produktdifferenzierung schlägt sich in einer Preisdifferenzierung nieder: Die Preise der Zahnpasten der Billiglinien von Migros und Coop sowie der Eigenmarke von Aldi sind mit rund CHF 0.70 die tiefsten im Markt. Daneben sind im Handel verschiedene Eigenmarken erhältlich; die mit Abstand am meisten verkaufte ist Candida von Migros. Die Normalverkaufspreise für Candida bewegten sich im Jahr 2008 in einer Bandbreite von CHF 2.90 bis CHF 3.80 während sich jene von Markenprodukten innerhalb einer Bandbreite von CHF 1.95 (Odol Dent 3) und CHF 5.95 (Meridol) befanden. Die

Preisbandbreite, innerhalb welcher Zahnpasten angeboten werden, erhöht sich unter Berücksichtigung des Drug-Kanals zusätzlich. Allerdings nimmt die Bandbreite lediglich im oberen Preissegment zu.

286. Um den bestehenden Wettbewerbsdruck im Markt für Zahnpasta weiter zu eruieren, fragte das Sekretariat die Hersteller von Zahnpasta, wie sie den Wettbewerb zwischen den Herstellern von Zahnpasta hinsichtlich Preis, Produktqualität und Produktinnovation beurteilen. Zur Auswahl standen die Antworten „intensiv“, „mittelmässig“, „schwach“ und „nicht vorhanden“. Die Antworten der Zahnpastahersteller sind in der nachfolgenden Tabelle 11 wiedergegeben.

Tabelle 11: Wettbewerb im Markt für Zahnpasta nach Auffassung der Zahnpastahersteller

	Anzahl Nennungen (N=10)			
	intensiv	mittelmässig	schwach	nicht vorhanden
Preiswettbewerb	7	3	0	0
Qualitätswettbewerb	2	5	3	0
Innovationswettbewerb	4	2	3	1

Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

287. Der Tabelle 11 ist zu entnehmen, dass sieben von zehn Unternehmen, welche die Frage des Sekretariats beantworteten, den Preiswettbewerb als „intensiv“ beurteilen, deren drei als „mittelmässig“. Der Qualitäts- und Innovationswettbewerb wurde mehrheitlich als „mittelmässig“ bis „intensiv“ qualifiziert. Daraus kann geschlossen werden, dass die Zahnpasta-Hersteller den Wettbewerb im Markt insgesamt als funktionierend betrachten.

Markenwechsel von Konsumenten

288. Laut Gaba ist die Bereitschaft und Fähigkeit der Konsumenten, infolge relativer Preisänderungen auf andere Zahnpastamarken umzusteigen, die wichtigste Quelle für Interbrand-Wettbewerb auf der Einzelhandelsebene. Das ökonomische Parteigutachten versucht anhand zweier Methoden aufzuzeigen, dass dieses Wechselverhalten bei Coop und Migros von grosser Bedeutung ist. Drei Streudiagramme, welche die Menge der verkauften Gaba-Zahnpasten bei Coop bei verschiedenen relativen Preisen von Gaba und anderen Zahnpasten im Zeitraum 2003-2008 darstellen, sowie eine Schätzung von Elastizitäten sollen belegen, dass die Konsumenten von Zahnpasta sehr preissensitiv seien: Bereits kleine Veränderungen der Preise führten zu einem starken Wechseln der Konsumenten zwischen den verschiedenen Zahnpasta-Marken. Aus den Resultaten dieser Analysen schliesst Gaba, dass der Interbrand-Wettbewerb funktioniere. Im Folgenden werden die Streudiagramme (i) sowie die Schätzung der Elastizitäten (ii) präsentiert und kommentiert.

i. Streudiagramme

289. Im Parteigutachten werden drei Streudiagramme präsentiert, welche die Menge der verkauften Gaba-Zahnpasten⁵³ bei Coop bei verschiedenen relativen Preisen von Signal, Odol Dent 3 und Dentagard im Vergleich zu Gaba-Zahnpasten im Zeitraum 2003-2008 darstellen. Dem Parteigutachten zufolge zeigen die Streudiagramme, wie die Änderungen der relativen Preise von Signal, Odol Dent 3 und Dentagard im Vergleich zu Elmex die Verkaufszahlen von Elmex beeinflussen. Würden die Marken Signal, Odol Dent 3 und Dentagard als Substitute von Elmex betrachtet, müsste ein positiver Zusammenhang zwischen den relativen Preisen und der verkauften Menge an Gaba-Zahnpasten bestehen. Einzig basierend auf die Streudiagramme zieht das Parteigutachten den Schluss, dass dieser erwartete positive Zusammenhang existiere. Anschliessend wird das Fazit gezogen, die grafische Analyse bestätige die Existenz von Interbrand-Wettbewerb zwischen den untersuchten Marken.

290. An dieser Methode und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen ist Folgendes zu kritisieren:

- Von einem rein deskriptiven Streudiagramm darf kein positiver Zusammenhang zweier Grössen abgeleitet werden. Hierzu wäre eine ökonomische Schätzung nötig, welche von Gaba – trotz Verfügbarkeit der hierfür notwendigen Daten – nicht präsentiert wurde.

⁵³ Diese umfassen Elmex rot, Elmex grün, Elmex Gelée, Elmex Junior, Elmex Kariesschutz Kinder, Elmex mentholfrei, Elmex intensiv und Meridol.

- Selbst wenn mit einer ökonometrischen Schätzung gezeigt werden könnte, dass ein signifikanter positiver Zusammenhang zwischen dem relativen Preis zweier Zahnpasten und der verkauften Menge an Elmex-Zahnpasten bestehen würde, würde dies lediglich die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung untermauern.
- Lediglich das Streudiagramm, welches den relativen Preis von Signal zu Gaba-Zahnpasten gegenüber der verkauften Menge an Gaba-Zahnpasten abträgt (Schaubild 3, Gutachten S. 31), lässt einen positiven Zusammenhang zwischen den beiden Grössen erahnen. In den übrigen Streudiagrammen ist von Auge kein positiver Zusammenhang erkennbar.
- In den Streudiagrammen wird eine selektive Auswahl der verfügbaren Daten dargestellt. Somit geben die Streudiagramme keinen Überblick über den Gesamtmarkt.
- Die Streudiagramme illustrieren lediglich, ob Signal, Odol Dent 3 und Dentagard durch Gaba-Zahnpasten substituiert werden können, nicht aber umgekehrt. Im Parteigutachten wird jedoch gerade mit dem umgekehrten Schluss (Gaba-Zahnpasten können durch Signal etc. substituiert werden) argumentiert. Dieser Umkehrschluss gilt nicht ohne Weiteres.
- Aus der Darstellung der relativen Preise von Signal zu Gaba-Zahnpasten insgesamt im Vergleich zu den Verkäufen von Gaba-Zahnpasten lassen sich keine verlässlichen Aussagen über die Substituierbarkeit zwischen Elmex rot und Signal und somit über das Ausmass an Interbrand-Wettbewerb machen.

ii. Schätzung von Elastizitäten

291. Im Parteigutachten werden Kreuzpreiselastizitäten⁵⁴ (KPE) zwischen Elmex, Meridol⁵⁵ und Candida basierend auf Verkäufen bei Migros berechnet. Hierzu wird die Nachfrage nach Zahnpasta bei Migros mittels eines Logit-Nachfragesystems in vier unterschiedlichen Modell-Spezifikationen geschätzt. Die Resultate zeigen, dass

- die Eigenpreiselastizität von Elmex⁵⁶ zwischen [...] und [...] liegt und demzufolge elastisch ist;
- die KPE zwischen Elmex und [...] zwischen [...] und [...] liegt bzw. zwischen [...] und Elmex zwischen [...] und [...].

292. Basierend auf den Schätzergebnissen schliesst das Parteigutachten auf eine beträchtliche Interaktion zwischen Elmex und Candida sowie auf Preissensibilität der Konsumenten.

293. An der angewandten Methode und den daraus gezogenen Schlussfolgerungen ist Folgendes zu kritisieren:

- Die vorgenommene Schätzung ist nicht nachvollziehbar, da das geschätzte Modell nicht ausgewiesen wird.

- Nur zwei von vier Modell-Spezifikationen weisen KPE im elastischen Bereich aus. In diesen beiden Fällen wird lediglich die vom Sekretariat vorgenommene Marktabgrenzung untermauert. Die im Parteigutachten ausgewiesenen Resultate zeigen denn auch einzig, dass es zu Elmex nähere (Candida) und weiter entfernte ([...]) Substitute gibt. Dies ist in einem Markt mit differenzierten Gütern üblicherweise der Fall.
- Schliesslich wurden nur KPE für Elmex, Meridol und Candida bei einem einzigen Lebensmittel-Detailhändler berechnet. Daraus lassen sich keine Aussagen über die übrigen Marken ableiten und insbesondere nicht über das Ausmass an Interbrand-Wettbewerb auf dem gesamten Markt für Zahnpasta.

Auswirkung der Verfügbarkeit von Elmex rot bei Denner auf den Interbrand-Wettbewerb

294. Laut Gaba hätte die Belieferung von Denner mit Elmex keine Auswirkungen auf den Schweizer Markt für Zahnpasta: Selbst wenn Denner geplant hätte, Elmex rot dauerhaft in der Schweiz anzubieten, würden 20'000 Tuben Elmex rot pro Monat weniger als 1 % des Marktes entsprechen. Wie oben bereits ausführlich dargelegt wurde, hätte eine (frühere) Belieferung von Denner mit Elmex entgegen dem Vorbringen von Gaba über den Intrabrand-Wettbewerb durchaus Wirkungen auf den Markt gezeitigt (vgl. Rz. 248).

Schlussfolgerung

295. Die Produzentenseite im Schweizer Markt für Zahnpasta ist konzentriert und weist eine oligopolistische Struktur auf. Die vier grössten Zahnpastahersteller vereinen einen gemeinsamen Marktanteil von über 90 % auf sich. Trotz dieser hohen Konzentration spielt der aktuelle Wettbewerb in genügendem Ausmass. Ausdruck hiervon sind die rege Aktionstätigkeit und die weitgehende Produkt- und Preisdifferenzierung.

296. Aufgrund des genügenden aktuellen Wettbewerbs kann auf eine Prüfung des potenziellen Wettbewerbs verzichtet werden.

B.3.3.3.2. Fazit

297. Auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta herrscht ein gewisser Interbrand-Wettbewerb.

B.3.3.4. Zwischenergebnis

298. Vor dem 1. September 2006 lag eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor.

⁵⁴ Die Kreuzpreiselastizität von Elmex gibt an, um wieviel Prozent die nachgefragte Menge nach Elmex steigt, wenn der Preis von Meridol bzw. Candida um ein Prozent steigt.

⁵⁵ Meridol ist auch eine Marke von Gaba.

⁵⁶ Die Eigenpreiselastizität von Elmex gibt an, um wieviel Prozent die nachgefragte Menge an Elmex sinkt, wenn der Preis für Elmex um ein Prozent steigt.

299. In casu besteht ausgehend von den Parallelimporten von Spar und den Aktionstätigkeiten der Detailhändler zwar ein gewisser Intra- und Interbrand-Wettbewerb um Elmex rot. Dieser ist jedoch als gering einzustufen. Deshalb vermag der bestehende Intra- und Interbrand-Wettbewerb allein die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nicht zu widerlegen.

300. Auf dem Schweizer Markt für Zahnpasta gibt es jedoch auch Interbrand-Wettbewerb. Ausgehend von einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse ergibt sich, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden kann.

B.3.4. Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

301. Wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, stellt sich die Frage, ob die Abrede, die einen absoluten Gebietsschutz konstituiert, zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG führt.

302. Bei der damit verbundenen Prüfung werden kumulativ sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung.⁵⁷

303. Gegebenenfalls ist dann in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob solche Abreden zu rechtfertigen sind. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

Qualitatives Element

304. Im Fall „Volkswagen Vertriebssystem“ hat die WEKO festgehalten, dass eine Klausel, welche das Verbot von Passivverkäufen in einem selektiven Vertriebssystem bezweckt oder bewirkt, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellt.⁵⁸ Im Fall „Système de distribution Citroën“ hat die WEKO verschiedene Elemente eines Vertriebssystems, die in ihrem Zusammenwirken eine Beschränkung von Passivverkäufen bezweckten, als vertikale Gebietsabsprache und damit als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung qualifiziert.⁵⁹ Dies entsprach auch Ziff. 3.b der damals geltenden (alten) Vertikalkennzeichnung 2002.

305. In ihrer jüngsten Praxis hat die WEKO festgehalten, dass die vertikale Festsetzung von Mindest- oder Fixpreisen und geografische Marktaufteilungen mit absolutem Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet wurden und deshalb das qualitative Element der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ihrem Wesen nach erfüllen.⁶⁰

306. Eine geografische Marktaufteilung mit absolutem Gebietsschutz bestand zwischen Gaba und Gebro zumindest bis zum 1. September 2006. Die entsprechende Klausel im Lizenzvertrag lautete wie folgt:

„GABI [GABA International AG] verpflichtet sich, die Ausfuhr der Vertragsprodukte [Elmex Zahnpaste, Elmex Gelée, Elmex Fluid und Aronal forte Zahnpaste] nach Oesterreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Oesterreich zu vertreiben. Gebro verpflichtet sich ihrerseits, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihr vertraglich zustehenden Gebiet [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.“

307. Die Bestimmung teilt dem Lizenznehmer Gebro Österreich als Vertragsgebiet zu und verbietet ihm, direkte oder indirekte Exporte in Gebiete ausserhalb Österreichs vorzunehmen. Damit lag zwischen Gaba und Gebro bis zum 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte vertikale Marktaufteilung mit absolutem Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor (vgl. Rz. 168). Somit ist das qualitative Element der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung vorliegend gegeben.

Quantitatives Element

308. Hinsichtlich dem quantitativen Element zur Prüfung der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG hielt die WEKO im Fall *Sécateurs et cisailles* Folgendes fest: „...En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets...“⁶¹

309. Vor der Prüfung des quantitativen Elements ist auf die Besonderheit der Auswirkungen einer absoluten Gebietsschutzabrede hinzuweisen: Im Gegensatz zu einer Preisbindung zweiter Hand verpflichtet eine absolute Gebietsschutzabrede die daran beteiligten Unternehmen nicht zur Vornahme, sondern typischerweise zur Unterlassung einer Handlung. Einem verpflichteten Unternehmen wird durch die Abrede vorgeschrieben, Exporte in ein gebietsfremdes Gebiet zu unterlassen. Die Konsequenz einer funktionierenden absoluten Gebietsschutzabrede liegt deshalb darin, dass keine feststellbaren Handlungen in der Form von Parallelimporten nachgewiesen werden können. Sinn und Zweck einer absoluten Gebietsschutzabrede liegt gerade darin, dass keine Parallelexporte vorgenommen werden. Feststellbare Auswirkungen können sich hingegen in einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs bspw. durch ein höheres Preisniveau oder mangelnden Intra- und Interbrand Wettbewerb zeigen.

⁵⁷ R. DÄHLER/P. KRAUSKOPF/M. STREBEL, in: T. Geiser/P. Krauskopf/P. Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, Rz. 8.47.

⁵⁸ RPW 2000/2, Volkswagen Vertriebssystem, S. 209, Rz. 50.

⁵⁹ RPW 2002/3, Système de distribution Citroën, S. 460 f.

⁶⁰ RPW 2009/2, Sécateurs et cisailles, S. 153, Rz. 75.

⁶¹ RPW 2009/2, Sécateurs et cisailles, S. 153, Rz. 75.

310. Da bei einer funktionierenden absoluten Gebietschutzabrede keine Handlungen auf dem relevanten Produktmarkt nachgewiesen werden können, ist auf die potenziellen Auswirkungen abzustellen, die durch Parallelimporte zu erwarten sind. Diese prüft die WEKO in einer Gesamtbetrachtung anhand bestimmter Kriterien, welche sich aus dem jeweiligen Einzelfall ergeben. Bei der vorliegenden absoluten Gebietsschutzabrede handelt es sich aufgrund der folgenden vier Elemente um eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung:

- **Marktstellung von Elmex rot:** Wie in den Rz. 188 ff. hievon ausführlich dargelegt wurde, ist es Gaba gelungen, Elmex durch Werbung ein medizinisches Image zu geben und somit eine erfolgreiche Produktdifferenzierungsstrategie zu betreiben. Überdies ist Elmex die von Zahnärzten meistempfohlene Zahnpasta. Daher handelt es sich bei Elmex rot um ein wohlbekanntes Produkt, welches im Markt stark positioniert ist.
- **Marktanteile:** Die Marktanteile von Elmex rot allein betragen [10-20] % (mengenbasiert) resp. [10-20] % (umsatzbasiert) und die Marktanteile von Gaba betragen [20-30] % (mengenbasiert) resp. [40-50] % (umsatzbasiert) (vgl. Rz. 259, Tabelle 8). Diese Marktanteile sind als beträchtlich einzustufen, unabhängig davon, ob auf das Produkt Elmex rot oder das Unternehmen Gaba abgestellt wird. Wenn ein Unternehmen mit solchen Marktanteilen eine absolute Gebietsschutzabrede vereinbart, ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb dadurch erheblich beeinträchtigt wird.
- **Preisgefälle zwischen der Schweiz und Österreich:** Der durchschnittliche Einstandspreis von Elmex rot in der Schweiz war nach Angaben von Gaba in den Jahren 2005/2006 [signifikant] höher als in Österreich (vgl. Rz. 210 f.). Bei den Endverkaufspreisen liegen für einen Vergleich mit Österreich lediglich die Preisbandbreiten im Food-Kanal vor. Laut Gaba bewegten sich die Endverkaufspreise von Elmex rot im Jahr 2009 in der Schweiz zwischen CHF 4.40 und CHF 4.90 und jene in Österreich zwischen CHF 3.57 und CHF 4.43 (Wechselkurs: 1.567). Somit beläuft sich das Preisdifferenzial zwischen der Schweiz und Österreich für den tiefsten bzw. höchsten Endverkaufspreis auf 23 % bzw. 11 %. Das geringere Preisdifferenzial bei den Endverkaufspreisen im Vergleich zu den Einstandspreisen ist dadurch zu erklären, dass es sich bei den Einstandspreisen um Durchschnittswerte handelt und bei den Endverkaufspreisen um Bandbreiten. Es ist davon auszugehen, dass Elmex rot in der Schweiz im Gegensatz zu Österreich vor allem im oberen Bereich der angegebenen Bandbreite verkauft wurde. Dies gilt insbesondere vor Mai 2009, als Coop die Tube Elmex mit CHF 4.90 noch zum selben Normalverkaufspreis wie die Migros anbot (vgl. Rz. 237) und angesichts der Tatsache, dass über Migros und Coop [>70] % aller über den Food-Kanal abgesetzten Zahnpasten Elmex rot verkauft wurden (vgl. Rz. 229). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Preisdifferenzial sowohl

hinsichtlich der Einstandspreise wie auch der Endverkaufspreise beträchtlich ist.

- **Feststellbarer Effekt im relevanten Markt:** Nachdem Denner im März 2009 mit Elmex rot beliefert wurde und einen tieferen Endverkaufspreis als Migros und Coop festlegte, senkte Coop den Preis für Elmex rot um rund 10 % (vgl. Rz. 20). Dieser Preisrutsch belegt, dass die von Denner abgesetzte Menge einen Effekt auf den Intrabrand-Preiswettbewerb hatte. Zu präzisieren ist, dass die von Denner in der Schweiz verkauften Tuben Elmex rot abgesehen von einem punktuellen Parallelimport im September 2009 aus der Produktion von Gaba und nicht aus einem Parallelimport stammen. Dennoch legt die Reaktion von Coop nahe, dass nachhaltige Parallelimporte in die Schweiz preissenkende Wirkungen gehabt hätten.

311. Gebro bestreitet einen feststellbaren Effekt im relevanten Markt, selbst wenn alle für den Export verfügbaren Vertragsprodukte aus der Produktion von Gebro in die Schweiz gelangt wären. Hierzu ist festzuhalten, dass sich dieses Parteivorbringen nicht mit der Aussage von Gebro an der Zeugeneinvernahme deckt, wonach Gebro an einer Belieferung von 20'000 Tuben Elmex rot (pro Monat) an Denner interessiert gewesen sei und dieser Lieferung auch nachgekommen wäre. Wird also von einer jährlichen Menge von 240'000 Tuben Elmex rot ausgegangen, was ungefähr der von Denner nun effektiv bezogenen Menge von Gaba entspricht (vgl. Fn. 48), so hätte dies einen erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb gehabt.

312. Die Parteien sind der Ansicht, dass in casu keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt und bringen ganz allgemein vor, dass die absolute Gebietschutzklausel nicht der Vertragswirklichkeit entsprach bzw. weder durchgesetzt noch eingehalten wurde. Dies zeige sich insbesondere am Umstand, dass Spar seit 2003 Vertragsprodukte aus der Produktion von Gebro indirekt parallel in die Schweiz importiere.

313. Dem ist entgegen zu halten, dass Spar als Spezialfall nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Rz. 107). Zudem wird auf die Ausführungen in Rz. 109 ff. verwiesen. Im Übrigen haben die Parteien ihre Behauptungen nicht weiter substantiiert (vgl. Rz. 90), sodass die behauptete tatsächliche Nichtanwendung der absoluten Gebietschutzklausel nicht erstellt ist.

314. Gegen das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bringt Gaba zudem Folgendes vor:

- **Kriterien zum Nachweis der Erheblichkeit:** Um das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung bejahen zu können, müsste kumulativ nachgewiesen werden, dass (i) der Intrabrand-Wettbewerb nicht wirksam ist, (ii) die mutmassliche Vereinbarung eine Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs verursacht hat (Kausalität) und (iii) der Interbrand-Wettbewerb nicht wirksam ist.

- De minimis Auswirkung: Selbst wenn Denner geplant hätte, Elmex rot kontinuierlich ins Sortiment aufzunehmen, hätten 20'000 Tuben pro Monat lediglich weniger als 1 % des relevanten Marktes entsprochen. Zudem hätte eine allfällige tiefere Preispolitik von Denner im untersuchungsrelevanten Zeitraum keine Auswirkungen auf die Preispolitik der übrigen Marktteilnehmer, insbesondere von Coop, gehabt. Coop habe eine Preispolitik verfolgt, die bezüglich Markenprodukten derjenigen von Migros entsprochen habe. Erst aufgrund der Übernahme von Denner durch die Migros habe Coop Anfang 2009 ihre Preispolitik geändert und das Preisniveau von ungefähr 600 Markenartikeln auf jenes von Denner gesenkt. Gaba belegt dieses Vorbringen mit einem Parteigutachten von RBB Economics.

315. Hiergegen ist Folgendes einzuwenden:

- Kriterien zum Nachweis der Erheblichkeit: Wären die von Gaba geltend gemachten Kriterien kumulativ erfüllt, könnte die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um Kriterien für den Nachweis einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Für die Qualifikation als eine den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede ist die Hürde indes tiefer. Oben wird dargelegt, weshalb es sich beim vorliegenden absoluten Gebietsschutz um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung handelt.
- De minimis Auswirkung: Betreffend die Vorbringen zu den Auswirkungen der Verfügbarkeit von Elmex rot bei Denner auf den Wettbewerb wird auf Rz. 247 ff. und Rz. 294 verwiesen. Ferner ist festzuhalten, dass Coop den Preis für Elmex rot nicht bereits Anfang 2009 im Rahmen der breiten Preisreduktion auf Markenartikeln senkte, sondern erst im Mai 2009 nachdem Denner Elmex rot im März 2009 ins Sortiment aufgenommen hatte. Im Übrigen sind die Hintergründe der Preissenkung von Elmex rot bei Coop nicht bekannt. Fakt ist, dass die Aufnahme von Elmex rot im Sortiment von Denner einen Preisrutsch im Markt ausgelöst hat.

316. Gebro bemängelt, dass das „genügende“ bzw. „ausreichende“ Mass an Wettbewerb nicht definiert werde. Einen Anhaltspunkt dafür, was ein „ungenügender“ bzw. „genügender Preiswettbewerb sein könnte, biete der Entscheid der WEKO i.S. „Markt für Schlachtschweine – Teil B“ (RPW 2004/3, S. 726 ff.). Die WEKO habe in jenem Fall von einem „homogenen Preisniveau“ und einem „engen Preisband“ bei Preisunterschieden von maximal 2-3 % gesprochen (RPW 2004/3, S. 739, Rz. 41). Im vorliegenden Fall seien die Preisunterschiede viel grösser. Dem ist entgegen zu halten, dass die Definition des „genügenden“ bzw. „ausreichenden“ Masses an Wettbewerb im Ermessen der WEKO liegt und im Einzelfall zu beurteilen ist. Darüber hinaus wurde bei der Beurteilung der Erheblichkeit in der Untersuchung „Markt für Schlachtschweine – Teil B“ nicht auf Preisdifferenzen abgestellt (vgl. RPW 2004/3, S. 750, Rz. 72 f.).

317. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kommt die WEKO zum Schluss, dass im vorliegenden Fall sowohl

die qualitativen als auch die quantitativen Kriterien kumulativ erfüllt sind und die absolute Gebietsschutzabrede zwischen Gaba und Gebro nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 KG zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte.

B.3.5. Rechtfertigungsgründe

318. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

319. Im Falle einer absoluten Gebietsschutzabrede gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt (Ziff. 15 Abs. 2 VertBek). Ein möglicher Rechtfertigungsgrund für einen temporären absoluten Gebietsschutz könnte ein zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte darstellen (Ziff. 15 Abs. 4 Bst. a VertBek).⁶² Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall eines Trittbrettfahrerverhaltens von Vertriebshändlern.⁶³

320. Laut den Parteien kann die angebliche Wettbewerbsbeschränkung in Form eines absoluten Gebietsschutzes, selbst wenn sie den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen würde, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Gaba macht im Wesentlichen folgende Rechtfertigungsgründe geltend:

- Markenimage: Eine Belieferung von Denner hätte das Risiko einer deutlichen Schwächung des Markenimages von Elmex zur Folge gehabt.
- Fehlende wirtschaftstheoretische Fundierung: In der Wirtschaftstheorie gäbe es keine Bestätigung für die Annahme, dass die Lieferverweigerung eines bestimmten Händlers dem Wettbewerb schade. Diese Ansicht treffe erst recht zu, wenn der Hersteller – wie in casu – über keine Marktmacht verfügen würde.

⁶² Vgl. EuGH vom 30. Juni 1966 i.S. Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 282; EuGH vom 9. Juli 1969 i.S. Voelck/Verweacke, Slg. 1969, S. 295.

⁶³ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1, Rz. 116(2), MOTTA (Fn. 36), S. 313 ff.; L. TELSER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, Journal of Law and Economics, 1960, Vol. 3, S. 86-105; B. KLEIN, K. MURPHY, Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, Journal of Law and Economics, 1988, Vol. 31(2), S. 265-297.

- Fehlender Kausalzusammenhang: Es gäbe keinen Kausalzusammenhang zwischen der relativen Seltenheit von Parallelimporten und den Lizenzverträgen zwischen Gaba und Gebro. So fehle der Nachweis, inwiefern das Verhalten von Gaba für den Verzicht auf Parallelimporte durch die Schweizer Detailhändler hätte ursächlich sein können. Zudem bestünden in Österreich und der Schweiz divergierende Rechtsvorschriften für Zahnpasta. Ein Parallelimport von Zahnpasta mit Warnhinweisen – wie sie beispielsweise auf Elmex rot enthalten seien – sei nur unter Verletzung der Schweizer Gesetzgebung möglich.
 - Konformität mit EU-Recht: Die Verträge zwischen Gaba und Gebro seien EU-rechtskonform, denn Aktiv- und Passivverkaufsverbote zugunsten des Lizenzgebers (Art. 4 Abs. 2 Bst. b Ziff. i TT-GVO) wären vom Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 1 EGV freigestellt.
 - Gegenseitiger Schutz von Investitionen und Know-how: Die Lizenzverträge mit Gebro würden Gaba einen effizienten und vereinfachten Zugang zum Markt in Österreich über das Vertriebsnetz von Gebro erlauben. Erst die Lizenzverträge würden Gaba ermöglichen, das spezifische Know-how von Gebro in Österreich zu nutzen. Dadurch seien die Vertriebskosten für Elmex rot gesenkt, die Produktion effizient organisiert und technisches Know-how verbreitet worden. Ohne einen minimalen Gebietsschutz wären die Parteien im Jahre 1982 nicht zum Abschluss des alten Lizenzvertrages bereit gewesen, wobei ab 2003 das passive Verkaufsverbot von den Parteien explizit aufgegeben und Spar der Import von Elmex rot ermöglicht worden sei. Diese gelebte Vertragswirklichkeit habe 2006 in den neuen Lizenzvertrag Eingang gefunden.
321. Die Rechtfertigungsgründe sind aus folgenden Gründen nicht stichhaltig:
- Markenimage: Eine Schwächung des Images einer Marke vermag einen absoluten Gebietsschutz mangels Notwendigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht zu rechtfertigen. Das Argument steht zudem im Widerspruch zur Tatsache, dass Denner heute beliefert wird – offenbar ohne der Marke Elmex abträglich zu sein.
 - Fehlende wirtschaftstheoretische Fundierung: Die empirische Evidenz zeigt, dass sich der Intrabrand-Preiswettbewerb seit der Belieferung von Denner mit Elmex rot im März 2009 erhöht hat (vgl. Rz. 237, 248).
 - Fehlender Kausalzusammenhang: Ein fehlender Kausalzusammenhang zwischen der relativen Seltenheit von Parallelimporten und dem Lizenzvertrag zwischen Gaba und Gebro ist kein potenzieller Rechtfertigungsgrund nach Art. 5 Abs. 2 KG. Hinsichtlich dem Vorbringen betreffend den Verzicht auf Parallelimporte durch die Schweizer Detailhändler ist dennoch darauf hinzuweisen, dass Denner nachgewiesenermassen sehr wohl ein Interesse an Parallelimporten von Elmex rot hatte. Es ist darüber hinaus nicht auszuschliessen, dass die übrigen Schweizer Detailhändler deshalb keinen Versuch unternahmen, Parallelimporte von Elmex rot zu tätigen, weil sie den damit verbundenen Aufwand in einem Marktumfeld mit mangelndem Intrabrand-Wettbewerb (vgl. Abschnitt B.3.3.2.4.) gescheut haben. Hinsichtlich dem Vorbringen zu divergierenden Rechtsvorschriften in Österreich und der Schweiz wird auf die Ausführungen in Rz. 115 ff. verwiesen.
- Konformität mit EU-Recht: Betreffend die Vorbringen zur TT-GVO wird auf Abschnitt B.3.2.1.3. verwiesen.
 - Gegenseitiger Schutz von Investitionen und Know-how: Ein temporärer absoluter Gebietsschutz kann geeignet sein, um Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte zeitlich begrenzt zu schützen (Ziff. 15 Abs. 4 Bst. a VertBek). Will ein Hersteller in einen neuen räumlichen Markt eintreten, also beispielsweise seine Produkte zum ersten Mal in ein anderes Land ausführen, muss der Vertragspartner unter Umständen besondere Anlaufinvestitionen tätigen, um die betreffende Marke in dem Markt zu etablieren. Um den Vertragspartner (Gebro) vor Ort von diesen Investitionen zu überzeugen, muss ihm der Hersteller (Gaba) gegebenenfalls einen Gebietsschutz gewähren, damit die Investitionen durch vorübergehend höhere Preise wieder hereingeholt werden können. Im vorliegenden Fall ging es um die Erschliessung des österreichischen Marktes durch den Schweizer Hersteller Gaba. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Gaba für das Gebiet Schweiz einen solchen Schutz benötigt hätte. Im Übrigen vermag ein absoluter Gebietsschutz Investitionen für die Erschliessung neuer Märkte nur zeitlich begrenzt zu rechtfertigen. Bei einem absoluten Gebietsschutz, der während rund 25 Jahren in Kraft war, kann von Kurzfristigkeit keine Rede sein.
322. Gemäss Gebro ist die angebliche absolute Gebietsschutzabrede im Wesentlichen durch folgende Gründe zu rechtfertigen:
- Kapazitätsengpässe: Wenn Gebro Lieferantenanfragen abgewiesen haben sollte, habe dies an personellen, maschinenspezifischen und lager-technischen Kapazitätsengpässen gelegen.
 - Gesetzliche Vorschriften: Eine Verweigerung von Lieferungen ins Ausland könne mit dem Risiko divergierender gesetzlicher Vorschriften und den damit verbundenen straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen gerechtfertigt werden. Dies gelte infolge der unklaren Rechtslage selbst dann, wenn die Inhaltsstoff- und Kennzeichnungsvorschriften in Österreich und der Schweiz effektiv gleichwertig sein sollten.
 - Effiziente Produktionsplanung: Eine seriöse Produktionsplanung zur Gewährleistung einer langfristigen Lieferbarkeit setze einen klaren Rahmen voraus, insbesondere einen Liefervertrag mit Regelung der Mengen, Konditionen, Lieferzeiten,

Packungsformen und Deklaration. Nur so sei die wirtschaftliche Nachhaltigkeit der produktionsspezifischen Investitionen und der vertriebsbezogenen Dispositionen von Gebro gewährleistet, und nur so könne Gebro letztlich auch die Produktions- und Vertriebskosten tief halten. Diesen erforderlichen klaren Rahmen habe es im vorliegenden Fall nicht gegeben. Denner habe Gebro nie direkt kontaktiert, sondern habe ihre Parallelimportabsichten vielmehr verschleiert.

- **Effizientes Marketing:** Parallellieferungen von Vertragsprodukten von Österreich in die Schweiz würden im vorliegenden Fall zu einer Fehlallokation von Marketingressourcen und zu einem Trittbrettfahrerproblem führen. Zum einen erweise sich die marketingmässige Bearbeitung des österreichischen Markts, zu der Gebro durch den Vertriebsvertrag mit Gaba verpflichtet sei, im Umfang der Parallellieferungen in die Schweiz als überflüssig bzw. übermässig. Zum anderen würden die schweizerischen Parallelimporteure als Trittbrettfahrer von Marketingaufwendungen profitieren, die Gaba im schweizerischen Markt tätige, ohne dass Gaba dafür eine Gegenleistung erhalte. Beides mindere den Anreiz von Gebro bzw. Gaba zur Tätigkeit von Marketinganstrengungen in Österreich bzw. der Schweiz und führe im jeweiligen Gebiet letztlich zu ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen. Der Vertriebsvertrag zwischen Gaba und Gebro sehe denn auch einen Kompensationsmechanismus vor, mit dem dieses Trittbrettfahrerproblem bei Parallellieferungen nach Österreich behoben werde solle.

323. Auch diese Vorbringen vermögen den absoluten Gebietsschutz nicht zu rechtfertigen:

- **Kapazitätsengpässe:** Die von Gebro geltend gemachten Kapazitätsengpässe waren – wenn überhaupt – lediglich kurzfristiger Natur. So hat ein Vertreter von Gebro anlässlich der Anhörung vom 8. Juni 2009 vor der WEKO zu Protokoll gegeben, dass Gebro einen Auftrag zur Lieferung von 20'000 Tuben Zahnpasta angenommen und – infolge von Kapazitätsengpässen zwar nicht sofort, aber – zu einem späteren Zeitpunkt geliefert hätte. Somit ist eine Abweisung von Lieferantenanfragen in casu nicht mit kontinuierlichen Kapazitätsengpässen begründbar.
- **Gesetzliche Vorschriften:** Wie in Rz. 115 ff. dargelegt, stellen gesetzliche Vorschriften im vorliegenden Fall kein wirksames Importhindernis in die Schweiz dar. Dass gesetzliche Bestimmungen infolge einer unklaren Rechtslage Gebro davon abgehalten haben sollen, in die Schweiz zu liefern, erscheint angesichts des Umstandes, dass [...] Elmex-Zahnpasta seit mehreren Jahren aus der Produktion von Gebro im Wissen von Gebro in die Schweiz liefert, unplausibel. Hervorzuheben bleibt, dass Spar die Zahnpasta in der Schweiz ohne Umetikettierung verkauft.
- **Effiziente Produktionsplanung:** Eine effiziente Produktionsplanung richtet sich nach der erwarteten Nachfrage, zu der auch Parallelimporte gehö-

ren können. Somit stehen kontinuierliche Parallelimporte einer effizienten Produktionsplanung nicht im Weg. Folglich vermag eine effiziente Produktionsplanung einen absoluten Gebietsschutz nicht zu rechtfertigen.

- **Effizientes Marketing:** Selbst wenn das geltend gemachte Trittbrettfahrerproblem in casu vorliegen würde, wäre eine harte Kartellabrede in Form eines absoluten Gebietsschutzes nicht das mildeste Mittel, um dieses Problem zu beheben. Die Parteien haben zu diesem Zweck für die Periode nach dem 1. September 2006 denn auch ein milderer Mittel in Form von Kompensationszahlungen gewählt, welches an dieser Stelle nicht kartellrechtlich gewürdigt wird. Somit fehlt es bereits an der Notwendigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG. [...].

324. Nebst den von den Parteien vorgebrachten – und wie dargelegt – nicht stichhaltigen Argumenten sind keine weiteren Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ersichtlich. Die Gebietsschutzabrede zwischen Gaba und Gebro kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.3.6. Ergebnis

325. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Vor dem 1. September 2006 lag eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden.
- Die absolute Gebietsschutzabrede beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar ist.

B.4. Sanktionierung

B.4.1. Allgemeine Ausführungen

B.4.1.1. Einleitung

326. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.⁶⁴

⁶⁴ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft KG 2003), BBl 2002, S. 2033 ff.

327. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

B.4.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

B.4.1.2.1. Unternehmen

328. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt⁶⁵. Gaba und Gebro sind als solche Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren⁶⁶.

B.4.1.2.2. Unzulässige Verhaltensweise

329. Art. 49a Abs. 1 KG sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren⁶⁷. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das 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. Im Zusammenhang mit dem ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – der Beteiligung an Abreden – sind für die Sanktionierung zwei Voraussetzungen zu erfüllen⁶⁸: (1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (2) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

330. Wie in den Rz. 100 ff. eingehend dargelegt wurde, lag zwischen Gaba und Gebro vor dem 1. September 2006 eine vertraglich vereinbarte und faktisch umgesetzte unzulässige vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor. Damit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

331. Die Parteien bestreiten, dass im untersuchungsrelevanten Zeitraum eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG bestand. Gaba habe keine Wettbewerbsabrede getroffen, die den wirksamen Wettbewerb beseitigt hätte. Selbst wenn eine solche Wettbewerbsabrede vorläge, könnte die Vermutung widerlegt werden, womit Gaba keine Sanktion auferlegt werden könne. Eine Sanktionierung nach Art. 49a KG setze eine Wettbewerbsabrede voraus, die den wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitige.

332. Zur Frage des Vorliegens einer unzulässigen Abrede sei auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. Rz. 301 ff.). Bezüglich der Sanktionierbarkeit von Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 5 Abs. 4 KG im Falle der Umstossung der gesetzlichen Vermutung ist zu präzisieren, dass in Übereinstimmung mit der aktuellen Praxis der WEKO für die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen: (1) Es muss sich um eine in den Art. 5 Abs. 3 KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beschriebene Wettbewerbsabrede handeln und (2) eine solche Abrede muss

unzulässig sein. Da Art. 49a Abs. 1 KG keine Präzisierung enthält, dass sich die Unzulässigkeit aus dem Grad der Beeinträchtigung ergibt, ist die Sanktionierbarkeit einer Wettbewerbsabrede unabhängig davon gegeben, ob Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.⁶⁹ Zudem ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für die Sanktionsbefreiung genügt.⁷⁰ Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.⁷¹ Da vorliegend zwar die Gesetzesvermutung umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede sich indes nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietsschutzabrede als unzulässig zu qualifizieren.

B.4.1.2.3. Vorwerfbarkeit

333. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt⁷². Da keine Verwaltungssanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, vertrat die WEKO früher die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist⁷³.

⁶⁵ Vgl. anstelle vieler J. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 49a N 6, und P. DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 50 N 8.

⁶⁶ Vgl. oben Rz. 75 ff.

⁶⁷ Vgl. dazu Botschaft KG 2003 (Fn. 53), S. 2036 f.

⁶⁸ Vgl. R. ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, S. 34.

⁶⁹ Vgl. RPW 2009/2, Sécateurs et cisailles, S. 155, Rz. 86.

⁷⁰ Vgl. Botschaft KG 2003, S. 2037.

⁷¹ Vgl. P. REINERT, Art. 49a, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Bern 2007, Rz. 8.

⁷² Botschaft KG 2003 (Fn. 64), S. 2034. Schon die Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff. hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994, S. 153).

⁷³ Vgl. etwa Entscheide der WEKO: RPW 2001/1, BNP/Paribas, S. 152, Rz. 35; RPW 2000/2, X/C-AG und D-AG, S. 262 f., Rz. 30, und RPW 1998/4, Curti & Co. AG, S. 617 f., Rz. 21 ff.; zustimmend R. ZÄCH/A. WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, S. 585 ff., insb. S. 589, sowie P. ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band VI/2 (Kartellrecht), Basel/Genf/München 2000, S. 515 ff.

334. In ihrer aktuellen Praxis zum neuen Art. 49a Abs. 1 KG⁷⁴ nimmt die WEKO Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen⁷⁵. Demnach liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können⁷⁶. In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 102 StGB⁷⁷ (bzw. vor der Revision aArt. 100^{quater} aStGB) betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel festgestellt werden, auch ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann⁷⁸. Ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetzen. Ob darüber hinaus auch Art. 6 EMRK⁷⁹ zur Anwendung gelangen muss⁸⁰, kann offen bleiben.

335. In casu liegt eine vertragliche Vereinbarungen zwischen Gaba und Gebro vor, wonach es Gebro untersagt war, Elmex rot in die Schweiz zu exportieren (vgl. dazu ausführlich Rz. 100 ff.). Die Gesetzesvermutung kann zwar umgestossen werden, die Abrede führt aber zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und kann nicht gerechtfertigt werden, womit sie als unzulässig zu qualifizieren ist. Dabei handelt es sich um eine unzulässige Abrede über die Zuweisung von Gebieten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Für die Einführung und Aufrechterhaltung des absoluten Gebietsschutzes war die Beteiligung sowohl von Gebro wie auch von Gaba notwendig.

336. Gaba und Gebro haben die unzulässige Abrede über die Zuweisung von Gebieten bewusst umgesetzt:

- Der Wortlaut der Gebietsschutzklausel Lizenzvertrag ist klar und unzweideutig. Sowohl Gaba wie auch Gebro waren sich über die Bedeutung und die Tragweite der Gebietsschutzabrede im Klaren.
- Gaba und Gebro sind in ganz Europa tätig. Daher waren ihnen die wettbewerbsrechtlichen Probleme bei der Behinderung von Parallelimporten bekannt, zumal eine Behinderung von Parallelimporten auch nach der EU-Gesetzgebung unzulässig ist.
- Ferner lässt die Unternehmensgrösse von Gaba (vgl. Rz. 3) und Gebro (vgl. Rz. 4) darauf schliessen, dass beide Unternehmen über Organisationen verfügen, von welchen erwartet werden darf, sich über die Tragweite ihres Handelns (auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht) zu informieren.

337. Bezüglich Gebro ist anzufügen, dass sie über eine eigene Tochtergesellschaft in der Schweiz (Gebro Pharma AG mit Sitz in Liestal/BL) verfügt, welche im Vertrieb von Arzneimitteln der Gebro Pharma AG und von Partnerfirmen in der Schweiz tätig ist. Daher war Gebro auch mit den wettbewerbsrechtlichen Regelungen in der Schweiz vertraut.

338. Gaba bringt ferner vor, regelmässig ausführliche Compliance Trainings für ihre Mitarbeiter durchzuführen. Neue Mitarbeiter würden direkt beim Eintritt ins Unternehmen kartellrechtlich geschult, daneben bestünden jährlich aktualisierte Schulungen für alle Mitarbeiter. Neuen Mitarbeitern würde bei der Unterzeichnung ihres Arbeitsvertrages den Code of Conduct von Gaba sowie bei Arbeitsantritt die „Rules of the Road“ (grundlegende Wettbewerbsregeln, welche eingehalten werden müssen) ausgehändigt. Die Mitarbeiter würden daraufhin verpflichtet, schriftlich zu bestätigen, beide oben genannten Dokumente zur Kenntnis genommen zu haben. Zudem hätten die neuen Mitarbeiter ein interaktives e-learning Programm zu absolvieren, welches ausschliesslich wettbewerbsrechtliche Fragen betreffe. Schliesslich würden die neuen Mitarbeiter eine DVD erhalten mit einem persönlichen Compliance Training, welches bestehende Mitarbeiter in den vorangegangenen Monaten absolviert hätten. Alle Mitarbeiter der mittleren und oberen Stufe sowie der Verkaufsabteilungen von Gaba seien verpflichtet, jedes Jahr ein persönliches, auf die Bedürfnisse des Unternehmens zugeschnittenes Training zu absolvieren. Das Programm umfasse ein breites Themenspektrum wie beispielsweise Kartellrecht und ethische Verkaufsgrundsätze. Die ersten Schulungen in diesem Format seien im Jahr 2006 durchgeführt worden und würden nun jährlich erneuert.

339. Gaba reichte zur Dokumentation des von ihr beschriebenen Compliance Programms Dokumente und elektronische Datenträger ein.

340. Angesichts des beschriebenen Compliance Programmes scheint es schwer nachvollziehbar, dass Gaba in der Zeitspanne vom 1. April 2004 bis zur Inkraftsetzung des Distribution Agreements und des Agreements on the Manufacture of Dental Products das in Frage stehende Passivverkaufsverbot nicht aufhob resp. änderte, sondern damit bis zum 1. September 2006 zuwartete – zu einem Zeitpunkt, in dem das im Lizenzvertrag enthaltene Passivverkaufsverbot den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt war. Dies gilt insbesondere

⁷⁴ Vgl. RPW 2007/2, Richtlinien VSW, S. 233, Rz. 307; RPW 2007/2, Terminierung Mobilfunk, S. 298, Rz. 393; RPW 2006/4, Unique, S. 660, Rz. 229.

⁷⁵ Vgl. den Entscheid REKO/WEF in RPW 2002/2, Rhône-Poulenc/Merck, S. 386 ff., insb. 393 ff., 398 ff., und entsprechend Entscheid WEKO in RPW 2002/3, Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben, S. 533 f., Rz. 47 ff.

⁷⁶ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, RPW 2002/2, Rhône-Poulenc/Merck, S. 399 f.

⁷⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, StGB, SR 311.0.

⁷⁸ Dazu und zum Folgenden J. BORER (Fn. 12), Art. 49a N 10 ff. m.w.Hw.

⁷⁹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK, SR 0.101.

⁸⁰ Vgl. den Entscheid REKO/WEF, RPW 2002/2, Rhône-Poulenc/Merck, S. 386 ff., insb. S. 393 ff. Erw. 3 sowie etwa P. ZURKINDEN/H. R. TRÜEB, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich 2004, Art. 50 N 5; ZURKINDEN (Fn. 73), S. 520; BORER (Fn. 12), Art. 49a N 2; F. HOFFET/K. NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129 f. m.w.Hw.

angesichts des klaren Wortlautes der in Frage stehenden Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages. Von einem gut organisierten und tadellos funktionierenden Compliance Programm muss erwartet werden, dass eine vertraglich festgehaltene absolute Gebietsschutzabrede aufgedeckt und behoben wird, zumal der Lizenzvertrag resp. dessen wettbewerbsschädliche Auswirkungen nicht der Handlung eines einzelnen Mitarbeiters zugerechnet werden können.

341. Aus diesen Gründen ist zwar anzuerkennen, dass Gaba seit der Übernahme durch Colgate Palmolive (2004) ein Compliance-Programm implementiert hat, doch für den Zeitraum bis zum 1. September 2006 vermochte das Compliance Programm die kartellrechtlich unzulässige Gebietsschutzabrede, welche vertraglich vereinbart war, nicht aufzudecken und zu beheben. Eine sanktionslose Aufhebung der unzulässigen Abrede wäre während einem Jahr nach Einführung der direkten Sanktionen im Kartellgesetz per 1. April 2004 möglich gewesen (Schlussbestimmung zur Änderung vom 20 Juni 2003, AS 2004 1385).

342. Gebro bringt vor, dass sie und Gaba weder ein Passiv- noch ein Aktivverkaufsverbot praktiziert hätten. Gebro habe sowohl direkt als auch indirekt über ihre österreichischen Abnehmer verschiedenste Exporttätigkeiten entwickelt und fortgeführt. Die Parallellieferungen an Spar Schweiz seien sowohl Gebro wie auch Gaba von Anbeginn bekannt gewesen, so dass Gebro nicht annehmen musste, dass ihr eine Beteiligung an einem Passivverkaufsverbot vorgeworfen würde. Wenn Gebro vereinzelt Anfragen für Lieferungen abgewiesen haben sollte, so sei dies auf Kapazitätsgründe und vertragliche Versorgungspflichten zurückzuführen. Schliesslich macht Gebro geltend, dass im schweizerischen Markt für Zahnpasta ein intensiver Intra- und Interbrand-Wettbewerb herrsche. Für Gebro sei es deshalb klar gewesen, dass der Wettbewerb durch ihre Vereinbarung mit Gaba zu keinem Zeitpunkt erheblich beeinträchtigt resp. beseitigt würde.

343. Diesen Vorbringen von Gebro ist entgegenzuhalten, dass es sich bei der Belieferung von Spar um einen Spezialfall handelt (vgl. Rz. 107). Ferner sind die von Gebro geltend gemachten Kapazitätsengpässe – wie in den vorstehenden Erwägungen dargelegt (vgl. Rz. 323) – nicht ursächlich für eine mögliche Nichtbelieferung und können deshalb an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden. Zudem spielt es für die Vorwerfbarkeit keine Rolle, dass neben der Beteiligung an einem Passivverkaufsverbot zusätzlich Kapazitätsengpässe zu einer Nichtbelieferung eines gebietsfremden Nachfrager geführt hätten. Denn selbst wenn Kapazitätsengpässe ursächlich wären für die Ver- oder Behinderung von Parallelexporten, ändert dies nichts am Umstand, dass das Eingehen eines Passivverkaufsverbotes vorwerfbar ist. Wenn ein Unternehmen sich vertraglich zu einem passiven Verkaufsverbot verpflichtet, muss das Unternehmen von dessen Unzulässigkeit ausgehen, unabhängig von allfälligen (möglichen) Vorwürfen der Wettbewerbsbehörden. Zur Frage des Intra- und Interbrand Wettbewerbs sowie der Prüfung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. Rz. 207 ff., 253 ff. und 301 ff.).

344. Damit haben sowohl Gaba wie auch Gebro den absoluten Gebietsschutz bewusst umgesetzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit ist somit zu bejahen.

B.4.1.2.4. Ergebnis

345. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Gaba wie auch Gebro aus den genannten Gründen mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG seit dem 1. April 2004 erfüllen und somit zu sanktionieren sind.

B.4.2. Sanktionsbemessung

B.4.2.1. Einleitung und gesetzliche Grundlagen

346. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG⁸¹). Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des Verstosses, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

347. Im Folgenden wird gemäss Art. 49a KG zunächst die im vorliegenden Fall mögliche Maximalsanktion bestimmt, die den beteiligten Unternehmen auferlegt werden kann. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien (erschwerende und mildernde Umstände) nach SVKG angemessen zu berücksichtigen.

348. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände⁸². Die effektive Höhe des Betrages wird nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

B.4.2.2. Sanktionsbemessung für Gaba

B.4.2.2.1. Maximalsanktion

349. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens, d.h. die Maximalsanktion, liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

⁸¹ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

⁸² RPW 2006/4, Unique, S. 662, Rz. 242, RPW 2007/2, Terminierung Mobilfunk, S. 299, Rz. 401, RPW 2007/2, Publigroupe, S. 235, Rz. 320.

350. Gaba erzielte in den Jahren 2004, 2005 und 2006 in der Schweiz Umsätze in der Höhe von CHF [...], CHF [...] und CHF [...]. Der Gesamtumsatz im Zeitraum 2004 bis 2006 beträgt somit CHF [...]. Folglich beläuft sich die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in casu auf CHF [...].

351. Gaba macht geltend, dass bei Vertikalabreden keine Sanktion ausgefällt werden dürfe, die beinahe [...] % der Maximalsanktion ausmachen würde. Gaba stützt sich dabei auf die vormalig gültigen Leitlinien der EU für die Festsetzung von Geldbussen nach Massgabe der EWR-Wettbewerbsregeln⁸³. Die Leitlinien würden Verstösse in drei Gruppen unterteilen: Minder schwere Verstösse, schwere Verstösse und besonders schwere Verstösse. Vor diesem Hintergrund handle es sich vorliegend höchstens um einen minder schweren Verstoss, da die Vereinbarung zwischen Gaba und Gebro keine Auswirkungen auf den relevanten Markt hatte. Nach Massgabe vorgenannter Leitlinien betrage der maximale Sanktionsrahmen für solche Verstösse EUR 1000 bis 1 Mio.

352. Dazu ist vorab festzuhalten, dass den Leitlinien der EU zufolge minder schwere Verstösse einen relativ engen Teil des Gemeinschaftsmarktes betreffen. Die nächst höhere Stufe, schwere Verstösse, zeichnen sich dadurch aus, dass sie entschlossener angewandt, umfassendere Auswirkungen auf den Markt zeitigen und in einem grösseren Teil des Gemeinsamen Marktes zum Tragen kommen können. Die voraussichtlichen Beträge für solche Verstösse bewegen sich zwischen EUR 1 Mio. bis 20 Mio. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist kritisch anzumerken, dass es fraglich scheint, ob die Abrede zwischen Gaba und Gebro nach der Rechtsprechung der EU als minder schwer qualifiziert würde, zumal Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages Gebro jegliche Exporte – egal in welches Land – verbietet und damit mehr als nur ein relativ enger Teil des Gemeinschaftsmarktes betroffen gewesen wäre. Daher ist dieses Vorbringen von Gaba zu relativieren und es kann im vorliegenden Fall, insbesondere unter Berücksichtigung der entsprechenden europäischen Praxis (vgl. Rz. 105), von einem schweren Verstoss ausgegangen werden. Die einzelnen Ausführungen zur konkreten Sanktionsbemessung folgen im nächsten Abschnitt.

B.4.2.2.2. Konkrete Bemessung

353. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des Verstosses und der dadurch erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen.

354. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der WEKO steht⁸⁴. Zur Bemessung des Sanktionsbetrages wird in der Botschaft konkretisiert, dass der Sanktionsrahmen von 0-10 % einerseits in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, andererseits „aber den Behörden in geringfügigen Fällen die Belastung mit Beträgen von lediglich symbolhaftem Charakter“ ermöglicht⁸⁵. Aus diesem Grund verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle: Die Höhe der Sanktion könne im Falle besonders leichter Verstösse auch entsprechend milde bemessen

werden⁸⁶. Damit steht der WEKO von Gesetzes wegen ein breiter Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemässen Ermessen auszuschöpfen hat. Eingeschränkt wird das Ermessen indes durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung.

355. Die effektive Höhe des Betrages wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz anhand der konkreten Umstände bemessen⁸⁷. Die Literatur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission⁸⁸, wobei zu beachten ist, dass die KG-Sanktionsverordnung über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist⁸⁹. Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Begebenheiten. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis der REKOWEF bzw. des BVGer überein⁹⁰.

B.4.2.2.2.1. Basisbetrag

356. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

Obergrenze des Basisbetrags

357. Die Umsätze, die Gaba in den Jahren 2004, 2005 und 2006 mit Zahnpasta in der Schweiz erzielte, betragen CHF [...], CHF [...] und CHF [...]. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich im vorliegenden Fall somit auf CHF [...].

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

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

359. Im Rahmen der Schwere des unzulässigen Verhaltens gemäss Art. 2 Abs. 1 SVKG ist Folgendes zu berücksichtigen:

⁸³ Vgl. Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (Abl. 98/C 9/ 03).

⁸⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden P. DUCREY (Fn. 65), Art. 50 N 15.

⁸⁵ Vgl. Botschaft KG 2003 (Fn. 64), S. 2038.

⁸⁶ Vgl. Botschaft KG 2003 (Fn. 64), S. 2037 f.

⁸⁷ Vgl. schon Botschaft 1994 (Fn. 64), S. 154.

⁸⁸ Eingehend zur Frage der straf- oder verwaltungsrechtlichen Natur (von Art. 50 KG) L. MOREILLON, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Tercier/Bovet (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, Remarques liminaires aux art. 50–53 N 11 ff. m.w.Nw., Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (Fn. 65), Art. 50 N 15, und zur europäischen Praxis die Nachweise in RPW 2006/4, S. 662.

⁸⁹ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn. 93), S. 1.

⁹⁰ Auch die REKOWEF hat in einem Entscheid teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird (Entscheid REKOWEF, RPW 2002/2, Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc., S. 386 ff., insb. S. 400 ff. Erw. 4). Vgl. zum Ganzen auch BVGer, Urteil B-2157/2006 vom 3.10.2007, RPW 2007/4, Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission, S. 673 ff.

- Vorliegend wurde Gebro durch Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages verboten, Produkte ins Ausland zu exportieren. Dieses Verbot galt uneingeschränkt. Hält man sich die Praxis der Europäischen Kommission vor Augen, wonach Abreden betreffend die Behinderung von Parallelimporten als besonders schwere Wettbewerbsverstösse⁹¹ betrachtet werden, ist Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages zwischen Gaba und Gebro dem Grundsatz nach als schwerer Verstoss einzustufen.
- Für die Parteien spricht zudem der Umstand, dass Spar – trotz absolutem Gebietsschutz Elmex rot aus Österreich parallel importieren kann. Kritisch anzuführen ist diesbezüglich jedoch, dass Spar über [...] importiert und in der Schweiz auf dem Lebensmittel-Detailhandel ein kleiner Anbieter mit einem Marktanteil von lediglich rund [0-10] %⁹² ist. Dennoch führt der Parallelimport von Spar auf dem Schweizer Markt zu einem gewissen Intrabrand-Wettbewerb, insbesondere über Aktionen.
- Erstens wurde der Vertrag zwischen Gaba und Gebro, der ein Verbot des Passivverkaufs enthielt, vor dem Inkrafttreten des Art. 49a KG (1. April 2004) abgeschlossen und galt bis am 1. September 2006. Für die Höhe der Sanktion massgebend kann somit nur die Dauer des Verstosses seit dem 1. April 2004 sein.
- Zweitens wurde der Lizenzvertrag per 1. September 2006 durch ein neues Vertragswerk bestehend aus dem Distribution Agreement und dem Agreement on the Manufacture of Dental Products ersetzt, mithin das vormals vereinbarte Verbot von Passivverkäufen formell aufgehoben. Die nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbare Zeitperiode umfasst somit den 1. April 2004 bis zum 1. September 2006.

360. Zu den obigen Ausführungen bringt Gaba vor, dass sie davon ausgehen durfte, dass der Lizenzvertrag kartellrechtskonform war, da dieser nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG falle und zudem eine Technologietransfervereinbarung sei, welche nach dem Recht der EU aktive und passive Verkaufsverbote rechtmässig vorsehen könne. Zudem sei Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages nicht mehr gelebt worden. Schliesslich sei Gebro nicht in ihrer Freiheit beschränkt worden, sondern habe aufgrund von Kapazitätsengpässen keine Waren liefern können. Falls ein Verstoss vorläge, so handle es sich dabei höchstens um einen besonders leichten.

361. Diesen Vorbringen von Gaba ist entgegenzuhalten, dass auch Lizenzverträge von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden können (vgl. Rz. 102). Hinsichtlich den Vorbringen zur TT-GVO wird auf die Ausführungen in Rz. 159 ff. verwiesen. Was die Vertragswirklichkeit angeht, so wurde bereits in den vorstehenden Erwägungen dargelegt (vgl. Rz. 106 ff.), dass die Behauptung, Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages sei nicht gelebt worden, als Schutzbehauptung einzustufen ist. Schliesslich greift auch das Argument der Kapazitätsengpässe zu kurz (vgl. Rz. 323).

362. Die obigen Ausführungen führen zum Schluss, dass es sich bei der in Frage stehenden Gebietsschutzabrede mindestens um einen mittelschweren Verstoss handelt. Somit rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf 5% des Umsatzes festzusetzen, den Gaba in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF [...].

B.4.2.2.2.2. Dauer des Verstosses

363. 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 % möglich⁹³. Für den vorliegenden Fall sind dabei zwei Besonderheiten zu beachten:

364. Dagegen bringt Gaba vor, dass der berechnete Basisbetrag nicht erhöht werden könne, weil Spar seit 2003 Parallelimporte tätige, wodurch belegt werde, dass Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages keine Wirkungen mehr entfaltet habe.

365. Dieses Argument ist nicht stichhaltig, denn wie bereits in den vorstehenden Erwägungen dargelegt wurde, handelt es sich bei Spar um einen Spezialfall, da sie über [...] Elmex rot parallel importieren konnte (vgl. vorne Rz. 107). Darüber hinaus hat Gaba nicht rechtsgenüglich dargelegt, dass Ziff. 3.2. des Lizenzvertrages nicht mehr gelebt wurde.

366. Folglich hat der Wettbewerbsverstoss rund zweieinhalb Jahre gedauert. Deshalb wird der Basisbetrag um 20 % erhöht. Er beläuft sich somit auf CHF 4'820'580.–.

B.4.2.2.2.3. Erschwerende und mildernde Umstände

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

368. In casu sind keine erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG ersichtlich.

369. Bezüglich der mildernden Umstände macht Gaba geltend, dass sie aktiv mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet habe und von Anfang an dargelegt hätte, dass sie in keiner Art und Weise Denner gehindert hätte, Parallelimporte zu tätigen. Gaba habe Unternehmen wie Spar sogar an den österreichischen Lizenznehmer verwiesen. Zudem tätige Spar seit 2003 Parallelimporte, was weder durch Gaba noch durch Gebro verhindert worden sei.

⁹¹ Vgl. STOCKENHUBER (Fn. 9), Rz. 189 f.

⁹² Vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 615, Rz. 175.

⁹³ Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) des Sekretariats der WEKO (nachfolgend: Erläuterungen SVKG), S. 3, abrufbar unter www.WEKO.admin.ch/imperia/md/images/WEKO/33.pdf.

370. Dazu ist zu sagen, dass Gaba zwar von Anfang ihre Sichtweise dargelegt hatte, also den in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss bestritt. Die Darlegungen von Gaba gingen indes nicht über die gesetzlichen Anforderungen (Art. 40 KG) hinaus, zumal die Zusammenarbeit jeweils im Rahmen von Befragungen oder auf die Zustellung des Antrages des Sekretariates hin erfolgten. Im Übrigen hat Gaba nicht über das übliche Mass hinaus mit den Wettbewerbsbehörden zusammengearbeitet, als es von Adressaten von kartellrechtlichen Untersuchungen erwartet werden darf. Daher kann dieses

Argument von Gaba nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden. Bezüglich Spar sei wiederum auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vgl. Rz. 107).

371. Im Übrigen liegen keine mildernden Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG vor.

B.4.2.2.4. Ergebnis

372. Die nachfolgende Tabelle 12 fasst die Bussenberechnung für Gaba zusammen:

Tabelle 12: Bussenberechnung

	Jahr			
	2004	2005	2006	2004-2006
Gesamtumsatz in der Schweiz	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Maximalsanktion				CHF [...]
Umsatz im relevanten Markt: 10%	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Maximaler Basisbetrag: 10%				CHF [...]
Art und Schwere des Verstosses: 5%				CHF [...]
Basisbetrag				CHF [...]
Dauer: +20%				CHF [...]
Total				CHF 4'820'580

373. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren wird eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 4'820'580.– für Gaba als angemessen erachtet.

B.4.2.3. Sanktionsbemessung für Gebro

374. Die konkrete Bemessung der Sanktion für Gebro erfordert eine eingehende Betrachtung ihrer Beteiligung an der Abrede. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der WEKO steht (vgl. Rz. 354 f.).

375. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die Behinderung von Parallelimporten grundsätzlich einen als schwer zu qualifizierenden Verstoss darstellt. In casu besteht allerdings hinsichtlich der Vereinbarung und der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede [...], welches die konkrete Sanktionsbemessung für Gebro massgeblich beeinflusst. Bei der Gegenüberstellung der (wirtschaftlichen) Interessen der beiden Unternehmen wird ersichtlich, dass [...]:

- Gebro war bzw. ist für die Produktion und den Vertrieb von Gaba-Produkten in Österreich [...]. Gaba hingegen hätte für die Produktion und den Vertrieb ihrer Produkte in Österreich auch eine andere Gesellschaft betrauen oder sich dazu entschliessen können, eine eigene Tochtergesellschaft in Österreich zu gründen. Folglich war Gebro bei den Vertragsverhandlungen bereits

aufgrund dieser Konstellation in der schwächeren Position: Gaba hatte die Möglichkeit, [...]. Es ist davon auszugehen, dass Gebro nichts anderes übrig blieb, als die Vertragsbedingungen von Gaba zu akzeptieren, um nicht den Vertragsabschluss zu gefährden. Gaba war daher in der Lage, gewisse Vertragsbedingungen gegenüber Gebro einseitig durchzusetzen.

- Hinsichtlich der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede fällt ins Gewicht, dass Gebro der WEKO mitteilte, ihr Hauptaugenmerk gelte dem österreichischen Markt. Gaba hingegen konnte die Zunahme von Wettbewerbsdruck mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede verhindern und hatte bereits von daher ein höheres Interesse an der Durchsetzung der Abrede: So hätte der Discounter Denner bei einer Belieferung mit Elmex rot die Zahnpasta aller Voraussicht nach billiger angeboten als die übrigen Schweizer Detailhändler (vgl. Rz. 208). Dies hätte den Preisdruck auf die übrigen Detailhändler und damit auch (indirekt) auf Gaba erhöht. Mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede konnte Gaba diesen Druck auf die Einstandspreise verhindern, was ihren (wirtschaftlichen) Interessen zu Gute kam.
- Da die vertragliche Beziehung zwischen Gebro und Gaba seit mehr als 25 Jahren besteht und Gebro in dieser Zeit Investitionen in die Produktion und den Vertrieb von Gaba-Produkten getätigt hat, ist davon auszugehen, dass Gebro kaum die Kündigung der bestehenden Verträge riskieren

würde. Dies wird insbesondere dadurch verdeutlicht, dass Gebro bei der Erneuerung der Verträge per 1. September 2006 eine Informationspflicht bei Bestellungseingängen aus dem Ausland auferlegt wurde, und eine Verletzung dieser Pflicht eine Vertragsverletzung darstellen würde, [...].

- Hinzu kommt, dass Gaba ausser in Österreich in allen an die Schweiz angrenzenden Nachbarländern mit einer eigenen Tochtergesellschaft im Markt tätig ist.⁹⁴ [...].

376. All diese Gründe verdeutlichen, dass die Gebietsabrede Gaba einseitig begünstigte. [...].

377. Die Gesamtwürdigung der vorstehend aufgeführten Argumente führt daher zum Schluss, dass zwar sowohl Gaba wie auch Gebro die in Frage stehende Gebietschutzabrede bewusst umgesetzt haben, dies jedoch insoweit relativiert werden muss, [...]. Dadurch war es Gaba möglich, ihre Vertragsbedingungen gegenüber Gebro durchzusetzen.

378. Basierend auf diese Überlegungen ist die Sanktion gegen Gebro auf einen symbolischen Betrag zu begrenzen. Unter Würdigung der vorstehend genannten Umstände sowie unter Berücksichtigung der Schwere des vorliegend beurteilten Verhaltens und des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigt sich eine symbolische Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 10'000.– für Gebro.

379. Gaba bestreitet die Sanktionsbemessung für Gebro und dabei insbesondere, dass mit der Durchsetzung der Gebietsschutzabrede die Zunahme von Wettbewerbsdruck verhindert werden konnte und Gaba deshalb ein höheres Interesse an der Gebietsschutzklausel hatte. Weiter führt Gaba an, dass es sich bei Gebro nicht um eine schwache Gegenpartei, sondern um ein bedeutendes Pharmaunternehmen handle. Sowohl der alte wie auch der neue Lizenzvertrag sei im Interesse beider Parteien geschlossen worden. Die Gebro auferlegte Sanktion zeige zudem, dass die Gaba auferlegte Sanktion unverhältnismässig hoch sei. Diese Vorbringen stossen aufgrund der obigen Ausführungen ins Leere.

B.4.2.4. Ergebnis

380. Aufgrund der genannten Erwägungen sowie unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren wird Gaba mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 4'820'580.– gebüsst.

381. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände wird Gebro mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 10'000.– gebüsst.

B.5. Ergebnis

382. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Vor dem 1. September 2006 lag eine vertraglich vereinbarte vertikale Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG vor.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch die

Kombination des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs umgestossen werden.

- Die absolute Gebietsschutzabrede beeinträchtigt den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor.

Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar ist.

383. Gaba wird mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 4'820'580.– gebüsst.

384. Gebro wird mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in Höhe von CHF 10'000.– gebüsst.

C. Kosten

385. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

386. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100-400.–. 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).

387. Der Zeitaufwand der Vorabklärung belief sich auf insgesamt 103 Stunden, welcher nach folgenden Stundenansätzen verrechnet wird:

- 11 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 1'320.–;
- 89.5 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 17'900.–;
- 2.5 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 625.–.

Die Kosten für die Vorabklärung belaufen sich gesamthaft auf CHF 19'845.–.

388. Der Zeitaufwand der Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 1'539.55 Stunden, welcher nach folgenden Stundenansätzen verrechnet wird:

- 318 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 38'160.–;
- 1'143.55 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 228'710.–;
- 78 Stunden zu CHF 250.–, ergebend CHF 19'500.–.

Die Kosten für die Untersuchung belaufen sich gesamthaft auf CHF 286'370.–.

389. Dies ergibt Gesamtkosten von insgesamt CHF 306'215.– (1'642.55 Stunden).

390. Die Gebühren werden wie folgt unter Gaba und Gebro aufgeteilt: In Analogie zu den Überlegungen zur Verwaltungssanktion (vgl. Rz. 374 ff.) bezüglich der Interessenasymmetrie zwischen Gaba und Gebro wird Gebro mit CHF 10'000.– und Gaba mit CHF 296'215.– belastet.

⁹⁴ Vgl. http://www.gaba.ch/htm/503/de_CH/Laenderpraesenz.htm, besucht am 01.12.2008.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass der Lizenzvertrag vom 1. Juli 1982 zwischen Gaba International AG und Gebro Pharma GmbH bis zum 1. September 2006 eine unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG enthielt.
2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
3. Gaba International AG wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 4'820'580.– belastet.
4. Gebro Pharma GmbH wird für das unter der Ziff. 1 beschriebene Verhalten mit einem Betrag von CHF 10'000.– belastet.
5. [Verfahrenskosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]
[Eröffnung]

B 2.2	2. Preispolitik Swisscom ADSL
--------------	--------------------------------------

<i>Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG.</i>	B.3.1.2.4 Ergebnis	145
<i>Enquête selon l'article 27 ss LCart.</i>	B.3.2 Unzulässige Verhaltensweise	145
<i>Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart.</i>	B.3.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen	146
<i>Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2009 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Preispolitik Swisscom ADSL wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG.</i>	B.3.2.1.1 Kosten-Preis-Schere Tests	149
	B.3.2.1.2 Unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot	159
	B.3.2.1.3 Auswirkungen innerhalb von Swisscom	164
	B.3.2.1.4 Zwischenfazit	166
<i>Décision de la Commission de la concurrence du 19 octobre 2009 concernant l'enquête selon l'article 27 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart], RS 251) concernant la politique de prix Swisscom ADSL relative à une pratique illicite selon l'article 7 KG.</i>	B.3.2.2 Behinderung von Wettbewerbern	166
	B.3.2.3 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe	167
	B.3.3 Ergebnis	167
	B.4 Sanktionierung	167
<i>Decisione della Commissione della concorrenza del 19 ottobre 2009 relativa all'inchiesta secondo l'articolo 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart], RS 251) relativa alla politica dei prezzi di Swisscom ADSL a causa di una pratica illecita secondo l'articolo 7 LCart.</i>	B.4.1 Einleitung zur Sanktionierung	167
	B.4.1.1 Angebliche Verletzung der Garantien gemäss Art. 6 EMRK	167
	B.4.1.2 Die Heilung angeblicher Verfahrensmängel	168
	B.4.2 Sanktionierung von Swisscom	170
	B.4.3 Vorwerfbarkeit	170
	B.4.4 Bemessung	176
	B.4.4.1 Maximalsanktion	176
	B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung	176
	B.4.4.2.1 Basisbetrag	176
	B.4.4.2.2 Dauer des Verstosses	179
	B.4.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände	180
	B.4.5 Ergebnis	181
Inhaltsverzeichnis	C KOSTEN	182
A SACHVERHALT	D DISPOSITIV	182
A.1 Gegenstand der Untersuchung		
A.2 Verfahren		
B ERWÄGUNGEN	Tabellenverzeichnis	
B.1 Geltungsbereich	Tabelle 1:	
B.2 Vorbehaltene Vorschriften	Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse	132
B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	Tabelle 2:	
B.3.1 Marktbeherrschende Stellung	Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Unternehmen im Dezember 2007	134
B.3.1.1 Der relevante Markt	Tabelle 3:	
B.3.1.1.1 Vorbemerkungen zu ADSL	Die durchschnittlichen Margen der vier grössten ADSL-Anbieter der Schweiz im Jahr 2006 und 2007 sowie deren Berechnung (Franken pro Kunde pro Monat)	150
B.3.1.1.2 Sachlich relevanter Markt		
B.3.1.1.3 Räumlich relevanter Markt		
B.3.1.1.4 Zwischenergebnis zum relevanten Markt		
B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung		
B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb		
B.3.1.2.2 Einfluss des nachgelagerten Marktes		
B.3.1.2.3 Potenzieller Wettbewerb		

Tabelle 4: Wirtschaftlichkeitsrechnung inkl. Trennung der Akquisitionskosten mit den Angaben von Swisscom	155
Tabelle 5: Identische Rechnung wie in Tabelle 4 mit linearer Abschreibung der Akquisitionskosten über vier Jahre	155
Tabelle 6: Gegenüberstellung der Retail-Verluste von Bluewin und den Wholesale-Gewinnen von Swisscom (Wholesale)	156
Tabelle 7: Gegenüberstellung von Retail-Preis und Wholesale- Kosten (Franken pro Monat)	160
Tabelle 8: Betriebsertrag und Verlust von Bluewin in Tausend Franken	164
Tabelle 9: Erfolgsrechnung von Bluewin für die xDSL-Breit- banddienste in Tausend Franken	165
Tabelle 10: Umsatz und Ertrag von Swisscom Wholesale BBCS in Tausend Franken	165
Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in Franken	181
Abbildungsverzeichnis	
Abbildung 1: Schematische Darstellung eines xDSL-An- schlusses	122
Abbildung 2: Schematische Darstellung des Breitbandmarktes in der Schweiz	130
Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung der beiden Technologien ADSL und Kabel	135
Abbildung 4: Die Marktanteilsentwicklung der fünf grössten Breitbandinternetanbieter der Schweiz vom Januar 2001 bis Dezember 2007	136
Abbildung 5: Die Anzahl geschalteter Breitbandanschlüsse basierend auf Kabel- und auf ADSL-Technologie vom Januar 2000 bis Dezember 2007	137
Abbildung 6: Die Anzahl Breitbandanschlüsse der grössten fünf Anbieter von Januar 2001 bis Dezember 2007	138
Abbildung 7: Die Marge von Bluewin (Swisscom) im Bereich DSL (Test 1)	150
Abbildung 8: Die Marge von Sunrise (Test 2)	151
Abbildung 9: Die Marge von Tele2 (Test 2)	152

Abbildung 10: Die Verluste von Bluewin mit und ohne abgeschrie- bene Akquisitionskosten	156
---	-----

Häufig verwendete Abkürzungen

Abkürzung	Bedeutung
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBCS	Broadband Connectivity Service
BGer	Bundesgericht
CATV	Cable Television (Network)
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
FDA	Fernmeldedienstanbieter
FMG	Fernmeldegesetz
ISP	Internet Service Provider
KG	Kartellgesetz
n.a.	not available
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
SVKG	Sanktionsverordnung
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
WEKO	Wettbewerbskommission
xDSL	Digital Subscriber Line (x steht für eine Variable)

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 20. Oktober 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 ff. des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die Untersuchung wurde gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (beide: Swisscom) eröffnet.

2. Gegenstand der Untersuchung ist die Preispolitik von Swisscom im Bereich der ADSL-Dienste (Asymmetric Digital Subscriber Line), also von Breitbandinternetdiensten. Insbesondere ist abzuklären, ob die Preise für die Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste von Swisscom im Vergleich zu den Endkundenpreisen derart hoch sind, dass anderen Fernmeldedienstanbietern (FDA), welche ebenfalls Breitbanddienstangebote an Endkunden bereitstellen wollen (Internet Service Provider; ISP) keine zureichende Marge verbleibt. Solche Verhaltens-

weisen können einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG begründen.

3. Diese Untersuchung wurde unter anderem aufgrund von Hinweisen von ISP im Rahmen einer ersten Untersuchung im Bereich ADSL eröffnet¹. Die ISP beklagten sich im Speziellen über hohe Preise für ADSL-Vorleistungen, welche ihnen im Vergleich zu den von Swisscom praktizierten Endkundenpreisen keine genügende Marge belassen. Die Sunrise Communications AG (Sunrise) und andere ISP machten beispielsweise geltend, es handle sich bei der Preissetzung von Swisscom um eine sog. Kosten-Preis-Schere (Margin- oder Price Squeeze).

4. Eine erste Untersuchung im Bereich ADSL betraf insbesondere ein Rabattschema von Swisscom für die ADSL-Vorleistungsangebote. Aufgrund des Rabattschemas gewährte Swisscom ihrem gruppeneigenen Internet Service Provider (ISP) Bluewin höhere Rabatte als den anderen Anbietern. Mittels vorsorglicher Massnahmen vom 6. Mai 2002 verpflichtete die WEKO deshalb Swisscom, anderen ISP den gleichen Rabatt wie Bluewin und einen diskriminierungsfreien Zugang zu den ADSL-Vorleistungsangeboten von Swisscom zu gewähren. Nachdem Swisscom auch auf allfällige Rückforderungen der den anderen ISP gewährten Rabatten verzichtete, wurde die erste ADSL-Untersuchung infolge Gegenstandslosigkeit eingestellt².

5. Die Klagen der alternativen ISP, welche zur Eröffnung dieser zweiten Untersuchung im Bereich ADSL führten, richteten sich gegen die Preispolitik von Swisscom. Die Swisscom AG ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (Bern). Die Eidgenossenschaft hält als Aktionärin der Swisscom AG die kapital- und stimmenmässige Mehrheit³. Swisscom ist Rechtsnachfolgerin des früheren staatlichen Monopolunternehmens im Telekommunikationsbereich. Swisscom verfügt über fixe sowie mobile Datenübertragungsnetzwerke und bietet Dienstleistungen und Produkte für die mobile, die netzgebundene und die Internet-Protokoll-basierte Sprach- und Datenkommunikation an. Innerhalb von Swisscom ist der Geschäftsbereich Bluewin als ISP tätig. Die Swisscom-Gruppe erwirtschaftete in den letzten Jahren einen Jahresumsatz von rund CHF 10 Mrd.

6. Beklagt über die Preispolitik von Swisscom haben sich neben weiteren Anbietern⁴ insbesondere Sunrise und Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2). Sunrise bietet festnetzbasierende und mobile Sprachkommunikations- und Datenlösungen (u.a. als ISP) für Privat- und Geschäftskunden an. Sunrise ist zu 100 % eine Tochtergesellschaft von Tele Danmark Communications⁵. Tele2 war die Tochtergesellschaft eines gleichnamigen europaweit tätigen Telekommunikationsunternehmens. Tele2 war in der Schweiz Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in den Bereichen Festnetz, Mobiltelefonie und Internetdiensten. Tele2 bezeichnete sich als den zweitgrössten alternativen Festnetzanbieter in der Schweiz. Inzwischen hat sich Tele2 aus dem schweizerischen Markt zurückgezogen und die Geschäfte wurden von Sunrise übernommen⁶.

A.2 Verfahren

7. Nach der Untersuchungseröffnung am 20. Oktober 2005 wurde diese gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 20. Dezember 2005 (S. 47) und im Bundesblatt vom 27. Dezember 2005 (BBl 2005 7521) bekanntgegeben.

8. Das Sekretariat richtete am 19. Juni 2006 Auskunftsbegehren zur Abklärung des Sachverhalts an Sunrise, Tele2 und Swisscom. Die Auskunftsbegehren beinhalteten unter anderem Fragen zur Anzahl der ADSL-Anschlüsse und zu Wirtschaftlichkeitsrechnungen in diesem Bereich. Die befragten Unternehmen reichten ihre Antworten am 28. Juli 2006 (Tele2), 4. August 2006 (Sunrise) und am 18. August 2006 (Swisscom) ein. Am 27. Februar 2007 wurde Swisscom ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zugestellt.

9. Weitere Befragungen von Marktteilnehmern führte das Sekretariat insbesondere am 7. September 2007 und am 11. September 2007 durch. Die Befragungen richteten sich an die Green.ch AG (Green), Sunrise, Tele2 und Swisscom sowie die Cablecom Holdings GmbH (Cablecom) und den Wirtschaftsverband der schweizerischen Kabelnetzbetreiber Swisstable. Nebst weiteren Fragen zur Wirtschaftlichkeit des Bereichs ADSL sowie Fragen zu den Marktverhältnissen ging es auch um eine Aktualisierung des Datenstandes. Die Antworten auf diese Marktbefragungen sowie auf die entsprechenden Nachfragen gingen zwischen dem 25. September 2007 und 18. April 2008 ein. Zudem bestellte das Sekretariat am 19. Dezember 2007 einen Auszug aus der Net-Matrix-Base-Studie, welche das Internetnutzungsverhalten der Schweizer Bevölkerung untersucht. Die Daten der Net-Matrix-Base-Studie gingen am 8. Januar 2008 ein.

10. Im Rahmen der sich auf Art. 41 KG stützenden Amtshilfe wurde auch das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als sektorspezifische Fachbehörde aufgefordert, verschiedene Fragen zu beantworten. Hauptsächlich handelte es sich um Vergleiche mit ausländischen Vorleistungen von Breitbandinternetangeboten. Am 28. September 2007 stellte das Sekretariat dem BAKOM für dessen Abklärungen im Rahmen der Amtshilfe den Produktbeschreibung und die Preislisten des Broadband Connectivity Service (BBCS) von Swisscom zu. Das BAKOM reichte seine Beantwortung des Amtshilfesuchts am 2. November 2007 ein.

¹ Vgl. RPW 2002/3, 440 ff.; RPW 2007/3, 410 ff.

² Vgl. RPW 2007/3, 410 ff m.w.H.

³ Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG; SR 784.11).

⁴ BSE Software GmbH (Solnet), Cyberlink Internet Services AG, Finecom Telecommunications AG, Init Seven AG, Magnet.ch AG, Netstream AG, TIC The Internet Company AG.

⁵ Sunrise erwirtschaftet in der Schweiz einen Jahresumsatz von annähernd CHF 2 Mrd.

⁶ Im November 2008 übernahm Sunrise sämtliche Aktiven und Passiven von Tele2 und kontrolliert diese seither alleine (vgl. RPW 2008/4, 668 ff.). Da sich vorliegende Untersuchung auf den Zeitraum bis Ende des Jahres 2007 beschränkt, wird Tele2 bei der nachfolgenden Beurteilung indes als eigenständiger FDA bzw. ISP behandelt. Vgl. auch NZZ vom 30. September 2008, „Sunrise übernimmt Tele2 Schweiz“.

11. Auf Anfang des Jahres 2008 erfolgte eine wesentliche Änderung der Grosshandelspreise für DSL-Breitbandangebote (des BBCS). Nach Angaben von Swisscom senkte sie ihre Preise um 10 % (Anschlüsse) respektive 40 % (Datenvolumen)⁷.

12. Mit Schreiben vom 12. November 2008 unterbreitete das Sekretariat Swisscom den Antrag zur Stellungnahme. Am 18. November 2008 beantragte Swisscom die Sistierung vorliegender Untersuchung bis das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom veröffentlicht habe, eventualiter sei die Frist zur Stellungnahme zum Antrag zu erstrecken. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 wurde Swisscom die Frist zur Einreichung der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bis 30. Januar 2009 erstreckt. Am 9. Dezember 2008 beantragte Swisscom auf das Sistierungsgesuch vom 18. November 2008 zurück zu kommen, da dem ausstehenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom bezüglich der Frage einer möglichen marktbeherrschenden Stellung von Swisscom im Markt für Breitbandinternetdienste für den Ausgang der vorliegenden Untersuchung entscheidende Bedeutung zukomme. Auf erneutes Gesuch von Swisscom vom 20. Januar 2009 hin verlängerte das Sekretariat die Frist zur Stellungnahme zum Antrag vom 12. November 2008 ein weiteres Mal bis 2. März 2009.

13. Mit Urteil vom 12. Februar 2009 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom. Das Bundesverwaltungsgericht befand, Swisscom sei auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste als marktbeherrschend zu qualifizieren. Mit Schreiben vom 23. Februar 2009 nahm das Sekretariat die Frist zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ab und lud Swisscom ein, bis am 26. März 2009 zum Antrag vom 12. November 2008 Stellung zu nehmen.

14. Am 19. November 2008 nahm Swisscom Einsicht in die Verfahrensakten.

15. Mit Eingabe vom 26. März 2009 nahm Swisscom schriftlich Stellung zum Antrag des Sekretariats vom 12. November 2008.

16. Mit E-Mail vom 12. Juni 2009 reichte Swisscom neben einer Zusammenfassung ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 und einer Übersicht über Breitbandzugangsformen ein Gutachten zur Preispolitik von Swisscom im ADSL-Markt (Parteigutachten Preispolitik)⁸ ein.

17. Am 22. Juni 2009 fand mit einer Delegation von Swisscom eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO statt. Anlässlich der Anhörung wurde Swisscom aufgefordert, Businesspläne zum Internet-Retail-Geschäft von Bluewin bzw. Swisscom einzureichen. Die angeforderten Angaben reichte Swisscom mit Schreiben vom 1. Juli 2009 ein bzw. verwies auf die Unterlagen im Zusammenhang mit der ersten ADSL-Untersuchung. Am 13. Juli 2009 forderte das Sekretariat Swisscom auf, zusätzlich zu den eingereichten Unterlagen die Profitcenterrechnungen von Bluewin für die Jahre 2001 bis und mit 2007 einzureichen und anzugeben, ob für vorliegende Beurteilung ebenfalls auf die im Rahmen des

Verfahrens 32-0155: Wholesale-Mandat für ADSL (Untersuchung „ADSL I“)⁹ eingereichten Unterlagen abgestellt werden dürfe.

18. Mit Schreiben vom 20. Juli 2009 teilte Swisscom mit, dass keine Einwände gegen die Verwendung der Unterlagen aus dem Verfahren 32-0155: Wholesale-Mandat für ADSL (Untersuchung „ADSL I“) bestehen. Betreffend die Profitcenterrechnungen für die Jahre 2001 bis 2007 verwies Swisscom auf verschiedene Unterlagen, die sie im Laufe des vorliegenden Verfahrens unter dem Titel „Erfolgsrechnung xDSL“ einreichte.

19. Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 stellte das Sekretariat Swisscom das Protokoll der Anhörung vom 22. Juni 2009 zu. Mit E-Mail vom 12. August 2009 beantragte Swisscom, das Protokoll in einigen Punkten anzupassen. Alle von Swisscom gewünschten Anpassungen des Protokolls wurden übernommen, was Swisscom mit E-Mail vom 25. August 2009 mitgeteilt wurde.

20. Mit Eingabe vom 17. August 2009 beantragte Swisscom, die vorliegende Untersuchung sei zu sistieren, da in Kürze das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren i.S. Terminierung Mobilfunk zu erwarten sei. Die WEKO lehnt diese Begehren ab. Das vorliegende Verfahren ist vom Verfahren in Sachen Terminierung Mobilfunk rechtlich und sachlich unabhängig. Es ist aufgrund seines normalen Fortgangs heute entscheidungsreif. Mit einer Sistierung kann zu diesem Zeitpunkt von vornherein kein Verfahrensaufwand der Partei mehr reduziert werden. Auch sonst ist nicht ersichtlich, was mit einer Sistierung gewonnen werden könnte. Im Gegenteil hätte eine Sistierung des laufenden Verfahrens erhebliche nachteilige Konsequenzen für die Arbeit der Wettbewerbsbehörden. Wird der Instanzenzug vollständig ausgeschöpft, könnte das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. Sanktionsverfügung Terminierung Mobilfunk (Geschäfts-Nr. B-2050/2007) noch vor Bundesgericht und sogar bis vor den europäischen Gerichtshof für Menschenrechte weitergezogen werden, was erfahrungsgemäss sehr viel Zeit in Anspruch nimmt. Sämtliche Verfahrenshandlungen der Wettbewerbsbehörden für vorliegende Untersuchung wären somit durch die Sistierung nicht nur wenige Monate sondern auf unbestimmte Zeit blockiert.

21. Man kann sich fragen, ob mit einer solchen Berufung auf das hängige Beschwerdeverfahren wohl alle Verfahren der Wettbewerbskommission zu blockieren wären; das aber würde die Arbeit der Behörde lahm legen und wäre mit dem Gebot der behördlichen Verfahrensführung nicht vereinbar. Dazu kommt, dass die von Swisscom im Sistierungsgesuch aufgeführten und dem Bundesverwaltungsgericht im Mobilfunkfall vorgelegten Fragen die Rechtsfolge eines festgestellten Kartellrechtsverstosses betreffen, nicht aber den Hauptpunkt der

⁷ Medienmitteilung Swisscom vom 25. Januar 2008.

⁸ Vgl. ROLAND VON BÜREN, Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

⁹ Siehe dazu bereits Rz.4.

materiellen Würdigung, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Markt für Breitbandinternetdienste vorliegt. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Sistierungsgesuch erst am 17. August 2009, d.h. rund neun Monate nach Zustellung des Antrags des Sekretariats und zu einem Zeitpunkt, als das Untersuchungsverfahren im Wesentlichen abgeschlossen war, gestellt wurde. Swisscom nennt keine sachlichen Gründe, weshalb sie mit ihrem Sistierungsgesuch so lange zuwartete und solche sind auch nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, da Swisscom in vorliegender Untersuchung bereits ein Sistierungsgesuch gestellt hat, ohne auf ihre Bedenken bezüglich der Sanktionierbarkeit hinzuweisen, obschon diese Konstellation spätestens seit dem Jahr 2007 besteht und Swisscom bekannt ist.

22. Mit Schreiben vom 30. September 2009 reichte Swisscom ein weiteres Gutachten (Partei-Gutachten „Verstoss gegen das Kartellgesetz“)¹⁰ ein.

23. Auf die Angaben in den Akten sowie die Informationen aus den durchgeführten Befragungen ist in den Erwägungen weiter einzugehen.

24. Die WEKO äussert sich in ihrer Verfügung nicht zu allen Randziffern der Stellungnahme vom 26. März 2009 im Einzelnen, sondern beschränkt sich in ihren Äusserungen auf die rechtserheblichen Vorbringen. Zu mehrfach geltend gemachten Argumenten der Stellungnahme vom 26. März 2009 nimmt die WEKO nur ein Mal Stellung.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

26. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren vermag und die Möglichkeit tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten, wird der Konzern in der Regel als Ganzes kartellrechtlich erfasst (selbständige Wirtschaftseinheit), so dass die Tochtergesellschaften keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen¹¹. Die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKOWEF) hat in dem Sinne festgehalten, dass Tochtergesellschaften nicht wirtschaftlich selbstständig sind, falls sie von der Muttergesellschaft beherrscht werden¹².

27. Die Swisscom-Gruppe hat auf Anfang 2008 eine Anpassung ihrer Organisation vorgenommen. An die Stelle der bisherigen Gruppengesellschaften Fixnet, Mobile und Solutions tritt die Swisscom (Schweiz) AG mit den Geschäftsbereichen Privatkunden, Kleine & Mittlere Unternehmen und Grossunternehmen¹³. Die Gruppengesellschaften wurden mit der Swisscom Fixnet AG fusioniert und diese per 3. Januar 2008 in die Swisscom (Schweiz) AG umfirmiert. Die Swisscom (Schweiz)

AG ist zu 100 % eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Aufgrund dieser Kontrolle zu 100 %, der tatsächlich ausgeübten Kontrolle der Swisscom (Schweiz) AG durch die Muttergesellschaft Swisscom AG sowie aufgrund von personellen Verflechtungen in Geschäftsleitung und Verwaltungsrat ist die Swisscom (Schweiz) AG nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Hingegen verfügt die Swisscom (Schweiz) AG als diejenige juristische Person, deren Verhaltensweisen vorliegend zu untersuchen sind, über Parteistellung im Verfahren. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG ist jedoch die Swisscom AG zu qualifizieren. Damit verfügt auch die Muttergesellschaft Swisscom AG als materielle Verfügungsadressatin Parteistellung.

28. Bezüglich des Kriteriums der Ausübung von Marktmacht nach Art. 2 Abs. 1 KG kann auf die Ausführungen zur Prüfung der Marktbeherrschung verwiesen werden (Rz. 35 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar¹⁴. Falls eine marktbeherrschende Stellung bejaht wird, liegt auch die Ausübung von Marktmacht vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

29. 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).

30. Für vorliegende Untersuchung kann geprüft werden, ob fernmelderechtliche Vorschriften bestehen, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen könnten. Im Speziellen könnte die Frage auftreten, inwiefern die sich auf Art. 11 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) stützenden Zugangsbestimmungen als vorbehaltenen Vorschriften qualifiziert werden könnten. Dies ist, wie nachfolgend erläutert wird, in zweifacher Hinsicht zu verneinen.

31. Erstens ist die Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht eine sektorspezifische Regulierung, die zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt, womit Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht parallel zur Anwendung kommen¹⁵. Dementsprechend wurde die fernmelderechtliche Interkonnektionsregulierung nach Art. 11 FMG in konstanter und gefestigter Rechtsprechung nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von

¹⁰ Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz.

¹¹ RPW 2004/2, 407 ff., 419.

¹² RPW 2005/3, 505 ff., 508.

¹³ Medienmitteilung Swisscom vom 14. Dezember 2007.

¹⁴ RPW 2001/2, 255 ff., 268.

¹⁵ Vgl. Urteil des BGer 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c. Vgl. auch: STEFAN RENFER, Vom Zusammenspiel des Fernmelderechts mit dem revidierten Kartellrecht, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 37 ff.

Art. 3 Abs. 1 KG angesehen¹⁶. Die gesetzliche Konzeption der Zugangsregulierung des am 1. April 2007 in Kraft getretenen revidierten Fernmeldegesetzes ist die selbe geblieben wie bisher, weshalb die zitierte Rechtsprechung in Bezug auf die Frage der dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschriften weiterhin ihre Gültigkeit behält.

32. Zweitens fällt das ADSL-Vorleistungsangebot von Swisscom (BBCS, Broadband Connectivity Service¹⁷) a priori nicht unter die in Art. 11 Abs. 1 FMG erwähnten Zugangsformen. Mit Blick auf die Entscheidpraxis der ComCom gab es bisher keine Gesuche von ISP zur kostenorientierten Bestimmung der Preise des BBCS. Im Ergebnis heisst dies, dass bezüglich des BBCS auch keine kostenorientierte Preisbestimmung durch die ComCom gestützt auf Art. 11 FMG möglich ist. Weder die Preise des Vorleistungsangebotes von Swisscom (BBCS) noch die Endkundenpreise unterstehen damit einer Regulierung durch das FMG.

33. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend keine nach Art. 3 KG vorbehaltenen Vorschriften bestehen.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

35. 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).

36. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen¹⁸. Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern¹⁹. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen, ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits „klassische Marktbeherrschung“ vorliegt.

B.3.1.1 Der relevante Markt

37. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Bevor der relevante Markt abgegrenzt wird, sind vorweg die Eigenschaften von ADSL zu beschreiben.

B.3.1.1.1 Vorbemerkungen zu ADSL

38. DSL steht, wie eingangs bereits erwähnt, für Digital Subscriber Line. Die verschiedenen möglichen DSL-Varianten werden als xDSL bezeichnet, wobei x eine Variable darstellt²⁰. Die gängigste DSL Variante in der Schweiz ist ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line). Der Begriff Asymmetric bezieht sich dabei auf die Band-

breiten, da bei dieser Variante die Download-Geschwindigkeit höher ist als die Upload-Geschwindigkeit. Die weitaus am meisten verkaufte DSL-Variante in der Schweiz beruhte Ende 2007 auf dem von Swisscom vorgegebenen Profil von maximal 3'500 Kbit/s download und maximal 300 Kbit/s upload²¹. Theoretisch möglich wären Übertragungsraten im zweistelligen Mbit/s Bereich, wobei die tatsächlich erreichbare Geschwindigkeit insbesondere von der Distanz des Telefonanschlusses zur Zentrale abhängt. DSL ermöglicht Endkunden einen Breitbandinternetzugang, der typischerweise durch, im Vergleich zu schmalbandigen Verbindungen, relativ hohe Datenübertragungsraten und eine zeitlich unbegrenzte Verfügbarkeit zu einem Pauschalpreis (engl. Flatrate) charakterisiert ist.

¹⁶ Urteil BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003; Beschwerdeentscheid REKO/WEF vom 6. Februar 2004, RPW 2004/1, 205 ff.; Urteil BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006.

¹⁷ Vgl. Rz. 10.

¹⁸ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (Botschaft 2003), BBl 2002 2022 ff., S. 2045.

¹⁹ Vgl. Coopforte, RPW 2005/1, 146 ff., Rz. 92 ff.

²⁰ Beispiele: ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), SDSL (Symmetric Digital Subscriber Line), HDSL (High Data Rate DSL), VDSL (Very High Bit Rate DSL).

²¹ Ursprünglich handelte es sich beim am meisten verkauften Produkt um das Profil 256/56 Kbit/s. Im Februar 2004 erhöhte Swisscom die Bandbreiten auf 600/100 Kbit/s. Eine weitere Erhöhung der Datenrate fand im März 2006 auf 2000/100 Kbit/s statt. Per Juli 2007 erhöhte Swisscom die Datenrate dieses Profils auf 3'500/300 Kbit/s. Es handelt sich jeweils um den gleichen Anschluss zum selben Preis. Vgl. Coopforte, RPW 2005/1, 146 ff., Rz. 92 ff.

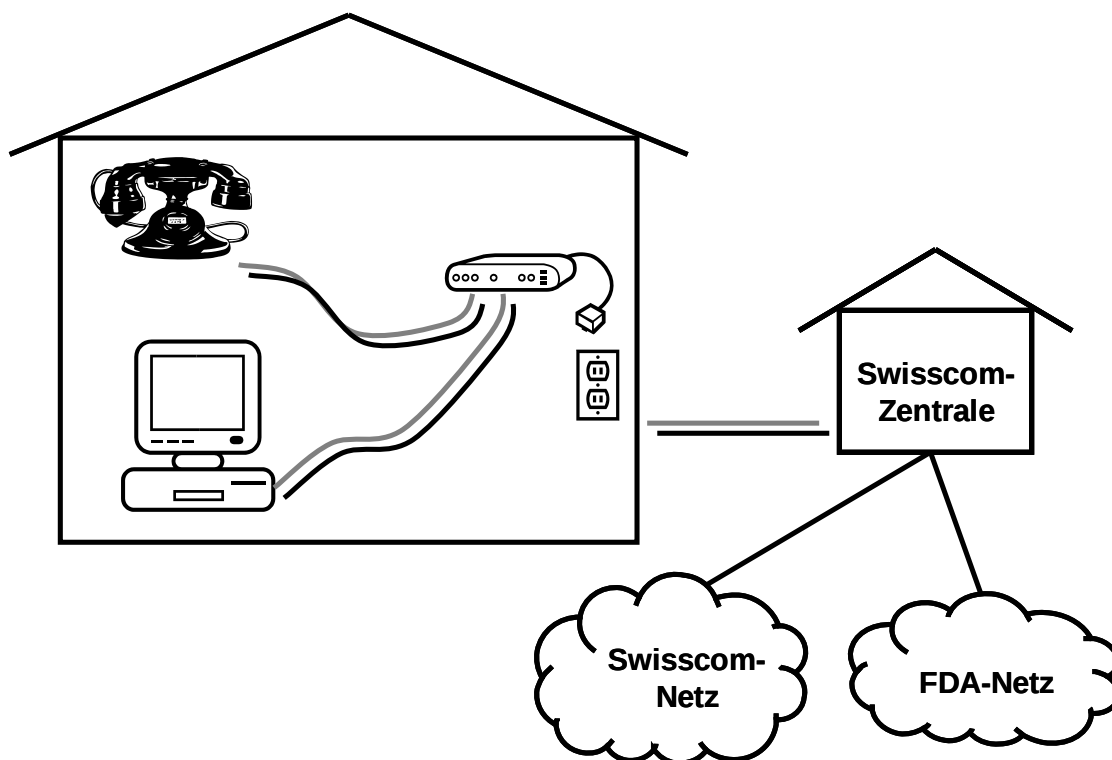


Abbildung 1: Schematische Darstellung eines xDSL-Anschlusses.

39. Bei der DSL-Technologie wird das auf Kupferdraht beruhende Anschlussnetz des vormaligen Monopolanbieters Swisscom benutzt. Die DSL-Technik nutzt durch Aufsplitten des Signals in unterschiedliche Kanäle die höheren Frequenzbereiche des Kupferanschlusssnetzes. Dabei können die niedrigeren Frequenzbereiche weiterhin für die Sprachtelefonie genutzt werden. Ein sog. Splitter teilt die Daten beziehungsweise Frequenzen verschiedener Anwendungen auf. Der in den Anschlusszentralen zur Anwendung kommende DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer) sammelt respektive verteilt den Datenverkehr der Endkunden. Auf Seiten des Endkunden setzt DSL ein spezielles Modem voraus²². In Abbildung 1 wird ein xDSL-Anschluss schematisch dargestellt. Am Telefonanschluss wird ein spezielles Modem eingesteckt, an welchem dann das Telefon und der Computer angeschlossen werden.

40. Als Vorleistung (Wholesale) bietet Swisscom anderen ISP wie Green, Sunrise oder Tele2 ein DSL-Breitbandangebot zum Wiederverkauf an. Basierend auf diesem Angebot können alternative ISP den Endkunden einen DSL-basierten Breitbandinternetzugang anbieten. Swisscom stellt diese Vorleistungen über ihren Geschäftsbereich Swisscom Fixnet Wholesale anderen ISP zur Verfügung. Beim entsprechenden Angebot handelt es sich um den bereits erwähnten Broadband Connectivity Service (BBCS). Die anderen Anbieter haben dabei keinen Einfluss auf die technische Ausgestaltung des Angebotes (z.B. bezüglich Upload/Download-Geschwindigkeiten), sondern sind lediglich Wiederverkäufer des Angebotes von Swisscom.

41. Die Bedingungen für alternative ISP zur Inanspruchnahme des BBCS ergeben sich aus den entsprechenden Vertragsdokumenten von Swisscom²³. Die von Swisscom offerierten Preise setzen sich im Wesentlichen aus dem Zugang (Access) und den Verbindungskosten (Connectivity) zusammen. Die monatlich wiederkehrenden Kosten für den Access sind in Funktion der angebotenen Geschwindigkeiten (Höhe, Symmetrie) und des Service Levels unterschiedlich. So kostete der Access für das am meisten verkaufte max. 3'500 Kbit/s downstream / 300 Kbit/s upstream Angebot (Stand: Ende 2007; 3'500/300-Produkt) aus dem Produktsegment BBCS Standard beispielsweise 31.20 Franken pro Monat. Die Verbindungskosten (Connectivity) für dieses Produkt werden von den ISP in Funktion der erwarteten, von den Endkunden beanspruchten Datenmengen bei Swisscom nachgefragt. Die Connectivity-Preise betrugen 180.- Franken pro Mbit/s pro Monat²⁴. Die Preise für die Inanspruchnahme des BBCS waren bis Dezember 2007 stabil. Es war zu beobachten, dass Swisscom bei gleich bleibenden Preisen regelmässig die Bandbreiten erhöhte. Auf die Preise ist im Übrigen in den Erwägungen zur Frage des Vorliegens eines Missbrauchs zurückzukommen (Kapitel B.3.2.).

²² Zur eingesetzten Technologie vgl. auch: RPW 2004/2, 407 ff., 409 ff.

²³ Broadband Connectivity Service: Internet Service Description @isp, Internet Service Description DHCP und Price Manual (Akte Nr. 51, Beilagen).

²⁴ BBCS, Price Manual vom 1. Mai 2007 (Akte Nr. 51, Beilagen). Vgl. auch Rz. 274.

B.3.1.1.2 Sachlich relevanter Markt

42. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU]; SR 251.4). Mit vergleichbaren Fragestellungen der Marktabgrenzung setzten sich die WEKO und deren Rechtsmittelinstanzen bereits wiederholt auseinander²⁵. Die nachfolgende Abgrenzung des relevanten Marktes stützt sich auf diese bisherige Praxis.

43. Ausgehend vom Untersuchungsgegenstand ist zu fragen, welche Dienstleistungen als Substitut im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU zum von Swisscom angebotenen BBCS in Frage kommen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt dabei aus der Optik der Marktgegenseite, in vorliegendem Fall der ISP, welche den BBCS bei Swisscom nachfragen, um den Endkunden Breitbandinternetdienste anzubieten.

44. Nachstehend werden zuerst die drahtgebundenen und anschliessend die drahtlosen Technologien auf eine Substituierbarkeit überprüft. Ausgangspunkt für eine Definition der sachlich relevanten Märkte sind die Merkmale des Endkundenmarktes unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten. Nach der Abgrenzung des Endkundenmarktes wird ein entsprechender Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) abgegrenzt.

B.3.1.1.2.1 Drahtgebundene Anschlüsse (aus Endkundensicht)

45. Ein DSL-Internetzugang ermöglicht, in Abhängigkeit des gewählten Profils, Geschwindigkeiten zwischen 500 und 20'000 Kbit/s. Die relativ hohe Übertragungsgeschwindigkeit bei einer dauernden und zeitunabhängigen Nutzbarkeit sind charakteristisch für Breitbandinternetzugänge. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob aus Endkundensicht weitere drahtgebundene Zugangsmöglichkeiten als Substitut zu DSL in Frage kommen.

46. Bezüglich der Eigenschaften „Übertragungskapazität“ und „Verfügbarkeit“ weisen aus Endkundensicht die Breitbandzugänge der Kabelnetzbetreiber ähnliche Charakteristika auf wie Breitbandinternet via DSL. Die von den Kabelnetzbetreibern angebotenen Internetzugänge basieren im Wesentlichen auf den Koaxialkabeln von Kabelfernsehtzen (CATV), welche ursprünglich zur Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen verlegt wurden. Diese Netze wurden mehrheitlich technisch aufgerüstet, wobei insbesondere Rückkanalfähigkeit erstellt wurde. Die ringförmig aufgebaute Infrastruktur von Kabelnetzen kann dabei, im Gegensatz zur sternförmig konzipierten Infrastruktur des Anschlussnetzes von Swisscom, bezüglich Kontrollierbarkeit der Signale sowie in gewissen Fällen bezüglich Belastung des Netzes gewisse Nachteile aufweisen, beispielsweise da die Kapazität zwischen den Nutzern aufgeteilt werden muss. Kabelnetzbetreiber bieten jedoch in der Regel anderen Anbietern keine Wiederverkaufsangebote von breitbandfähigen Anschlüssen an. Möglicher entstehender Wettbewerbsdruck durch die Kabelnetzbetreiber wird bei der Beurteilung der Marktstellung (unter Kapitel B.3.3) zu berücksichtigen sein²⁶.

47. Als mögliche breitbandfähige Zugangstechnologie kommt der Anschluss von Endkunden mittels Glasfaser in Frage, wobei Glasfaserkabel im Gegensatz zum Anschlussnetz von Swisscom oder den CATV-Zugängen der Kabelnetzbetreiber in der Regel neu verlegt werden müssen. Glasfaserkabel verfügen über sehr hohe Übertragungskapazitäten, wobei die Datenübertragung meist auf dem SDH (Synchronous Digital Hierarchy)-Standard beruht. Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von Glasfaserkabeln kommt aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten insbesondere für Geschäftskunden in Frage. Auf die praktische Bedeutung von Glasfasern ist im Rahmen der Analyse der Marktstellung zurückzukommen.

48. Als weitere mögliche Zugangstechnologie für die breitbandige Übertragung von Daten kommt auch die sogenannte Powerline Communications (PLC) Technologie in Frage. Die PLC Technologie basiert auf der Übertragung von Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken und verfügt bezüglich Übertragungsgeschwindigkeiten und Zugang über teilweise ähnliche Eigenschaften wie die Übertragung via Kupferkabel, wobei PLC anfällig auf technische Probleme ist (z.B. aufgrund von Abstrahlung). Frequenzabstrahlungen können beispielsweise Störungen verursachen. Auf die eher geringe Bedeutung dieser Technologie aufgrund der beschränkten Verfügbarkeit ist im Rahmen der Prüfung der Marktstellung zurückzukommen. Die Bedeutung von PLC ist in der Praxis sehr beschränkt. Im Rahmen der vorliegenden Analyse wird PLC jedoch als Substitut angesehen.

49. Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass aus Endkundensicht drahtgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute für Dienstleistungen zu einem auf ADSL basierenden Internetzugang anzusehen sind.

50. An dieser Stelle ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass abhängig von den Bedürfnissen der Endkunden unter Umständen engere Marktabgrenzungen in Betracht gezogen werden könnten. So kann beispielsweise bezüglich der Nachfrage von Geschäftskunden festgestellt werden, dass diese hinsichtlich Übertragungsraten und Qualität (insbesondere sog. garantierter Qualität) höhere Anforderungen an die nachgefragten Dienstleistungen stellen.

51. Swisscom macht in Rz. 22 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die DSL-Angebote von Swisscom primär in Konkurrenz zu den Internetdiensten der Kabelnetzbetreiber stehen würden und deren Einfluss auf den Verhaltensspielraum von Swisscom unterbewertet werde.

²⁵ RPW 2004/2, 407 ff., 422, Entscheid aufgehoben durch die REKO/WEF, wobei die Marktabgrenzung bestätigt wurde (RPW 2005/3, 505 ff., 520); RPW 2004/4, 1263 ff.; RPW 2005/3, 589 ff. (Gutachten gestützt durch Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006); RPW 2006/2, 248 ff., 250. Letztmals: Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 i.S. schneller Bitstromzugang. Die ComCom folgte in ihrer Teilverfügung vom 21. November 2007 dem Gutachten der WEKO.

²⁶ Vgl. RPW 2004/2, 439, Rz. 130 ff.; RPW 2005/3, 521 ff.

52. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Swisscom ist insofern Recht zu geben, als aus Sicht der Endkunden die Angebote der Kabelnetzbetreiber Alternativen zu den DSL-Angeboten von Swisscom darstellen. Der von den Kabelnetzbetreibern ausgehende Wettbewerbsdruck wird bei der Beurteilung der Marktstellung von Swisscom auch angemessen berücksichtigt (vgl. Rz. 127 ff.). Der Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber beschränkt sich jedoch auf die Situation im Endkundenmarkt bzw. ist nur im Rahmen des Einflusses des nachgelagerten Marktes von Bedeutung, da in der vorliegenden Untersuchung nicht die Endkunden, sondern die ISP als Marktgegenseite von Swisscom massgebend sind und die Kabelnetzbetreiber keine Wiederverkaufsangebote anbieten.

B.3.1.1.2.2 Drahtlose Anschlüsse (aus Endkundensicht)

53. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der sog. dritten Generation (3G), das hohe Übertragungsraten erlaubt. Daten lassen sich mit rund 384 Kbit/s übertragen²⁷. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte einen Breitbandzugang zu ermöglichen. Insgesamt wurden in der Schweiz vier UMTS-Konzessionen unter Durchführung eines Auktionsverfahrens an Orange, Sunrise, Swisscom und 3G Mobile vergeben. Die von 3G Mobile erworbene Konzession wurde dieser mangels Aufbau einer Infrastruktur mit Verfügung der ComCom vom 12. April 2006 wieder entzogen²⁸.

54. Orange, Sunrise und Swisscom verfügen über UMTS-Angebote, wobei die Netzabdeckung im Wesentlichen die Ballungsgebiete in der Schweiz umfasst. Die drei Mobilfunkanbieter haben zudem begonnen, ihre Netze auf den Mobilfunkstandard HSDPA (High Speed Downlink Packet Access) aufzurüsten. Bei HSDPA handelt es sich um eine Weiterentwicklung von UMTS. Mit HSDPA können Übertragungsgeschwindigkeiten von maximal 7.2 Mbit/s erreicht werden²⁹. Für die Nutzung von UMTS und HSDPA sind speziell ausgerüstete Endgeräte erforderlich (z.B. Mobiltelefone, Personal Digital Assistants oder Notebooks mit Spezialkarten).

55. Die konzeptionelle Ausrichtung der UMTS- und HSDPA-Angebote ist weitgehend auf mobile Teilnehmer ausgerichtet, was sich auch hinsichtlich der Anwendungen und Endgeräte zeigt. Die Mobilfunkanbieter haben deshalb ihre entsprechenden Netze hauptsächlich in Ballungszentren und entlang von Verkehrsachsen erstellt. Die Abdeckung und die Qualität der Datenübertragung ist nur sehr begrenzt vergleichbar mit drahtgebundenen Anschlüssen. UMTS und HSDPA gewähren in der Regel jedoch keine dauernde Verfügbarkeit zu einem Festpreis (engl. Flatrate). Dass in der Regel trotz einem drahtgebundenen Anschluss auch noch Nachfrage nach einer drahtlosen Zugangsmöglichkeit besteht, deutet darauf hin, dass UMTS beziehungsweise HSDPA eine Ergänzung zu drahtgebundenen Technologien darstellt. Aus diesen Gründen können UMTS und HSDPA im jetzigen Zeitpunkt aus Endkundensicht nicht als Substitute zu ADSL im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU angesehen werden.

56. Es stellt sich die Frage, ob sogenannte Wireless Local Area Networks (WLAN) als Substitute in Frage

kommen. Bei WLAN handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptops) erlauben. WLAN ist typischerweise an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sogenannte Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her begrenzt und nur punktuell verfügbar. Die Qualität der Datenübertragung ist dabei von verschiedenen Faktoren abhängig. Solche Faktoren sind die Umgebung (Sichtverbindung, Distanz), die Interferenzsituation oder die Anzahl der aktiven Teilnehmer. WLAN ist beispielsweise nur bedingt geeignet, benachbarte Gebäude miteinander zu vernetzen³⁰. Zudem basiert der Anschluss der WLAN-Sendeeinrichtung auf einem drahtgebundenen Zugang (z.B. xDSL, Glasfaser oder CATV-Anschluss). Auch ist die Erschliessung von Stadtteilen (z.B. Stadt Luzern) mittels WLAN nur für gewisse Anwendungen geeignet, da die Access-Points nur für den drahtlosen Internetzugang im Freien angelegt sind³¹. Aufgrund dieser Eigenschaften ist WLAN hinsichtlich des Verwendungszwecks nicht als Substitut zu ADSL im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU anzusehen.

57. Zu prüfen ist auch, ob die Wireless Local Loop (WLL) Technologie mit ADSL vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mittels WLL können von einer Basisstation Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die ComCom vergab ursprünglich drei nationale und vier regionale WLL Konzessionen. WLL erlangte jedoch in der Schweiz keinerlei Marktrelevanz. Allein im Jahr 2006 kam es bei den WLL-Konzessionen zu zwei Konzessionsübertragungen und einer Konzessionsrückgabe³². WLL bedingt eine direkte Sichtverbindung zwischen Basisstation und Empfänger, was dessen Anwendungsbereich erheblich einschränkt³³. Die WLL-Konzessionsinhaber beschränken sich oft auf Testbetriebe, damit die konzessionsrechtlichen Anforderungen an eine minimale Betriebspflicht erfüllt werden. WLL ist deshalb ebenfalls nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang anzusehen.

58. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob ein Broadband Wireless Access (BWA) als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang in Frage kommt. Unter BWA ist ein drahtloser Breitbandanschluss an ein Fernmelde-netz zum Beispiel für den Zugang zum Internet zu verstehen. Die ComCom schrieb am 29. November 2005 drei BWA-Konzessionen zur Vergabe aus. Am 7. Juni 2006 vergab die ComCom lediglich an Swisscom Mobile eine BWA-Konzession, da Swisscom Mobile als einziges

²⁷ www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_umts-de.aspx, besucht am 18. August 2008.

²⁸ Bestätigt durch BGE 132 II 485.

²⁹ www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_hsdpa-de.aspx, besucht am 18. August 2008.

³⁰ BAKOM, Wireless Local Area Network (WLAN), Frequently Asked Questions, V3.2, S. 5.

³¹ NZZ vom 8. Mai 2007, B8. NZZ vom 8. Mai 2007, B8.

³² Tätigkeitsbericht der ComCom 2006, S. 19.

³³ Faktenblatt WLL, BAKOM, Version 2.9a / 11. November 2006, S. 4.

Unternehmen ein Gebot einreichte. Eine weitere BWA-Konzession wurde von der ComCom am 7. Mai 2007 an die Firma Inquam vergeben. Die Konzessionsinhaber sind zu Minimalauflagen betreffend den Netzaufbau verpflichtet, unter anderem müssen 120 Sendeeinheiten bis September 2010 in Betrieb stehen. Im Übrigen liess Swisscom im Januar 2008 verlauten, dass die Technik WiMAX³⁴ noch nicht marktreif sei³⁵. Aufgrund des ungewissen Entwicklungspotenzials sowie teilweise derselben Bedenken wie der bezüglich WLAN und WLL erwähnten (Verfügbarkeit, Qualität, Marktrelevanz) ist BWA nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang einzustufen.

59. Überdies kann geprüft werden, ob ein Breitbandzugang via Satellit als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandzugang in Frage kommt. In der Schweiz können solche Angebote von verschiedenen Betreibern bezogen werden. Die Verbindungsqualität ist dabei witterungs- und umgebungsabhängig. Installations- und Abonnementskosten sind im Vergleich mit drahtgebundenen Breitbandzugängen zum Teil deutlich höher, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Die Mehrheit der Angebote erfordert zudem als Rückkanal (upstream) eine Telefonanschlussleitung, womit ein Teil des Datenverkehrs wiederum von einem leitungsgebundenen Zugang abhängt. Erhältlich sind auch zweiwegfähige Systeme, welche nicht auf eine Rückleitung angewiesen sind. Solche Systeme sind jedoch ebenfalls teuer und kommen daher eher für gewisse mobile Geschäftsanwendungen zum Einsatz³⁶. Die mit der Satelliten-Technologie verbundenen Kosten sind sowohl für die Satellitenbetreiber und ISP wie auch für die Kunden relativ hoch³⁷. Zudem liefern einige Anbieter nicht in die Schweiz³⁸. Ein Breitbandzugang via Satellit ist deshalb nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang anzusehen.

60. Bezüglich der drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satelliten ist daher allgemein festzustellen, dass diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Störanfälligkeit beispielsweise durch die Umgebung, aufgrund von Witterungseinflüssen oder durch Interferenzen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränkt die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden. Drahtlose Technologien kommen deshalb zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu einem drahtgebundenen Internetzugang im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU in Frage.

61. Swisscom macht in Rz. 25 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die drahtlosen Technologien wie UMTS, HSDPA, WLAN und WiMAX zum relevanten Markt gehören.

62. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) erliess am 23. Dezember 2008 eine Verfügung betreffend Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, die sich auf ein Gutachten der WEKO stützt³⁹. Das genannte Gutachten der WEKO ging im Bereich Sprachtelefonie unter anderem von einer feh-

lenden Substituierbarkeit von drahtlosen und drahtgebundenen Anschlusstechnologien aus. Die WEKO stellte in diesem Zusammenhang fest, dass das erhebliche Wachstum der Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Festnetzanschlüsse geführt hat. Gegen eine Austauschbarkeit spricht auch eine unterschiedliche Qualität der Verbindungen und insbesondere der Umstand, dass mittels eines Festnetzanschlusses gleichzeitig Breitbandinternetdienste nachgefragt werden⁴⁰. Massgebend ist nicht zuletzt das Nutzungsverhalten der Endkunden. Demnach ist die drahtlose Technologie weniger als Substitut sondern vielmehr als Ergänzung zur drahtgebundenen Technologie zu betrachten.

63. Die WEKO hat sämtliche drahtlosen Technologien und damit jede der von Swisscom genannten Technologien geprüft und festgestellt, dass die jeweiligen Angebote aus Endkundensicht nicht mit den ADSL-Angeboten vergleichbar sind. Die drahtlosen Technologien sind auf den mobilen Kunden, welcher unterwegs ist, ausgerichtet und sie waren bis Dezember 2007 entweder von der Verfügbarkeit, der Qualität, der Bandbreite und insbesondere von den Preisen her nicht mit den angebotenen ADSL-Diensten vergleichbar. Die Preise, welche Swisscom in Rz. 26 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 zu den UMTS-Angeboten tabellarisch aufführt, bestätigen diese Sichtweise: Während das günstigste Angebot für 4.- Franken *pro Stunde* zu haben ist, kosteten die günstigsten Breitbandangebote von Bluewin seit März 2006 lediglich 9.- Franken *pro Monat*⁴¹. Zudem sind die von Swisscom in Rz. 26 genannten Angebote und Preise vom März 2009 und damit nach Dezember 2007.

64. Es ist denkbar, dass drahtlose Technologien in Zukunft an Bedeutung gewinnen. Beide Dienstleistungen (drahtgebundene Breitbanddienste und drahtlose Internetanschlüsse) nehmen in ihrer Bedeutung möglicherweise weiter zu. Es findet bisher jedoch keine Substitution der ADSL-Anschlüsse durch mobile Anschlüsse statt, sondern die mobilen Dienste werden parallel eingesetzt. Daher sind drahtlose Technologien keine Substitute zu den drahtgebundenen Breitbandanschlüssen, sondern werden nur ergänzend dazu eingesetzt. Damit sind sie im relevanten Markt für Breitbanddienste nicht mit einzubeziehen.

³⁴ Worldwide Interoperability for Microwave Access, Standard für regionale Funknetze.

³⁵ Cashdaily vom 23. Januar 2008, S. 2.

³⁶ Z.B. kostet bei i-sat das Produkt i-sat 50 (1024/2048 kb/s) über 800 Euro pro Monat (Steuern inkl.), www.i-sat.fr/pdf/tarifs.pdf, besucht am 7. November 2008.

³⁷ Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standort - Bestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, BAKOM, März 2005, S. 3.

³⁸ Z.B. wie Bisatel, Skydsl oder Vitrinet.

³⁹ Gutachten der WEKO vom 3. Juni 2008 i. S. „Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA)“, RPW 2008/4, 745 ff.

⁴⁰ RPW 2008/4, 747, Rz. 25

⁴¹ Angebot 150/50 bei Bluewin, siehe Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008.

65. Swisscom macht in Rz. 110 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, die im Antrag zitierte Praxis sei nicht einschlägig. Entgegen der Ansicht des Sekretariats lasse sich dem zitierten Bundesgerichtsentscheid⁴² nur entnehmen, dass es bessere und schlechtere Substitute gebe und diesem Umstand bei der Beurteilung vollumfänglich Rechnung zu tragen sei. Der Ausschluss drahtloser Anschlusstechnologien lasse sich gestützt auf den genannten Bundesgerichtsentscheid nicht rechtfertigen.

66. Dieses Argument vermag nicht zu überzeugen. Im zitierten Bundesgerichtsentscheid, in dem es um den Fernsehmarkt ging, stellte das Bundesgericht fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit zwar eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen oder marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben vermag, diese jedoch nicht als wirksamer Wettbewerb betrachtet werden könne, da sie dem Monopolanbieter des höherwertigen Produkts erlaubt, eine Monopolrente zu erzielen, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte. Aus diesem Grund kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der konventionelle terrestrische Empfang offensichtlich kein vergleichbares Angebot zum Kabelempfang darstelle und deshalb als Substitutionsgut ernsthaft nur der Satellitenempfang in Frage kommt. Entgegen der Behauptung von Swisscom hat somit das Bundesgericht die sogenannt unvollkommene Substitutionsmöglichkeit gerade nicht als Substitut miteinbezogen. Aus denselben Gründen ist auch die drahtlose Technologie als Substitut nicht einzubeziehen.

67. Der Ausschluss der drahtlosen Technologien aus dem relevanten Markt für Breitbanddienste wird im Übrigen auch vom Bundesverwaltungsgericht gestützt. Im Entscheid betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom⁴³ verweist das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich auf ein Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, in welchem diese zum Schluss gekommen ist, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu auf dem schnellen Bitstrom basierenden Dienstleistungen in Frage kommen, da diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen, was die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden beschränke⁴⁴. Das Bundesverwaltungsgericht sah im genannten Entscheid keinen Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen, da sowohl die Vorinstanz als auch die WEKO als Fachbehörde sich ausführlich mit möglichen drahtlosen Technologien als Substitute für Dienstleistungen auseinandergesetzt hätten⁴⁵.

68. Swisscom macht in Rz. 16 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, BBCS und der schnelle Bitstromzugang bildeten einen unterschiedlichen Gegenstand, weshalb das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. schneller Bitstromzugang nicht einschlägig sei. Selbst der Antrag des Sekretariats gehe davon aus, dass es sich beim BBCS und dem schnellen Bitstromzugang um unterschiedliche Dienste handle.

69. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen der Auffassung von Swisscom ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom für die Beurteilung der Marktbeherrschung insoweit identisch, als dass sowohl beim BBCS als auch beim Bitstrom die Infrastruktur in Form des Anschlussnetzes von Swisscom benötigt wird. Dass sich Swisscom darauf beruft, beim schnellen Bitstrom und beim BBCS handle es sich um unterschiedliche Verfahrensgegenstände, weshalb das genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht einschlägig sein soll, erstaunt aber auch insofern, als dass Swisscom am 18. November 2008 die Sistierung der vorliegenden Untersuchung beantragte bis das Bundesverwaltungsgericht sein Urteil betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom veröffentlicht habe. Entsprechend geht auch Swisscom davon aus, dass die beiden Verfahren einen Zusammenhang aufweisen, hielt sie in besagtem Schreiben vom 9. Dezember doch fest, dass der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom für die Beurteilung der Marktbeherrschung für vorliegende Untersuchung entscheidende Bedeutung zukomme. Diese Auffassung deckt sich im Übrigen auch mit dem von Swisscom eingereichten Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, das festhält, die Frage, ob Swisscom auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, sei mit der rechtsgültigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom entschieden worden⁴⁶.

B.3.1.1.2.3 Wholesale-Markt (aus Sicht der ISP)

70. Es hat sich ergeben, dass aus Endkundensicht drahtgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitute zu einem DSL-basierten Breitbandinternetzugang anzusehen sind (vgl. Rz. 45 ff.). Dies entspricht dem (Retail-) Markt für Breitbanddienste, der die drahtgebundenen Zugänge umfasst.

71. Nach der Definition des Endkundenmarktes ist vorliegend der relevante Wholesale-Markt (Grosskundenmarkt) festzulegen. Im Bereich der elektronischen Kommunikation sind zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten: Märkte für Dienste oder Produkte für Endnutzer (Retail- oder Endkundenmärkte) und Märkte für Vorleistungen, die Anbieter benötigen, um Endnutzern Dienste und Produkte bereitzustellen (Wholesale- oder Grosskundenmärkte)⁴⁷. Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet⁴⁸. Diese Unterscheidung ergibt sich im Übrigen

⁴² BGE 130 II 449, S. 457, E. 5.5.

⁴³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.

⁴⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 8.4.3.

⁴⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 8.4.4.

⁴⁶ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz (zit. in Fn. 10), S. 71.

⁴⁷ Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors [...], ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.

auch aus Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, wonach für die Abgrenzung des relevanten Marktes die Sichtweise der Marktgegenseite, in diesem Fall die ein Vorleistungsprodukt nachfragenden ISP, einzunehmen ist. BBCS ist ein Vorleistungsprodukt, welches ausschliesslich von den ISP nachgefragt wird, die dann ihrerseits basierend auf dem BBCS den Endkunden Breitbandinternet anbieten. Die Retail-Ebene besteht vorliegend aus Endkunden, welche Breitbanddienste nachfragen. Es rechtfertigt sich deshalb, vorliegend eine Unterscheidung zwischen Wholesale- und Retail-Markt vorzunehmen.

72. Zur Beantwortung der Frage, ob auf Wholesale-Ebene Nachfragesubstitution durch andere Güter möglich ist, wird unter anderem auf die technische Substituierbarkeit abgestellt. Bereits aufgrund der unterschiedlichen Technologien, wäre eine Umstellung von kupferbasierten Leitungen auf die Koax-Kabel der Rundfunkanbieter schwierig zu bewerkstelligen. Die Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom haben darauf hingewiesen, dass ein Wholesale-Angebot an andere Anbieter nicht möglich sei, da sich die Kabelnetztechnologie als „shared“ Medium nur begrenzt zum Angebot von Wholesale-Services eigne (vgl. Rz. 181). Zudem wäre ein schweizweites Angebot aufgrund der regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber nicht möglich (vgl. Rz. 183). Analoges gilt für die Frage einer allfälligen Angebotssubstituierbarkeit oder Produktionsumstellungsflexibilität auf Wholesale-Ebene. Hierzu ist jedoch anzufügen, dass bei den meisten Kabelnetzbetreibern (insbesondere Cablecom) keine Pläne bestehen, ein Wholesale-Angebot für andere ISP einzuführen.

73. Auf der Wholesale-Ebene fragen die ISP beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte nach, welche es diesen ISP erlauben, den Endkunden einen Breitbandinternetzugang zur Datenübertragung anzubieten. Es rechtfertigt sich deshalb im Einklang mit der Rechtsprechung der WEKO und der REKO/WEF den sachlich relevanten Markt als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen⁴⁹. Dieser Markt umfasst die (aktuell oder potentiell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundene Breitbandzugänge.

74. Swisscom macht in Rz. 45 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, die WEKO habe zu Unrecht einen separaten Wholesale-Markt abgegrenzt. Dadurch bestehe die Gefahr, dass statt des Wettbewerbs einzelner Wettbewerber geschützt würden.

75. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: In Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU wird explizit festgehalten, dass der sachlich relevante Markt diejenigen Waren oder Dienstleistungen umfasst, die aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar sind. Dies entspricht auch der ständigen Praxis der WEKO und auch der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Diese hat im Zusammenhang mit der ersten Untersuchung in Sachen ADSL festgestellt, dass der relevante sachliche Markt aus der Sicht der ISP abzugrenzen sei, da es um die Stellung von Swisscom diesen gegenüber gehe: „Die ISP fragen nicht, wie ihre Endkunden breitbandige Internetverbindungen nach, sondern in erster Linie das von den Beschwerdeführerinnen entwickelte BBCS (...). Die Nachfrage auf dem Endkunden- und dem Wholesale-Markt

unterscheidet sich somit, weshalb die Abgrenzung eines relevanten Wholesale-Teilmarktes korrekt ist“⁵⁰. Bezüglich des Fernmelderechts ging das Bundesverwaltungsgericht kürzlich von der gleichen sachlichen Marktabgrenzung aus, indem es festhielt, der sachlich relevante Markt umfasse die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge⁵¹. Diese Marktabgrenzung entspricht auch der Praxis des europäischen Wettbewerbsrecht, wobei auf die Fälle Deutsche Telekom⁵², Wanadoo⁵³ und Telefónica⁵⁴ verwiesen werden kann.

76. Was das Argument von Swisscom anbelangt, wonach anstelle des Wettbewerbs einzelne Wettbewerber geschützt würden, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Zusammenhang nicht ein einzelner Konkurrent von Swisscom von deren Verhalten betroffen ist, sondern sämtliche ISP, welche Breitbandinternet via ADSL anbieten wollen.

77. Swisscom macht in Rz. 47 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass auch die durchaus realisierbaren Wholesale-Angebote der Kabelnetze sowie deren Eigenleistung zum relevanten Markt gehören.

78. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat den sachlich relevanten Markt umschrieben als Wholesale-Markt für Breitbanddienste via drahtgebundene Anschlüsse. Dies umfasst tatsächlich angebotene aber auch noch nicht auf dem Markt angebotene Wholesale-Angebote. Da es kaum Wholesale-Angebote von Kabelnetzbetreibern gibt und diese nur in kleinen Gebieten regional zu finden sind, haben diese keinen disziplinierenden Einfluss auf die Marktstellung von Swisscom. Weil die meisten Kabelnetzbetreiber nicht auf dem Wholesale-Markt aktiv sind, können deren Eigenleistungen nur via Endkundenmarkt eine Wirkung auf den Wholesale-Markt ausüben. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird in den Rz. 147 ff. geprüft.

79. Swisscom macht in Rz. 32 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, das Sekretariat grenze den relevanten Markt zu eng ab, weil es nicht alle in den Bündel- oder Kombiangeboten enthaltene Dienstleistungen berücksichtigt. Dadurch erhebe es den rechtserheblichen Sachverhalt in bundesrechtswidriger Weise unvollständig, weshalb die darauf gestützte tatsächliche und rechtliche Würdigung zwangsläufig falsch sei.

80. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist darauf abzustellen, welche Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften oder ihres Verwendungszwecks substituierbar sind (Art. 11 Abs. 3 VKU). In vorliegender Untersuchung bilden die ISP die Marktgegenseite, d.h. der Markt aus ist aus deren Sicht abzugrenzen. Beim BBCS handelt es sich um

⁴⁸ RPW 2004/2, 407 ff., 428.

⁴⁹ RPW 2004/2, 407 ff.; RPW 2005/3, 505 ff., 520.

⁵⁰ Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 in Sachen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG gegen WEKO, RPW 2005/3; 505 ff., Ziff. 5.2.

⁵¹ Urteil des BVerG vom 12. Februar 2009 betr. Zugang zum schnellen Bitstrom, RPW 2009/1, 97 ff., E. 8.4.2 und E. 8.4.6.

⁵² Vgl. Rz. 208.

⁵³ Vgl. Rz. 209.

⁵⁴ Vgl. Rz. 210.

ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Erbringung von DSL-Angeboten. Entgegen der Auffassung von Swisscom sind Bündelangebote für die Frage der Markt-abgrenzung nicht von Relevanz, da Bündelangebote kein Substitut zum Vorleistungsprodukt BBOS darstellen.

81. Swisscom macht in Rz. 35 ff., 58 ff., 88 ff. und in 104 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass für die Beurteilung der Marktstellung auch die auf den regulierten Zusatzdiensten basierenden Breitbandangebote zu berücksichtigen seien (der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss und der schnelle Bitstromzugang). Indem diese nicht einmal erwähnt würden, sei der relevante Sachverhalt in bundesrechts-widriger Weise unvollständig erhoben und tatsachenwidrig verzerrt.

82. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Gemäss Art. 11 FMG müssen nur marktbeherrschende Anbieterinnen den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und den schnellen Bitstromzugang gewähren. Vorliegend bedeutet dies, dass Swisscom diese Dienste nur dann anbieten muss, wenn sie im Bereich des Anschlusses über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Bei der Analyse der Marktstellung von Swisscom im Bereich ADSL darf daher die Existenz dieser auf Marktbeherrschung basierenden Dienste nicht miteinbezogen werden, da sich sonst ein Zirkelschluss ergibt. Denn würde Swisscom nicht als marktbeherrschend qualifiziert, müsste sie diese regulierten Dienste nicht mehr anbieten. Wenn sie diese jedoch nicht anbieten würde, wäre sie wiederum marktbeherrschend. Wenn sie aber marktbeherrschend wäre, müsste sie die Dienstleistungen ja wieder anbieten usw. Daher dürfen Dienste, welche aufgrund derselben marktbeherrschenden Stellung angeboten werden müssen wie bei ADSL, nicht mitberücksichtigt werden bei der Beurteilung der Marktstellung.

83. Swisscom macht in Rz. 56, 57 und 99 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Glasfaserangebote der Elektrizitätswerke ebenfalls zum relevanten Markt gehören.

84. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat den sachlich relevanten Markt umschrieben als Wholesale-Markt für Breitbanddienste via drahtgebundene Anschlüsse. Dies umfasst auch Glasfaseranschlüsse der Elektrizitätswerke. Auf die diesbezüglichen Angebote wird im Rahmen des potentiellen Wettbewerbs eingegangen (vgl. Rz. 184 und 185). Die Angebote wurden und werden ständig ausgebaut und ein Einfluss auf die Marktstellung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste muss in Zukunft weiter geprüft werden. Jedoch wurde der Zeitraum der Untersuchung vorliegend bis Dezember 2007 beschränkt. Seither sind knapp zwei Jahre vergangen. Die zu berücksichtigende Zeitspanne für einen nachhaltigen Einfluss von potenziellem Wettbewerb ist daher praktisch abgeschlossen. Selbst wenn ein solcher Einfluss berücksichtigt würde, änderte dieser nichts an der Marktstellung von Swisscom, weil diese schweizweit am Glasfaserausbau beteiligt ist und ihre Infrastruktur in diesem Bereich, häufig in Kooperation mit einem lokalen Elektrizitätswerk⁵⁵, kontinuierlich ausbaut. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass

Swisscom auch im Bereich Glasfaseranschlüsse künftig eine führende Rolle einnehmen wird.

85. Swisscom macht in Rz. 51 ff. und 100 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass Kabelnetzbetreiber technisch durchaus in der Lage seien, Breitband-Wholesale-Angebote bereitzustellen. Selbst wenn diese Angebote zur Zeit nur in beschränktem Umfang angeboten würden, erzeugten sie dennoch bereits aktuellen oder zumindest potentiellen Wettbewerbsdruck im Wholesale-Markt.

86. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom macht zutreffend geltend, dass Wholesale-Angebote von Kabelnetzbetreibern technisch möglich sind. Massgebend für die ISP ist aber, dass die meisten Kabelnetzbetreiber (auch Cablecom) keine Wholesale-Angebote machen, weshalb faktisch keine Ausweichmöglichkeiten bestehen. Entgegen der Auffassung von Swisscom liegt zudem eine regionale Zersplitterung vor, da sich die Kooperationen der Kabelnetzbetreiber lediglich auf Endkundenangebote beziehen. Auch gemäss der Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht sind Breitbandangebote über Kabel und DSL nicht substituierbar, wenn ein ISP verpflichtet wäre, mit einer grossen Zahl von Kabelnetzbetreibern Vertriebsvereinbarungen abzuschliessen, um eine vergleichbare Reichweite und -dichte zu erzielen wie das möglicherweise marktbeherrschende Unternehmen. Im Falle der Deutschen Telekom⁵⁶ waren es über 100 Vertriebsvereinbarungen. In der Schweiz müssten unter Umständen sogar bis zu 400 Vertriebsvereinbarungen abgeschlossen werden (vgl. auch Rz. 113).

87. Auch das Bundesverwaltungsgericht sah in seinem Entscheid vom 12. Februar 2009⁵⁷ in Sachen Zugang zum schnellen Bitstrom keinen Anlass, von der Beurteilung der WEKO hinsichtlich der Verhältnisse im Wholesale-Markt abzuweichen. Im genannten Entscheid wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die Behauptung von Swisscom, wonach eine kleine Anzahl Kabelnetzverbünde gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesale-Angebot aufschalten könnten, nicht der Realität entspreche. Bei den genannten Kabelnetzverbünden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter und es bestünden auch keine Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote⁵⁸. Das Bundesverwaltungsgericht zog namentlich aus dieser Feststellung den Schluss, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestehe, welcher das Verhalten von Swisscom disziplinieren würde⁵⁹.

⁵⁵ Vgl. u.a. Handelszeitung vom 22. Juli 2009, „Glasfaser-Streit: Swisscom setzt sich in Zürich durch“; Berner Zeitung vom 7. Oktober 2009, „Bau des Schweizer Glasfasernetzes: Telekomanbieter einigen sich“.

⁵⁶ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 i.S. Deutsche Telekom, ABl. L 63 vom 14. Oktober 2003, S. 9 ff., Rz. 88. Bestätigt durch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03, siehe auch Rz. 208.

⁵⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., 97 ff.

⁵⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 9.4.3.

⁵⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 9.4.4.

B.3.1.1.3 Räumlich relevanter Markt

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

89. Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den ISP, welche zum Wiederverkauf (auf Stufe Wholesale) Zugang zu Breitbanddiensten nachfragen. Die ISP fragen die zum Wiederverkauf vorgesehenen drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nach. Der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene wird aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom gesamtschweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten. Dies gilt insbesondere auch für das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom, welches schweizweit zu den gleichen Konditionen angeboten wird. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

B.3.1.1.4 Zwischenergebnis zum relevanten Markt

90. Der sachlich relevante Markt ist als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen. Dieser Markt umfasst die zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandinternetzugänge. In räumlicher Hinsicht ist der Markt national abzugrenzen.

B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung

91. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten durch ausreichend starke andere disziplinierende Einflüsse, beispielsweise aus dem nachgelagerten Markt, eingeschränkt werden.

B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

B.3.1.2.1.1 Wholesale-Markt

92. Anlässlich der Analyse der Wettbewerbssituation ist unter anderem abzuklären, wer Wettbewerber im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

93. Einleitend sollen die Vertriebsstrukturen im Breitbandinternetmarkt in der Schweiz schematisch dargestellt werden (siehe Abbildung 2). Die oberen Pfeile von Swisscom (Wholesale) zu Sunrise, Green, Tele2, etc. repräsentieren den Wholesale-Markt für Breitbanddienste (BBCS), die unteren Pfeile repräsentieren den Endkundenmarkt. Der Kasten neben Cablecom steht für andere Kabelnetzbetreiber, welche ihren Kunden Breitbandinternet anbieten.

94. Unter dem Gesichtspunkt der Marktstruktur werden auch die tatsächlichen Wettbewerber und ihre Verhältnisse zueinander beurteilt. Im Einzelnen können Marktanteile und Marktphasen, Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Grösse, Finanzkraft, Diversifikationsgrad, Dichte des Filialnetzes sowie die Entwicklungsmöglichkeiten von Unternehmen untersucht werden. Die Möglichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens, sich von anderen Marktteilnehmern unabhän-

gig zu verhalten, bedeutet aus Sicht der Marktgegenseite grundsätzlich, dass diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten im relevanten Markt haben⁶⁰. In der Lehre wird auch der Begriff vertikaler wirtschaftlicher Abhängigkeiten verwendet, falls ein Anbieter auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auf die Dienstleistung eines in diesem Fall möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist⁶¹. Bei der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, kommen als Kriterium in der Praxis auch die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen in Frage. Grosse Finanzkraft bietet einem Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität⁶².

95. Spezifisch für den Telekommunikationssektor von Interesse sind die auf wettbewerbsrechtlichen Prinzipien beruhenden Leitlinien zur Marktanalyse der Europäischen Union (EU) des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation⁶³. Es können unter anderem folgende Kriterien zugrunde gelegt werden, um die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, sich in erheblichen Masse unabhängig von seinen Konkurrenten, Kunden und Verbrauchern zu verhalten: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile oder Überlegenheit, fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht, leichter oder privilegierter Zugang zu finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen), Grössenvorteile, Verbundvorteile, vertikale Integration oder ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz.

⁶⁰ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 285 und 291.

⁶¹ EVELYNE CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Tercier/Bovet (Hrsg.), Basel 2002, Rz.134 zu Art. 4 Abs. 2.

⁶² FRANZ HOFFET, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 392.

⁶³ Leitlinien der Kommission und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

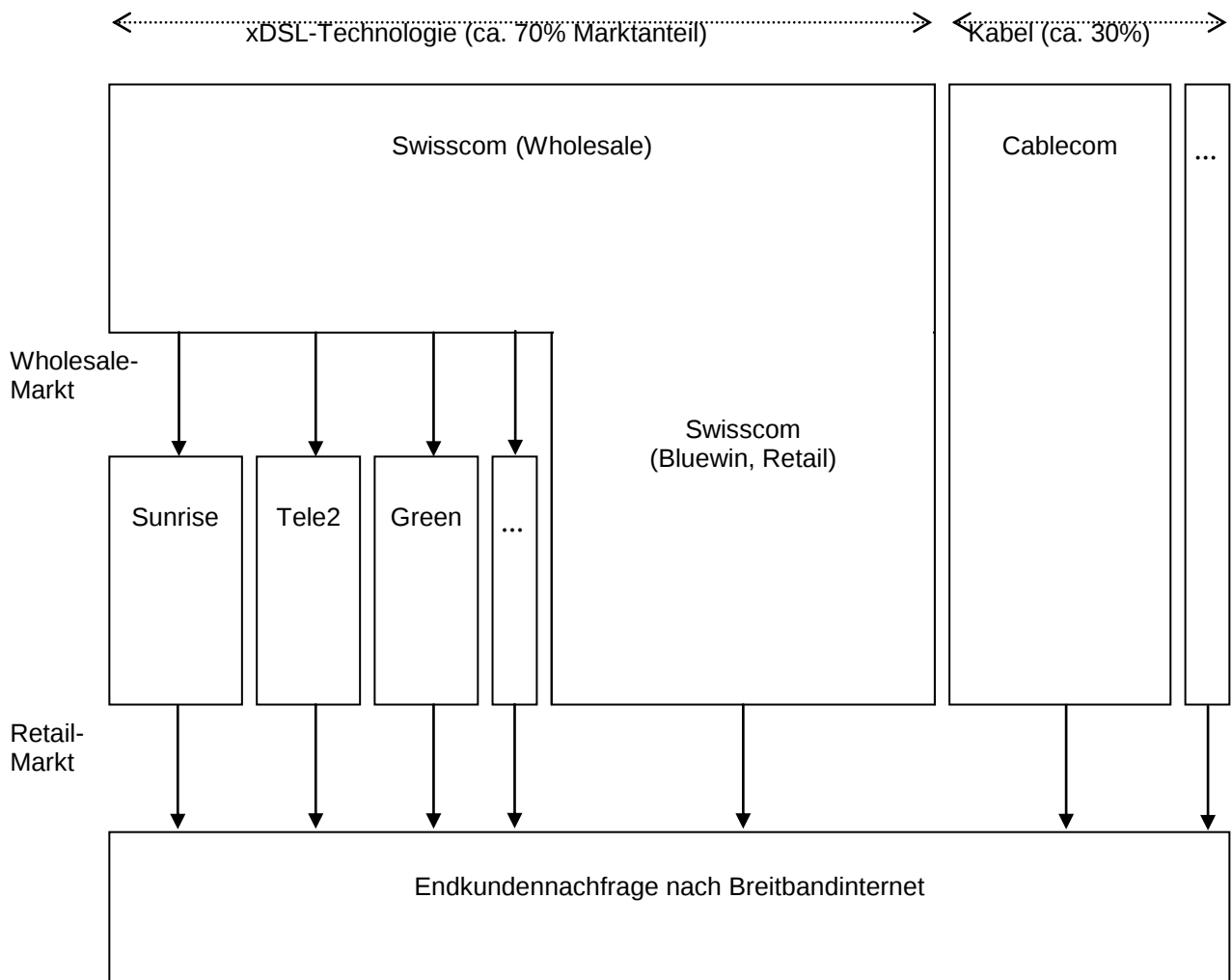


Abbildung 2: Schematische Darstellung des Breitbandmarktes in der Schweiz.

96. Ausgehend von der aktuellen Wettbewerbssituation ist festzuhalten, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste nur Swisscom in der Lage ist, anderen ISP Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt und damit ein Angebot in der ganzen Schweiz ermöglichen kann. Im jetzigen Zeitpunkt bietet Swisscom anderen ISP insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS (Rz. 38 ff.) an, womit diese ISP Endkunden einen Breitbandinternetzugang via xDSL anbieten können. Swisscom ist damit auf diesem Markt ohne Konkurrenz. Alternative ISP sind damit auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügen über keine Ausweichmöglichkeiten.

97. Die Möglichkeit eines schweizweiten Tätigwerdens ist dabei für Anbieter wie beispielsweise Sunrise oder Tele2 von entscheidender Bedeutung. Praktisch nur im Falle eines flächendeckenden Angebots ist es möglich als ganzheitlicher Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen aufzutreten. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass Swisscom im Vergleich zu anderen ISP in der Schweiz stärker von Skaleneffekten profi-

tiert und über erhebliche Verbundvorteile verfügt (vgl. Rz. 111).

98. Zur Beurteilung möglicher disziplinierender Einflüsse wird auch die aktuelle Verfügbarkeit breitbandfähiger Infrastruktur betrachtet, welche Voraussetzung für das Erbringen von Wholesale-Angeboten an ISP ist.

99. Swisscom verfügt als ehemalige Monopolanbieterin über ein schweizweites, flächendeckendes Anschlussnetz, wobei es sich vorwiegend um auf zweiadrigem Kupferdraht beruhende Anschlüsse handelt. Swisscom besitzt nach ihren Angaben aus der Marktbefragung per Ende 2007 über [3 – 5 Mio.] aktive Anschlüsse. Diese Anschlüsse sind praktisch alle breitbandfähig⁶⁴. Swisscom geht von über 98 % aller Anschlüsse in der Schweiz aus, welche DSL-fähig sind⁶⁵.

⁶⁴ [0 – 120'000] dieser Teilnehmeranschlüsse sind nicht breitbandfähig. Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008.

⁶⁵ Medienmitteilung Swisscom vom 25. Januar 2008.

100. Neben diesen aktiven Anschlüssen verfügt Swisscom auch noch über [1 – 3 Mio.] sogenannte belassene Leitungen⁶⁶. Dass solche belassenen Leitungen existieren, kann auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden. Unter anderem kann es sich um Endkunden handeln, welche nur noch den drahtgebundenen Anschluss eines Kabelnetzbetreibers benützen, oder es kann sich um aus technologischen Gründen überflüssige Anschlüsse handeln (z.B. aufgrund von Glasfaserausbau). Einerseits sind die inaktiven Anschlüsse von Swisscom bei Kunden, welche nur noch über einen Anschluss bei einem Kabelnetzbetreiber verfügen, für das Kundenpotenzial von Swisscom vorliegend von Bedeutung und deshalb mit zu berücksichtigen. Andererseits sind die aus technologischen Gründen überflüssigen Anschlüsse (d.h. doppelt bestehende Anschlüsse von Swisscom) für eine Berücksichtigung des Kundenpotenzials wenig aussagekräftig und werden deshalb vorliegend nicht in die Analyse einbezogen. Abgestellt wird deshalb auf die Anzahl verfügbarer Anschlüsse, die vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bereits bestanden haben, nämlich 4.82 Mio. Anschlüsse⁶⁷. Diese Zahl stimmt im Übrigen praktisch mit der Anzahl Anschlussleitungen gemäss amtlicher Fernmeldestatistik per Ende 1998 überein, welche 4'884'673 Anschlüsse erwähnt⁶⁸.

101. Die bedeutendsten anderen Betreiber von drahtgebundenen Breitbandzugängen sind die Kabelnetzbetreiber und unter diesen insbesondere Cablecom. Die ursprünglich für die Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen konzipierten CATV-Netze (Koaxialkabel) sind mittlerweile mehrheitlich zweiwegfähig und zur Übertragung von Breitbanddienstleistungen ausgerüstet. In der Schweiz bestehen circa 2'900'000 Kabelnetzanschlüsse, wovon 2'595'000 breitbandfähig sind⁶⁹.

102. Das bei weitem stärkste Unternehmen unter den Kabelnetzbetreibern ist Cablecom, welches vor allem in Ballungszentren präsent ist. Cablecom verfügt über 1'844'022 Mio. Kabelfernsehanschlüsse, wobei nach Auskunft von Cablecom in der durchgeführten Marktbeurteilung (inkl. Partnernetze) 1'499'797 dieser Anschlüsse auch breitbandfähig sind⁷⁰. Damit verfügt Cablecom über rund 1.5 Mio. breitbandfähige Anschlüsse.

103. Die Kabelnetzbetreiber waren regelmässig in ihren jeweiligen Gebieten die einzigen, welche Rundfunksignale via Kabel übertrugen. Bezüglich der flächenmässigen Abdeckung besteht in der Schweiz eine Vielzahl von zum Teil Kleinst-Kabelnetzunternehmen, welche bei der kabelbasierten Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet als alleinige Anbieter tätig sind. Gegenwärtig existieren in der Schweiz mehr als 400 Kabelnetzbetreiber⁷¹. Abgesehen von Cablecom handelt es sich bei den meisten Kabelnetzbetreibern um kleinere, regional zersplitterte Netzbetreiber⁷². Von Belang ist vorliegend auch, dass Kabelnetze für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt wurden, weshalb bei Kabelnetzbetreibern die Mehrheit der Kunden Privathaushalte sind. In Geschäftsliegenschaften sind Anschlüsse von Kabelnetzbetreibern nur teilweise vorhanden. Die weiteren Kabelnetzbetreiber verfügen ausgehend vom Total der breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse abzüglich derjenigen von Cablecom⁷³ über 1'095'000 Breitbandanschlüsse.

104. Ebenfalls über drahtgebundene Breitbandzugänge verfügen Anbieter, welche Endkunden direkt mit Glasfaserkabel angeschlossen haben. Die Anzahl dieser Anschlüsse ist jedoch im Verhältnis zu den rund 4.8 Mio. Anschlüssen von Swisscom gering. FDA wie Colt, Verizon, Sunrise, Swisscom sowie städtische Infrastrukturbetreiber (z.B. das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich) errichteten Glasfaseranschlüsse vor allem in Ballungszentren für gewisse Geschäftskunden. Aus der amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2006 in der Schweiz 3'630 Glasfaserkabelanschlüsse (fiber to the home, fiber to the building) bestanden⁷⁴. Im Jahr 2007 ist die Anzahl mittels Glasfaser direkt angeschlossener Endkunden gestiegen. Für die Schweiz kann davon ausgegangen werden, dass die Anzahl der durch alternative Anbieter (d.h. ohne diejenigen von Swisscom) mittels Glasfaserkabel erschlossenen Endkunden unter 20'000 liegt⁷⁵. Swisscom verfügt über [0 – 20'000] Anschlüsse mittels Glasfasern⁷⁶.

105. Tabellarisch kann die Grössenordnung der verfügbaren drahtgebundenen Breitbandzugänge wie folgt zusammengefasst werden:

⁶⁶ Schreiben Swisscom vom 14. April 2008.

⁶⁷ Swisscom, Geschäftsbericht 1998, S. 5.

⁶⁸ Amtliche Fernmeldestatistik 2006, Bundesamt für Kommunikation, S. 19.

⁶⁹ Schreiben Swisscable vom 25. September 2007.

⁷⁰ Schreiben Cablecom vom 28. September 2007, 7. Januar 2008 und vom 6. Februar 2008.

⁷¹ 252 Kabelnetzbetreiber sind Mitglied des Verbandes Swisscable (Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II, 31. Dezember 2006, www.swisscable.ch/custom/upload/docs/96hb85ti1aebbgubiq82m2figsd05oy175g.pdf). 160 Kabelnetzbetreiber sind nicht Mitglieder des Verbandes Swisscable (Swisscable, Jahresbericht 2005, S. 10).

⁷² Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt II; sowie Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze.

⁷³ 2'595'000 abzüglich 1'500'000 (vgl. Rz. 101 und 102)

⁷⁴ Amtliche Fernmeldestatistik 2006, BAKOM, Biel, 8. März 2008, S. 20.

⁷⁵ RPW 2006/2, 248 ff., 255.

⁷⁶ Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008.

Tabelle 1: Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse

Anbieter	Verfügbare Anschlüsse
Swisscom	4'820'000
Cablecom	1'500'000
Weitere Kabelnetzbetreiber	1'095'000
Andere Anbieter (Glasfaser)	< 20'000

106. Aus Tabelle 1 ist ersichtlich, dass Swisscom in absoluten Zahlen mit Abstand die höchste Anzahl Anschlüsse und damit über die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge verfügt. Hinsichtlich der Infrastruktur sind die Kabelnetzbetreiber faktisch die einzigen Konkurrenten von Swisscom. Swisscom verfügt schweizweit über Festnetzanschlüsse, wobei in gewissen Gebieten (Anhang Netzabdeckungskarte Kabelnetze) zusätzlich ein Kabelnetzanschluss eines lokalen Anbieters vorhanden ist. Dies führt lediglich in diesen Gebieten zu einer Situation mit zwei drahtgebundenen Anschlussnetzbetreibern. Bezüglich der verfügbaren Anschlüsse kommt aus Sicht der Endkunden damit entweder der Anschluss von Swisscom oder – falls vorhanden – der Anschluss eines lokalen Kabelnetzbetreibers für Breitbandinternetzugänge in Frage. Für die konkurrierenden ISP besteht auf Wholesale-Ebene diese Ausweichmöglichkeit nicht, da kaum Vorleistungsangebote von Kabelnetzbetreibern existieren. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass alle Kabelnetzbetreiber zusammen nur über rund halb so viele Breitbandanschlüsse verfügen wie Swisscom alleine.

107. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Internet über ADSL und Internet über Kabel auf verschiedenen Technologien beruhen. Aus Sicht der ISP wäre im Falle eines hypothetisch möglichen Wechsels von Swisscom (xDSL via Telefonkabel) zu einem Kabelnetzbetreiber (Coax via TV-Anschluss), unter anderem wegen der unterschiedlichen Hardware, mit erheblichen Umstellungskosten zu rechnen. Ein Wechsel des ISP hätte auch Auswirkungen auf die Infrastruktur der Endkunden, weil die ISP ihnen auch andere Hardware (Modems, Anschlusskabel, etc.) zur Verfügung stellen müssten.

108. Bezüglich der verfügbaren breitbandfähigen Infrastruktur stimmt die Einschätzung im Übrigen mit einer vom BAKOM erstellte Studie überein, wonach neben ADSL und Kabel die anderen Breitbandtechnologien mit weniger als 2 % praktisch inexistent sind und hauptsächlich Firmenkunden betreffen. Der Anteil der anderen möglichen Zugangstechnologien (u.a. Glasfaser, PLC) kann auch weiterhin als vernachlässigbarer Teil des gesamten Breitbandmarktes betrachtet werden⁷⁷.

109. Bezüglich der Finanzkraft ist Swisscom verglichen mit den anderen FDA das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz mit einem Jahresumsatz von 11'089 Mio. Franken und einem Betriebsgewinn von 3'787 Mio. Franken im Jahr 2007 bei einem durchschnittlichen Personalbestand von 18'755 Vollzeitstellen⁷⁸. Diese Kennzahlen illustrieren die starke Stellung

von Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern in der Schweiz⁷⁹. Im Übrigen hat Swisscom ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt⁸⁰.

110. Zurückkommend auf die in Rz. 95 erwähnten Kriterien, die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, ist Folgendes festzuhalten: Swisscom ist in der Schweiz mit Blick auf die wirtschaftlichen Kennzahlen (vgl. Rz. 109) ein sehr starkes Unternehmen. Zudem verfügt Swisscom insbesondere mit ihrem Teilnehmeranschlussnetz über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur. Auf Wholesale-Ebene besteht keine ausgleichende Nachfragemacht durch die in der Schweiz tätigen alternativen ISP, was sich unter anderem darin äussert, dass die von Swisscom bezüglich des BCS gesetzten Konditionen nicht verhandelbar sind. Alternative ISP müssen die von Swisscom gesetzten Bedingungen akzeptieren, falls sie das BCS in Anspruch nehmen wollen. Aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeiten verfügen die ISP gegenüber Swisscom über keine Verhandlungsgegenmacht.

111. Die finanziellen Ressourcen von Swisscom sind beträchtlich, was ihr die Möglichkeit verleiht, ihre Konkurrenten mit Angeboten zu unterbieten. Aufgrund der grossen Kundenbasis in den Bereichen Festnetz und Mobilfunk verfügt Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern über erhebliche Grössenvorteile und Verbundvorteile. Mit rund [2 – 4] Mio. Festnetzkunden und circa 5.2 Millionen Mobilfunkkunden besitzt Swisscom im Vergleich zu anderen Anbietern und bezogen auf die schweizerische Bevölkerung über eine ausgesprochen grosse Kundenbasis, was Swisscom Skalenvorteile verleiht⁸¹. Als Anbieterin netzgebundener und mobiler Sprach- und Datenkommunikation verfügt Swisscom

⁷⁷ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 17.

⁷⁸ Swisscom, Geschäftsbericht 2007, Facts & Figures.

⁷⁹ Im Vergleich dazu setzte Sunrise im Jahr 2007 1'949 Mio. Franken um bei einem Reingewinn von 170 Mio. Franken (www.sunrise.ch/uebersunrise/unternehmensportraet/geschaeftergebnisse.htm, besucht am 22. September 2008).

⁸⁰ Handelszeitung vom 22.-28. August 2007, S. 5.

⁸¹ Sunrise als zweitgrösster Anbieter verfügt über rund 0.44 Mio. Festnetzkunden (davon: 0.28 Mio. Internetkunden) und 1.6 Mio. Mobilfunkkunden (www.sunrise.ch/facts-and-figures.pdf, besucht am 5. November 2009).

über Verbundvorteile, da die Bündelung verschiedener Dienstleistungen möglich ist und Kostenvorteile realisiert werden können. Zudem besitzt Swisscom ein gut ausgebauten Vertriebsnetz, wobei insbesondere anzumerken ist, dass aus historischen Gründen Swisscom über rund [2 – 4] Mio. Anschlusskunden verfügt und damit wertvolle direkte Kundenkontakte bereits bestehen (z.B. zum Verkauf weiterer Dienstleistungen). Abgesehen vom fehlenden aktuellen Wettbewerb im Wholesale-Markt für Breitbanddienste deuten auch alle erwähnten Kriterien darauf hin, dass Swisscom über bedeutende Verhaltensspielräume verfügt.

112. Swisscom macht in Rz. 23 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Zersplitterung der über 400 Kabelnetze tatsachenwidrig sei, da es ca. 20 Kooperationen unter den Kabelnetzanbietern gäbe. Im Übrigen würde eine solche Zersplitterung aus Endkundensicht ohnehin keine Rolle spielen.

113. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die genannten Zahlen sind nicht tatsachenwidrig, sondern an den genannten Quellen nachzulesen (vgl. Rz. 103). Aus Endkundensicht ist es tatsächlich nur dann von Belang, ob die Kabelnetze zersplittert sind, wenn der Endkunde umzieht und am neuen Ort einen anderen ISP bestimmen muss. Die Zersplitterung ist aus Sicht der Marktgegenseite im relevanten Wholesale-Markt jedoch von sehr grosser Bedeutung. Es ist ein Unterschied für einen ISP, ob er mit nur einem Wholesale-Anbieter über ein Angebot für die ganze Schweiz verhandelt und Verträge abschliesst, oder ob er das mit 20 oder 400 Wholesale-Anbietern tun muss, um auf eine ähnliche Abdeckung zu kommen. Da die von Swisscom geltend gemachten Kooperationen schliesslich nur in Bezug auf Endkundenangebote bestehen und von den allermeisten Kabelnetzbetreibern gar kein Wholesale-Angebot existiert, kann Swisscom daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

114. Swisscom macht in Rz. 97 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse, über welche Swisscom angeblich verfüge, viel zu hoch angesetzt sei, weil neben den aktiven Anschlüssen auch noch die sogenannt belassenen Leitungen einbezogen werden. Dieses Vorgehen sei nachweislich falsch, wie auch die Teilverfügung der ComCom betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom belege.

115. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Swisscom selbst verweist in Rz. 22 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 bezüglich der Anschlüsse der Kabelnetzbetreiber auf die Zahl der verfügbaren breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse von 2.5 Mio. Damit diese 2.5 Mio. möglichen Anschlüsse vergleichbar sind, muss jedoch auch bei Swisscom auf die potenziell möglichen Anschlüsse abgestellt werden. Ein reines Abstellen nur auf die Anzahl der aktiven Anschlüsse von [2 – 4] Mio. wäre nicht sachgerecht, da einerseits ansonsten auch bei den Kabelnetzbetreibern nur die aktiven Anschlüsse zu berücksichtigen wären und andererseits das Potenzial der möglichen Kunden nicht angemessen berücksichtigt würde. In Zusammenhang mit der Anzahl der Anschlüsse ist im Übrigen nicht von Marktanteilen, sondern eher von verfügbaren Anschlüssen zu sprechen.

116. Des Weiteren ist auch der Einwand von Swisscom auf die Teilverfügung der ComCom vom 21. November

2007 nicht zu hören: Die ComCom stellte in ihrem damaligen Entscheid einzig auf die rund [2 – 4] Mio. aktiven Anschlüsse ab, da Swisscom, obwohl dazu aufgefordert, keine Angaben über die effektiv vorhandenen Anschlüsse lieferte. Zudem wies die ComCom auch darauf hin, dass noch eine Anzahl weiterer Anschlüsse existiere, die zwar verlegt, jedoch nicht in Betrieb sei⁸². Selbst Swisscom gab an, dass die Gesamtzahl ihrer aktiven und inaktiven Doppelader-Metalleitungen knapp [4 – 8] Mio. betrage⁸³, wobei es Swisscom wiederholt unterliess, zu präzisieren, wie viele inaktive Anschlüsse berücksichtigt werden könnten.

117. Swisscom macht in Rz. 98 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, die Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen und damit auch der Kabelnetzbetreiber müssten in die Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs einbezogen werden. Entsprechend sei Swisscom auf dem Wholesale-Markt aktuellem, konkretem Wettbewerbsdruck seitens der Kabelnetzbetreiber ausgesetzt.

118. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 78) können Eigenleistungen der Kabelnetzanbieter nur via Endkundenmarkt eine Wirkung auf den Wholesale-Markt ausüben. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird in den Rz. 147 ff. geprüft.

119. Swisscom macht in Rz. 103 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Finanzkraft von Swisscom kein Argument für eine Marktbeherrschung von Swisscom sei, da auch Cablecom mit ihrer ausländischen Muttergesellschaft ein finanzstarkes Unternehmen sei.

120. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Marktaustritt von Tele2 hat eindrücklich gezeigt, wie ausländische Mutterkonzerne mit ihren schweizerischen Tochtergesellschaften agieren, wenn die entsprechenden Erfolge nicht erreicht werden. Daher spricht eine allenfalls finanzkräftige ausländische Muttergesellschaft weder für eine starke Marktstellung der in der Schweiz tätigen Tochtergesellschaft, noch spricht sie gegen die Berücksichtigung der Finanzkraft von Swisscom bei ihrer Beurteilung der Marktstellung.

121. Swisscom macht in Rz. 80 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass von der Öffentlichkeit erwartet werde, dass Swisscom ihre Breitbanddienste in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Konditionen anbiete. Der in weiten Teilen der Schweiz herrschende Wettbewerbsdruck auf die Angebote von Swisscom dehne sich darum auch auf die Regionen mit wenig Wettbewerb aus. Diese Erwartungshaltung habe mit der Aufnahme der Breitbanddienste in die Grundversorgung noch zusätzliches Gewicht erhalten.

122. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Abgesehen vom 500 kbit-Angebot, welches unter die Grundversorgung fällt, kann Swisscom für sämtliche Angebote von Swisscom, also insbesondere auch für BBCS ihre Preise frei

⁸² Teilverfügung der ComCom vom 21. November 2007, S. 14, Fn. 4.

⁸³ Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2009.

gestalten. Welche Erwartungen bezüglich der Preissetzung die Kunden von Swisscom haben, ist in kartellrechtlicher Hinsicht nicht von Bedeutung. Gemäss Art. 16 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV) gehört einzig ein Breitband-Internetzugang mit einer garantierten Übertragungsrate von 600/100 kbit/s zur Grundversorgung. Das heisst, dass Swisscom in der gesamten Preisgestaltung für alle ihre schnelleren DSL-Angebote (Wholesale und Retail) keine fernmelderechtlichen Vorschriften zu beachten hat. Dass Swisscom schweizweit einheitliche Tarife anbietet, ist damit ein unilateraler Entscheid von Swisscom, welcher im Wesentlichen mit dem Firmenimage von Swisscom in Zusammenhang stehen dürfte. Der von Swisscom in den Ballungszentren geltend gemachte Wettbewerbsdruck führt – wie die schweizweit einheitlichen Preise zeigen – gerade nicht dazu, dass sich dort, wo der Preisdruck scheinbar stärker ist, tiefere Preise bilden. Dies zeigt auf, dass der von Swisscom geltend gemachte Wettbewerbsdruck nicht genügend wirksam ist.

123. Zusammenfassend ergibt sich aufgrund der Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation im Wholesale-Markt, dass Swisscom aufgrund der fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten für alternative ISP und aufgrund der fehlenden Verfügbarkeit einer schweizweiten alternativen Infrastruktur im Wholesale-Markt für Breitbanddienste keinen disziplinierenden Einflüssen ausgesetzt ist.

B.3.1.2.1.2 Retail-Markt

124. In diesem Kapitel erfolgt eine Charakterisierung des Retail-Marktes für Breitbanddienste. Dieser Markt ist dem sachlich relevanten Wholesale-Markt für Breitbanddienste nachgelagert. Zur Übersicht kann vorweg Tabelle 2 mit den Marktanteilen im Endkundenmarkt betrachtet werden.

125. In Tabelle 2 ist festzustellen, dass [40 - 80 %] aller geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie von Swisscom beruhen, wobei innerhalb der xDSL-Technologie Swisscom mit einem Anteil von [50 – 90 %] aller geschalteten Breitbandanschlüsse der stärkste Anbieter ist.

Tabelle 2: Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Unternehmen im Dezember 2007

Anbieter	Anzahl Anschlüsse	Marktanteil Breitbandmarkt	Anteil nach Technologie
ADSL insgesamt	[1 – 2 Mio.]	[40 – 80%]	100.0%
Bluewin	[1 – 2 Mio.]	[40 – 80%]	[50 – 90%]
Sunrise	[0 – 400'000]	[0 – 50%]	[0 – 60%]
Tele2	[0 – 200'000]	[0 – 30%]	[0 – 40%]
Green	[0 – 100'000]	[0 – 20%]	[0 – 30%]
Andere ADSL	[0 – 100'000]	[0 – 20%]	[0 – 30%]
Kabel insgesamt	[0 – 2 Mio.]	[10 – 50%]	100.0%
Cablecom	[0 – 1 Mio.]	[0 – 40%]	[30 – 70%]
Andere Kabel	[0 – 1 Mio.]	[0 – 40%]	[30 – 70%]
Total Breitband	[1 – 4 Mio.]	100.0%	

126. Kein Wettbewerbsdruck auf der Wholesale-Ebene kann von anderen ISP wie Green, Sunrise oder Tele2 erfolgen. Diese Anbieter sind nur Wiederverkäufer des Vorleistungsangebotes BBCS von Swisscom. Zudem verfügen Green, Sunrise oder Tele2 über zu geringe Marktanteile im Retail-Markt. Diese alternativen ISP haben keine Einflussmöglichkeiten auf das Vorleistungsangebot BBCS von Swisscom (hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Angebotes wie z.B. der Bandbreiten). Eine disziplinierende Wirkung auf den Wholesale-Markt kann deshalb von den das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkaufenden Anbietern nicht ausgehen. Swisscom machte auch geltend, dass die mit

der Revision des FMG am 1. April 2007 bestehenden Möglichkeiten eines vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG) zu Wettbewerb aus dem nachgelagerten Markt führen würden. Die Möglichkeiten von alternativen ISP mit Angeboten, welche auf entbündelten Teilnehmeranschlüssen beruhen, bestehen jedoch nur aufgrund der Regulierung in Art. 11 FMG. Es handelt sich mithin um gesetzgeberisch eingeführte Möglichkeiten, welche keinen Einfluss auf die Marktmacht von Swisscom bei der vorgelagerten Infrastruktur haben. Deshalb kann diesbezüglich auch kein Wettbewerbsdruck entstehen (vgl. hierzu Rz. 81 f.). Im Übrigen haben die Erfahrungen in

der EU gezeigt, dass auch mit der in der EU bereits bestehenden Möglichkeit der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen weiterhin hohe Markteintrittsbarrieren bestehen, welche das Entstehen wirksamen Wettbewerbs verhindern⁸⁴.

127. Es bleiben die 30.5 % bei Kabelnetzbetreibern nachgefragten Breitbandanschlüsse. Über die stärkste

Stellung bei den Kabelnetzbetreibern verfügt Cablecom, wobei die restlichen Kabelnetzbetreiber regional zersplittert sind, was ebenfalls gegen eine Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt spricht. Auch Cablecom, welche wie die anderen Kabelnetzbetreiber nur in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten lokal aktiv ist, kann mit einem Marktanteil von 19.5 % nur begrenzt Wettbewerbsdruck entwickeln.

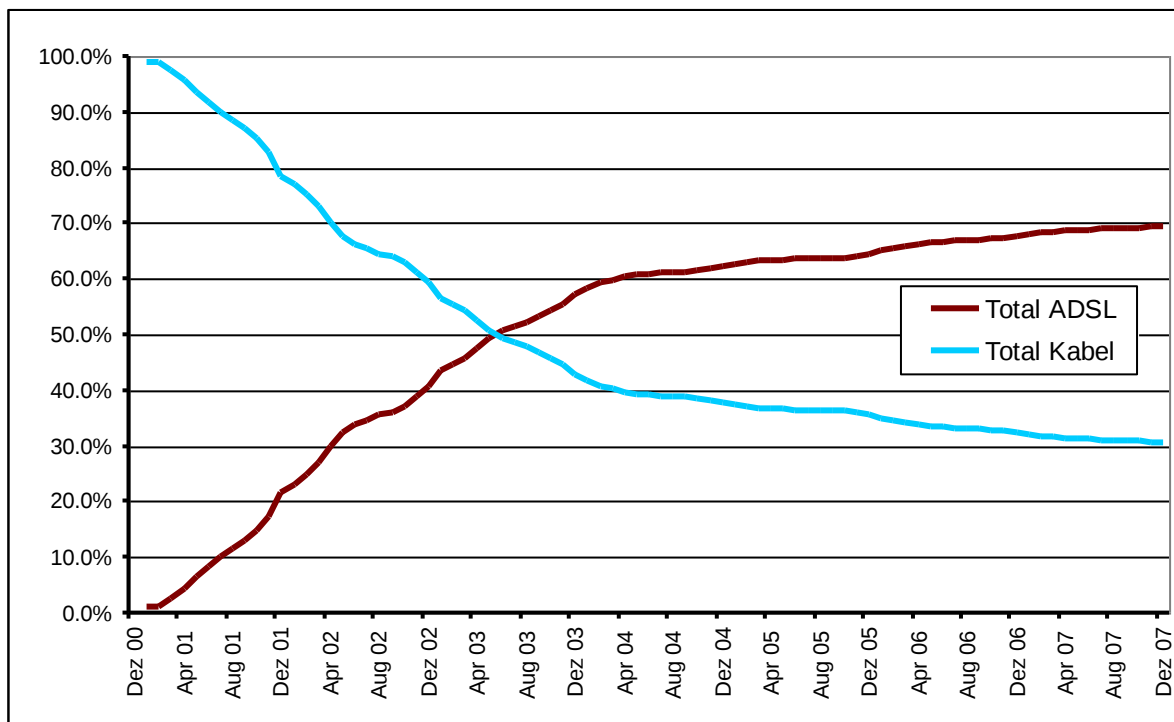


Abbildung 3: Marktanteilsentwicklung der beiden Technologien ADSL und Kabel

128. Ausserdem wurde in einer Studie festgestellt, dass nur sehr wenige Nutzer die Breitbandanbieterin wechseln, und dass das Nutzerverhalten sehr statisch zu sein scheint⁸⁵. Dies könnte gemäss der Studie unter anderem damit zusammenhängen, dass es beim Wechsel zu einer anderen Technologie zu Betriebsunterbrüchen kommen könnte, zum Beispiel aufgrund eines Modemwechsels. Im Weiteren seien Breitbandangebote einer überwiegenden Mehrheit der Anbieterinnen an den Abschluss eines Preselection-Vertrags für die Festnetztelefonie gekoppelt, so dass es für Nutzer weniger interessant ist, einen anderen Breitbandanbieter zu wählen. Es bestehen damit Wechselkosten, welche gegen das Vorliegen von disziplinierenden Einflüssen sprechen.

129. Aus Abbildung 3 wird ersichtlich, dass ADSL das Kabel bei weitem überholt hat. Die Kabelnetze, insbesondere auch Cablecom, haben vor Swisscom begonnen, Breitbandinternet an Endkunden anzubieten und hatten daher im Januar 2001 einen Marktanteil von 100%. Als Swisscom jedoch mit ADSL-Dienstleistungen kam, nahm der Anteil der Kabeltechnologie trotz stetigem Wachstum (siehe dazu Abbildung 5) bis auf unter 30% stark ab. Abbildung 3 veranschaulicht damit eine wesentliche Feststellung der Marktentwicklung in den letzten Jahren: ADSL wird im Vergleich zum Kabelinternet immer stärker.

130. Im Gegensatz zum landesweiten Auftreten von Swisscom können Kabelnetzbetreiber keine schweizweiten Angebote lancieren. Dies bedeutet, dass Swisscom bezogen auf einen beliebigen Endkunden als Breitbandanbieter höchstens einen Konkurrenten hat, nämlich – falls vorhanden – den lokalen Kabelnetzbetreiber im betreffenden Gebiet. Zudem ist bei der Interpretation der Marktanteile zu berücksichtigen, dass Swisscom erstens aufgrund der im Vergleich zu ihrem Anschlussnetz deutlich niedrigeren Anzahl Anschlüsse (vgl. Rz. 105) und zweitens der regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiber nicht erheblichem Wettbewerbsdruck durch letztere ausgesetzt ist. Absolut gesehen wächst zwar Cablecom auch. Anteilsmässig bezogen auf den gesamten Retail-Breitbandmarkt sind die Marktanteile von Cablecom jedoch massiv gesunken. Weitere Marktanteile gewinnt die ADSL-Technologie, wobei dieses Wachstum auch auf die starke Position von Swisscom in Endkundenmarkt zurückzuführen ist.

⁸⁴ Communication from the Commission [...] on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, 28 Juni 2006, COM(2006) 334 final S. 29.

⁸⁵ Kosten der Breitbanddienste (ADSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8.

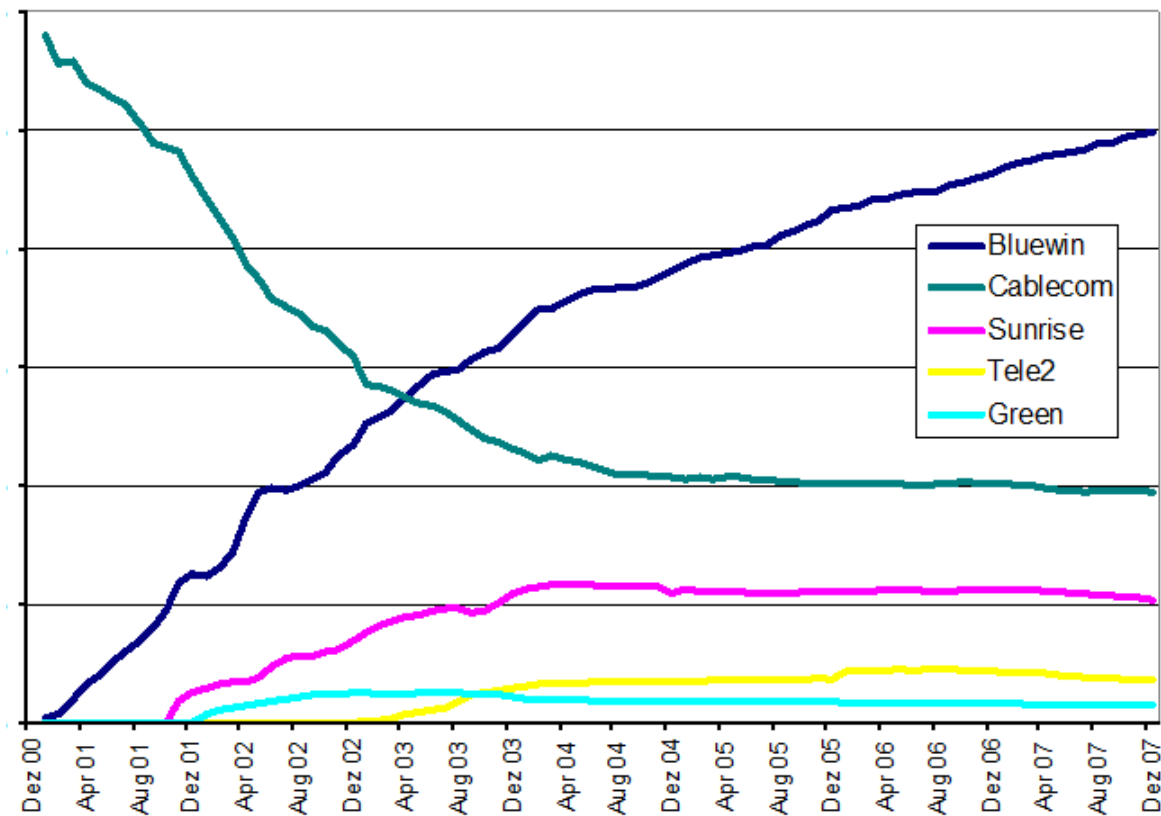


Abbildung 4: Die Marktanteilsentwicklung der fünf grössten Breitbandinternetanbieter der Schweiz vom Januar 2001 bis Dezember 2007 [Achse Geschäftsgeheimnis]

131. Aussagekräftig bezüglich der Einschätzung des Wettbewerbsdrucks von Cablecom ist ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Swisscom und Cablecom im Retail-Markt für Breitbanddienste (siehe Abbildung 4). Obwohl Cablecom vor Swisscom (Bluewin) in den Markt eintrat und Cablecom beispielsweise Anfang 2001 noch über einen Marktanteil von über [40 – 70 %] verfügte, verringerte sich der Marktanteil von Cablecom im Dezember 2007 bis auf unter [10 – 30 %]. Demgegenüber konnte Swisscom ihren Marktanteil kontinuierlich auf bis annähernd [40 – 70 %] steigern. Dies illustriert, dass Cablecom trotz erheblichen Marketinganstrengungen nur sehr begrenzt in der Lage ist, auf Swisscom einen disziplinierenden Wettbewerbsdruck auszuüben. Interessant ist auch, dass Swisscom nicht nur auf Kosten der Kabelnetzbetreiber, sondern auch zu Lasten der alternativen ADSL-Anbieter (vgl. Abbildung 4, Kurven von Sunrise, Tele2 und Green) Marktanteile gewinnen konnte.

132. In Abbildung 5 wird die Entwicklung der Anschluss-technologien ADSL und Kabel gegenübergestellt. Dabei ergibt sich ein ähnliches Bild wie die Marktanteilsentwicklung zwischen ADSL und Kabelnetzbetreibern aus Abbildung 4. Die Kabelnetzbetreiber (insbesondere Cablecom) sind zwar vorher in den Markt eingetreten, wurde aber bereits im April 2003 von den ADSL-Betreibern (insbesondere Swisscom) überholt. Das Wachstum der Kabelnetzbetreiber verlief insgesamt bedeutend schwächer als dasjenige der ADSL-Betreiber. Es ist ersichtlich, dass Kabelnetzbetreiber vor Swisscom als Anbieter auf dem Breitbandmarkt tätig waren und diesbezüglich über einen first-mover advantage verfügen müssten. Jedoch bereits im August 2003 verfügte die ADSL-Technologie über mehr Breitbandinternetendkunden als die Kabelnetze. In der Folge lässt sich in Abbildung 5 ein steiler Anstieg von ADSL beobachten. ADSL wächst insbesondere bedeutend stärker als Kabel, wobei diese Tendenz sich fortzusetzen scheint.

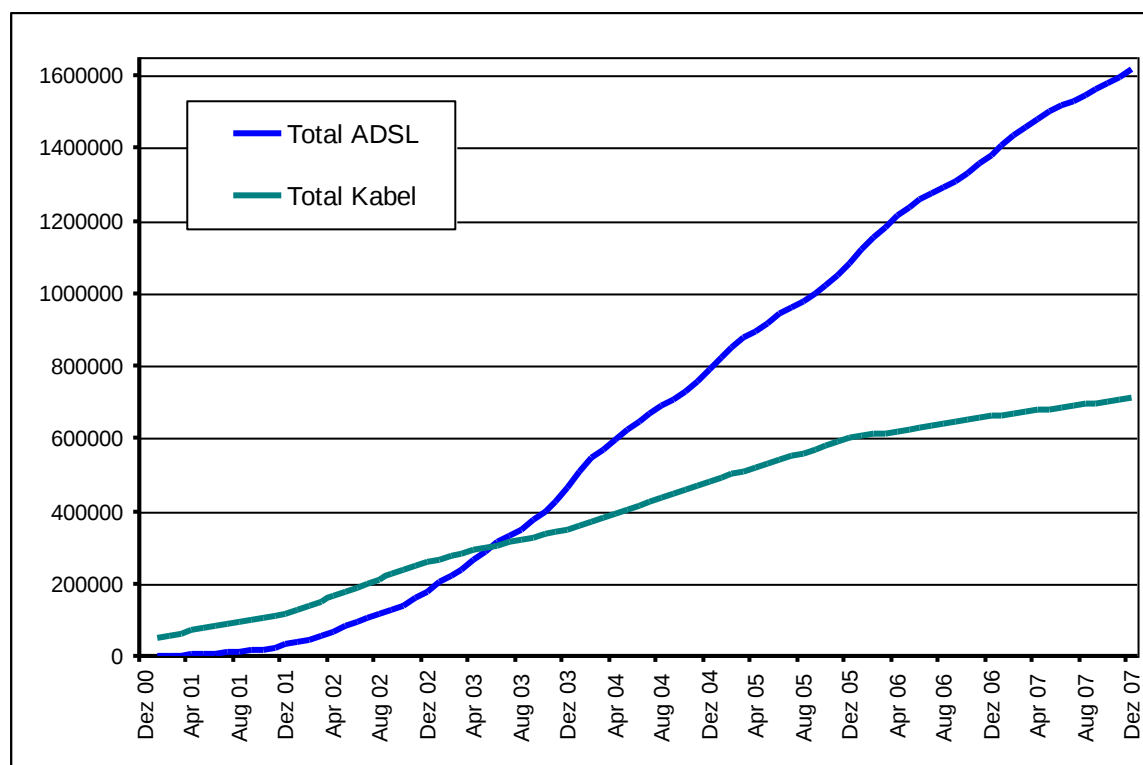


Abbildung 5: Die Anzahl geschalteter Breitbandanschlüsse basierend auf Kabel- und auf ADSL-Technologie vom Januar 2000 bis Dezember 2007

133. Aus Abbildung 6 wird insbesondere der steile Anstieg von Bluewin (Swisscom) ersichtlich: Swisscom ist im Verhältnis zu allen anderen Anbietern überproportional gewachsen. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu anderen xDSL-Anbietern, welche nur schwach oder gar nicht wachsen (siehe insbesondere Green oder Tele2). Trotz entsprechender Anstrengungen ist es damit keinem der alternativen ISP gelungen, sich auf dem schweizerischen Markt als starker Wettbewerber zu positionieren. Signifikante Marktanteilsgewinne blieben aus und Swisscom ist weiterhin der mit Abstand stärkste Akteur.

134. Gemäss einer Studie des BAKOM ist diese Entwicklung nicht nur in der Schweiz, sondern auch in den meisten EU-Ländern zu beobachten⁸⁶. Als Grund dafür wird von der Studie angesehen, dass die DSL-Technologie meistens auf dem Festnetz der historischen Betreiberin aufbaut, während alternative Technologien von zahlreichen Betreiberinnen entwickelt werden müssen, die im Allgemeinen über weniger ausgedehnte Netze verfügen. Die historische Betreiberin verfügt gemäss der Studie dank der Bereitstellung der Telefonanschlüsse über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis, wodurch sie über einen klaren Wettbewerbsvorteil in Bezug auf die Flächenabdeckung und die Rentabilisierung des Marketingaufwands verfügt.

⁸⁶ Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich, Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 12. Implementierungsbericht der Europäischen Union, BAKOM, Juli 2007, S. 8.

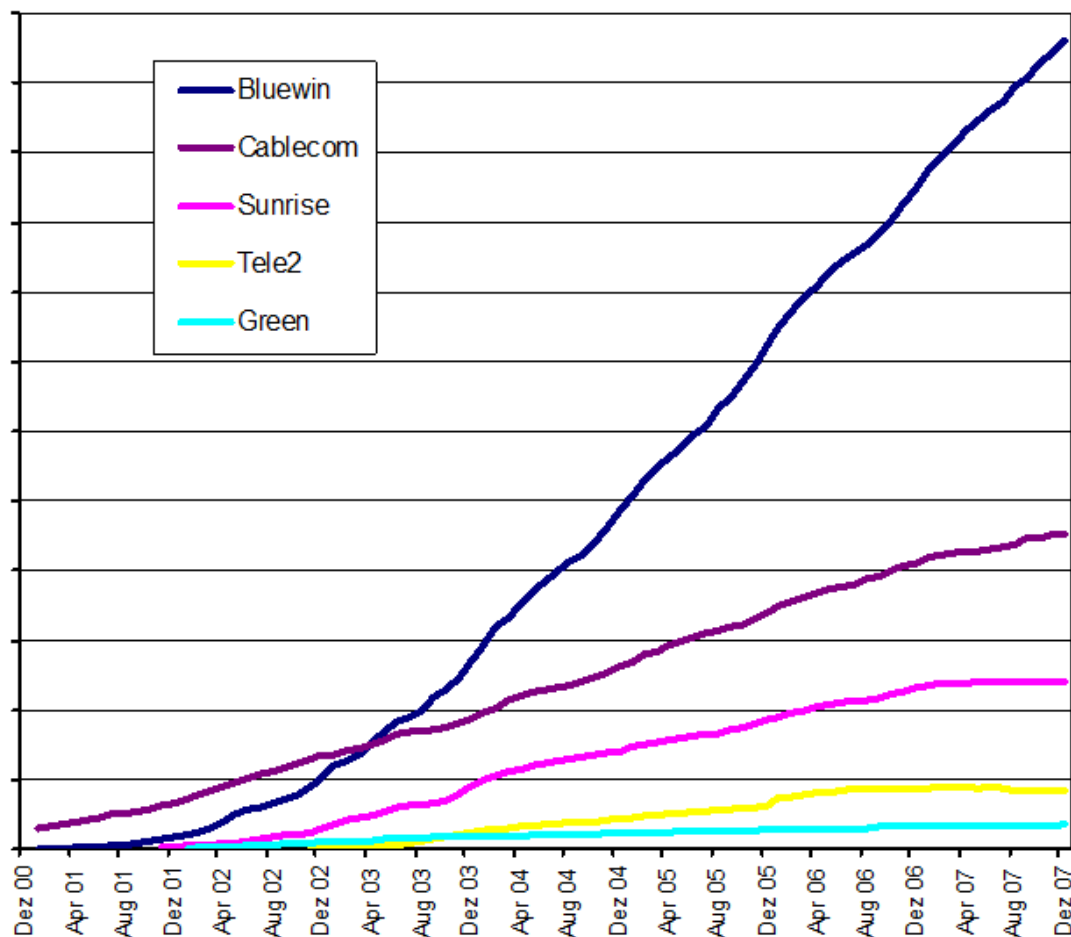


Abbildung 6: Die Anzahl Breitbandanschlüsse der grössten fünf Anbieter von Januar 2001 bis Dezember 2007 [Achse Geschäftsgeheimnis]

135. Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz über hohe Penetrationsraten im Breitbandbereich, wobei die Preise relativ hoch und Maximalbandbreiten im Vergleich zu vielen europäischen Ländern relativ gering sind⁸⁷. Bezüglich der Preise im Retail-Markt lässt sich im Übrigen feststellen, dass diese zwischen 2004 und 2007 gleich geblieben sind (vgl. Rz. 41). Swisscom und die Anbieter von Kabelinternet scheinen sich über die Bandbreiten abzugrenzen statt Wettbewerb über die Preise zu führen, weil sich ersteres weniger stark auf ihre Ergebnisse auswirkt⁸⁸. Auch ein Blick auf die Preise deutet daher nicht daraufhin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert wird.

136. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind auch die Marktanalysen der EU, welche nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien unter dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation durchgeführt werden. Einer der zu analysierenden Märkte ist der Breitbandzugang für Grosskunden⁸⁹. Im relevanten Markt Breitbandzugang für Grosskunden haben im Jahr 2007 von 23 Ländern, welche die Analyse durchgeführt haben, 22 Länder festgestellt, dass kein wirksamer Wettbewerb besteht, und haben das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der historischen Anbieterin bejaht. Die historischen Anbieterinnen wurden auch bei Vorlie-

gen von Kabelnetzen (z.B. Dänemark, Österreich oder England) als marktbeherrschend qualifiziert.

137. Die Glasfaseranschlüsse von Endkunden in der Schweiz entstanden hauptsächlich für Grosskunden in Ballungszentren. Von den unter 20'000 geschätzten verfügbaren Glasfaseranschlüssen (vgl. Rz. 104) werden nicht alle zur Datenübertragung benutzt, sondern sind teilweise nur verlegt, jedoch inaktiv (sog. dark fiber). Auch bezüglich der Glasfaseranschlüsse erfolgt angesichts der nur punktuellen Verfügbarkeit sowie der primären Ausrichtung auf Geschäftskunden keine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste.

⁸⁷ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18.

⁸⁸ Kosten der Breitbanddienste (ADSL und Kabelmodem): Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007, S. 8.

⁸⁹ Wholesale Broadband Access, Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, Anhang, Markt 12.

138. Die Datenübertragung über das Stromnetz (PLC) bleibt in der Schweiz ein Nischenprodukt und wird insbesondere in einigen Gemeinden des Kantons Freiburg von Groupe-E angeboten. Aus der amtlichen Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass in der Schweiz 3'419 PLC-Anschlüsse bestehen, wobei es sich insbesondere um Internetkunden der Groupe-E handelt⁹⁰. Angesichts der im Vergleich zum Total der Breitbandanschlüsse von 2'326'137 (vgl. Tabelle 2, S. 30) geringen Anzahl PLC-Anschlüsse, die nur an sehr wenigen Orten verfügbar sind sowie teilweise bestehender technischer Probleme, führt PLC nicht zu einer Disziplinierung von Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste.

139. Swisscom macht in Rz. 63 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Preise sowohl im Wholesale- wie auch im Retail-Markt massiv gesunken seien, und dass dies klar gegen eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom spreche.

140. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Preis für das meistverkaufte BBOS-Angebot für einen Anschluss betrug bis Dezember 2007 CHF 31.20. Der Preis für den dazugehörenden Endkundenbreitbandanschluss betrug bis Dezember 2007 CHF 49.-. Weder Bluewin noch Swisscom Wholesale haben ihren Kunden Mbit/sec verkauft, sondern einen kompletten Anschluss zu einem klar definierten Preis, der sich weder auf Wholesale- noch auf Retail-Stufe bis Dezember 2007 geändert hat. Dass sich die Bandbreite erhöht hat, wurde in Rz. 41 ebenfalls erwähnt. Dies ändert jedoch nichts an der Höhe des Preises, sondern allenfalls an der Art des Anschlusses. Eine ähnliche Entwicklung ist bei den meisten Hightech-Geräten wie Computer, Festplatten, Mobilfunktelefone, etc. zu beobachten: Während die Preise konstant bleiben oder sinken, verändern sich die Produkte laufend. Aus dieser Entwicklung kann im Bereich Breitbandinternet jedoch nicht ohne weiteres auf die Existenz wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden.

141. Im Übrigen ist für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere gar nicht auf die absolute Höhe der Preise abzustellen. Massgebend ist die Differenz zwischen Wholesale- und Retail-Preis (Marge = RP – WP, vgl. Rz. 215). Da die "Preise" pro Mbit/sec sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Ebene gleichermassen gesunken sind (weil die Bandbreiten sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Ebene exakt gleich gestiegen sind), ist die negative Differenz für die ISP immer gleich geblieben.

142. Swisscom macht in Rz. 75 und 124 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass Cablecom durch die Einführung des DOCSIS 3.0 Standards, welcher Geschwindigkeiten von über 100Mbit/s über das heute bestehende Fernseekabelnetz erlaube, über einen technologischen Vorsprung verfüge. Das Netz von Swisscom könne solche Bandbreiten nur mit dem Bau eines Glasfasernetzes erreichen.

143. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Der erwähnte Übertragungsstandard DOCSIS 3.0 ist in Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung unerheblich. Zum einen bieten weder Cablecom noch andere Kabelnetzanbieter Vorleistungsangebote für ISP an. Zum anderen ist die Einführung von DOCSIS 3.0, wie Swisscom in ihrer Stellungnahme (Rz. 75) selber angibt, erst für das

Jahr 2009 vorgesehen, also nach Dezember 2007. Die Einführung von DOCSIS 3.0 soll im Jahr 2009 etappenweise erfolgen. Erste Internetzugänge basierend auf der Übertragungstechnik DOCSIS 3.0 sind gemäss Medienmitteilung von Cablecom⁹¹ seit Anfang September 2009 in den Regionen Zürich, Bern und Winterthur verfügbar, die schweizweite Ausweitung soll bis Ende 2010 erfolgen⁹². DOCSIS 3.0 kann daher in die Erwägungen nicht mit einbezogen werden.

144. Swisscom macht in Rz. 77 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Existenz der Koppelung von Breitbandanschlüssen mit Telefoniedienstleistungen nicht gegen disziplinierende Einflüsse spreche. Als Beweismittel legt Swisscom eine Studie bei, welche die Wechselbereitschaft ihrer Kunden dokumentiere.

145. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Ausschlaggebend für die Wechselbereitschaft der Kunden ist nicht, mit welchen „Gedanken sie spielen“ (vgl. Rz. 77 ihrer Stellungnahme) sondern vielmehr, wie viele Benutzer nach einer bestimmten Zeit tatsächlich den Anbieter gewechselt haben (vgl. dazu Rz. 128). Im Übrigen ist es naheliegend, davon auszugehen, dass die Wechselkosten eines Endkunden weiter erhöht werden, wenn dieser nicht nur seinen Internetanschluss, sondern gleichzeitig auch noch seinen Telefonanschluss wechselt.

146. Zusammenfassend ist bezüglich des Retail-Marktes festzuhalten, dass ein geringer Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom besteht. Dieser Wettbewerbsdruck ist jedoch mit Blick auf das vorstehend Angeführte nur beschränkt wirksam.

B.3.1.2.2 Einfluss des nachgelagerten Marktes

147. In diesem Kapitel wird weiter geprüft, in welchem Umfang der aus dem nachgelagerten Retail-Markt beschränkt vorhandene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen ist⁹³. Dies heisst, dass abgeklärt wird, ob und wie stark möglicher Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Retail-Markt zu berücksichtigen ist.

B.3.1.2.2.1 Bisherige Rechtsprechung

148. Mit Verweis auf die Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL⁹⁴ machte Swisscom unter anderem in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2008 geltend, dass die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt und deren Einfluss auf den Wholesale-Markt weitergehend untersucht werden müssten⁹⁵.

⁹⁰ Amtliche Fernmeldestatistik 2007, BAKOM, Biel, 24. März 2009, S. 9.

⁹¹ Medienmitteilung vom 1. September 2009; www.cablecom.ch/about/media/medienmitteilungen/medienmitteilungen_fulltext.htm?id=22.

⁹² NZZ Online vom 3. September 2009 "Cablecom ändert den Namen in UPC"; www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/cablecom_aendert_den_namen_in_upc_1.3471679.html

⁹³ RPW 2006/4, 739 ff., 748.

⁹⁴ RPW 2005/3, 505 ff.

⁹⁵ Stellungnahme vom 17. Oktober 2007 zum Gutachten der WEKO vom 3. September 2007.

Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in der Praxis der REKO/WEF teilweise unterschiedliche Analysen vorgenommen wurden, wobei im Gegensatz zur damals von der REKO/WEF zu beurteilenden Situation der Einfluss der Kabelnetzbetreiber (insb. von Cablecom) schwächer geworden ist (vgl. Abbildung 4 und Abbildung 5).

149. In einem das Preisüberwachungsrecht betreffenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht mit der sich nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien zu beurteilenden Frage der Substituierbarkeit des Empfangs von Kabelfernsehen mit Satellitenempfang auseinanderzusetzen. Dabei wurde der Empfang via Satellit der Auffassung der Vorinstanzen folgend nicht als Substitut angesehen⁹⁶. Bezogen auf die vom Bundesgericht vorgenommene Argumentation bezüglich der Substituierbarkeit erscheint in diesem Fall im Übrigen auch der Ausschluss von drahtlosen Anschluss Technologien als gerechtfertigt. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine unvollkommene Substitutionsmöglichkeit eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben vermag. Jedoch könne dies nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne des Preisüberwachungsrechts betrachtet werden, da der Monopolanbieter eine Monopolrente erzielen könne, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte⁹⁷. Gemäss diesem Entscheid sind nicht perfekte Substitute bei der Analyse der Wettbewerbssituation nur begrenzt zu berücksichtigen und es ist primär auf die Wettbewerbskräfte im relevanten Markt abzustellen. Gibt es im relevanten Markt keine Wettbewerber, dürften mögliche disziplinierende Einflüsse aus anderen Märkten grundsätzlich nur begrenzt zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume des betroffenen Unternehmens führen. Dies muss auch für Konstellationen wie die vorliegende gelten.

150. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Rechtsprechung in Sachen Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking hinzuweisen, welche in eine ähnliche Richtung geht. Mit Abweisung der Verwaltungsbeschwerde von Unique bestätigte die REKO/WEF mit Entscheid vom 14. Juni 2004 die von der WEKO erlassenen vorsorglichen Massnahmen⁹⁸. In der Sache ging es um die Bereitstellung von Parkingdienstleistungen am Flughafen Zürich durch die Sprenger Parking AG und die Alternative Parking AG. Der sachlich relevante Markt umfasste die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das Off-Airport-Parking, was im Ergebnis der Wholesale-Ebene entspricht. Eine zusätzliche Marktabgrenzung aus Sicht der Flughafenbenutzer (der Retail-Ebene) war deshalb nicht erforderlich, wobei im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite (die Retail-Ebene) nicht miteinbezogen wurde⁹⁹.

151. Insgesamt ergibt sich, dass die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und der REKO/WEF den Schluss zulassen, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Im Übrigen wurde jedoch vorliegend - der Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Swisscom ADSL Rechnung tragend - der als beschränkt eingestufte Wettbewerbsdruck der Kabelnetzbetreiber und insbesondere von Cablecom hinrei-

chend geprüft. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass der Einfluss der Kabelnetzbetreiber und auch von Cablecom schwächer geworden ist (vgl. Abbildung 4 und Abbildung 5).

152. Die von der REKO/WEF angeführte Analyse des nachgelagerten Marktes wurde in der vorliegenden Untersuchung berücksichtigt, soweit dies als sinnvoll erschien. Die REKO/WEF führte allerdings zum Beispiel aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, inwiefern der Wettbewerb auf dem Retail-Markt wegen der unterschiedlichen Anzahl von Telefonanschlüssen und internetfähigen Kabelnetzanschlüssen nicht spielen sollte, solange die mögliche Kundenzahl in beiden Netzen nicht annähernd erreicht sei¹⁰⁰. Dass jedoch gerade die Abdeckung und die Anzahl der verfügbaren Anschlüsse für die Einschätzung der Wettbewerbssituation von entscheidender Bedeutung sind, haben die Analysen der Marktentwicklungen nach dem Entscheid der REKO/WEF (vgl. Rz. 124 ff.) sowie auch Marktstudien des BAKOM bestätigt (vgl. Rz. 134), weshalb den diesbezüglichen Ausführungen der REKO/WEF vorliegend nicht zu folgen ist. Auch die EU Kommission geht im Übrigen davon aus, dass es für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere nicht notwendig ist, dass das vertikal integrierte Unternehmen auf dem nachgelagerten Retail-Markt über eine marktbeherrschend Stellung verfügt¹⁰¹.

153. Überdies ist zu beachten, dass eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Marktanalyse in einem Gutachten der WEKO zwischenzeitlich auch vom Bundesgericht am 15. Januar 2007 gestützt wurde¹⁰². Im Gutachten der WEKO vom 13. Juni 2005 betreffend die Portierung von Einzelnummern umfasste der relevante Markt drahtgebundene Anschlüsse, wobei die Nachfrage nach einer Rufnummer, respektive deren mögliche Portierung, nur in Zusammenhang mit der Nachfrage nach einem Anschluss erfolgt. Ein gewisser bezüglich der Festnetzanschlüsse bestehender Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom, führte nach Auffassung der WEKO nicht dazu, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten kann¹⁰³.

154. In ihrer diesbezüglichen Verfügung vom 3. Juli 2006 in der Hauptsache führte die ComCom aus, dass die Marktabgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die WEKO auf die vorliegende Situation konsistent und im Ergebnis überzeugend erscheinen. Dagegen wurden die einzelnen Kritikpunkte von Swisscom durch die ComCom als wenig überzeugend oder gar als irrelevant angesehen¹⁰⁴. Diese Verfügung der ComCom wurde durch das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 gestützt, womit auch die Ausführungen des Gutachtens der WEKO bestätigt wurden¹⁰⁵.

⁹⁶ BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5.

⁹⁷ BGE 130 II 449 S. 457, E. 5.5.

⁹⁸ RPW 2004/3, 859 ff.

⁹⁹ RPW 2004/3, 859 ff., 881 ff. sowie RPW 2006/4, 625 ff., 637 ff.

¹⁰⁰ RPW 2005/3, 505 ff., 522.

¹⁰¹ Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 284, siehe auch Rz. 210.

¹⁰² Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006.

¹⁰³ RPW 2005/3, 589 ff., 591 und 593.

¹⁰⁴ Verfügung der Bedingungen der Nummernportabilität vom 3. Juli 2006, S. 13.

¹⁰⁵ Urteil vom 15. Januar 2007, 2A.507/2006, E. 4.3.

Für sprachtelefoniefähige drahtgebundene Anschlüsse wurde aus Endkundensicht der teilweise bestehende, gewisse Wettbewerbsdruck von Kabelnetzbetreibern und insbesondere Cablecom als unzureichend angesehen, um auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste ein unabhängiges Verhalten von Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auszuschliessen. Damit besteht zur Frage des Einflusses der Kabelnetzbetreiber bereits eine rechtskräftige Rechtsprechung, wonach dieser Einfluss nicht zureichend disziplinierend auf Swisscom wirkt.

155. Auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in seinem Entscheid vom 12. Februar 2009¹⁰⁶ in Sachen Zugang zum schnellen Bitstrom die Beurteilung der Marktverhältnisse, wie sie von der WEKO und der Com-Com vorgenommen worden ist. Das Bundesverwaltungsgericht verwies im genannten Entscheid auf ein Gutachten der WEKO vom 20. November 2006¹⁰⁷, in welchem diese feststellte, dass von anderen ISP, welche das Vorleistungsprodukt BBBS weiterverkaufen würden, keine disziplinierende Wirkung ausgehen könne. Übrig blieben die Kabelnetzbetreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung spreche¹⁰⁸. Das Bundesverwaltungsgericht stützte den Schluss der WEKO, wonach seitens der Kabelnetzbetreiber und insbesondere seitens von Cablecom nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf Swisscom bestehen würde¹⁰⁹.

156. Swisscom macht in Rz. 112 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass der Verweis auf die Rechtsprechung in Sachen Unique keinen Beleg dafür liefere, dass eine gefestigte Praxis der Rechtmittelbehörden bestünde, wonach im Rahmen der Beurteilung der Marktstellung die Endkundenseite generell nicht mit einbezogen werden müsste.

157. Tatsache ist, dass es sich um einen Beschwerdeentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handelt. Sowohl Inhalt als auch Umfang des Entscheids zeigen jedoch eine substantielle Auseinandersetzung, insbesondere auch in materieller Hinsicht. Interessant dabei ist, dass mangels zusätzlicher Marktabgrenzung aus Endkundensicht insbesondere auf die Marktgegenseite auf Wholesale-Stufe, d.h. die Leistungserbringer, abgestellt wurde. Dass die Endkundenseite, welche auch die Nachfrage auf der Vorleistungsstufe mitbestimmt, in einem ähnlich gelagerten Fall ausgeblendet wurde, ist ein Indiz dafür, dass der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes nicht überzubewerten ist.

B.3.1.2.2.2 Indirekte Einflüsse

158. Der Einfluss des nachgelagerten Marktes wird von der ökonomischen Theorie regelmässig unter dem Begriff der sog. „indirect constraints“ besprochen. Die Bezugnahme auf die Indirektheit grenzt diese Auswirkungen von den unter den im aktuellen Wettbewerb behandelten direkten, horizontalen Einflüssen von aktuellen Konkurrenten ab. Ein Anbieter auf Wholesale-Ebene kann auch „indirekt“ beschränkt werden durch Wettbewerb auf dem nachgelagerten Retail-Markt¹¹⁰. Die Stärke der „indirect constraints“ ist dabei im Einzelfall zu bewerten und entsprechend zu berücksichtigen. Ob dabei „indirect constraints“ bereits auf der Stufe der Marktabgrenzung oder aber – wie vorliegend – erst auf der Stufe der Marktanalyse mit einbezogen werden, sollte keine Auswirkungen auf das Ergebnis haben¹¹¹.

159. In theoretischer Hinsicht hängt der Einfluss des nachgelagerten Marktes von folgenden Indikatoren ab: (1.) den Marktanteilen der historischen Anbieterin, der ISP und der Kabelnetzbetreiber; (2.) der Weitergabe von Preiserhöhungen im Wholesale-Markt; (3.) der Nachfrageelastizität im Retail-Markt; (4.) relativen Veränderungen von Marktanteilen im Retail-Markt nach Preisänderungen und (5.) relativen Veränderungen der Wholesale-Preise¹¹².

160. Die Marktanteile von Swisscom, der alternativen ISP und der Kabelnetzbetreiber wurden bereits dargestellt und gewürdigt (vgl. Rz. 124 ff.). Anhand der Marktentwicklung und weiterer Indikatoren lassen sich folgende Aussagen machen: Es hat sich ergeben, dass die ADSL-Technologie stärker wächst als die Kabelnetzzugänge und dass unter den ADSL-Anbietern nur Bluewin (Swisscom) Marktanteile gewinnt. Die starke Rolle von Swisscom auch im nachgelagerten Retail-Markt spricht damit von Anfang an gegen das Vorliegen von disziplinierenden „indirect constraints“. Da die Retail- und Wholesale-Preise über Jahre praktisch unverändert blieben, ist mangels Preisänderungen eine direkte Schätzung der Elastizitäten nicht möglich. Im Übrigen deuten die wholesale- und retail-seitig vorhandenen Wechselkosten sowie eine gewisse Trägheit zum Wechsel eher auf eine unelastische Nachfrage hin (vgl. Rz. 107, 128 und 395).

161. Dass die indirekten Einflüsse aus dem nachgelagerten Markt ungenügend sind, um Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste zu disziplinieren, zeigt sich im Übrigen auch mit Blick auf die Ertragssituation von Swisscom: Auf Stufe Wholesale erwirtschaftet Swisscom mit dem Produkt BBBS beträchtliche Gewinne. Demgegenüber ist DSL im Retail-Bereich bei Bluewin ein Verlustgeschäft (vgl. Rz. 308 ff.). Bestünde tatsächlich genügend Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Retail-Markt und würde dieser Wettbewerbsdruck effektiv auf den Wholesale-Markt wirken, wäre eine derartige Ertragssituation nicht möglich.

¹⁰⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.

¹⁰⁷ RPW 2006/4, 748 ff.

¹⁰⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 10.4.1.

¹⁰⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Ziff. 10.4.3.

¹¹⁰ ROMAN Inderst/TOMMASO M. VALLETTI, A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets, European Competition Law Review 2007, S. 84 ff., S. 84.

¹¹¹ ROMAN Inderst/ANTON SCHWARZ, Marktabgrenzung und Marktanalyse für Märkte der Vorleistungsebene, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), Jahrg. 58 (2008), Heft 6, S. 637 ff., S. 645.

¹¹² The Principles of Indirect Pricing Constraints in Market Analysis, Demission BV / Tilburg University, (www.opta.nl/download/Indirect+Pricing+Constraints+in+Market+Analyses+2%2Epdf), besucht am 1. September 2008), 4. Mai 2007, S. 25.

162. Um die Internetnutzung endkundenseitig zusätzlich zu betrachten, wurde ein Auszug von 10'876 Haushalten im Rahmen der Net-Matrix-Base-Studie beigezogen. Aufgrund der verfügbaren Daten und der fehlenden Preisänderungen war es nicht möglich, die Preiselastizität auf dem Retail-Markt zu schätzen. Obwohl für jeden Datenpunkt im Datensatz die Verfügbarkeit des CATV-Angebots ermittelt werden konnte und jeweils bekannt war, bei welchem Anbieter ein Login-Name existierte, fehlten die Informationen darüber, welches Angebot des jeweiligen Herstellers der Kunde nutzte und wie lange die Restlaufzeit des bestehenden Vertrages noch war. Gerade letztere Information ist aber entscheidend, um eine Aussage darüber zu machen, in welchem Ausmass die Kunden bei einer Preiserhöhung des Vorleistungsprodukts von Swisscom auf die CATV-Technologie wechseln würden, da die Wechselkosten gerade bei laufenden Verträgen teilweise erheblich sind.

163. Hingegen gab die Umfrage Aufschluss über die tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten im Falle von Erhöhungen der Endkundenpreise. Aufgrund der Angabe der Postleitzahl bei jeder Beobachtung im Datensatz wurde analysiert, ob in diesem Postleitzahl-Gebiet die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Die Analyse der Verfügbarkeit eines Kabelnetzes in einem bestimmten Postleitzahl-Gebiet basierte auf Angaben von Cablecom und des Verbandes Swisstable¹¹³. Als Ergebnis stellt sich heraus, dass 3'647 der 10'876 Haushalte (d.h. rund 34%) einen Breitband-Internetzugang nutzen und sich tatsächlich zwischen einer der beiden Zugangstechnologien entscheiden können (3'034 Haushalte basierend auf der DSL-Technologie und 613 Haushalte basierend auf der CATV-Technologie).

164. Swisscom macht in Rz. 15 ff., 69 und 106 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass eine umfassende Analyse des Endkundenmarktes nicht stattgefunden habe und demnach auch die Einflüsse des Endkunden- auf den Wholesale-Markt nicht beurteilt werden könnten.

165. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Das Sekretariat hat sich im Antrag an mehreren Stellen intensiv und umfangreich mit dem Einfluss des nachgelagerten Marktes auf die Marktstellung von Swisscom auseinandergesetzt (insb. Rz. 124 ff., 316). Der Thematik wird im Antrag ein eigenes Kapitel gewidmet (Kapitel B.3.1.2.2, S. 36). Trotzdem wird bereits bei der Untersuchung des aktuellen Wettbewerbs auf die Verhältnisse im Retail-Markt eingegangen (vgl. Rz. 92 ff.), obwohl dies an dieser Stelle gar nicht nötig gewesen wäre. Die diesbezüglichen Argumente von Swisscom wurden vollumfänglich berücksichtigt.

166. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 mehrfach geltend, dass die Zahl der Breitbandanschlüsse, über welche Swisscom angeblich verfüge, viel zu hoch angesetzt sei. Richtigerweise sei nur auf die [2 – 4] Mio. aktiven Anschlüsse abzustellen. Entsprechend verfügten 80 % der Haushalte über eine Wahl zwischen Kabelinternet und DSL.

167. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Soweit die Vorbringen von Swisscom den Vorwurf betreffen, es werde auf eine zu hohe Anzahl an Anschlüssen abgestellt,

kann an dieser Stelle auf die Ausführungen in Rz. 100 und 115 verwiesen werden. Aus den genannten Gründen ist in vorliegender Untersuchung von über [3 – 6] Mio. Anschlüssen auszugehen, da auch der grösste Teil der belassenen Leitungen mit einzubeziehen ist. Swisscom bringt mehrfach vor, dass 80 % der Haushalte über eine Wahl zwischen CATV und DSL verfügen und verweist in diesem Zusammenhang in Rz. 122 ihrer Stellungnahme auch auf die Analyse der Net-Matrix-Base-Studie. Entgegen der Auffassung von Swisscom geht aus der Net-Matrix-Base-Studie nicht direkt hervor, wie viele Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstechnologien (CATV und DSL) haben. Um die Wahlmöglichkeit der Haushalte eruieren zu können, muss bekannt sein, ob in einem bestimmten Gebiet überhaupt die Möglichkeit eines Internetzugangs via CATV-Technologie besteht. Zu diesem Zweck ist vorliegend auf Angaben von Cablecom bzw. Swisstable¹¹⁴ abzustellen, aus denen hervorgeht, in welchen Gebieten die CATV-Technologie überhaupt zur Verfügung steht. Gestützt auf die Net-Matrix-Base-Studie und die Angaben von Cablecom bzw. Swisstable betreffend die Verfügbarkeit der CATV-Technologie in einem bestimmten Gebiet, wurde im Rahmen dieser Untersuchung ermittelt, dass lediglich rund 34 %¹¹⁵ der Haushalte eine Wahl zwischen den beiden Zugangstechnologien haben (siehe dazu bereits Rz. 162 f.).

168. Swisscom macht in Rz. 114 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Analyse der indirekten Einflüsse ungenügend sei, es handle sich um eine lose Aneinanderreihung von Allgemeinplätzen, das Sekretariat sei nicht gewillt, den Sachverhalt abzuklären und die Aussage betreffend Preiselastizität sei unzutreffend. Swisscom zitiert in Fussnote 106 der Stellungnahme ein Dokument der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR)¹¹⁶, wonach es möglich sei, auch ohne Preisänderungen die Preiselastizität der Nachfrage zu berechnen, wie dies die österreichische Regulierungsbehörde getan habe.

169. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Eine korrekte Berechnung der Preiselastizität der Nachfrage erfordert, dass die Nachfragefunktion bekannt und exakt spezifiziert ist. Ist diese wie vorliegend nicht bekannt, muss sie geschätzt werden. Um eine Schätzung vornehmen zu können, sind Preis-Mengenrelationen erforderlich, die zusammengekommen die Nachfragefunktion bilden. Bis Dezember 2007 nahm Swisscom keine Preisänderungen vor, da die Preise pro Anschluss sowohl auf Wholesale- als auch auf Retail-Stufe konstant blieben (eingehend dazu siehe Rz. 139 ff.). Demgegenüber stiegen die

¹¹³ Schreiben Cablecom vom 6. und 14. Februar 2008 sowie Schreiben Swisstable vom 29. Januar 2008.

¹¹⁴ Schreiben Cablecom vom 6. und 14. Februar 2008 sowie Schreiben Swisstable vom 29. Januar 2008.

¹¹⁵ Die Wahlmöglichkeit der Nutzer berechnet sich wie folgt: Anzahl Breitbandinternetnutzer mit einer Wahlmöglichkeit zwischen DSL und CATV) dividiert durch die Anzahl Haushalte (Gesamtheit der Stichprobe der Net-Matrix-Base Studie). Dies entspricht 3'647/10'876 = ca. 34 %.

¹¹⁶ Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH unterstützt die österreichische Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) und die Telekom-Control-Kommission (TKK).

nachgefragten Mengen erheblich, da sich das Breitbandgeschäft in einer starken Wachstumsphase befand (vgl. Abbildung 6). Aus diesen Gründen kann die Nachfragefunktion nicht exakt spezifiziert werden, weshalb die Preiselastizität der Nachfrage nicht berechnet werden kann.

170. Swisscom beruft sich in diesem Zusammenhang namentlich auf eine von der österreichischen Regulierungsbehörde angewandten Methodik¹¹⁷. Demgemäss zog die österreichische Regulierungsbehörde zwar keine Preisänderungen heran, sondern stützte sich auf Basis von in Österreich mittels Endkundenumfragen speziell zu diesem Zweck erhobenen Daten auf unter anderem hypothetische Kundenverhalten und Preisveränderungsraten¹¹⁸. Gestützt auf diese bedingten Daten liess sich eine Art hypothetische Preiselastizität berechnen¹¹⁹. Damit in vorliegender Untersuchung eine solche Analyse durchgeführt werden könnte, müssten Informationen betreffend die Wechselbereitschaft und die Wechselkosteneinschätzung der Endkunden von ADSL zu CATV in der Schweiz verfügbar sein. Da auch ohne die Berechnung einer hypothetischen Preiselastizität nachgewiesen ist, dass Swisscom auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wurde auf die Erhebung dieser Daten mittels einer Endkundenumfrage und die Berechnung einer hypothetischen Preiselastizität verzichtet. In diesem Zusammenhang gilt es ausserdem zu erwähnen, dass gemäss der Studie von RTR ein bemerkenswert hoher Teil der befragten Haushalte (72.5 %) und Unternehmen (79.2 %) angaben, der Internetzugang über Kabelanschluss (CATV) biete keinen guten Ersatz für ihren aktuellen Internetzugang (DSL-Anschluss)¹²⁰.

171. Swisscom macht in Rz. 88 und 104 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die WEKO die disziplinierende Wirkung der sektorspezifischen Regulierung nicht genügend berücksichtigt habe. Nach Ansicht von Swisscom sei das Regulierungsziel erreicht, falls mit einer Zugangsform wirksamer Wettbewerb hergestellt werde, womit die Voraussetzungen für weitere Eingriffe wie insbesondere das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung fehlten.

172. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die gesetzlichen Zugangsbestimmungen, auf welche sich Swisscom beruft, sind Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG (schneller Bitstromzugang) und Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG (vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss). Bis Dezember 2007 kann der schnelle Bitstromzugang zum vornherein keinen disziplinierenden Einfluss ausüben, da diese Zugangsform aufgrund der von Swisscom eingeleiteten Rechtsstreitigkeiten zu dieser Zeit von Swisscom noch gar nicht angeboten wurde¹²¹. Bezüglich des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss ist zu bemerken, dass dieser als höherwertiges Produkt, welches einerseits anderen ISP mehr Möglichkeiten bietet und andererseits höhere Investitionen erfordert, nicht als Substitut zu einem reinen Wiederverkaufsangebot wie dem BBSC anzusehen ist, womit diesbezüglich auch kein disziplinierender Einfluss besteht. Der vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss umfasst die Bereitstellung für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des ge-

samten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung¹²².

173. Abgesehen davon ist in konzeptioneller Hinsicht festzuhalten, dass eine auf Wholesale-Stufe eingeführte Zugangsregulierung nicht dazu führt, dass die im Wesentlichen aufgrund des Eigentums am Netz bestehende Marktstellung verändert würde, mit anderen Worten, dass die Marktbeherrschung entfallen würde. Die Zugangsregulierung dient dazu, den Wettbewerb im nachgelagerten Retail-Markt zu ermöglichen, ändert jedoch nichts an der Marktposition im Wholesale-Markt. Die Regulierung schliesst nicht das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung aus, sondern soll eben gerade bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung Missbräuche verhindern¹²³. In grundsätzlicher Hinsicht ist weiter anzumerken, dass in einer Marktwirtschaft Wettbewerbsdruck nur durch Angebote von Konkurrenten entsteht. Die von Swisscom angeführten Alternativen werden jedoch einzig von ihr selbst angeboten, was schon deshalb nicht zu disziplinierendem Wettbewerbsdruck führt.

174. Swisscom macht in Rz. 89 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, es entspreche der Praxis der WEKO, die Wirkungen einer sektorspezifischen Regulierung bei der Beurteilung der Marktbeherrschung nach KG zu berücksichtigen. Sie verweist dabei namentlich auf das Zusammenschlussvorhaben BLS-RM¹²⁴.

175. Hierzu ist Folgendes anzufügen: Beim Zusammenschlussvorhaben BLS-RM handelt es sich um eine summarische, auf Anhaltspunkte gerichtete vorläufige Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens (vgl. Art. 10 und Art. 32 KG). Das Verfahren zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen unterscheidet sich insofern von einer auf Art. 7 KG basierten Untersuchung, dass eine Zugangsregulierung berücksichtigt werden kann. Dies liegt daran, dass bei einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise von Bedeutung sein kann, inwiefern aufgrund einer Zugangsregulierung Wettbewerb in den der Infrastruktur nachgelagerten Märkten möglich ist. An der Marktstellung bei der Infrastruktur ändert sich dabei grundsätzlich nichts.

¹¹⁷ Vgl. Stellungnahme von Swisscom, Rz. 116.

¹¹⁸ Vgl. Stellungnahme von Swisscom, Fn. 106 mit Hinweis auf Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, Abgrenzung des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, 2007; Ofcom, Review of the Wholesale Broadband Access Markets, Identification and analysis of markets Determination of market power and setting of SMP conditions Final Explanatory Statement and Notification, Chapter 2, insbesondere Ziff. 2.149.

¹¹⁹ Vgl. Studie von RTR (zit in Fn. 118), S. 29.

¹²⁰ Vgl. Studie von RTR (zit in Fn. 118), S. 28 ff.

¹²¹ vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff.; Medienmitteilung Swisscom vom 19. Februar 2009, www.swisscom.ch/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2009/2009_0219_Verpflichtung_Bitstrom_Zugang.htm.

¹²² Vgl. im Internet: www.bakom.ch/glossar/index.html?action=id&id=98&lang=de.

¹²³ RPW 2007/2, 241 ff., 266, Rz. 166, nicht rechtskräftig.

¹²⁴ RPW 2006/2, 242 ff.

¹²⁵ RPW 2006/4, 698 ff.

176. Swisscom macht in Rz. 91 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, auch die REKO/WEF habe in ihrem Entscheid in Sachen Swisscom Directories¹²⁵ verlangt, dass regulierte Dienstleistungen bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigt werden müssten.

177. Auch dieser Verweis von Swisscom stösst ins Leere: Es wurde in diesem Entscheid ausgeführt, dass ein Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten (Wholesale) gegen das Vorliegen einer marktbeherrschende Stellung im Bereich der auf einem veredelten Verzeichnis beruhenden Produkte (Retail) spreche¹²⁶. Die in diesem Entscheid der REKO/WEF geäusserte Auffassung heisst damit – auch im Sinne des vorstehend Geschriebenen – nichts anderes, als dass eine Zugangsregulierung auf Stufe Wholesale eine Markbeherrschung im nachgelagerten Retail-Bereich ausschliessen könnte.

B.3.1.2.2.3 Zwischenfazit

178. Zusammenfassend ist bezüglich des Einflusses des nachgelagerten Marktes festzuhalten, dass erstens die Rechtsprechung darauf hindeutet, dass solche Einflüsse wenn überhaupt, dann höchstens begrenzt zu berücksichtigen sind. Zweitens ist anzunehmen, dass sog. „indirect constraints“ in Abhängigkeit verschiedener Indikatoren einzubeziehen sind. Vorliegend wurden die Indikatoren aus dem nachgelagerten Retail-Markt berücksichtigt, und es wurde gezeigt, dass der Einfluss des nachgelagerten Marktes auf den relevanten Wholesale-Markt gering ist (vgl. Kapitel B.3.1.2.2, S. 36).

B.3.1.2.3 Potenzieller Wettbewerb

179. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs und die Berücksichtigung des nachgelagerten Marktes ergaben, dass es bis Dezember 2007 nicht genügend Konkurrenz gab, um eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert werden kann.

180. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

181. Im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz im Wholesale-Markt für Breitbanddienste ist insbesondere zu fragen, inwiefern innerhalb der nächsten zwei Jahre Unternehmen auf drahtgebundenen Anschlüssen beruhende Breitbandzugänge anbieten werden. Als mögliche Anbieter von solchen Wholesale-Angeboten kämen insbesondere Kabelnetzbetreiber (z.B. Cablecom) oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel (z.B. Elektrizitätswerk der Stadt Zürich) in Frage.

182. Kabelnetzbetreiber bieten in Ergänzung zu ihren herkömmlichen Radio- und Fernsehangeboten oft auch Breitbandinternet via ihre Kabelnetze an, wobei aufgrund

der Versorgungsgebiete der Kabelnetzbetreiber ein schweizweites flächendeckendes Angebot nicht möglich ist. Allerdings bieten diese Kabelnetzbetreiber den Internetzugang nur direkt ihren eigenen Endkunden an, Wiederverkaufsangebote an andere ISP bestehen abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen nicht. Cablecom als der bei weitem grösste Kabelnetzbetreiber wird auch in naher Zukunft kein Wiederverkaufsangebot für Breitbandinternet an andere ISP unterbreiten. Cablecom gab an, dass die Kabelnetztechnologie als „shared“ Medium sich nur begrenzt zum Angebot von Wholesale-Services eigne¹²⁷. Swisscable als Verband der Kabelnetzbetreiber wies darauf hin, dass die Kabelnetzbetreiber auf Ebene des Anschlusses kein Wholesale-Angebot bereitstellten, weil es nicht möglich sei, den verschiedenen ISP im selben Kabelnetz Kapazität zuzuweisen¹²⁸.

183. Dabei ist auch zu beachten, dass von Kabelnetzbetreibern aufgrund ihrer regionalen Zersplitterung mit über 400 Kabelnetzbetreibern (Rz. 103) nur begrenzt und nur lokal Wettbewerbsdruck auf die schweizweiten Angebote von Swisscom ausgehen könnte. Selbst wenn es technologisch möglich wäre, stellte es für Anbieter wie beispielsweise Sunrise oder Tele2 im Übrigen keine Alternative dar, bei mehreren Hundert Kabelnetzbetreibern Wholesale-Zugänge nachzufragen, um Endkunden in der Schweiz Breitbandinternet anzubieten. Gegen eine Substituierbarkeit sprach in gleicher Weise im Fall Deutsche Telekom (DT), dass ein ISP in Deutschland verpflichtet wäre, mit mehr als 100 Kabelnetzbetreibern Vertriebsvereinbarungen abzuschließen, um eine dem Netz der DT vergleichbare Reichweite und Dichte zu erzielen (vgl. Rz. 208).

184. Potenzielle Konkurrenz im Wholesale-Markt für Breitbanddienste könnte auch durch städtische Infrastrukturbetreiber in den Bereichen Elektrizität, Gas oder Wasser entstehen, welche beginnen, Glasfaserkabel zu Endkunden zu ziehen. So haben beispielsweise die Stimmberechtigten der Stadt Zürich am 11. März 2007 einen Rahmenkredit von 200 Mio. Franken für den Bau und den Betrieb eines Breitbandnetzes durch das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) bewilligt. Das im Aufbau befindliche Datentransportnetz soll dabei allen ISP diskriminierungsfrei offen stehen. Das EWZ beabsichtigt bis Ende 2008 rund 1'400 Unternehmen und 3'400 Haushalte anzuschliessen¹²⁹. Der effektive Ausbau soll dabei nachfrageorientiert bestimmt werden. Aufgrund der voraussichtlichen Anzahl der zur Verfügung stehenden Anschlüsse sowie aufgrund der nur lokalen Verfügbarkeit dürfte durch das Angebot des EWZ im hier zu beurteilenden relevanten Markt nur sehr begrenzter Konkurrenzdruck entstehen. Dies gilt umso mehr, als dass die genannten Technologien im für vorliegende Untersuchung massgebenden Zeitraum bis Ende des Jahres 2007 noch nicht derart verbreitet waren, als dass sie einen ausreichenden Wettbewerbsdruck auf Swisscom hätten ausüben können.

¹²⁶ RPW 2006/4, 720.

¹²⁷ Schreiben Cablecom vom 28. September 2007.

¹²⁸ Schreiben Swisscable vom 25. September 2007.

¹²⁹ Stadt Zürich, Departement der Industriellen Betriebe, Medienmitteilung vom 28. November 2007.

185. Potenzielle Konkurrenz durch neue Zugangsmöglichkeiten für andere ISP beginnt lokal und insbesondere in Ballungszentren zu entstehen, wie das Beispiel des EWZ zeigt. Jedoch sind die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage, in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot von Swisscom zu treten und anderen ISP zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu bieten. Die durch solche Angebote erwachsene Konkurrenz zum Anschlussnetz von Swisscom ist aufgrund der bestehenden Informationen in den nächsten zwei Jahren als niedrig einzustufen. Aufgrund des geringen Ausmasses der punktuell zu erwartenden Marktzutritte in den nächsten zwei Jahren ist der daraus resultierende Wettbewerbsdruck auf dem relevanten Markt als niedrig anzusehen.

186. Swisscom macht in Rz. 127 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, potenzieller Wettbewerb entstehe auch dadurch, dass Mitbewerber mittels der regulierten Zugangsdienste die Möglichkeit haben, ihre Breitbandplattformen Dritten anzubieten. Andere ISP hätten mit andern Worten die Möglichkeit, über TAL und den Bitstromzugang eine Infrastruktur bereitzustellen, welche als Basis für eigene Wholesale-Dienste dienen könnte.

187. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Die Zugangsregulierung dient wie bereits in Rz. 82 ausgeführt dazu, den Wettbewerb im nachgelagerten Retail-Markt zu ermöglichen. Dies ändert jedoch nichts an der Marktposition von Swisscom im Wholesale-Markt. In einer Marktwirtschaft kann Wettbewerbsdruck grundsätzlich nur durch Angebote von Konkurrenten entstehen. Damit die von Swisscom angeführten Alternativen, also Wholesale-Angebote basierend auf TAL und Bitstromzugang, von Konkurrenten lanciert werden können, muss jedoch wiederum auf Produkte zurückgegriffen werden, welche einzig von Swisscom selbst angeboten werden, was schon deshalb nicht zu disziplinierenden Wettbewerbsdruck führt.

B.3.1.2.4 Ergebnis

188. Aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist daher im Wholesale-Markt für Breitbanddienste als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

189. Da bereits Marktbeherrschung aufgrund der herkömmlichen Kriterien besteht, erübrigt sich eine Prüfung, ob zudem auch Marktbeherrschung aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeiten der ISP von Swisscom vorliegt (vgl. Rz. 36).

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweise

190. 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).

Art. 7 Abs. 2 KG konkretisiert solche Verhaltensweisen in einem nicht abschliessenden Beispielkatalog.

191. Im Folgenden ist zu prüfen, inwiefern aufgrund der Preispolitik von Swisscom bei den ADSL-Breitbanddiensten ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG durch eine sogenannte Kosten-Preis-Schere (Margin- oder Price Squeeze) vorliegt.

192. Swisscom macht in Rz. 227 f. und Rz. 231 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, es werde dem Umstand, dass es sich beim BBS nicht um ein reguliertes, sondern ein freiwilliges Angebot handle, keine Beachtung geschenkt.

193. Dazu gilt es Folgendes festzuhalten: Man kann sich fragen, ob die Anwendung von Art. 7 KG und des darauf gründenden Verbotes einer Preisschere davon abhängt, ob ein Angebot freiwillig oder aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgt. In einer Marktwirtschaft, deren Funktionieren unter anderem durch das Kartellrecht sichergestellt wird, erfolgen Angebote von Dienstleistungen aufgrund der Nachfrage nach diesen Dienstleistungen. Angebote ohne gesetzliche Verpflichtungen stellen damit die Regel dar. Dementsprechend erfolgen die meisten der durch die Wettbewerbsbehörden zu beurteilenden Fälle von Missbräuchen einer Marktbeherrschung nach Art. 7 KG in Zusammenhang mit Dienstleistungen, die ohne gesetzliche Verpflichtung erbracht werden. Im Wettbewerbsrecht kann sich höchstens die umgekehrte Frage stellen, nämlich, wie kartellrechtswidriges Verhalten zu beurteilen ist, welches aufgrund gesetzlicher Regulierungen entsteht¹³⁰. Daraus folgt des Weiteren, dass Art. 7 KG stets dann anzuwenden ist, wenn Gegenstand eines Verfahrens ein Verhalten bildet, das von Unternehmen durch ihre eigene Initiative verursacht wird. Dass die Fälle in der EU, die eine Kosten-Preis-Schere zum Gegenstand hatten, regulierte Produkte betrafen, hängt damit zusammen, dass unter dem europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die Vorleistungsprodukte für einen Breitbandzugang reguliert sind (eingehend zum europäischen Rechtsrahmen siehe Rz. 211). Im Ergebnis führt dies zu tendenziell tieferen Wholesale-Preisen. Da der Missbrauch bei einer Kosten-Preis-Schere jedoch im Verhältnis zwischen Wholesale- und den durch die Unternehmen festgelegten Retail-Preisen besteht, kamen die Europäische Kommission und das Gericht erster Instanz zu Recht zum Schluss, dass Art. 82 EGV anzuwenden war (zur Praxis in der EU siehe Rz. 206). Ob ein Price-Squeeze-Verbot von Art. 7 KG nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn die Einführung eines ADSL-Vorleistungsangebotes aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften erfolgte, kann an dieser Stelle jedoch offen bleiben. Auch wenn man dies bejahen wollte, müsste von einer wettbewerbsrechtlichen Pflicht zu einem solchen Angebot ausgegangen werden. Swisscom ist, wie dargelegt (Rz. 188), marktbeherrschend auf dem Markt für Zugänge von Breitbanddiensten. Das Vorenthalten des Vorleistungsproduktes BBS würde in diesem Fall

¹³⁰ Vgl. CLERC (zit. Fn. 61), Art. 7 N. 99.

eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstellen (Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Swisscom hat denn auch das Wholesale-Angebot für ADSL-Dienstleistungen nach der Eröffnung der Vorabklärung durch das Sekretariat der WEKO eingeführt.

194. Bezüglich der Freiwilligkeit des Angebots macht Swisscom in Rz. 229 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, eine Angebotspflicht, die nicht explizit im FMG vorgesehen sei, könne nicht über das Kartellrecht eingeführt werden¹³¹.

195. Dazu gilt es Folgendes festzuhalten: Beim BBKS handelt es sich um ein nicht durch das Fernmelderecht reguliertes Angebot. Daher ist das von Swisscom angeführte Urteil des Bundesgerichts als nicht einschlägig anzusehen. Ausserdem ist anzumerken, dass das Bundesgericht im Office Connex Urteil vermutlich keinen Widerspruch zu seiner Erkenntnis schaffen wollte, wonach der Gesetzgeber selber über die – damals politisch heikle – Öffnung der letzten Meile entscheiden und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festlegen müsse¹³². Im Weiteren ist fraglich, ob die Rechtsprechung im Fall Office Connex präjudiziellen Charakter erlangen wird. Die Frage, ob das Kartellgesetz zur Anwendung gelangt, bestimmt sich nach Massgabe des restriktiv auszulegenden Vorbehaltes in Art. 3 Abs. 1 KG. Liegt kein derartiger Vorbehalt vor, ist das Kartellgesetz und damit auch Art. 7 KG uneingeschränkt anzuwenden. Zudem steht das Urteil in Sachen Office Connex möglicherweise in Widerspruch zur bisherigen Praxis des Bundesgerichts. In diesem Zusammenhang ist namentlich der Leitentschied Entreprises Electriques Fribourgeoises¹³³ zu erwähnen, in dem das Bundesgericht nach der Verneinung vorbehaltener Vorschriften Art. 7 KG ohne weitere Überprüfung anwendete, obwohl im damaligen Zeitpunkt eine Gesetzesrevision zur Öffnung des Elektrizitätsmarktes bevorstand; im Fall Office Connex ging es um die Frage der Öffnung der „letzten Meile“ von Swisscom. In der Literatur ist die Rechtsprechung in Sachen Office Connex denn auch kritisiert worden¹³⁴.

196. Swisscom macht in Rz. 232 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, Swisscom sei mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. schneller Bitstromzugang zwar verpflichtet worden, den schnellen Bitstromzugang anzubieten. Auch dieser Entscheid begründe aber keine Angebotsverpflichtung für das BBKS.

197. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Wie bereits mehrfach erläutert, ist es für die Anwendung von Art. 7 KG unerheblich, ob es sich beim BBKS um ein freiwilliges Angebot handelt oder BBKS aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung angeboten wird. Daher ist dieser Umstand für die Beantwortung der Frage, ob sich Swisscom missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat, auch nicht von Relevanz. Demgegenüber ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für die Frage der Marktbeherrschung durchaus von Bedeutung (siehe Rz. 69).

198. Swisscom macht des Weiteren geltend, das Sekretariat sei voreilig davon ausgegangen, dass die Wholesale-Preise zu hoch seien, statt zu prüfen, ob das Retail-Angebot ohne Verluste betrieben werden könne¹³⁵.

199. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen den Ausführungen von Swisscom stützt sich vorliegende Untersuchung nicht ausschliesslich auf die Höhe der Wholesale-Preise für das Vorleistungsangebot BBKS um eine Kosten-Preis-Schere zu bejahren. Vielmehr werden in Test 1 und Test 2 die Wholesale- und Retail-Ebene miteinander verglichen. Beide Tests führen zum Ergebnis, dass weder Swisscom noch die alternativen ISP im Zeitraum bis Ende des Jahres 2007, das Retail-Geschäft profitabel haben betreiben können (siehe dazu Kapitel B.3.2.1.1).

B.3.2.1 Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen

200. Als unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 1 KG fällt unter anderem die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG).

201. Marktbeherrschende Unternehmen sind prinzipiell an das Gleichbehandlungsgebot gebunden¹³⁶. Grundsätzlich unzulässig ist beispielsweise die gezielte Besser- oder Schlechterstellung bestimmter Geschäftspartner, sofern sie sich spürbar auswirkt¹³⁷. Zugangsverträge zwischen marktbeherrschenden Telekommunikationsanbietern (oft der historische Anbieter) und ihren Wettbewerbern können Gegenstand verschiedener Diskriminierungen sein, insbesondere was die Tarifierung, Fristen oder den Zugang betrifft¹³⁸.

202. Kosten-Preis-Scheren (Margin- oder Price Squeeze) werden von Rechtsprechung und Lehre regelmässig als Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG qualifiziert. Bei Kosten-Preis-Schere erfolgt die Diskriminierung indirekt, indem die Abnehmer (die ISP) zwar grundsätzlich zu gleichen Bedingungen die Vorleistungsprodukte für Breitbandinternet bei marktbeherrschenden Unternehmen beziehen können, jedoch der Weiterverkauf an die Endkunden aufgrund der Endkundenpreise des vertikal integrierten Anbieters wegen zu knapper Margen nur mit Verlusten erfolgen kann.

203. Nach der Praxis der WEKO kann eine Kosten-Preis-Schere vorliegen, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Endleistungspreise (Retail) im Vergleich zu den Vorleistungspreisen (Wholesale) derart tief ansetzt, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern auf den Endkundenmärkten verunmöglicht wird, Gewinne zu erwirtschaften, um im Markt verbleiben zu können¹³⁹.

¹³¹ Vgl. Stellungnahme von Swisscom mit Hinweis auf das Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 „Office Connex“.

¹³² Vgl. Urteil BGer 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007, E.4.3.

¹³³ BGE 129 II 497.

¹³⁴ Ausführlich dazu: MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. ZH (= ZIK Bd. 41), Zürich 2008, S. 242, Fn. 1227; vgl. auch BENDICHT LÜTHI, Anmerkung zu „Office Connex [Interkonnektion XI]“, Bundesgericht vom 16. Februar 2007, sic! 2007, S. 552 ff.

¹³⁵ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt, Rz. 28.

¹³⁶ RPW 2005/3, 505 ff., 525.

¹³⁷ ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008, S. 336.

¹³⁸ CLERC (zit. Fn. 61), Art. 7 N. 174.

¹³⁹ M.w.H.: RPW 2005/1, 54 ff., 98; RPW 2004/2, 357 ff., 369.

204. Ähnlich wird von der Literatur erwähnt, dass ein Price-Squeeze vorliegt, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen seine Konkurrenten auf der unteren Marktstufe zu Grosshandelspreisen (Vorleistungsentgelt) beliefert, die dermassen nahe bei den vom vertikal integrierten Unternehmen verwendeten Retail-Preisen (Endkundenentgelt) liegen, dass den Konkurrenten eine zu knappe Marge verbleibt, um mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe in Wettbewerb zu treten¹⁴⁰.

205. Art. 7 KG orientiert sich konzeptionell, hinsichtlich des Wortlautes und aufgrund dessen Entstehungsgeschichte an Art. 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)¹⁴¹. Art. 82 EGV befasst sich mit der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. In der Literatur wird auch anerkannt, dass Art. 7 KG und Art. 82 EGV nicht Gegenstand unterschiedlicher Interpretationen sein sollten¹⁴². Es rechtfertigt sich deshalb, bei der Auslegung von Art. 7 KG auch die entsprechende europäische Praxis zu berücksichtigen.

206. Nach der Rechtsprechung im europäischen Wettbewerbsrecht liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben¹⁴³.

207. In den letzten Jahren erlangte die Thematik Kosten-Preis-Schere im Zusammenhang mit Liberalisierungen im Infrastrukturbereich und der Marktöffnung von Netzen für Wettbewerber erhöhte Beachtung. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Telekommunikation, in welchem die Europäische Kommission sich in den Fällen Deutsche Telekom, Wanadoo und Telefónica mit ähnlich gelagerten Fällen wie dem hier zu beurteilenden auseinander setzte. Bei allen drei Fällen handelte es sich um missbräuchliche Ausnutzungen marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EGV. Der jeweils ehemalige nationale Monopolanbieter beliess unzureichende Margen bei den Vorleistungen für Breitbandinternetangebote (insbesondere für xDSL) im Vergleich zu den von diesem Anbieter praktizierten Endkundenpreisen.

208. Im Fall Deutsche Telekom verhängte die Europäische Kommission eine Geldbusse gegen die Deutsche Telekom, da aufgrund einer Kosten-Preis-Schere neuen Marktteilnehmern kein hinreichender Spielraum verblieb, um in Wettbewerb um die Endkunden zu treten¹⁴⁴. Mit Urteil vom 10. April 2008 wies das Gericht erster Instanz alle Klagegründe der Deutschen Telekom zurück und bestätigte den Entscheid der Europäischen Kommission¹⁴⁵.

209. Wanadoo, eine Tochtergesellschaft von France Télécom, wurde von der Europäischen Kommission am 16. Juli 2003 eine Geldbusse wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auferlegt¹⁴⁶. Die Europäische Kommission hatte festgestellt, dass die Endabnehmerpreise von Wanadoo unterhalb ihrer Kosten für die an-

gebotenen Breitbanddienste lagen. Der Missbrauch endete im Oktober 2002, als France Télécom um 30% niedrigere Wholesale-Preise einfuhrte. Mit Urteil des Europäischen Gerichts Erster Instanz vom 30. Januar 2007 bestätigte dieses den Entscheid der Europäischen Kommission in Sachen Wanadoo¹⁴⁷.

210. Im Fall Telefónica verhängte die Europäische Kommission am 2. Juli 2007 eine Busse wegen eines schwerwiegenden Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf dem spanischen Breitbandmarkt durch eine Kosten-Preis-Schere¹⁴⁸. Telefónica hätte dabei die Kosten-Preis-Schere jederzeit beenden können, indem es von sich aus die Wholesale-Preise gesenkt hätte. Auf einzelne Ausführungen und Überlegungen aus diesen drei ähnlich gelagerten Fällen, welche grosse Ähnlichkeiten mit dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt aufweisen, wird nachfolgend zurückzukommen sein.

211. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist auch der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation, der sich auf wettbewerbsrechtliche Kriterien stützt. In diesem Rechtsrahmen finden sich auch die Prinzipien zur Kosten-Preis-Schere wieder. Insbesondere Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht sollten Kosten-Preis-Scheren vermeiden, bei denen Unterschiede zwischen ihren Endverbraucherpreisen und den von Wettbewerbern mit ähnlichem Leistungsangebot erhobenen Zusammenschaltungsentgelten so gestaltet sind, dass ein nachhaltiger Wettbewerb nicht gewährleistet ist¹⁴⁹. Damit wurden die kartellrechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch eine Kosten-Preis-Schere dargelegt.

212. In der ökonomischen Literatur gelten Kosten-Preis-Scheren als Spezialfall von sog. „vertical foreclosure“¹⁵⁰. Sie werden als Situationen beschrieben, in welchen ein vertikal integriertes Unternehmen hohe Preise für seine vorgelagerten Dienstleistungen an Wettbewerber im

¹⁴⁰ MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 145.

¹⁴¹ Konsolidierte Fassung: ABl. C 325 vom 24. Dezember 2002, S. 33.

¹⁴² CLERC (zit. Fn 61), Art. 7 N. 44.

¹⁴³ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. November 2000, Industrie des poudres sphériques, T-5/97, Ziff. 178.

¹⁴⁴ ABl. L 263 vom 14. Oktober 2003, S. 9.

¹⁴⁵ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03.

¹⁴⁶ Entscheidung vom 16. Juli 2003, COMP/38.233.

¹⁴⁷ Urteil des Gerichts erster Instanz vom 30. Januar 2007, T-340/03.

¹⁴⁸ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission i.S. Telefónica vom 2. Juli 2007, COMP/38.784.

¹⁴⁹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 37, Präambel 20.

¹⁵⁰ Für eine Übersicht über „vertical foreclosure“ siehe PATRICK REY/JEAN TIROLE, A Primer on Foreclosure, Handbook of Industrial Organization III, Elsevier 2007.

nachgelagerten Markt verlangt, während die Endkundenpreise des vertikal integrierten Unternehmens derart niedrig gesetzt werden, dass der Wettbewerb im nachgelagerten Markt ausgeschaltet oder erheblich geschwächt wird (*chill downstream competition*)¹⁵¹. Eine weitergehende Definition geht von einem Price Squeeze aus, falls ein vertikal integriertes Unternehmen mit Marktmacht in der Bereitstellung einer wesentlichen Vorleistung, die Preissetzung bei den vorgelagerten oder ihren nachgelagerten Dienstleistungen in einer Weise und für eine genügend lange Zeit vornimmt, um einem mindestens ebenso effizienten Wettbewerber im nachgelagerten Markt einen genügenden Ertrag zu verunmöglichen, um im Markt zu verbleiben¹⁵².

213. Im Rahmen einer ökonomischen Übersicht erwähnt Fernández Álvarez-Labrador fünf Voraussetzungen, die für das Bestehen einer Kosten-Preis-Schere vorzuliegen haben¹⁵³:

- 1) Marktstruktur: Vorausgesetzt wird ein vertikal integriertes Unternehmen, das auf zwei Märkten in einer Wertungskette aktiv ist. In vorliegendem Fall trifft dies auf Swisscom zu. Swisscom ist einerseits Verkäufer des ADSL-Vorleistungsangebot BBS über die Marke Bluewin im nachgelagerten Markt als ISP tätig.
- 2) Kontrolle über eine notwendige Vorleistung, welche die Wettbewerber benötigen, um im nachgelagerten Markt Dienstleistungen anzubieten: Swisscom verfügt mit dem auch auf dem Anschlussnetz beruhenden BBS über eine Vorleistung, auf die ISP wie Green, Sunrise oder Tele2 angewiesen sind, um Breitbandinternet an Endkunden anbieten zu können (vgl. Rz. 92 ff.).
- 3) Die Differenz zwischen Wholesale-Kosten und Retail-Preis reichen nicht aus, um Wettbewerbern einen genügenden Ertrag im nachgelagerten Retail-Markt zu ermöglichen. Im vorliegenden Fall bestehen, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, keine genügenden Margen (vgl. Rz. 223 ff., Rz. 271 ff.).
- 4) Dauer: Ein Price Squeeze muss genügend lange bestehen, damit er reale Auswirkungen im Markt entfaltet. Im Folgenden wird dargelegt werden, dass über mehrere Jahre (mindestens seit Anfang 2003) ein Price Squeeze bestand (vgl. Rz. 223 ff., Rz. 271 ff.).
- 5) Zurückgewinnung von Verlusten: Das vertikal integrierte Unternehmen kann die Verluste, welche als Folge der ungenügenden Marge im Bereich Retail entstehen, zurückgewinnen, beispielsweise über Profite, welche im Bereich Wholesale erzielt werden. Es wird aufzuzeigen sein, dass die Verluste von Swisscom (Bluewin) im Bereich ADSL mit entsprechenden Gewinnen im Wholesale mittels BBS mehr als kompensiert werden (vgl. Rz. 312 ff.).

214. Ein Price Squeeze kann grundsätzlich dann entstehen, wenn der Endkundenpreis (EP) relativ zu tief (Predation) oder wenn der Wholesale-Preis (WP) relativ zu

hoch ist (Vertikale Marktabstimmung). Vorliegend ist mit Blick auf die hohen Preise davon auszugehen, dass es sich um eine vertikale Marktabstimmung und nicht um Predation handelt (vgl. Rz. 317).

215. Bei diesem Verhalten verunmöglicht Swisscom anderen ISP (Green, Sunrise, Tele2 etc.) im Breitbandmarkt profitabel zu sein. Wenn der Preis, welcher Swisscom für das Wholesale-Angebot verlangt (WP), grösser ist als die Differenz zwischen dem Retail-Preis (RP) und den Kosten, welche einem ISP entstehen (RK), so kann ein ISP nicht profitabel Breitbanddienstleistungen anbieten. Dann ist die Retail-Marge (RM) ungenügend oder negativ.

Formal: $RM = RP - WP - RK < 0$, wobei

WP: Wholesale-Preis von Swisscom

RP: Retail-Preis (Endkundenpreis)

RK: Retail-Kosten

RM: Retail-Marge.

216. Der volkswirtschaftliche Schaden ergibt sich einerseits aus der Verringerung des Angebotes für Endkunden und andererseits aus sich ergebenden Monopolrenten auf der Wholesale-Stufe.

217. Nachfolgend ist anhand verschiedener Methoden und Faktoren (Kosten-Preis-Schere Tests, Margen Betrachtung) aufzuzeigen, ob durch die Preispolitik von Swisscom bei den Vorleistungsentgelten für DSL-Breitbandinternet im Verhältnis zu den Endkundenpreisen ihres gruppeneigenen ISP Bluewin eine Kosten-Preis-Schere mit unzureichenden Gewinnmargen für alternative ISP besteht, womit eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG begründet wird. Zuerst werden im nächsten Kapitel (B.3.2.1.1) zu den Kosten-Preis-Schere Tests die bei den Anbietern entstandenen Kosten analysiert. Danach wird im Kapitel B.3.2.1.2 zudem die unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot analysiert. Anschliessend werden im Kapitel B.3.2.1.3 die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auf Gewinne und Verluste innerhalb von Swisscom veranschaulicht.

218. Swisscom macht in Rz. 212 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass sie keinen Anreiz habe, eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden und keinen Anreiz habe, andere DSL-Anbieter aus dem Markt zu drängen. Um dies zu belegen, zitiert Swisscom verschiedene Theorien.

¹⁵¹ PAUL A GROUT, Recent Developments in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy, CMPO Working Paper Series No. 00/23, August 2000, überarbeitet im März 2001.

¹⁵² PIETRO CROCIONI/CENTO VELJANOVSKI, Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, Principles and Guidelines, Journal of Network Industries, 2003 (vol. 4), S. 28 ff.

¹⁵³ MARGARITA FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: An Economic Overview, World Competition, Vol. 29, No. 2, June 2006, S. 247 ff.

219. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Der Gewinn, welcher in der gesamten Wertschöpfungskette DSL zu erwirtschaften ist, fällt ausschliesslich auf der Wholesale-Stufe an. Allein Swisscom ist in diesem Bereich tätig und erwirtschaftet daher als einzige Anbieterin von DSL-Dienstleistungen auf Wholesale-Stufe Gewinne. Swisscom profitiert daher in hohem Masse von ihrer Preisstrategie. Die Anwendung von KG 7 setzt zwar nicht voraus, dass eine Verhaltensweise schuldhaft ist, jedoch zeigen die hohen Gewinne auf der Wholesale-Stufe, die enorme Erhöhung des Retail-Marktanteiles von Bluewin und das Ausscheiden von Wettbewerbern auf der Retail-Stufe, dass Swisscom einen grossen Anreiz hat, einen Price-Squeeze zu betreiben.

220. Zu den genannten Theorien ist zu erwähnen, dass sich immer wieder Theorien und spezifische Modelle finden, mit deren Hilfe sich unter bestimmten Annahmen zeigen lässt, dass sich ein Price-Squeeze aus Sicht eines vertikal integrierten Unternehmens nicht lohnen könnte. Aus der Existenz solcher Theorien kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten. Gemäss herrschender Lehre und Praxis führt ein Price-Squeeze zu volkswirtschaftlichen Schäden wegen der Verringerung des Angebotes für Endkunden und andererseits wegen der sich ergebenden Monopolrenten auf der Wholesale-Stufe (siehe auch Rz. 216). Dass von der EU-Kommission und von mehreren nationalen Gerichten in der EU im Telekommunikationsbereich bereits ähnlich gelagerte Fälle existieren, zeigt, dass auch die Europäische Rechtsprechung von einer Schädlichkeit von Kosten-Preis-Scheren ausgeht (siehe auch Rz. 208 ff.).

221. Swisscom macht in Rz. 225 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, das Sekretariat hätte gemäss Crocioni/Veljanovski nachweisen müssen, dass das BBCS für das Vorhandensein von Wettbewerb im nachgelagerten Markt unabdingbar sei. Nur dann könnte allenfalls eine Kosten-Preis-Schere mit negativen volkswirtschaftlichen Folgen vorliegen.

222. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat die marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Kapitel „B.3.1 Marktbeherrschende Stellung“ geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass das Produkt BBCS ein notwendiger Input für die ISP im nachgelagerten Breitbandmarkt ist. Daher trägt vorliegende Verfügung den in der Literatur geforderten Anforderungen genügend Rechnung.

B.3.2.1.1 Kosten-Preis-Schere Tests

223. Um zu analysieren, ob wettbewerbsschädliche Kosten-Preis-Scheren bestehen, kann unter anderem auf sog. Imputation Tests abgestellt werden. Ausgangspunkt ist eine Unterscheidung der Retail-Kosten, welche beim vertikal integrierten Unternehmen auf der Downstream-Ebene anfallen (z.B. bei Bluewin), von denjenigen Retail-Kosten, welche einem beliebigen ISP entstehen. In Praxis und Literatur werden dementsprechend zwei Price-Squeeze-Tests (Imputation Tests) unterschieden¹⁵⁴:

- **Test 1:** Basierend auf den Vorleistungspreisen (hier: BBCS) des vertikal integrierten Unternehmens können dessen eigene Aktivitäten im nachgelagerten Markt (hier: DSL-Bereich von Bluewin) nicht profitabel erbracht werden. Dies

hiesse, dass die Retail-Marge von Bluewin (Swisscom) ungenügend wäre.

- **Test 2:** Die Retail-Marge eines effizienten (reasonably efficient) ISP ist ungenügend, um einen ausreichenden Ertrag zu erwirtschaften.

224. Im Test 1 wird auf die Kosten von Bluewin abgestellt, während im Test 2 die Kosten der Wettbewerber berücksichtigt werden. Beide Tests haben Vor- und Nachteile. Ein Argument, welches für Test 1 spricht, ist Folgendes: Falls die Wettbewerber von Bluewin effizienter wären als Bluewin, so würde bei Test 2 unter Umständen kein Price Squeeze resultieren, während gemäss Test 1 möglicherweise eine Kosten-Preis-Schere festgestellt würde. Dies würde bedeuten, dass die Anwendung von Test 2 die Wettbewerber von Bluewin für ihre Effizienz bestrafen würde. Wenn hingegen Test 1 zur Anwendung gelangte, so würden die Wettbewerber für ihre Effizienz belohnt, da sie, selbst wenn Bluewin nur eine sehr geringe Marge hätte, aufgrund ihrer Effizienz höhere Margen erzielen könnten.

225. Nachfolgend wird anhand von Angaben aus den bei den Anbietern durchgeführten Marktbefragungen gezeigt¹⁵⁵, dass in diesem Fall beide Imputation-Tests zum selben Resultat führen. Tabelle 3 stellt die bei den ISP erfragten durchschnittlichen Einnahmen und Ausgaben pro Benutzer des gesamten ADSL-Geschäfts für die Jahre 2006 und 2007 von Bluewin, Sunrise, Tele2 und Green (nur 2006) gegenüber. Die Einnahmen bestehen hauptsächlich aus den monatlichen Zahlungen der Endkunden. Die Ausgaben bestehen einerseits aus den regelmässig wiederkehrenden Wholesale-Kosten für den BBCS (Access und Connectivity) von Swisscom. Andererseits kommen andere Kosten hinzu, die beim ISP selber anfallen, wie der Betrieb des Netzwerkes, die Akquisition von Endkunden, das sog. customer care, billing, IT, etc. Die Einnahmen und Kosten wurden dabei durch die jeweilige Anzahl Endkunden dividiert. In diesem ebenfalls zu erwähnen ist, dass Bluewin das Vorleistungsprodukt zu den gleichen Konditionen bezieht wie die alternativen ISP.

226. Da es sich um einen Durchschnittswert handelt, könnten sich für einzelne Kunden gewisse Abweichungen ergeben. So könnte z.B. bei einem Geschäftskunden eine weniger negative Marge resultieren, während bei einem Sonderangebot profitierte und das Netz durch Downloads stark in Anspruch nimmt, die Marge deutlich unter dem Durchschnittswert liegt.

¹⁵⁴ Vgl. u.a. CROCIONI/VELJANOVSKI, (zit. Fn. 152), S. 49 ff.

¹⁵⁵ Siehe die Antworten auf den Fragebogen vom 7. September 2007 von Green, Sunrise, Swisscom sowie von Tele2.

Tabelle 3: Die durchschnittlichen Margen der vier grössten ADSL-Anbieter der Schweiz im Jahr 2006 und 2007 sowie deren Berechnung (Franken pro Kunde pro Monat)

2006	Bluewin	Sunrise	Tele2	Green
Einnahmen	[30-70]	[30-70]	[30-70]	[30-70]
Kosten	[40-80]	[40-80]	[40-80]	[40-80]
Differenz (Marge)	[-10-0]	[-10-0]	[-10-0]	[-10-0]

2007	Bluewin	Sunrise	Tele2	Green
Einnahmen	[30-70]	[30-70]	[30-70]	n.a.
Kosten	[40-80]	[40-80]	[40-80]	n.a.
Differenz (Marge)	[-10-0]	[-10-0]	[-10-0]	n.a.

227. Die Margen könnten auch bei einzelnen Bandbreitentypen unterschiedlich ausfallen. Da jedoch ca. [...] % aller ADSL-Kunden die gleiche Bandbreite haben (3'500/300), werden die Resultate im Wesentlichen durch diesen Bandbreitentyp bestimmt. Die anderen Typen fallen kaum ins Gewicht, weil der zweithäufigste Typ (300/100) von der Anzahl her nur ca. [...] % ausmacht und vom Umsatz her sogar unter [...] % liegt. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass einzelne Bandbrei-

tentypen, insbesondere im Geschäftskundenbereich, rentabel sein könnten. Wenn jedoch die Gesamtbetrachtung negative Margen hervorbringt, trotz einzelner Bandbreiten, bei denen positive Margen erwirtschaftet werden können, so ist der Price Squeeze im Massenmarkt umso gravierender. Daraus erklärt sich auch, dass ADSL-Anbieter verschiedene Margen haben, da sie eine unterschiedliche Kundenstruktur aufweisen können.

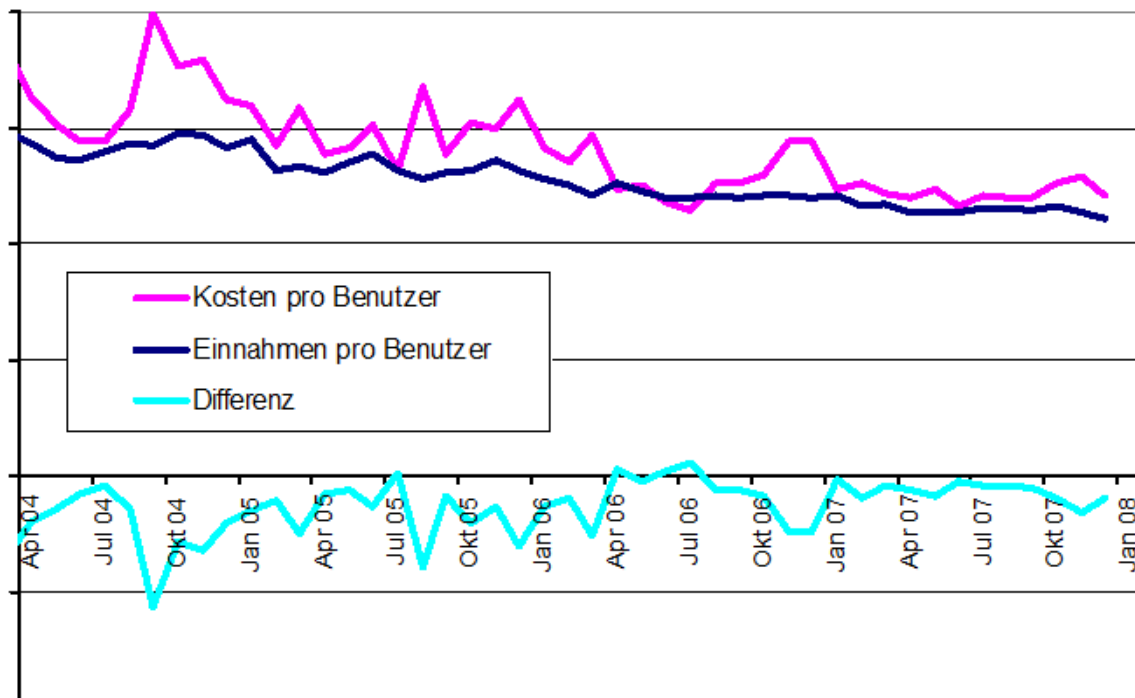


Abbildung 7: Die Marge von Bluewin (Swisscom) im Bereich DSL (Test 1) [Achse Geschäftsgeheimnis]

228. Abbildung 7 zeigt die Entwicklung der Differenz zwischen den gesamten Kosten und Einnahmen bei Bluewin (Swisscom) zwischen Januar 2003 bis Dezember 2006 pro Kunde. Daraus wird ersichtlich, dass die Kosten fast immer über den Einnahmen lagen. Die daraus sich ergebende Differenz nahm zwar leicht ab, die Marge blieb jedoch im Durchschnitt immer negativ. Aus der Entwicklung geht auch hervor, dass das ADSL-Geschäft von Bluewin über mehrere Jahre unprofitabel war und dies obwohl Bluewin mit über einer Million Endkundenanschlüssen über viermal mehr Kunden verfügt als der zweitgrösste ADSL-Anbieter Sunrise (Tabelle 2, S. 30).

229. Aus Abbildung 8 wird ersichtlich, wie sich die Situation beim grössten alternativen Anbieter Sunrise für die Jahre 2006 und 2007 präsentiert. Die Situation ist ähnlich mit derjenigen von Bluewin. Die Differenz zwischen den gesamten Einnahmen und Ausgaben liegt kontinuierlich unterhalb der Gewinnschwelle. Eine Aussicht auf Gewinne ist ohne Änderung der Preise nicht zu erwarten.

230. Auch die Situation bei Tele2 liefert ein ähnliches Bild (Abbildung 9). Während zu Beginn des ADSL-Geschäfts noch starke Schwankungen existieren, pendeln sich die Werte ab dem Jahr 2004 ein und bilden dauerhaft eine negative Marge.

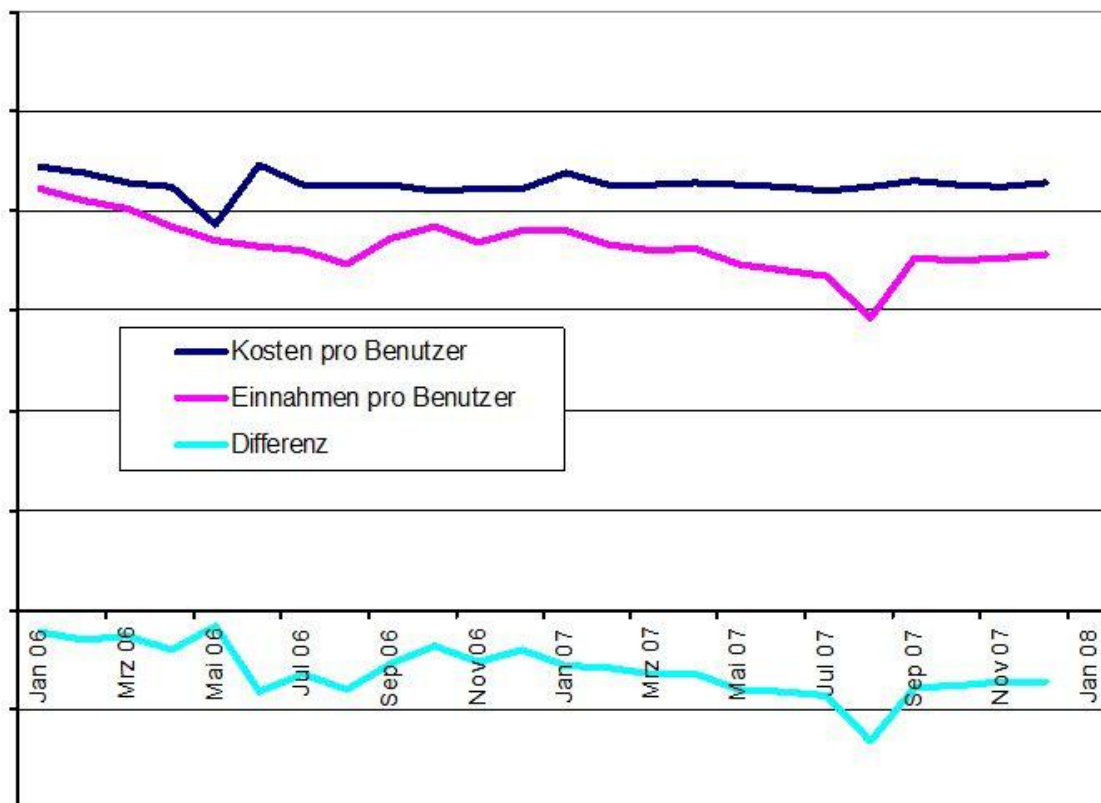


Abbildung 8: Die Marge von Sunrise (Test 2) [Achse Geschäftsgeheimnis]

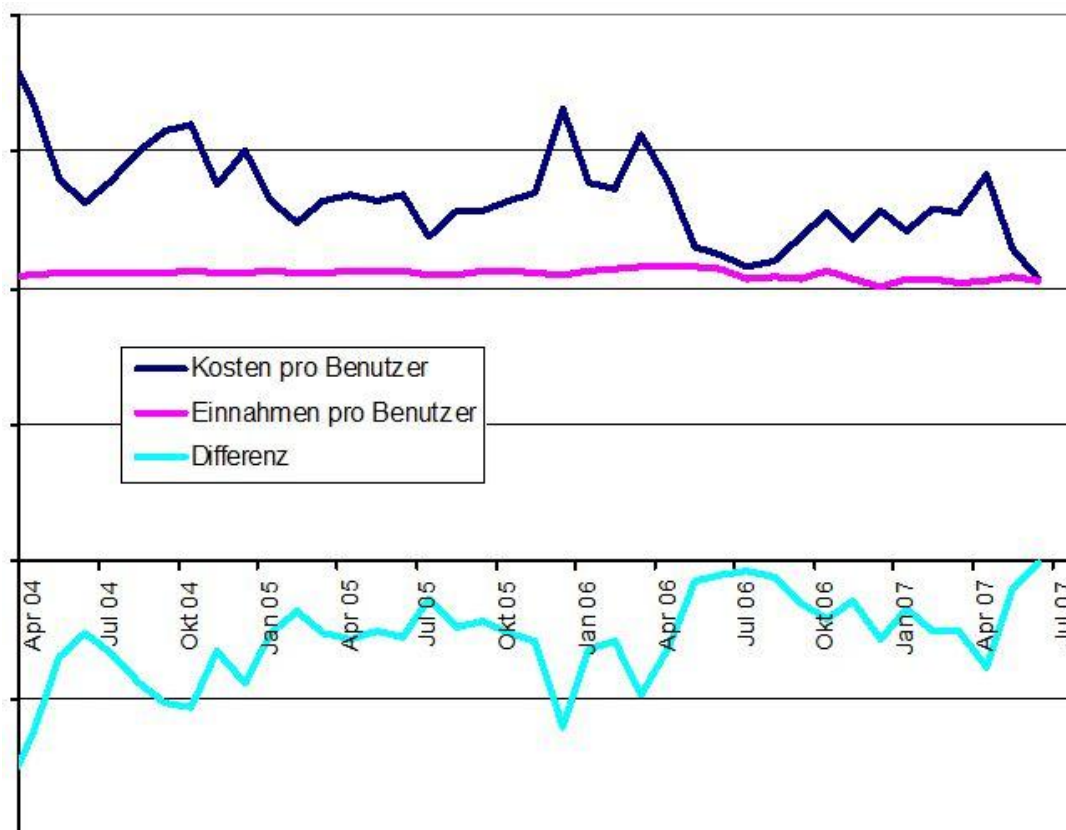


Abbildung 9: Die Marge von Tele2 (Test 2) [Achse Geschäftsgeheimnis]

231. Die beiden durchgeführten Kosten-Preis-Schere Tests (Imputation Tests) haben ergeben, dass aufgrund der von Swisscom praktizierten Preise DSL-Breitbandinternet in den letzten Jahren weder vom vertikal integrierten Netzanbieter (Swisscom/Bluewin) noch von einem der grösseren alternativen ISP (Green, Sunrise, Tele2) profitabel angeboten werden konnte. Damit ist festzustellen, dass bis Ende 2007 eine Kosten-Preis-Schere bestand.

232. Swisscom macht in Rz. 179 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, das Sekretariat orientiere sich bei der Durchführung der Kosten-Preis-Scheren-Tests zwar an der Vorgehensweise der EU, weiche in methodischer Hinsicht indessen auf untaugliche Weise von dieser ab.

233. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Bei der Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, geht es nicht um die absolute Höhe der Wholesale- bzw. Retail-Preise, sondern ausschliesslich um die Differenz zwischen denselben¹⁵⁶. Entsprechend ist es nicht von Bedeutung, dass die Fälle in der EU, die eine Kosten-Preis-Schere zum Gegenstand hatten, regulierte Produkte betrafen. Auf die angeblichen Mängel in der Methodik des Sekretariats wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen. Vorweg gilt es aber zu erwähnen, dass sich Art. 7 KG konzeptionell an Art. 82 EGV orientiert. Daher erscheint es als sachgerecht, sich an Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung zu orientieren. Die Orientierung am europäischen Wettbewerbsrecht bedeutet indessen nicht, dass sich die schweizerischen Wettbewerbsbehörden umfänglich an dieses zu halten haben, sondern es steht ihnen frei, soweit es als angezeigt erscheint,

abweichend von der EU eine eigene Praxis zu begründen.

234. Swisscom macht in Rz. 191 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 und in Rz. 32 des Parteigutachtens Preispolitik¹⁵⁷ geltend, dass beim Retail-Geschäft (Bluewin) die meisten Kosten variabel seien und deshalb kaum Mengenvorteile bestünden und folglich die Ausführungen des Sekretariats irreführend und falsch seien.

235. Hierzu ist Folgendes anzumerken: In der Tabelle in Rz. 191 der Stellungnahme werden nur die Kosten des Jahres 2007 aufgeführt. Die meisten Fixkosten sind jedoch in den Anfangsjahren des ADSL entstanden (vgl. Rz. 314). In dieser Phase zu Beginn der Lancierung von ADSL-Angeboten haben die ISP umfangreiche Investitionen zu tätigen. So muss u.a. die Interkonnektion sichergestellt werden, ein Markenname („Bluewin“, „Sunrise“ oder „Green“) aufgebaut sowie Kundendaten und Callcenter eingerichtet werden. Diese anfänglichen Investitionen sind erheblich, und sie sind eindeutig als Fixkosten anzusehen. All diese Fixkosten wurden in erwähnter Tabelle nicht aufgeführt. Aus der Existenz von hohen Fixkosten ergeben sich erhebliche Mengenvorteile mit wachsender Kundenzahl.

¹⁵⁶ Vgl. auch Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt, Rz. 23.

¹⁵⁷ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

236. Swisscom macht in Rz. 152 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 sowie in Rz. 32 ff. und Rz. 37 ff. des Parteigutachtens Preispolitik¹⁵⁸ geltend, dass die Akquisitionskosten der Endkunden von Bluewin in Übereinstimmung mit der Praxis in der EU auf die durchschnittliche Verweildauer ihrer Kunden abgeschrieben werden müssten.

237. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Aus den von Swisscom eingereichten Akten geht hervor, dass weder Bluewin noch Swisscom im Rahmen ihrer eigenen Wirtschaftlichkeitsrechnungen oder Businessplänen die Kundenakquisitionskosten tatsächlich abgeschrieben haben. Auch auf ausdrückliche Nachfrage lieferte Swisscom keine Businesspläne oder andere Dokumente, die derartige Abschreibungen enthalten hätten. Auch die anderen befragten ISP Sunrise, Tele2 und Green haben in ihren Wirtschaftlichkeitsrechnungen keine solchen Abschreibungen vorgenommen. Erstmals in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 verlangt Swisscom, dass Abschreibungen vorzunehmen und von der Behörde selbst zu berechnen seien. Es liegt jedoch an Swisscom, die gemachten Abschreibungen nachzuweisen oder zumindest substantiiert darzulegen. Weder das eine noch das andere hat Swisscom vorgenommen. Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob überhaupt Platz für „Abschreibungen“ besteht (Rz. 238). Ausserdem ergibt sich aufgrund einer von der Behörde so durchgeführten Wirtschaftlichkeitsrechnung, dass bis Ende des Jahres 2007 selbst dann eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, wenn die Akquisitionskosten abgeschrieben werden (Rz. 245 ff.).

238. Das Gericht Erster Instanz hielt in diesem Zusammenhang fest, dass die Kommission bei der Wahl der Berechnung der Kostendeckung eines marktbeherrschenden Unternehmens ein grosser Ermessensspielraum zusteht¹⁵⁹. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass die Praxis in der EU bezüglich der Berücksichtigung von Abschreibungen uneinheitlich ist. So wurden im Fall „Deutsche Telekom“ bei der Prüfung einer allfälligen Kosten-Preis-Schere keine Abschreibungen berücksichtigt, während in anderen Fällen (Wanadoo und Telefónica) z.T. abgeschrieben wurde. In den genannten Fällen spielte die Berücksichtigung von Abschreibungen aber insoweit keine Rolle, als dass eine Kosten-Preis-Schere auch dann bejaht wurde, wenn die Akquisitionskosten abgeschrieben wurden.

239. Abschreibungen sind das wertmässige Äquivalent für den Wertverzehr mehrjährig abnutzbarer Vermögensgegenstände in der Erfolgsrechnung¹⁶⁰. Dieser Wertverzehr kann ausgelöst werden durch folgende Gründe:

- Gebrauchsverschleiss (Abnutzung durch Gebrauch)
- Zeitverschleiss (durch Korrosions- und Witterungseinflüsse, Materialermüdung, wegfallende Produktionsmöglichkeiten, technisch-wirtschaftliche Veralterung)
- Substanzverringering (Bodenschätze)
- Katastrophenverschleiss (Unglücke oder Naturkatastrophen)

240. Die Abschreibungsursachen bestimmen zugleich mit dem Wertverzehr die Nutzungsdauer, während derer ein Vermögensgegenstand im Unternehmen eingesetzt wird. Abschreibungen werden folglich bei Vermögensgegenständen mit zeitlich begrenzter Nutzungsdauer vorgenommen. Entsprechend sind nur abnutzbare Wirtschaftsgüter (Sachanlagen) abzuschreiben, und zwar so, dass der Differenzbetrag zwischen Anschaffungskosten und Restwert planmässig über die Jahre der betrieblichen Nutzung verteilt wird¹⁶¹. Da es sich bei akquirierten Endkunden nicht um Vermögensgegenstände handelt und weil auch keiner der genannten Abschreibungsgründe gegeben ist, ergibt sich vorliegend auch keine Abschreibungsmöglichkeit. Bei der „Abschreibung von Akquisitionskosten“ handelt es sich tatsächlich um eine zeitliche Verschiebung der realisierten Verluste. Ob aus kartellrechtlicher Sicht Abschreibungen durchgeführt werden können, ist daher fraglich, da keine der genannten Abschreibungsgründe im Hinblick auf einen Price Squeeze zutreffen.

241. Werden die Kosten für die Akquisition von Kunden, die heute akquiriert werden, auf die nächsten vier Jahre verteilt (wie von Swisscom in ihrer Modellrechnung in Rz. 150 ihrer Stellungnahme durchgeführt), so erscheint bei einer linearen Abschreibung nur ein Viertel dieser Kosten heute, während die restlichen drei Viertel in den nächsten drei Jahren in der Rechnung erscheinen. Die Akquisitionskosten werden durch eine allfällige Abschreibung daher künstlich gesenkt und negative Margen erscheinen auf diese Weise positiv.

242. Vorliegend ergeben sich u.a. folgende Probleme im Zusammenhang mit Abschreibungen:

- Die Höhe der Akquisitionskosten ist schwierig bestimmbar, weil sie sich stark unterscheidet, je nach Kunde, je nach genauem Produkt und je nach Zeitpunkt. Die Höhe der Akquisitionskosten bei ADSL-Kunden wird von Swisscom mit [...] Franken und bei VDSL-Kunden mit bis [...] Franken pro akquiriertem Kunden angegeben (Stellungnahme, Rz. 140). Swisscom selbst rechnet jedoch in der anschliessenden Modellrechnung nicht mit den effektiven Akquisitionskosten, sondern stellt mit 70.-- Franken auf einen fiktiven Wert ab (Stellungnahme, Rz. 142), der von den von Swisscom selbst angegebenen Akquisitionskosten von durchschnittlich [...] Franken pro Kunde stark abweicht.
- Da in den verfügbaren Daten bei sämtlichen befragten ISP nur eine Gesamtkostenrechnung vorgenommen wurde, stellt sich das Problem, wie aus den Gesamtkosten in richtiger Weise die Akquisitionskosten ausgeschieden werden können. Dies kann nur mit Hilfe einer groben Schätzung erfolgen.

¹⁵⁸ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁵⁹ Vgl. Urteil des Gerichts erster Instanz i.S. Wanadoo vom 30. Januar 2007, T-340/03, Rz. 129 m.w.H.; vom Gerichtshof mit Urteil vom 2. April 2009 bestätigt (Rs C-202/07 P).

¹⁶⁰ KLAUS DELLMANN, Bilanzierung nach neuem Aktienrecht, Rechnungslegung Band 1, 1996, S. 205.

¹⁶¹ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, S. 1073.

- Zudem stellt sich die Frage, welche Abschreibungsmethode vorliegend verwendet werden soll. Ob wie von Swisscom geltend gemacht, linear abzuschreiben ist, ist fraglich, da die Wechselbereitschaft der Kunden je nach ISP unterschiedlich hoch sein dürfte.
- Bei jährlichen Abschreibungen ergibt sich zudem das Problem, dass ein im Januar akquirierter Kunde gleich behandelt wird, wie ein Kunde, der erst im Dezember akquiriert wurde. Würden die Akquisitionskosten über einen Zeitraum von vier Jahren abgeschrieben, hätte dies zur Folge, ein im Dezember akquirierter Kunde nur über drei Jahre abgeschrieben wird.
- Für die Abschreibungsdauer könnte die durchschnittliche Verweildauer der Kunden dienen. Diese ist jedoch wenig aussagekräftig, weil die Verweildauer der Kunden zwischen den einzelnen ISP stark schwanken kann und auch von der Marktdynamik abhängig ist. Eine Möglichkeit bestünde darin, die Abschreibungsdauer anhand der durchschnittlichen Zeitspanne bis zum sog. Break-Even zu bestimmen, wie es gemäss Praxis der EU gemacht wird (vgl. Rz. 249). Auch die Zeitspanne ist je nach ISP unterschiedlich lange und somit nicht aussagekräftig.

243. Aus den in der Stellungnahme (Rz. 142 ff.) angeführten Modellrechnungen kann Swisscom aus folgenden Gründen nichts zu ihren Gunsten ableiten: Swisscom hat Rechnungen mit Zahlen durchgeführt, die nicht den effektiven Werten entsprechen. Swisscom erhöht die Kundenzahl in ihren Modellrechnungen von einem einzigen Kunden auf 72. Tatsächlich stieg die Kundenzahl vom Januar 2004 mit [...] ADSL-Anschlüssen auf [...] im Dezember 2007. Dies entspricht etwa einer Vervielfachung im relevanten Zeitraum, während Swisscom von einer Verzweigungs- und siebenfacherung ihrer Kunden ausgeht. Des Weiteren geht Swisscom von Akquisitionskosten von 100.- Franken aus, obwohl die tatsächlichen Akquisitionskosten auf derselben Seite in der Stellungnahme mit [...] Franken pro Kunde angegeben werden. Durch diese Verzerrungen der Fakten in der Modellrechnung von Swisscom bestehen kaum Parallelen zwischen der Modellrechnung und der Realität. Die Schlussfolgerungen aus der Modellrechnung sind daher nicht aussagekräftig.

244. In Rz. 151 ihrer Stellungnahme macht Swisscom sodann geltend, dass sich ihre Modellrechnungen auch mit effektiven Zahlen zeigen lassen. Hierbei lässt Swisscom jedoch die Akquisitionskosten weg und verwendet lediglich die Jahre 2006, 2007 (mit der einmaligen Rückzahlung im Dezember, vgl. Rz. 254) und 2008 (mit neuem Preissystem). Auch aus der Tabelle in Rz. 151 ihrer Stellungnahme lässt sich daher nichts zu Gunsten von Swisscom ableiten.

245. Die WEKO kommt insgesamt zum Schluss, dass im Rahmen vorliegender Untersuchung nach Kartellgesetz keine Abschreibungen zu berücksichtigen sind. Nachfolgend wird jedoch anhand der Werte von Swisscom gezeigt, dass selbst wenn trotz der erheblichen methodischen Probleme die von Swisscom angegebenen Akquisitionskosten über einen Zeitraum von vier Jahren abge-

schrieben würden, Bluewin bis Dezember 2007 Verluste erwirtschaftet hätte.

246. Eine Abschreibung der Akquisitionskosten von durchschnittlich [...] Franken, wie sie von Swisscom in Rz. 140 ihrer Stellungnahme sowie in Rz. 33 des Parteigutachtens Preispolitik¹⁶² angegeben wird, kann mit Hilfe der Angaben von Swisscom durchgeführt werden. Die errechneten Werte werden in Tabelle 4 und Tabelle 5 wiedergegeben.

247. In Tabelle 4 wurden in der Spalte „Kosten ohne Akquisition“ die Akquisitionskosten von den Angaben von Swisscom abgezogen und in der Spalte „Akquisitionskosten“ separat aufgelistet. Daher sind diese Kosten als alle anderen ausser den Akquisitionskosten zu verstehen. Die Spalten „Einnahmen“ und „Verlust“ sind Angaben von Swisscom¹⁶³, wobei die Sonderzahlung von ca. [...] Mio. Franken, welche Bluewin im Jahr 2007 ausgezahlt wurden, nicht berücksichtigt wurde¹⁶⁴. In Tabelle 5 wurden die Akquisitionskosten sodann separat auf vier Jahre linear abgeschrieben. Es ergibt sich, dass die Ergebnisse des Geschäftsbereichs Bluewin auch mit Abschreibungen bis Dezember 2007 negativ sind.

¹⁶² Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁶³ Siehe Fn. 155.

¹⁶⁴ Dazu Rz. 254.

Tabelle 4: Wirtschaftlichkeitsrechnung inkl. Trennung der Akquisitionskosten mit den Angaben von Swisscom.

Jahr	Anzahl Kunden	Einnahmen	Kosten ohne Akquisition	Akquisitionskosten	Verlust
2001	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2002	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 5: Identische Rechnung wie in Tabelle 4 mit linearer Abschreibung der Akquisitionskosten über vier Jahre.

Jahr	Akquisitionskosten abgeschrieben	Verlust
2001	[...]	[...]
2002	[...]	[...]
2003	[...]	[...]
2004	[...]	[...]
2005	[...]	[...]
2006	[...]	[...]
2007	[...]	[...]

248. Swisscom macht in Rz. 152 ihrer Stellungnahme und Rz. 36 f. des Parteigutachtens Preispolitik¹⁶⁵ geltend, dass die Akquisitionskosten über die Verweildauer eines ADSL-Kunden abgeschrieben werden müsse. In ihren eigenen Berechnungen verwendet sie dann eine Abschreibungsdauer von vier Jahren.

249. Zur Dauer der Abschreibung ist in diesem Zusammenhang Folgendes anzumerken: Im Urteil Telefónica¹⁶⁶ findet sich ein Überblick über die Europäische Rechtsprechung im Zusammenhang mit den verschiedenen Amortisationsdauern der Kundenakquisitionen. Daraus wird ersichtlich, dass es nicht um die durchschnittliche Verweildauer eines xDSL-Kunden geht, sondern dass sich die Frage stellt, in welchem Zeitraum sich die Akquisitionskosten amortisieren lassen. Gemäss Rz. 143 der Stellungnahme von Swisscom dauert es ungefähr [...] Jahre bis Swisscom mit einem Neukunden den Break-Even erreiche. Für die ergänzenden Berechnungen der Rentabilität von Bluewin in Tabelle 5 wird daher eine Abschreibungsdauer von vier Jahren zu Grunde gelegt. Dies ist zu Gunsten von Swisscom, da es sich um den höchsten Wert handelt, auf den in der europäi-

schen Rechtsprechung abgestellt wurde, und weil Swisscom von einer maximalen Amortisationsdauer von vier Jahren ausgeht. Selbst wenn vorliegend jedoch von einer Abschreibungsdauer von sechs Jahren ausgegangen würde, ergäben sich für Bluewin Verluste bis Dezember 2007.

250. Die Zahlenwerte aus Tabelle 4 und Tabelle 5 wurden in Abbildung 10 grafisch dargestellt. Daraus wird ersichtlich, dass das Abschreiben nur geringe Kostenunterschiede verursacht und damit das Gesamtergebnis (den Verlust von Bluewin) nur geringfügig beeinflusst. Denn die grössten Kosten verursachen nicht die Akquisitionskosten, sondern die Wholesale-Preise, welche Swisscom von den ISP verlangt.

¹⁶⁵ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁶⁶ Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 486 ff., siehe auch Rz. 210.

[Abbildung 10: Die Verluste von Bluewin mit und ohne abgeschriebene Akquisitionskosten. – Ganze Abbildung Geschäftsgeheimnis]

251. Swisscom macht in Rz. 160 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die WEKO keine sachgerechte Beurteilung der Investitionen vorgenommen habe. Es handle sich beim BBCS-Angebot (Wholesale) von Swisscom um ein typisches Beispiel eines Technologie- und Investitionszyklus, weshalb auf den Barwert bzw. den NPV (Net Present Value) abgestellt werden müsse.

252. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Kapitalwertmethode (auch Barwertmethode oder Net Present Value oder kurz NPV genannt) ist ein Verfahren der dynamischen Investitionsrechnung. Durch Abzinsung auf den Beginn der Investition werden Zahlungen, die zu beliebigen Zeitpunkten anfallen, vergleichbar gemacht.

Die WEKO hat jedoch nicht zu beurteilen, ob eine Investition sachgerecht war oder nicht und ein Barwert (NPV) ist daher für die Beurteilung eines Price Squeeze nicht von Bedeutung¹⁶⁷. Für die Beurteilung, ob ein Price-Squeeze vorliegt, ist u.a. wichtig, ob ein bestimmtes Verhalten in einem bestimmten Zeitraum geeignet ist, Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt vom Markt auszuschliessen, da ein profitables Geschäft für Anbieter, die nur auf der Retail-Ebene tätig sind, nicht möglich ist. Ebenfalls wichtig ist, ob das vertikal integrierte Unternehmen seine Retail-Verluste durch entsprechende Wholesale-Gewinne überkompensieren kann. Dies ist offensichtlich der Fall, wie in Tabelle 6 dargestellt, da die Einnahmen von Swisscom Wholesale die Verluste von Bluewin bereits ab [...] bei weitem übertreffen.

Tabelle 6: Gegenüberstellung der Retail-Verluste von Bluewin und den Wholesale-Gewinnen von Swisscom (Wholesale)¹⁶⁸

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Retail	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Wholesale	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

253. Ferner ist bei der Prüfung eines marktbeherrschenden Unternehmens nach der Ertragswertmethode zu bedenken, dass dieses Unternehmen anfänglich erhebliche Verluste verbuchen könnte, während kleinere Wettbewerber, die nur auf der Retail-Ebene tätig sind, über mehrere Jahre andauernde Verluste möglicherweise nicht verkraften könnten (vgl. zur Finanzkraft auch Rz. 109). Das von Swisscom in diesem Zusammenhang zitierte ERG-Papier¹⁶⁹ ist vorliegend nicht einschlägig, da es sich auf die Retail- und nicht die Wholesale-Kosten bezieht und nur auf sog. ex-ante-regulierte Märkte Anwendung findet¹⁷⁰.

254. Swisscom macht in Rz. 189 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, das Sekretariat hätte falsche Zahlen für Bluewin, Sunrise, Tele2 und Green verwendet, indem es einen einmaligen Rabatt, welcher Bluewin im Dezember 2007 ausbezahlt wurde, nicht berücksichtigt habe. In Rz. 40 ff. des Parteigutachtens Preispolitik¹⁷¹ macht Swisscom in diesem Zusammenhang geltend, das Retail-Geschäft sei ab dem Jahr 2007 profitabel gewesen.

255. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Höhe der Zahlungen ist der WEKO nicht bekannt, müsste aber gemäss Hochrechnung ca. [...] Mio. Franken bei Swisscom bzw. Bluewin betragen, während die Zahlung bei Sunrise rund [...] Mio. Franken betragen dürfte. Zu beachten gilt es, dass bei den von Sunrise eingereichten Zahlen bereits [...] Mio. in die Rechnung 2007 und damit in Test 2 eingeflossen sind.

256. Gemäss Swisscom seien die Dezemberwerte 2007 nur beschränkt aussagekräftig und der Rabatt sei nur wenigen ISP zugutegekommen¹⁷². Er führte daher vor

allen bei Bluewin zu deutlichen Rückzahlungen. Jedenfalls weichen nur die Dezemberzahlen von Bluewin, und nicht diejenigen der anderen befragten ISP, deutlich von den Werten der Vormonate ab. Nach Angaben von Swisscom wurde dieses Rabattsystem im selben Jahr wieder abgeschafft, da sich gezeigt habe, dass den anderen ISP nicht ein Rabatt in jener Höhe ausbezahlt werden konnte, wie dies bei der Einführung des Rabattsystems von Swisscom erwartet wurde.

257. Das Rabattsystem bevorteilte insbesondere Bluewin und beeinflusst daher lediglich Test 1. Es hatte keine Auswirkungen auf die finanzielle Situation der geschädigten ISP (Test 2) und wirkt sich ebenfalls nicht auf die

¹⁶⁷ Entscheidung der Kommission vom 2. Juli 2007 i. S. Telefónica, COMP/38.784, Rz. 353 ff.

¹⁶⁸ Vgl. Zeile "Ertrag" in Tabelle 10, S. 165 und Zeile „Deckungsbeitrag II“ in Tabelle 9, S. 165.

¹⁶⁹ Vgl. Stellungnahme von Swisscom, mit Hinweis auf Report on the discussion on the application of margin squeeze tests to bundle, ERG (09)07, March 2009, S. 14 ff.

¹⁷⁰ Vgl. Report on the discussion on the application of margin squeeze tests to bundle, ERG (09)07, March 2009, Einleitung, S. 1 und S. 11.

¹⁷¹ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁷² Vgl. Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, S.6.

sog. Retail-Minus-Methode aus. Wie auch Swisscom geltend macht¹⁷³ veränderte die Einmalzahlung lediglich die Dezemberwerte von Bluewin und verzerrte damit den Trend sämtlicher vorheriger Monate. Die Kosten und die Effizienz der ISP sowie auch das Preisgefüge änderten sich aus Sicht der ISP nicht. Es rechtfertigt sich daher, die einmaligen Dezemberzahlungen bei der Auswertung der Wirtschaftlichkeitsrechnung von Bluewin nicht zu berücksichtigen. Selbst wenn die Dezemberzahlung von ca. [...] Mio. Franken berücksichtigt würde, wäre davon nur Test 1, nicht aber Test 2 und die Retail-Minus-Methode betroffen. Daher änderte sich auch nichts am Ergebnis, dass den geschädigten ISP eine zu geringe Marge verbleibt.

258. Selbst unter Berücksichtigung der einmaligen Zahlung von „Swisscom Wholesale“ an Bluewin im Dezember 2007 (Rabatt) resultierte lediglich ein geringfügiger Gewinn für Bluewin von rund [...] Mio. Franken. Folglich ergibt Test 1 nur im letzten Jahr leicht positive Werte. Daraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass keine Kosten-Preis-Schere vorlag, denn Test 2 und auch die Retail-Minus-Methode bleiben davon unberührt. Da Swisscom bzw. Bluewin über erheblich mehr Endkunden verfügt als alle anderen ISP, ist davon auszugehen, dass Swisscom über erhebliche Skaleneffekte und Verbundvorteile verfügt, sodass Bluewin eine bessere Kostenstruktur hat, als ihre wesentlich kleineren Wettbewerber. Diese Auffassung entspricht der Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht und wird in der Literatur vertreten¹⁷⁴. Da der von Bluewin erzielte Gewinn im Jahr 2007 mit rund [...] Mio. Franken im Vergleich zu den in früheren Jahren erwirtschafteten Verlusten von über [...] Mio. Franken klein ist, ist auch unter Berücksichtigung der einmaligen Rabattzahlung von „Swisscom Wholesale“ an Bluewin im Dezember 2007 von dem Vorliegen eines Price-Squeeze auszugehen.

259. Die Veränderung des gesamten Preisgefüges in Form einer Reduktion der Zugangsgebühr von CHF 31.20 auf CHF 28.- und der Reduktion bzw. des vollständigen Abschaffens der Connectivity-Gebühr auf den 1. Januar 2008 (siehe dazu Rz. 11, 293 f. und 300) führte dazu, dass keine Vergleichbarkeit mit den Werten vor dem 1. Januar 2008 mehr gegeben ist. Die Preisänderungen senkten die Kosten für die ISP und entschärften die Problematik des Price Squeeze. Die WEKO nimmt Vormerk von diesen Veränderungen des Preisgefüges. Aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen im Zusammenhang mit dieser Preissenkung rechtfertigt es sich nicht, die Untersuchung für die Zeit nach dem 31. Dezember 2008 weiterzuführen.

260. Swisscom macht in Rz. 181 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, die lange Dauer der Kosten-Preis-Schere werde nicht belegt, da der Deckungsbeitrag des Retail-Geschäfts zum Einen im Jahr 2006 nur deshalb negativ war, weil hohe Aufwendungen für die Neukundenakquisition anfielen und zum Anderen ab dem Jahre 2007 profitabel war. Ausserdem bringt Swisscom in Rz. 4 des Parteigutachtens Preispolitik¹⁷⁵ vor, die Untersuchung hätte nicht auf Ende des Jahres 2007 beschränkt werden dürfen, da der zeitliche Horizont einer Untersuchung dem typischen Lebenszyklus eines spezifischen Produkts Rechnung zu tragen habe¹⁷⁶.

261. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Soweit die Vorbringen von Swisscom die angebliche Profitabilität des Retail-Geschäfts ab dem Jahre 2007 sowie die fehlenden Abschreibungen der Neukundenakquisition betreffen, wird an dieser Stelle auf die Ausführungen im Kapitel B.3.2.1 verwiesen. Gestützt auf die dort angeführten Gründe ist erstellt, dass im Zeitraum von mindestens Anfang 2003 bis Ende des Jahres 2007 eine Kosten-Preis-Schere bestand.

262. Soweit der Vorwurf von Swisscom darauf abzielt, das Sekretariat habe die Kosten-Preis-Schere nicht über eine genügend lange Dauer nachgewiesen, weil es der Untersuchung nicht einen genügend langen Zeitraum zu Grunde legte, gilt es Folgendes festzuhalten: Der vorliegenden Verfügung liegt die Analyse der Erfolgsrechnungen von Swisscom über einen Zeitraum von acht Jahren (2000-2007) zu Grunde. Um diesen Zeithorizont mit der Praxis der EU-Kommission vergleichen zu können, gilt es zunächst deren Vorgehensweise kurz zu skizzieren. Die EU-Kommission folgt beim Kosten-Preis-Scheren Test nämlich nicht immer der gleichen Methodik, sondern sie unterscheidet zwischen dem historischen Ansatz und der Ertragswertmethode. Während beim historischen Ansatz die einzelnen Zeiträume getrennt betrachtet werden, wird bei der Ertragswertmethode (siehe dazu auch Rz. 251 ff.) die Rentabilität eines Unternehmens über einen angemessenen langen Zeitraum untersucht¹⁷⁷. Beiden Methoden ist gemeinsam, dass diesen die Kostendeckung im Laufe der Zeit zu Grunde liegt, dies indessen in unterschiedlicher Weise behandelt wird:

- Beim historischen Ansatz, d.h. unter Betrachtung getrennter Zeiträume, werden für die einzelnen Jahre bzw. auch für noch kürzere Zeiträume die ermittelten Erträge mit den Kosten verglichen. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Kosten aus jenen Konten des Unternehmens entnommen werden, in denen Investitionen über geeignete Zeiträume als amortisiert verbucht wurden.
- Demgegenüber wird bei der Ertragswertmethode die Rentabilität eines Unternehmens über einen angemessenen langen Zeitraum, d.h. in der Regel mehrere Jahre untersucht. Dabei wird nicht angegeben, wie die Kosten in bestimmten Teil-Zeiträumen (z.B. jährlich) gedeckt werden sollten. Berücksichtigt wird die Entwicklung der Erträge bzw. der Kosten des jeweiligen Unternehmens im analysierten Zeitraum; aufgrund dieser Entwicklung wird dann der Kapitalwert des Unternehmens berechnet. Da Kosten und Erträge über mehrere Jahre entstehen, wird der Gegenwartswert des Kosten- und Ertragsstroms als Massstab für den

¹⁷³ Vgl. Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, S.6.

¹⁷⁴ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission i.S. Telefónica vom 2. Juli 2007, COMP/38.784, Rz. 314; CROCIONI/VELJANOVSKI (zit in Fn. 152), S. 55.

¹⁷⁵ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁷⁶ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁷⁷ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission i.S. Telefónica vom 2. Juli 2007, COMP/38.784, Rz. 326 ff.

Vergleich der Summe der Erträge und Kosten angenommen. Der Kapitalwert ergibt sich also aus den abgezinsten Erträgen abzüglich der Summe der abgezinsten Kosten. Ein positiver Kapitalwert bedeutet, dass mit der betreffenden Geschäftstätigkeit über den jeweils angemessenen Zeitraum ein Wert geschaffen wird. Bei einem negativen Kapitalwert wird der vorhandene Wert vernichtet, und die betreffende Investition stellt einen Verlust dar. Wie in Rz. 252 f. bereits dargelegt, ist zu bedenken, dass es nicht die Aufgabe der WEKO ist zu beurteilen, ob eine Investition sachgerecht war, weshalb gegenüber der Ertragswertmethode gewisse Vorbehalte anzubringen sind. Die EU-Kommission legt dem Kosten-Preis-Scheren-Test nach der Ertragswertmethode einen Zeitraum von fünf Jahren zu Grunde. Auf den gleich langen Zeitraum stellt die nationale Kartellbehörde für den Telekommunikationsbereich im Vereinigten Königreich ab, wenn es einen Kosten-Preis-Scheren-Test durchführt.

263. Die Praxis in der EU legte den Tests für die Beurteilung der Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, unterschiedliche Zeiträume zu Grunde: Während im Fall Wanadoo, in welchem dem historischen Ansatz gefolgt wurde, ein Zeitraum von lediglich 19.5 Monaten untersucht wurde, analysierte die EU-Kommission in den Fällen Deutsche Telekom und Telefónica einen Zeitraum von rund fünf Jahren, wobei bei Telefónica die Ertragswertmethode zur Anwendung gelangte, während im Fall Deutsche Telekom auf die Vornahme von Abschreibungen gänzlich verzichtet wurde.

264. Wie bereits erwähnt, vergleicht der Antrag die Einnahmen und Kosten von Swisscom über einen Zeitraum von acht Jahren (2000-2007). Vorliegend werden die ermittelten Erträge den Kosten für die einzelnen Jahre gegenübergestellt, was eher dem historischen Ansatz der EU-Kommission entspricht. Im Vergleich mit der Praxis der EU, in der der historische Ansatz gewählt wurde, ist der vorliegend untersuchte Zeitraum ausreichend lange, denn es wären sogar wesentlich kürzere Zeiträume möglich (19.5 Monate im Fall Wanadoo). Demgegenüber geht die EU-Kommission bei der Ertragswertmethode von einem massgeblichen Zeitraum von rund fünf Jahren aus. Auch mit Blick auf die Ertragswertmethode ist ein Zeitraum von acht Jahren als ausreichend lange anzusehen.

265. Swisscom macht in Rz. 193 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass das Sekretariat im Einklang mit der Rechtsprechung der EU in Test 2 die Kosten des vertikal integrierten Anbieters und nicht diejenigen von Sunrise, Tele2 und Green hätte prüfen müssen. Zudem begründe das Sekretariat nicht, weshalb es sich bei den genannten Unternehmen um effiziente Anbieter handeln soll¹⁷⁸.

266. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die WEKO hat die Kostenstruktur des vertikal integrierten Unternehmens und der grössten Wettbewerber geprüft. Damit wird der Praxis der EU Genüge getan, da in Abweichung zum europäischen Wettbewerbsrecht, zusätzlich zu Test 1 zur Erhöhung der Untersuchungsichte ein weiterer Test durchgeführt wurde (siehe dazu Rz. 223 ff.). Es ist

nicht an der WEKO zu beurteilen, wie effizient die einzelnen Anbieter von ADSL-Dienstleistungen sind. Da sich die Margen, die den verschiedenen ISP verbleiben in einer Gesamtbetrachtung nicht wesentlich voneinander unterscheiden, ist davon auszugehen, dass alle untersuchten Unternehmen ähnlich effizient agieren. Aufgrund der Skaleneffekte und Verbundvorteile ist davon auszugehen, dass kleinere Unternehmen tendenziell über eine höhere Effizienz verfügen (müssen) als Grosse. Die Tatsache, dass die WEKO neben Test 1 noch weitere Tests durchgeführt hat, als dies der Praxis der EU entspricht (Test 2 und die sog. Retail-Minus-Methode), erhöht die Untersuchungsichte und damit die Aussagekraft der erzielten Ergebnisse. Swisscom kann daher daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

267. Swisscom macht in Rz. 197 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, im Rahmen der Prüfung, ob die Verhaltensweise von Swisscom als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG gilt, hätten auch die Bündelangebote umfassend ermittelt und berücksichtigt werden müssen. Des Weiteren macht Swisscom in Rz. 53 ff. des Parteigutachtens Preispolitik¹⁷⁹ geltend, dass die ISP bei ihren Angeboten eine Mischrechnung vornähmen. So diene der Breitbandanschluss zum Teil nur als „Lockvogel“, indem dieser gratis oder zu sehr günstigen Tarifen abgegeben werde. Es liege auf der Hand, dass in Folge dessen mit den Breitbandangeboten keine Marge erwirtschaftet werde, die Bündelangebote dafür zu einem besseren Ergebnis bei den Telefoniedienstleistungen beitragen würden. Das Parteigutachten Preispolitik gelangt daher zum Schluss, dass die Mischrechnungen nach Produkten aufgeschlüsselt werden müssten, um im Anschluss daran, ein Teil der Telefonieerträge dem Breitbandgeschäft zuzuweisen sind¹⁸⁰.

268. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Ob sich ein Unternehmen missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhält, bestimmt sich anhand seiner Verhaltensweise auf dem relevanten Markt. Wie bereits ausgeführt, ist es sachgerecht, einen sachlich relevanten Wholesale-Markt für Breitbandinternetdienste abzugrenzen. Entsprechend bilden Bündelangebote keinen Bestandteil des relevanten Markts, weshalb diese bei der Beurteilung eines möglichen Missbrauchs auch nicht zu berücksichtigen sind (siehe bereits Rz. 79). Ausserdem gilt es darauf hinzuweisen, dass es die EU Kommission im Fall Deutsche Telekom abgelehnt hat, die Einnahmen aus den Gesprächsverbindungen bei der Ermittlung einer möglichen Kosten-Preis-Schere mit einzubeziehen, da es sich nach Auffassung der EU Kommission um getrennte Dienste handelt¹⁸¹. Letztlich stützt sich vorliegende Verfügung auf die Wirtschaftlichkeitsrechnungen von Swisscom und der anderen ISP, die diese dem Sekretariat im

¹⁷⁸ So auch das Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt, Rz. 24 ff.

¹⁷⁹ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

¹⁸⁰ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt, Rz. 54.

¹⁸¹ Vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 i.S. Deutsche Telekom, ABl. L 263 vom 14. Oktober 2003, Rz. 117 ff.; am 10. April 2008 bestätigt vom Gericht erster Instanz, T-271/03, zur Zeit hängig beim Gerichtshof (Rs C-280/08 P). Zum Fall Deutsche Telekom siehe auch Rz. 208.

Laufe des Untersuchungsverfahrens einreichen. Aus diesen Gründen ist es vorliegend angezeigt, in Einklang mit der Rechtsprechung der EU bei der Prüfung eines allfällig missbräuchlichen Verhaltens auf den Einbezug der Bündelangebote zu verzichten.

269. Swisscom macht in Rz. 235 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die WEKO die Preisstruktur des BBCS seit der Eröffnung der ersten ADSL-Untersuchung im Jahr 2002 genau kenne und in diesem Zusammenhang nur die Rabattpolitik von Swisscom bemängelt habe. Eine Quersubventionierung von Bluewin sei von der WEKO im ersten ADSL-Verfahren untersucht und verneint worden. Auch im Zusammenhang mit dem Verfahren bezüglich des Produktebündels „Talk&Surf“ habe die WEKO eine Kosten-Preis-Schere explizit verneint. Schliesslich sei die Vorabklärung „Swisscom DSL & NATEL in einem Abonnement“ ohne Folge eingestellt worden, ohne dass ein Vorbehalt angebracht worden sei, wonach der BBCS an sich kartellrechtswidrig sein könnte.

270. Auf die oben erwähnten Vorbringen von Swisscom wird im Kapitel Vorwerfbarkeit (B.4.3) eingegangen. An dieser Stelle ist daher nur auf Folgendes hinzuweisen: Gegenstand der ersten ADSL-Untersuchung war das Rabattsystem von Swisscom. Es wurde ausschliesslich die Wholesale-Seite untersucht, ohne auf die Situation im Retail-Markt einzugehen. Ein möglicher Price Squeeze war somit nicht Gegenstand besagter Untersuchung (vgl. Rz. 352). Diese Auffassung teilt im Übrigen auch das von Swisscom eingereichte Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz¹⁸², das davon ausgeht, dass der Untersuchung ADSL I nicht der gleiche Sachverhalt zu Grunde lag wie der vorliegenden Untersuchung. Des Weiteren gilt es zu beachten, dass das Verfahren „Talk&Surf“ bezüglich der Frage, ob möglicherweise ein Price Squeeze vorlag, nicht über das Stadium einer Vorabklärung hinausging¹⁸³. Auch bei „Swisscom DSL & NATEL in einem Abonnement“ handelte es sich um eine Vorabklärung des Sekretariats. Im Rahmen einer Vorabklärung wird nur summarisch geprüft, ob Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Eine vertiefte Analyse der Verhaltensweisen von Swisscom im Rahmen einer Untersuchung erfolgte in keinem der vorgenannten Verfahren, da eine mögliche Kosten-Preis-Schere nicht Gegenstand des Untersuchungsverfahrens war oder ein solches gar nicht eröffnet wurde. Schliesslich gilt es auch darauf hinzuweisen, dass sich die WEKO in den Verfahren „Talk&Surf“¹⁸⁴ und „Swisscom DSL & NATEL in einem Abonnement“ nicht zur Frage einer Kosten-Preis-Schere geäussert hat und durch die vom Sekretariat in den entsprechenden Vorabklärungen gezogenen Schlussfolgerungen nicht gebunden wird (siehe hierzu Rz. 376).

B.3.2.1.2 Unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot

271. In diesem Kapitel wird zusätzlich geprüft, inwiefern beim am meisten verkauften 3'500 Kbit/s downstream / 300 Kbit/s upstream Angebot (Stand: Ende 2007) eine zureichende Marge beim Wiederverkauf dieses Produkts besteht. Zur Beurteilung dieser Marge wird auch auf im Rahmen der Amtshilfe beim BAKOM als der sektorspezi-

fischen Fachbehörde einverlangte Auskünfte und auf internationale Vergleichswerte abgestellt.

272. Spezifisch ist an dieser Stelle zu prüfen, ob nach den von den ISP an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungen im Vergleich zu den von Swisscom (Bluewin) praktizierten Endkundenpreisen den ISP eine genügende Marge verbleibt. Dies wird anhand der monatlichen an Swisscom zu entrichtenden Wholesale-Kosten des am weitesten verbreiteten ADSL-Angebots geprüft. Diese für alle ISP anfallenden Wholesale-Kosten werden anschliessend in Bezug gestellt zu den Endkundenpreisen von Swisscom (Bluewin). Der Vergleich erfolgt für das 3'500/300-Angebot. Es handelt sich bei diesem Angebot um das am meisten nachgefragte Angebot, welches von annähernd [...] % aller DSL-Endkunden nachgefragt wird. Die nachfolgende Tabelle geht vom monatlichen Endkundenpreis von Bluewin (Swisscom) aus, welcher unverändert 49.-- Franken beträgt¹⁸⁵. Die Betrachtungen erfolgen unter Ausschluss der Mehrwertsteuer, welche deshalb vom Endkundenpreis abziehen ist, woraus ein Retail-Preis von 45.54 Franken resultiert.

273. Unter der Rubrik Wholesale enthält die nachfolgende Tabelle basierend auf dem BBCS von Swisscom die monatlichen wiederkehrenden Kosten in Schweizer Franken, welche ein ISP bei der Inanspruchnahme einer Einheit des 3'500/300-Angebots an Swisscom zu entrichten hat. Der Grundbetrag der Zugangsgebühr (Access) beträgt exklusiv Mehrwertsteuer 31.20 Franken¹⁸⁶. Ursprünglich betrug die Zugangsgebühr 39.- Franken. Nachdem die WEKO im Rahmen ihrer ersten ADSL-Untersuchung Swisscom mittels vorsorglicher Massnahmen vom 6. Mai 2002 verpflichtete, allen ISP den gleichen Rabatt wie Bluewin und damit einen diskriminierungsfreien Zugang zu den ADSL-Vorleistungsangeboten zu gewähren, erhielten alle ISP einen Rabatt von 20 % auf der Zugangsgebühr von 39.- Franken, womit eine Zugangsgebühr von 31.20 Franken resultierte¹⁸⁷. Diese Zugangsgebühr von 31.20 Franken blieb seit 2002 auf dem gleichen Niveau, wobei einzig mehrere Erhöhungen der Geschwindigkeiten (downstream/upstream) erfolgten.

274. Zusätzlich zu den Zugangsgebühren fallen monatlich wiederkehrende Connectivity-Kosten an. Die Connectivity-Kosten fallen in Funktion der von den ISP in Anspruch genommenen Kapazität an. Sie betragen für BBCS Standard 3'500/300 monatlich 180.- Franken pro Mbps¹⁸⁸.

¹⁸² Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 81.

¹⁸³ Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2004/2, 357 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2005/2, 248 ff.

¹⁸⁵ Vgl. Fn. 21.

¹⁸⁶ Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 7.

¹⁸⁷ M.w.H.: Rz. 4.

¹⁸⁸ Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

275. Die Connectivity-Kosten machen abhängig von der nachgefragten Kapazität ungefähr 10-30 % der Wholesale-Kosten aus. Swisscom geht aufgrund interner Erhebungen für das Jahr 2005 von durchschnittlichen Connectivity-Kosten von [...] Franken aus¹⁸⁹. Sunrise geht demgegenüber von monatlichen Connectivity-Kosten pro Anschluss von 6.- Franken aus. Abzustellen ist vorliegend auf die Connectivity-Kosten alternativer ISP, welche Swisscom diesen in Rechnung stellt. Anhand der Rechnungen an Sunrise und Tele2 ergeben sich für einen Zeitraum von 18 Monaten (1. Januar 2006 – 30. Juni 2007) für Sunrise 5.42 Franken und für Tele2 5.54 Franken durchschnittliche monatliche Connectivity-Kosten pro Anschluss¹⁹⁰. Diese durchschnittlichen Connectivity-Kosten befinden sich damit in einer Grössenordnung, welche derjenigen entspricht, die von Swisscom und Sunrise angegeben wurden. Zu beachten ist dabei, dass im Zeitraum bis Dezember 2007 die Connectivity-Kosten für die beiden grössten alternativen ADSL-Anbieter praktisch gleich hoch sind. Für die nachstehende Tabelle wird auf den Mittelwert der Connectivity-Kosten von Sunrise und Tele2, d.h. auf 5.48 Franken abgestellt.

276. Wholesale-seitig ergeben sich damit zusammenfassend aus den beiden vorstehenden Randziffern die monatlichen Kosten von 36.68 Franken, bestehend aus einer Zugangsgebühr von 31.20 Franken und Connectivity-Kosten von 5.48 Franken, die ein ISP bei der Inanspruchnahme einer Einheit des 3'500/300-BBCS-Angebots an Swisscom zu entrichten hat.

277. Die Marge von 8.86 Franken (19.46 %) ist die Differenz aus dem Retail-Preis und den Wholesale-Kosten (vgl. Tabelle 7). Für alternative ISP muss diese Marge genügen, um die beim Verkauf anfallenden Kosten wie Marketing, Kundenbetreuung, Rechnungsstellung, Informationstechnologie, Infrastrukturkosten etc. zu decken. Je knapper, d.h. kleiner diese Marge ist, umso schwieriger wird es für alternative Anbieter auf dem Markt zu verbleiben. Ist die Marge zu knapp, werden alternative Anbieter aufgrund der in Betracht zu ziehenden Verluste einen Rückzug aus dem Bereich DSL, respektive aus der Telekommunikation in der Schweiz, prüfen. Die Frage der bestehenden Margen kann mit ein Grund dafür sein, dass auch grössere alternative Anbieter wie Tele2 einen Ausstieg aus dem Schweizer Markt in vollzogen haben¹⁹¹.

Tabelle 7: Gegenüberstellung von Retail-Preis und Wholesale-Kosten (Franken pro Monat)

Retail-Preis	CHF 45.54
Wholesale-Kosten	CHF 36.68
Marge (in Franken)	CHF 8.86
Marge (in Prozent)	19.46%

278. Der Begriff Marge kann im Übrigen vorliegend leicht missverstanden werden. Es handelt sich hier nicht um eine Marge im Sinn einer Gewinnmarge (Einnahmen minus Ausgaben). Das Missverständnis kann sich daraus ergeben, weil vorliegend nur die Wholesale-Kosten

vom Retail-Preis abgezogen wurden. Es fallen jedoch noch weitere Kosten beim ISP an, die dann zu dessen Marge im eigentlichen Sinn führen (=Verluste, da diese Margen für alle untersuchten ISP bis Dezember 2007 negativ sind).

279. Das Sekretariat ersuchte mit Schreiben vom 11. September 2007 das BAKOM im Rahmen einer sich auf Art. 41 KG stützenden Amtshilfe, Fragen zu Breitbandmärkten aus anderen Ländern zu beantworten. Unter anderem wurde das BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde im Telekommunikationsbereich gebeten, anzugeben, welche Marge zwischen Retail- und Wholesale-Preisen bei Breitbanddiensten in anderen Ländern als zulässig bzw. angemessen angesehen wird.

280. Mit Schreiben vom 2. November 2007 reichte das BAKOM seine Antworten auf das Amtshilfegesuch ein. Bezüglich der Frage nach der zulässigen Marge zwischen Retail- und Wholesale-Preisen bei Breitbanddiensten erläuterte das BAKOM, dass bei der sog. „Retail-Minus“-Methode typischerweise Kostenelemente wie Marketing und Vertrieb, Rechnungslegung, Produktentwicklung und –management, Kundenservice, Anbindungskosten o.ä. vom Endkundenpreis in Abzug gebracht werden. Eine Regulierung nach der „Retail-Minus“-Methode bedeutet, dass vom Endkundenpreis (Retail-Preis) des historischen Anbieters die mit dem entsprechenden Endkundenprodukt zusammenhängenden (Retail-)Kosten in Abzug gebracht werden, um einen Wholesale-Preis (Wiederverkaufspreis der Vorleistung) festzulegen. Mit einer nicht-diskriminierenden Preisregulierung basierend auf einem „Retail-Minus“-Ansatz können wettbewerbschädliche Verhaltensweisen vermieden werden¹⁹².

281. Das BAKOM kam in seinem Schreiben vom 2. November 2007 zum Ergebnis, dass eine Marge zwischen Retail-Preis und Wholesale-Preis von 23 % - 30 % als zulässig und angemessen erachtet wird. Die Analyse des BAKOM zeigte auf, dass in fünf von 22 untersuchten Ländern die „Retail-Minus“-Methode für die Preisbestimmung verwendet und vom Regulator im konkreten Fall auch angewandt wurde. Auf diese Vergleichsländer kann deshalb zurückgegriffen werden. Bei den fünf Ländern handelt es sich Italien, Irland, Zypern, Polen und Ungarn.

282. Die vom BAKOM als angemessen und zulässig erachtete Marge zwischen Retail-Preis und Wholesale-Preis von 23 % - 30 % entspricht einer Marge von 10.47 - 13.66 Franken. Wie aus Tabelle 7 hervorgeht, beträgt die Marge in vorliegender Untersuchung indessen 19.46 %, was 8.86 Franken entspricht. Demgemäss ist die von den ISP zu erzielende Marge zwischen 1.61 Franken und 4.80 Franken tiefer als die Marge, die vom

¹⁸⁹ Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, S. 7.

¹⁹⁰ Schreiben Sunrise vom 15. Februar 2008, Beilagen; Schreiben Tele2 vom 18. Februar 2008, Beilagen.

¹⁹¹ NZZ vom 30. September 2008, „Sunrise übernimmt Tele2 Schweiz“.

¹⁹² RICARDO GONÇALVES, Cost orientation and xDSL services: Retail-minus vs. LRAIC, Telecommunications Policy, September-Oktober 2007, S. 524 ff., S. 525.

BAKOM als angemessen und zulässig bezeichnet wird. Entsprechend müsste die den ISP verbleibende Marge zwischen 18 % und 54 %¹⁹³ grösser sein, als sie tatsächlich ist, um gemäss BAKOM als angemessen und zulässig zu gelten. Daher stellt sich die von Swisscom geltend gemachte geringe Differenz von lediglich 3 Prozentpunkten in Wahrheit als grosse Differenz heraus.

283. An diese Ausführungen anknüpfend ist Folgendes hinzuzufügen: Die tatsächliche Marge für die alternativen ISP ist in zweifacher Hinsicht noch kleiner respektive knapper als 19.46 %. Erstens wurden nur die wiederkehrenden, an Swisscom zu entrichtenden Kosten betrachtet. Zweitens sind die von Swisscom praktizierten Endkundenpreise von Swisscom durch verschiedene Spezialangebote noch niedriger. Dies wird nachfolgend erläutert:

284. Neben den monatlichen wiederkehrenden Kosten entrichten alternative ISP für den BBCS zusätzlich auch einmalige Kosten an Swisscom, welche in obenstehender Tabelle 4 nicht berücksichtigt wurden. Für die alternativen ISP führen diese einmaligen Kosten zu einer Erhöhung der Wholesale-Kosten und damit zu einer Verknappung der Marge. Diese einmaligen Kosten umfassen u.a. 55'000 Franken für die Installation einer ersten IP Anbindung, 35'000 Franken für die Installation zusätzlicher IP Anbindungen sowie 45'000 Franken für die Implementierung aller schweizerischen Zugangsregionen¹⁹⁴. Zudem verrechnet Swisscom beispielsweise bei der Installation von ADSL oder beim Wechsel des ISP je 100 Franken pro Kunde¹⁹⁵. Dies führt dazu, dass neben den in Tabelle 4 dargestellten wiederkehrenden monatlichen Kosten auch einmalige Kosten anfallen, welche die Wholesale-Kosten für die ISP zusätzlich erhöhen.

285. Andererseits wird die bestehende geringe Marge zusätzlich verkleinert durch Senkungen der Retail-Preise von Bluewin (Swisscom) durch verschiedene Vergünstigungen. In einer Werbeaktion im Oktober 2005 wurde von Swisscom beispielsweise eine ADSL-Abonnementsgebühren-Befreiung für 6 Monate im Wert von bis zu Franken 594.- angepriesen¹⁹⁶. Als weiteres Beispiel ist das Ende August 2007 lancierte Angebot von Swisscom eines kombinierten Angebots „DSL und Natel“ in einem Abonnement zu erwähnen. Bei Abschluss eines Vertrages mit dem Produktbündel „DSL und Natel“ wird die monatliche Grundgebühr für den Festnetzanschluss von Franken 25.25 erlassen, wobei der Festnetzanschluss stummgeschaltet wird¹⁹⁷.

286. Aus den vorstehenden Rz. 284 f. ergibt sich, dass einerseits die tatsächlichen von den ISP an Swisscom zu entrichtenden Wholesale-Kosten noch höher sind, als in Tabelle 7 dargestellt, und dass die von Swisscom praktizierten Endkundenpreise aufgrund verschiedener Vergünstigungen noch tiefer sind als in Tabelle 7 dargestellt. Dies führt in zweifacher Hinsicht zu einer zusätzlichen Verknappung der bestehenden Marge und verstärkt den Effekt des Price Squeeze. Bei den 19.46 % dürfte es sich damit um eine konservative Schätzung handeln.

287. Swisscom verwies bezüglich der Marge zwischen Wholesale-Preis und Retail-Preis auf eine Einstellungs-

verfügung der deutschen Bundesnetzagentur, wonach eine Marge der ISP von 20 % beim ADSL-Wiederverkaufsangebot der Deutschen Telekom AG (DT) ausreichend sei, um einen chancengleichen Wettbewerb zu ermöglichen¹⁹⁸. Ein Verfahren der Bundesnetzagentur konnte mit Entscheid vom 6. Juni 2006 eingestellt werden, weil DT neue Entgeltkonditionen für den Wiederverkauf ihrer DSL-Anschlüsse mit Wirkung ab dem 1. Juni 2006 am Markt angeboten hatte, wobei insbesondere eine Erhöhung des Abschlags auf die DSL-Endkundenpreise von bisher 11.5 % auf 20 % erfolgte. Hierzu ist zu bemerken, dass es sich nicht um einen Entscheid einer Regulierungsbehörde handelt, der sich auf entsprechende Berechnungen stützt, sondern, wie in der Medienmitteilung der Bundesnetzagentur vom 6. Juni 2006 erwähnt, um einen im Rahmen einer Verfahrenseinstellung erfolgten Kompromiss¹⁹⁹. Bezüglich der aufgrund der bestehenden Kosten effektiv zulässigen Marge machte die Bundesnetzagentur damit keine Aussagen.

288. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Auffassung des BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde folgend eine Marge von 19.46 % bei den Preisen des 3'500/300-Angebots von Swisscom zu knapp ist, damit alternative Anbieter auf dem Markt dieses Produkt profitabel verkaufen können. Dieser Befund bestätigt das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere aufgrund der Preispolitik von Swisscom (vgl. Rz. 202 ff.).

289. Swisscom macht in Rz. 47 des Parteigutachtens Preispolitik geltend, dass das Sekretariat in Bezug auf das 3500/300-Angebot aus nicht näher ersichtlichen Gründen die Retail-Minus-Methode zu Grunde legt, während Test 1 auf der Retail-Plus-Methode basiere.

290. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Bereits in der Einleitung zum Kapitel „B.3.2.1.2 Unzureichende Marge für das 3'500/300-Angebot“ aber auch in den Rz. 266, 292 und 300 macht die WEKO deutlich, dass es sich bei Test 2 und auch bei der sog. Retail-Minus-Methode um zusätzliche Berechnungen handelt, die zur Erhöhung der Untersuchungsichte vorgenommen wurden. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern Swisscom daraus ein Nachteil hätte entstehen sollen, da für den Nachweis

¹⁹³ Die Differenz berechnet sich wie folgt: $1.61 / 8.86 = 0.182$; $4.8 / 8.86 = 0.542$.

¹⁹⁴ Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

¹⁹⁵ Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 3.

¹⁹⁶ Schreiben Sunrise vom 15. November 2005, Beilage.

¹⁹⁷ Swisscom, Medienmitteilung vom 27. August 2007.

¹⁹⁸ Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, S. 8.

¹⁹⁹ Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, Beilage 11.

des Vorliegens einer Kosten-Preis-Schere die Durchführung von Test 1 ausreichend gewesen wäre. Letztlich führte nur Test 1 und lediglich für das Jahr 2007 zu einem geringfügigen Gewinn bei Bluewin. Demgegenüber zeigt Test 2, dass die anderen ISP während des gesamten Zeitraums, der vorliegender Untersuchung zu Grunde liegt, Verluste erwirtschafteten. Abschliessend macht auch die Retail-Minus-Methode deutlich, dass die zu erzielende Marge für die alternativen ISP nicht ausreichend ist, um langfristig auf dem Breitbandmarkt zu verbleiben.

291. Swisscom macht in Rz. 50 f. des Parteigutachtens Preispolitik geltend, es sei nicht einzusehen, weshalb das Sekretariat das 3'500/300-Angebot gesondert prüft. Vielmehr hätte es sämtliche Endkundenangebote, insbesondere aufgeteilt nach Privat- und Geschäftskundenangeboten, überprüfen müssen, da die Margen je nach Angebot unterschiedlich ausfallen können. Ausserdem würden sich relative Margen nicht eignen, eine Kosten-Preis-Schere nachzuweisen, weshalb nur auf die absolute Marge abzustellen ist²⁰⁰.

292. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Beurteilung der Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, ist primär gestützt darauf zu beurteilen, ob mit dem DSL-Angebot Verlust gemacht wird. Daher kommt der Analyse der Kostenrechnung DSL zentrale Bedeutung zu, die in vorliegender Untersuchung mittels Test 1 durchgeführt wurde. Die Ermittlung der Marge für das 3'500/300-Angebot (Retail-Minus-Methode) wurde zusätzlich zur Erhöhung der Untersuchungsdichte gemacht, ohne dass dies für den Nachweis der Kosten-Preis-Schere indessen zwingend gewesen wäre. Die Forderung von Swisscom, sämtliche Angebote separat zu prüfen, geht daher fehl. Dass sich die Retail-Minus-Methode auf das 3'500/300-Angebot beschränkt, liegt darin begründet, dass es sich hierbei um das bis Dezember 2007 wichtigste Angebot handelte. Zum Vorwurf, dass sich relative Margen für den Nachweis einer Kosten-Preis-Schere nicht eignen, gilt es festzuhalten, dass die Marge in der Retail-Minus-Methode vorliegend sowohl in Prozent als auch in absoluter Höhe (8.86 Franken) berechnet wurde (siehe Tabelle 7). Eine relative Marge dürfte sogar die höhere Aussagekraft haben als die absolute Marge, da je nach Art der Geschäftstätigkeit eine Marge in unterschiedlicher Höhe zu erzielen ist, um langfristig als Wettbewerber auf dem Markt bestehen zu können. In diesem Sinne ist denn auch davon auszugehen, dass das BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde in der Lage ist, einzuschätzen, wie hoch eine (relative) Marge im Bereich Breitbandinternet sein muss, damit ein ISP eine angemessene Marge erzielen kann. Inwieweit sich relative Margen nicht eignen sollten, eine Kosten-Preis-Schere nachzuweisen, ist daher nicht einzusehen.

293. Swisscom macht in Rz. 66 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Connectivity-Kosten nicht 180.- Franken sondern bis Ende 2008 lediglich 108.- Franken betrugen.

294. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Entgegen den Vorbringen von Swisscom betrugen die Connectivity-Kosten bis Ende des Jahres 2007 CHF 180.-²⁰¹. Gemäss Medienmitteilung vom 25. Januar senkte Swisscom die Connectivity-Preise per 1. Januar 2008 um 40 %. Dem-

gemäss betrugen die Connectivity-Kosten erst ab dem 1. Januar 2008 CHF 108.- (180 minus 72 [=40 %] ergibt 108). Bis Ende des Jahres 2007 betrugen die Connectivity-Kosten demnach mindestens CHF 180.-²⁰² und nicht wie von Swisscom behauptet CHF 108.-.

295. Swisscom macht in Rz. 204 und 205 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass unzulässige Doppelzahlungen durchgeführt würden, indem zusätzliche Vergünstigungen angesprochen würden.

296. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Gemäss Rz. 272 besteht der Retail-Preis aus den 49.- Franken abzüglich Mehrwertsteuer, also 45.54 Franken. In diesem Betrag sind keine zusätzlichen Vergünstigungen enthalten, wie bspw. „Erster Monat gratis“ oder „Drei Monate gratis telefonieren“ Daher reduzieren solche Vergünstigungen die Marge von 19.46 % noch einmal zusätzlich. Um wie viel die Marge tatsächlich sinkt, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Vergünstigung ab, ist von ISP zu ISP unterschiedlich und unterliegt ständiger Veränderungen im Laufe der Zeit. Daher können solche zusätzlichen Vergünstigungen nicht in allgemein gültiger Weise beziffert werden, weshalb auf deren Miteinbezug bei der Berechnung der Marge verzichtet wurde. Es gilt aber zu beachten, dass die Nichtberücksichtigung dieser zusätzlichen Vergünstigungen zu Gunsten von Swisscom erfolgte. Aus diesen Gründen geht der Einwand von Swisscom, das Sekretariat habe bei der Ermittlung der Marge unzulässige Doppelzahlungen vorgenommen, fehl.

297. Swisscom macht in Rz. 48 f. des Parteigutachtens Preispolitik geltend, die Bundesnetzagentur habe ein Verfahren eingestellt, weil die Deutsche Telekom die Marge im Retail-Markt auf 20 % erhöht habe. Demgegenüber erachte das Sekretariat eine Marge von 19.46 % als unzureichend, was im Vergleich zum Verfahren in Deutschland lediglich einer minimalen Differenz von 0.54 gleichkomme²⁰³. Daher sei nicht einzusehen, weshalb die mittels Retail-Minus-Methode ermittelte Marge nicht ausreichend sein soll.

298. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Wie in Rz. 287 bereits dargelegt, stützt sich der Entscheid der Bundesnetzagentur nicht auf durchgeführte Berechnungen im Markt, sondern die Einstellung des Verfahrens erfolgte im Rahmen eines Kompromisses. Daher liefert besagter Einstellungsentscheid auch keine Anhaltspunkte, ob die von den alternativen ISP zu erzielende Marge von 19.46 % ausreichend ist oder nicht. Sachgerechter ist es, wie vorliegend, den Schlussfolgerungen des BAKOM als sektorspezifische Fachbehörde zu folgen, die eine

²⁰⁰ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

²⁰¹ Vgl. Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

²⁰² Gemäss Aussage von Swisscom wurden die Connectivity-Preise ständig gesenkt (vgl. Stellungnahme von Swisscom, Rz. 63 ff.)

²⁰³ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt.

Marge von 19.46 % als unzureichend erachtet. Ausserdem gilt es festzuhalten, dass die Differenz zwischen der vorliegend ermittelten Marge und der vom BAKOM als ausreichend erachteten Marge von rund 3 Prozentpunkte wie bereits in Rz. 282 dargelegt 18 bis 54 % grösser sein müsste.

299. Swisscom macht in Rz. 198 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Marge falsch berechnet wurde, weil nicht auf die bei Bluewin anfallenden Kosten abgestellt wurde, weil die Zugangspreise von 31.20 Franken nicht konstant blieben, sondern im Jahr 2008 auf 28.- Franken gesenkt wurden und weil das Sekretariat ein völlig falsches Bild vermittele, indem es suggeriere, dass während des gesamten Untersuchungszeitraums nie Preisanpassungen stattgefunden hätten.

300. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Auf die geltend gemachten Preissenkungen von Swisscom und Bluewin wird in Rz. 139 ff. eingegangen. Bandbreitenerhöhungen haben grundsätzlich keinen Einfluss auf die Marge, da sie sowohl auf Wholesale- wie auch auf Retail-Stufe gleichermaßen erfolgen. Die Preissenkung von 31.20 Franken auf 28.- Franken erfolgte erst auf den 1. Januar 2008 und ist daher für die Marge aus Tabelle 7 auf S. 67 nicht von Bedeutung. Vorliegend wurde auf die durchschnittlichen Connectivity-Kosten von Sunrise und Tele2 abgestellt, weil die Marge für alternative Anbieter von Breitbandinternet ausreichend sein muss, um ihre weiteren Kosten wie Marketing, Billing, Kundenakquisition etc. decken zu können. Im Übrigen führt die Berechnung von Swisscom zu einem Wert (21.21 Franken), welcher immer noch unter der unteren Grenze des vom BAKOM als zulässig und angemessen bezeichneten Bereiches liegt (vgl. Rz. 281). Die WEKO hat zur Erhöhung der Untersuchungsdichte nicht nur die Marge von Bluewin (Test 1), sondern auch noch diejenigen von Sunrise, Tele2 und Green berechnet (Test 2, vgl. Rz. 223). Ferner hat sie vorliegend zusätzlich noch die sog. „Retail-Minus“-Methode für das 3'500/300-Angebot untersucht. Dabei ergaben Test 2 und die Retail-Minus-Methode, dass die Margen im Zeitraum bis Dezember 2007 nicht ausreichen, um das Retail-Geschäft profitabel zu betreiben. Lediglich Test 1 ergab für Bluewin einen geringfügigen Gewinn für das Jahr 2007 (siehe dazu bereits Rz. 290).

301. Swisscom macht in Rz. 199 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die gewählte Benchmark-Methode aus methodischen Gründen untauglich sei, da die Retail-Kosten (Marketing, Vertrieb, Billing, Produktentwicklung, Kundenservice etc.) von den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen und von der jeweiligen Unternehmensstrategie abhängen. Eine bewusst gewählte Hochqualitätsstrategie würde sich damit auf die im Retail-Geschäft entstehenden Kosten auswirken. Ferner sei die vom BAKOM für den Ländervergleich getroffene Auswahl der Länder fraglich.

302. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Stärke der sog. Retail-Minus-Methode liegt gerade darin, dass die von Swisscom genannten Kostenpunkte wie Marketing, Vertrieb, Billing, Produktentwicklung, Kundenservice nicht mit in die Betrachtung einfließen. Die Marge wird lediglich aus den bei Swisscom anfallenden Wholesale-Preisen berechnet. Damit ist die Marge völlig unabhän-

gig von der Unternehmensstrategie. In Bezug auf die Auswahl der Länder stützt sich die WEKO auf die Angaben der sektorspezifischen Regulierungsbehörde BAKOM (siehe Rz. 278). Es kann davon ausgegangen werden, dass die sektorspezifischen Regulierungsbehörde aufgrund ihrer spezifischen Branchenkenntnisse in der Lage ist, eine geeignete Auswahl an vergleichbaren Ländern zu treffen, weshalb keine Gründe erkennbar sind, inwieweit die Vorgehensweise des BAKOM zu beanstanden sein soll.

303. Swisscom macht in Rz. 201 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, die einmaligen Kosten von 135'000 Franken, welche zu den monatlichen Kosten hinzukämen, würden zwar stimmen, relativierten sich aber sehr stark über die Gesamtkundenzahl und nach einer bestimmten Dauer.

304. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom bestätigt damit die Existenz dieser zusätzlichen Kosten. Wie stark sich diese Anfangsinvestitionen, welche u.a. die Installation einer ersten IP Anbindung und zusätzlicher IP Anbindungen sowie die Implementierung aller schweizerischen Zugangsregionen umfassen²⁰⁴, auf die einzelnen Anbieter auswirken, hängt von der Anzahl Endkunden der jeweiligen ISP ab. Es ist zu ergänzen, dass viele ISP nicht wie Bluewin oder Sunrise im Massenmarkt tätig sind, sondern im Vergleich zu diesen nur über eine geringe Anzahl an Endkunden verfügen. Für diese Anbieter verringert sich die Marge durch die genannten Fixkosten deutlich.

305. Swisscom macht in Rz. 196 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere verneinte, wenn Wiederverkäufer eine Marge von 5 % erzielen konnten. Dies sei bedeutend weniger, als die Marge von rund 20 %, welche die ISP mit den Breitbandangeboten erreichen können. Daher sei es nicht nachvollziehbar, weshalb in vorliegender Untersuchung von einer Kosten-Preis-Schere ausgegangen werde.

306. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Swisscom beruft sich in ihrer Stellungnahme auf die Untersuchung i.S. Swisscom Directories²⁰⁵. Swisscom macht zutreffend gelten, dass die WEKO in besagter Untersuchung zum Schluss kam, dass die Preisgestaltung von Swisscom Directories keine Kosten-Preis-Schere darstellte. Allerdings gilt es zu beachten, dass die Untersuchung gegen Swisscom Directories regulierte Verzeichnisdaten zum Gegenstand hatte, während es in der vorliegenden Untersuchung um das Verhältnis zwischen den Wholesale- und Retail-Preisen auf dem Breitbandmarkt geht. Aus dem Umstand, dass im Markt für regulierte Verzeichnisdaten eine Marge von 5 % als ausreichend betrachtet

²⁰⁴ Siehe bereits Rz. 284 mit Hinweis auf Schreiben Swisscom vom 26. September 2007, Beilage: Price Manual, Broadband Connectivity Service, Version 12.1, 1. Mai 2007, S. 9.

²⁰⁵ Vgl. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff.

wird, damit die Wiederverkäufer eine ausreichende Gewinnmarge erzielen können, mithin keine Kosten-Preis-Schere vorliegt, kann nicht abgeleitet werden, dass die Preisgestaltung von Swisscom im Bereich Breitbandinternet, die den ISP eine Marge von rund 20 % ermöglicht, kartellrechtlich unbedenklich ist. Massgebend kann einzig sein, wie hoch die Marge auf dem relevanten Markt (im vorliegenden Verfahren auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet) sein muss, damit alternative Anbieter das Retail-Geschäft profitabel betreiben können. Der Begriff Marge kann vorliegend leicht missverstanden werden, wie bereits in Rz. 278 ausgeführt wurde. Diese Sichtweise stützen insbesondere auch die Erwägungen der WEKO in der von Swisscom angeführten Untersuchung gegen Swisscom Directories. Die WEKO hielt nämlich fest, dass es die Preisgestaltung von Swisscom Directories den Wiederverkäufern ermöglicht, den Aufwand für den Bezug der Daten und deren Verknüpfung mit eigenen Applikationen zu amortisieren, weshalb ein gewinnbringender Betrieb möglich sei²⁰⁶. Des Weiteren gilt es dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich in besagter Untersuchung um regulierte Verzeichnisdaten handelte. Die WEKO hielt in ihrer Verfügung denn auch fest, dass der Befund, wonach keine Kosten-Preis-Schere vorliegt, für Anbieter alternativer Verzeichnisdienste unbefriedigend sein möge, das wettbewerbsrechtliche Resultat aber Ausfluss der damals geltenden fernmelderechtlichen Regulierung des Verzeichnisswesens und deren Auswirkungen auf die Einflussmöglichkeiten des Kartellgesetzes in diesen Märkten darstelle²⁰⁷.

307. Aufgrund vorstehender Ausführungen geht der Hinweis von Swisscom auf die Untersuchung i.S. Swisscom Directories fehl. Insbesondere können die Schlussfolgerungen der Untersuchung gegen Swisscom Directories wie bereits erwähnt, nicht unesehen auf vorliegende Untersuchung übertragen werden. Unterschiedliche Märkte bedingen auch eine unterschiedlich hohe Marge, um eine Geschäftstätigkeit profitabel betreiben zu können. Dass im Bereich für Verzeichnisdienstleistungen eine Marge von 5 % als ausreichend betrachtet wird, bedeutet daher nicht, dass im Bereich Breitbandinternet notgedrungen eine Marge von rund 20 % ebenfalls das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere ausschliesst. Wie in Kapitel B.3.2.1 dargelegt, ist die Marge, die den alternativen ISP für DSL-Angebote verbleibt, nicht ausreichend. Folglich ist erstellt, dass die Verhaltensweise von Swisscom im der vorliegenden Untersuchung zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Kosten-Preis-Schere begründet.

B.3.2.1.3 Auswirkungen innerhalb von Swisscom

308. Die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere sind im Übrigen auch innerhalb von Swisscom als Unternehmen ersichtlich. Typischerweise werden bei Kosten-Preis-Scheren die Verluste aus dem Endkundengeschäft durch hohe Einkünfte im Wholesale-Bereich kompensiert (vgl. Rz. 213, Nr. V). Die Verluste im Endkundengeschäft entstehen bei Bluewin ähnlich wie bei anderen ISP. Nachfolgend wird anhand der von Swisscom eingereichten Zahlen dargelegt, dass [...].

Tabelle 8: Betriebsertrag und Verlust von Bluewin in tausend Franken

Jahr	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Betriebsertrag	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n.a.	n.a.
Verlust	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n.a.	n.a.
in % (des Betriebsertrages)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	n.a.	n.a.

309. In Tabelle 8 sind der [...] aufgeführt²⁰⁸. Daraus ist ersichtlich, dass [...]. Dies ist ein weiterer Indikator für das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, da auch der ISP in der Schweiz mit den meisten Kunden, welcher im Vergleich mit anderen ISP über die grössten Skalen- und Verbundvorteile verfügen sollte, aufgrund der Preispolitik von Swisscom, welche sich durch hohe Vorleistungspreise und im Verhältnis dazu niedrige Endkundenpreise auszeichnet, keine positiven Erträge erzielen konnte.

310. Bezüglich der Jahre 2006 und 2007 liegen keine Zahlen für die Profitabilität von Bluewin vor, da nach Angaben von Swisscom mit der vollständigen Integration von Bluewin in die damalige Swisscom Fixnet AG Bluewin nicht mehr als eigenes Profitcenter geführt würde. Entsprechend seien seit dem Jahr 2006 keine Abschlüsse für Bluewin mehr erfolgt²⁰⁹.

311. Retail-seitig ein ähnliches Bild ergibt die Erfolgsrechnung von Bluewin für die xDSL-Breitbanddienste²¹⁰. Der Swisscom eigene ISP Bluewin konnte damit mit der bestehenden Marge im DSL-Bereich nicht profitabel wirtschaften.

²⁰⁶ Vgl. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff., 102 Rz. 289.

²⁰⁷ Vgl. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff., 102 Rz. 291.

²⁰⁸ Schreiben Swisscom vom 18. August 2006, Beilage 7.

²⁰⁹ Schreiben Swisscom vom 19. Oktober 2007, S. 9.

²¹⁰ Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Beilage 8.

Tabelle 9: Erfolgsrechnung von Bluewin für die xDSL-Breitbanddienste in tausend Franken

Jahr	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007 ²¹¹
Einnahmen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kosten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Deckungsbeitrag II	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
% (der Einnahmen)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

[Geschäftsgeheimnis Swisscom]

312. Demgegenüber erwirtschaftet der Geschäftsbereich Swisscom Wholesale BBCS in den letzten Jahren beträchtliche Gewinne²¹²:

Tabelle 10: Umsatz und Ertrag von Swisscom Wholesale BBCS in Tausend Franken

Jahr	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Umsatz	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ertrag	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
%	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

[Geschäftsgeheimnis Swisscom]

313. Die Zahlen in Tabelle 10 zeigen, dass nach anfänglichen, auf Initialinvestitionen zurückführende Verluste sich der Geschäftsbereich Swisscom Wholesale BBCS als hochrentabel erwies. Wird der Gewinn dividiert durch den Umsatz des Geschäftsbereichs Swisscom Wholesale BBCS betrachtet, ist festzustellen, dass das Verhältnis zwischen Gewinn und Umsatz in den letzten [...] Jahren mit mindestens [...] % ausserordentlich hoch war.

314. Die anfänglichen Verluste in den Jahren [...] und [...] weisen darauf hin, dass zum Aufbau des DSL-Geschäfts unter anderem auch einige netzseitige Anfangsinvestitionen notwendig waren (vgl. Rz. 38 ff.). In diesem Zusammenhang weist Swisscom darauf hin, dass aufgrund der Umrüstungen auf DSL-Verbindungen im Vergleich zur Analog oder ISDN-Technik Investitionen notwendig waren²¹³. Dies mag zwar die Ertragsentwicklung des Geschäftsbereichs Swisscom Wholesale BBCS erklären, steht jedoch losgelöst von der Frage nach dem Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere, da letztere das Verhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen betrachtet. Zudem wurden die anfänglichen Investitionen mit sehr rasch erfolgenden hohen Gewinnen mehr als kompensiert²¹⁴.

315. Die Gewinne, welche Swisscom wholesale-seitig mit dem Produkt BBCS erwirtschaftet, kompensieren die Verluste von Swisscom mit Bluewin um ein Mehrfaches (vgl. auch Rz. 227 ff.). Alle anderen ISP können ihre Verluste aus dem DSL-Geschäft nicht mit Gewinnen aus

dem Wholesale-Geschäft wettmachen. Diese Situation führt dazu, dass alternative Anbieter keine Gewinne erzielen können und sogar in Erwägung ziehen müssen, sich aufgrund der von Swisscom angewandten Preispolitik aus dem Breitbandinternetgeschäft zurückzuziehen. Letzteres dürfte jedoch gerade für grössere Telekommunikationsanbieter aufgrund einer minimal notwendigen Produktpalette und der Tatsache, dass Breitbandinternet den Verkauf weiterer Dienstleistungen ermöglicht, kaum eine gangbare Option darstellen.

316. Im Sinne eines Exkurses ist an dieser Stellung auf die Analyse der Frage der Markbeherrschung zurückzukommen. Für die Beurteilung der Frage der Markbeherrschung ist auch das Marktverhalten der Unternehmen zu berücksichtigen, worunter insbesondere das

²¹¹ Nach Angabe von Swisscom sind die Ergebnisse des Monats Dezember 2007 nur beschränkt aussagekräftig, weil die BBCS-Kosten in diesem Monat durch die buchhalterische Abgrenzung des Rabatts für das Jahr 2007 stark reduziert wurden (Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, S. 6). Aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit zu den Vormonaten wurden daher die Monate Januar bis November 2007 als Basis benutzt um für den Monat Dezember den Wert linear zu extrapolieren. Es ergibt sich somit für den Monat Dezember für das BBCS anstelle von [...] neu ein Wert von [...].

²¹² Schreiben Swisscom vom 25. Januar 2008, Beilage 6.

²¹³ Schreiben Swisscom vom 19. Oktober 2007, S. 2.

²¹⁴ Vgl. Tabelle 10. S. 165. Die Gewinne ab dem Jahr 2003 betragen mehr als die Verluste in den Jahren 2001 und 2002.

Diskriminieren bei Preisen oder Konditionen fällt²¹⁵. Dies widerspiegelt den Gedanken, dass die Konzeption des unabhängigen Verhaltens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf das Vorliegen von Verhaltensspielräumen der Unternehmen abstellt, worunter namentlich auch Preissetzungsspielräume fallen. Die ausserordentlich hohen Gewinne und Margen, über welche Swisscom durch den Verkauf der Vorleistungsangebote BBCS verfügt, deuten darauf hin, dass Swisscom in diesem Bereich kaum Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Ebenfalls zeigt sich angesichts dieser ausserordentlich guten Ertragslage im Wholesale-Markt, dass der Einfluss des nachgelagerten Marktes offenbar nicht in der Lage ist, die bestehenden Verhaltensspielräume von Swisscom zu disziplinieren.

317. Es lässt sich im Übrigen feststellen, dass die Preise in der Schweiz für DSL-Vorleistungen im Vergleich zum Ausland eher hoch sind. Im internationalen Vergleich verfügt die Schweiz zwar über hohe Penetrationsraten im Breitbandinternet, wobei die Preise relativ hoch und die Maximalbandbreiten im Vergleich zu vielen europäischen Ländern geringer sind²¹⁶. Im Rahmen der Antwort des BAKOM vom 2. November 2007 auf das Amtshilfeersuchen erstellte das BAKOM einen internationalen Preisvergleich mit fünf anderen vergleichbaren europäischen Ländern für das 3'500/300-Produkt von Swisscom. Mit Ausnahme von denjenigen in Spanien stellte das BAKOM fest, dass die Vorleistungspreise unter dem Preis von Swisscom liegen²¹⁷. Dabei wies das BAKOM auch darauf hin, dass es problematisch sei, nicht kostenorientierte (d.h. nicht regulierte) Vorleistungsprodukte miteinander zu vergleichen, da es sich oft um Vorleistungen handelt, deren Kosten sich kaum in den Preisen widerspiegeln. Angesichts des im internationalen Vergleich eher hohen Preisniveaus (vgl. Rz. 214) wird Swisscom in Zukunft zur Vermeidung weiterer Kosten-Preis-Scheren insbesondere die Senkung ihrer Vorleistungspreise für den BBCS in Betracht zu ziehen haben, da die hohen Vorleistungspreise mitverantwortlich sein dürften für ein höheres Preisniveau bei den Breitbandinternetdiensten in der Schweiz.

318. Es zeigt sich, dass die unzureichenden Margen einerseits bei Swisscom retail-seitig zu Verlusten und andererseits wholesale-seitig zu beträchtlichen Gewinnen führen. Dies sind Auswirkungen der von Swisscom praktizierten Kosten-Preis-Schere.

319. Swisscom macht in Rz. 209 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, Tabelle 10 enthalte zum Nachteil von Swisscom die Zahlen aus dem Jahr 2000 nicht.

320. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Die Werte wurden im Antrag des Sekretariats aus Gründen der Vergleichbarkeit weggelassen, da für Bluewin erst im 2001 Werte verfügbar sind. Die Werte aus dem Jahr 2000 wurden jedoch vorliegend ergänzt, womit dem Einwand von Swisscom Rechnung getragen wird.

B.3.2.1.4 Zwischenfazit

321. Als Zwischenergebnis kann Folgendes festgehalten werden: Erstens haben die beiden durchgeführten Tests (Imputation Tests) ergeben, dass aufgrund der von Swisscom praktizierten Preise DSL-Breitbandinternet in den letzten Jahren weder vom vertikal integrierten Netz-

anbieter noch von einem alternativen ISP profitabel angeboten werden konnte. Zweitens besteht beim meistverkauften ADSL-Produkt eine unzureichende Marge zwischen Wholesale- und Retail-Preis. Drittens zeigen sich die Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auch innerhalb von Swisscom mit beträchtlichen Gewinnen im Wholesale-Bereich mit dem BBCS und erheblichen Verlusten im Retail-Bereich mit dem DSL-Geschäft. Vorstehende Analysen zeigen damit insgesamt auf, dass aus kartellrechtlicher Sicht eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, die als Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu qualifizieren ist.

B.3.2.2 Behinderung von Wettbewerbern

322. Gemäss der Generalklausel in 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 damit zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch, der sich gegen Wettbewerber richtet, und einem sog. Ausbeutungsmissbrauch, der die Abnehmer benachteiligt, unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken gleichzeitig behindernd und ausbeutend sein können.

323. Behinderungsmissbräuche richten sich gegen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten. Derartige Missbräuche führen dazu, dass bestehende Konkurrenten im Markt behindert werden oder dass neue Wettbewerber von Marktzutritten abgehalten werden. Allgemein ist festzustellen, dass ausgehend von der Definition einer Kosten-Preis-Schere (vgl. Rz. 203 ff.) durch die zu knappen Margen zwischen Wholesale- und Retail-Preisen des vertikal integrierten Unternehmens die Konkurrenten (Green, Sunrise, Tele2 etc.) nicht in der Lage sind, Breitbandinternet profitabel anzubieten. Dies kann aufgrund von entsprechenden Verlusten auch zu Marktaustritten, Übernahmen oder sinkenden Marktanteilen von den mit Bluewin (Swisscom) in Wettbewerb stehenden alternativen ISP oder zum Verzicht von Markteintritten führen (vgl. Abbildung 4, S. 32). Ausdruck davon dürfte auch sein, dass unter den ADSL-Anbietern nur Swisscom Marktanteile gewinnt (vgl. Rz. 160). Eine Behinderung von Wettbewerbern ist damit dem Konzept der Kosten-Preis-Schere grundsätzlich inhärent und liegt in concreto auch vor, was sich unter anderem auch in regelmässigen Klagen der ISP (vgl. Rz. 6) über zu knappe Margen widerspiegelt. Die negativen Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere auf die Wettbewerber wurden im Übrigen vorstehend verschiedentlich erwähnt

²¹⁵ Vgl. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Basel 2005, S. 42, Rz. 2.22.

²¹⁶ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18.

²¹⁷ Schreiben BAKOM vom 2. November 2007, S. 3.

(vgl. Rz. 225, 277, 315). Ob zusätzlich auch ein Ausbeutungsmissbrauch vorliegt, der die Marktgegenseite benachteiligt, kann aufgrund des Vorliegens einer Behinderung von Wettbewerbern offen gelassen werden.

324. Damit ist festzuhalten, dass die aufgrund der Preispolitik von Swisscom bestehende Kosten-Preis-Schere zu einer Behinderung von Wettbewerbern im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG führte.

B.3.2.3 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

325. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ist dann missbräuchlich und somit unzulässig, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt²¹⁸. Als sachliche Gründe kommen insbesondere kaufmännische Grundsätze in Betracht²¹⁹. Es ist festzustellen, dass sich die wesentlichen von Swisscom geltend gemachten Einwände nicht auf die Frage des Missbrauchs, sondern auf die Abgrenzung des relevanten Marktes und die Analyse der Marktstellung beziehen. Für die folgenden Vorbringen von Swisscom kann geprüft werden, ob es sich um sachliche Rechtfertigungsgründe handelt.

326. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2007 wies Swisscom darauf hin, dass für DSL-Datenverbindungen erhebliche Investitionen in die Infrastruktur notwendig gewesen seien. So hätten unter anderem sog. „Splitter“ (Teiler) eingebaut und die Backbone Infrastruktur hätte ausgebaut werden müssen. Hierzu ist vorweg festzuhalten, dass die Anfangsinvestitionen hauptsächlich einen Bezug zur Preissetzung des Vorleistungsprodukts BBCS haben. Kosten-Preis-Scheren betreffen jedoch das Zusammenspiel zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen. Letztere hätten von Swisscom entsprechend angepasst werden können, um eine Kosten-Preis-Schere zu vermeiden. Im Übrigen wurden die anfänglichen Investitionen im Bereich Swisscom Wholesale BBCS durch die Gewinne in den letzten Jahren mehr als kompensiert (vgl. Rz. 313). Sachliche Rechtfertigungsgründe liegen damit keine vor.

327. Swisscom macht in Rz. 241 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass sich Swisscom im Verlauf des Verfahrens nie zum Vorwurf der Kosten-Preis-Schere äussern konnte und daher davon ausgehen konnte, dass die WEKO das Preisgefüge des BBCS als solches nicht beanstandete. Zudem belegten die in ihrer Stellungnahme gemachten Ausführungen das Vorhandensein sachlicher Rechtfertigungsgründe. Als Rechtfertigungsgründe führt Swisscom die gleichen Argumente an, mit denen sie darlegt, dass aus ihrer Sicht keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt (siehe Kapitel 3 „Keine unzulässige Verhaltensweise“).

328. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Bereits in der Medienmitteilung der WEKO zur Eröffnung der zweiten Untersuchung zu ADSL-Diensten²²⁰ teilte diese der Öffentlichkeit mit, dass es sich bei der Preispolitik von Swisscom um eine Kosten-Preis-Schere handeln könnte, indem sie Folgendes festhielt: „Swisscom stellt ihre Netzinfrastruktur verschiedenen Internet Service Providern zum Anbieten von ADSL-Diensten zur Verfügung. Die Preise dieser Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste sind im Vergleich zu den Endkundenpreisen von Bluewin (Swisscom) zu hoch. (...) Es könnte sich insbe-

sondere um eine sogenannte Kosten-Preis-Schere handeln (sog. Price- oder Margin Squeeze)“²²¹. Spätestens seit Eröffnung der vorliegenden Untersuchung konnte Swisscom daher nicht von der Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens ausgehen (vgl. auch Rz. 364).

B.3.3 Ergebnis

329. Die von Swisscom praktizierte Preispolitik im Bereich Breitbandinternet stellt eine Kosten-Preis-Schere dar und ist als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 KG zu qualifizieren.

B.4 Sanktionierung

B.4.1 Einleitung zur Sanktionierung

B.4.1.1 Angebliche Verletzung der Garantien gemäss Art. 6 EMRK

330. Swisscom macht in Rz. 246 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass weder die Organisation der schweizerischen Wettbewerbsbehörden noch das Verfahren vor der WEKO mit den aus der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK; SR 0.101) fliessenden Verfahrensrechten in Einklang stünden. Zum Einen werde der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht (Art. 6 EMRK und Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) aus organisatorisch-funktionellen Gründen verletzt, da die WEKO und ihr Sekretariat nicht voneinander unabhängig seien, zum Andern sei aufgrund der Einsitznahme von Interessenvertretern in der WEKO die Unabhängigkeit der WEKO nicht gewährleistet. Swisscom führt weiter aus, dass die Heilung dieses Mangels im Rechtsmittelverfahren nicht möglich sei, zumal das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelbehörde nicht ohne Not in das technische Ermessen der WEKO eingreife. Swisscom und das von ihr eingereichte Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz²²² folgern daraus, dass das Bundesverwaltungsgericht die ihm zustehende volle Kognition nicht ausschöpfe, sondern diese in faktischer Hinsicht derart beschränke, dass die Mängel des Verfahrens vor der WEKO nicht geheilt werden können.

²¹⁸ ZÄCH (zit. Fn. 60), S. 305; CLERC (zit. Fn. 61), Rz. 82 zu Art. 7; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 3 zu Art. 7.

²¹⁹ Botschaft vom 23. November 1994 (Botschaft 1994), BBl 1995 468 ff., S. 569.

²²⁰ Medienmitteilung vom 21. Oktober 2005, abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00158.

²²¹ Medienmitteilung vom 21. Oktober 2005, abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00158.

²²² Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 52 f. und 76.

331. Hierzu gilt es Folgendes festzuhalten: Im Rahmen von Art. 6 EMRK ist vorgesehen, dass jede Person ein Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK umfasst u.a. die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts²²³. Die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK müssen im Verlauf eines Verfahrens mindestens einmal erfüllt sein²²⁴.

332. Die WEKO hat bereits im Entscheid Terminierung Mobilfunk²²⁵ festgehalten, dass, sollte die WEKO nicht als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK angesehen werden, das Bundesverwaltungsgericht als die ihre Entscheide überprüfende Rechtsmittelinstanz über volle Kognition verfügt, weshalb die Ausgestaltung des Verfahrens vor den schweizerischen Wettbewerbsbehörden die Anforderungen von Art. 6 EMRK erfüllt²²⁶.

B.4.1.2 Die Heilung angeblicher Verfahrensmängel

333. Swisscom macht in Rz. 248 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Heilung der genannten Mängel im Rechtsmittelverfahren nicht möglich sei. Darüber hinaus macht sie geltend, dass die Rechtsmittelbehörde ihre Kognition bei der Überprüfung von Verfügungen der WEKO in rechtsstaatlich problematischer Weise einschränke, weil sie nicht ohne Not in das technische Ermessen der WEKO eingreife²²⁷. In dem von Swisscom eingereichten Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz wird ebenfalls die Auffassung vertreten, das Bundesverwaltungsgericht schöpfe seine Kognition nicht vollständig aus, weshalb verwaltungsrechtliche Kartellverfahren den Anforderungen der EMRK nicht genügen²²⁸.

334. Hierzu gilt es Folgendes festzuhalten: Die Vorbringen von Swisscom und das in diesem Zusammenhang angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffen nicht ein kartellrechtliches Verwaltungsverfahren, sondern ein fernmelderechtliches Verfahren. Gegenstand des genannten Verfahrens war denn auch nicht eine Verfügung der WEKO, sondern eine Teilverfügung der ComCom. Auf Ersuchen des BAKOM erstellte die WEKO lediglich ein Gutachten zur Frage der Marktherrschaft, wie dies in Art. 11a Abs. 2 FMG für Streitigkeiten über den Zugang zu Diensten gemäss Art. 11 FMG vorgesehen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil denn auch fest, dass sich die ComCom in einem wesentlichen Umfang auf das Gutachten der WEKO abstütze, eine Abweichung von den gestützt darauf gezogenen Schlussfolgerungen aber möglich seien, wenn dafür überzeugende Gründe vorliegen²²⁹. Weiter hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Vorinstanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zukomme bzw. eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts gerechtfertigt sei, soweit die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe anzuwenden habe und die Gesetzesauslegung ergebe, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde eine zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte. Das Bundesverwaltungsgericht werde

aber dadurch nicht davon befreit, die Rechtsanwendung unter Beachtung dieser Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Da die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich amte, dürfe ihr im Rahmen dieses „technischen Ermessens“ ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt habe²³⁰. Die vom Bundesverwaltungsgericht in besagtem Urteil gewählte Formulierung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass dem Bundesverwaltungsgericht (ehemals REKOWEF) als Rechtsmittelinstanz in kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren die Befugnis zusteht, Verfügungen der WEKO mit voller Kognition zu überprüfen. Dies ergibt sich bereits aus den vorliegend massgebenden Erlassen, d.h. dem Kartellgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Selbst wenn sich die Vorinstanz wie in allen kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren und damit auch der vorliegenden Untersuchung durch besonderen Sachverstand auszeichnet und ihr daher ein gewisser Handlungsspielraum zuzuerkennen ist, hebt das Bundesverwaltungsgericht Ermessensentscheide dann auf, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig und als in stossender Weise ungerecht erweist²³¹.

335. Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen²³². Für eine besonders hohe Prüfungsdichte im Beschwerdeverfahren spricht, dass jede Verfügung „wenigstens einmal“

²²³ Vgl. auch Stellungnahme von Swisscom, Beilage 9, Rz. 806 ff.

²²⁴ Vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, S. 260; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss. 2007 (EIZ Bd. 80), Zürich 2007, S. 98 f.

²²⁵ Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007, RPW 2007/2, S. 241.

²²⁶ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., Rz. 36 ff., nicht rechtskräftig.

²²⁷ Vgl. Stellungnahme von Swisscom Rz. 248 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., E. 4; Stellungnahme von Swisscom, Beilage 9, Rz. 862 ff.

²²⁸ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 52 f. und 76.

²²⁹ Vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., Sachverhalt Bst. f.

²³⁰ Vgl. Urteil Bundesverwaltungsgericht vom 12. Februar 2009, RPW 2009/1, 97 ff., E. 4.

²³¹ Vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. X, Basel, 2008, Rn. 2.163.

²³² Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3490/2007 vom 15. Januar 2008, E. 3.1.

durch eine unabhängige Beschwerdeinstanz voll überprüft werden soll²³³. Andererseits bedeutet dies nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet ist, in jedem Fall dieselben Untersuchungsmassnahmen und Beweiserhebungen durchzuführen wie die Vorinstanz.

Mit anderen Worten kann die Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts nicht daran gemessen werden, ob und wie viele Beweismassnahmen es in einem konkreten Fall durchgeführt hat. Vielmehr genügt es, wenn das Bundesverwaltungsgericht die von der Vorinstanz erhobenen Beweise überprüft und in kartellrechtlicher Hinsicht würdigt. Sofern sich Zweifel an der Tauglichkeit der Beweise bzw. an den durchgeführten Untersuchungsmassnahmen ergeben, steht es dem Bundesverwaltungsgericht frei, zusätzliche Beweismassnahmen selber durchzuführen oder den Entscheid mit verbindlichen Anweisungen zur Neubeurteilung bzw. Ergänzung an die WEKO zurückzuweisen. Hat das Bundesverwaltungsgericht nicht alle Beweise selber erhoben, bedeutet dies nicht, dass es von seiner Überprüfungsbefugnis nicht Gebrauch gemacht hätte. In zwei neueren Urteilen hielt das Bundesgericht fest, dass die (ehemalige) REKOWEF als Fachbehörde gehalten sei, ihre Kognition auszuschöpfen²³⁴; die diesbezüglichen Schlussfolgerungen des Bundesgerichts gelten sinngemäss auch für das Bundesverwaltungsgericht. Aus neueren Entscheiden der ehemaligen REKOWEF ist ersichtlich, dass diese den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nachgekommen ist, indem sie teilweise eigene umfangreiche Beweismassnahmen durchführte, sich auch dann zu materiellen Fragen äusserte, obwohl der Entscheid bereits aus formellen Gründen aufgehoben wurde und gegebenenfalls auch einen reformatorischen Entscheid fällte²³⁵. Wieso das Bundesverwaltungsgericht hierzu nicht im Stande sein sollte und in Abweichung von der Praxis der ehemaligen REKOWEF auf keine Überprüfung der angefochtenen Verfügung mit voller Kognition durchführen wird, ist nicht ersichtlich.

336. Aus vorstehenden Gründen ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens über volle Überprüfungsbefugnis verfügt, weshalb eine allfällige Verletzung von Art. 6 EMRK mangels richterlicher Unabhängigkeit der WEKO geheilt werden würde²³⁶. Selbst wenn die WEKO nicht als unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK gelten sollte, ist das Bundesverwaltungsgericht als unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK zu qualifizieren. Als Rechtsmittelinstanz überprüft es die Entscheide der WEKO und verfügt über volle Kognition, womit die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK erfüllt sind²³⁷. Es kann gegebenenfalls auch durch die Vorinstanz begangene Verfahrensfehler mittels eigener, zusätzlicher Instruktionsmassnahmen heilen²³⁸.

337. Das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz geht davon aus, dass das Kartellgesetz bzw. die Praxis der Wettbewerbsbehörden dem Grundsatz des Verbots des Selbstbelastungszwangs widerspreche, da einerseits Art. 40 KG Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen und Beteiligte an Zusammenschlüssen dazu verpflichtet, den Wettbewerbsbehörden die erforderlichen Informationen zu liefern und andererseits die Wettbewerbsbehörden die von einer

Untersuchung betroffenen Unternehmen unter Strafdrohung zur Beweisaussage verpflichten können (Art. 42 Abs. 1 KG). Die Verpflichtung eines Beschuldigten zur Aussage unter Straffolge stehe in unmittelbarem Gegensatz zum Nemo-tenetur-Grundsatz²³⁹.

338. Zur im Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz geltend gemachten Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes ist Folgendes zu bemerken: Art. 40 KG statuiert eine Auskunftspflicht der am Verfahren beteiligten Unternehmen. Soll diese Bestimmung nicht von vornherein ihres Sinnes entleert werden, muss es den Wettbewerbsbehörden möglich sein, die entsprechenden Auskünfte von den betroffenen Unternehmen gestützt auf diese Bestimmung herausverlangen zu können. Dies muss auch gegenüber den an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen gelten, weil andernfalls die Sachverhaltsabklärung durch die Wettbewerbsbehörden weitgehend in Frage gestellt wäre. Mit anderen Worten sind die Wettbewerbsbehörden letztlich auf die Herausgabe von Informationen, über welche nur die Unternehmen verfügen und die u.U. anderweitig gar nicht beschafft werden könnten, angewiesen. Art. 40 KG darf daher seiner Anwendung nicht dadurch beraubt werden, dass sich die Unternehmen gestützt auf das Gebot, sich nicht selbst belasten zu müssen, der gesetzlich vorgesehen Auskunftspflicht entziehen können. Andernfalls wäre die Sachverhaltsermittlung und damit letztlich auch die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des KG (insb. Art. 5, 7 und Art. 49a KG) nicht mehr gewährleistet. Diese Auffassung entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung der europäischen Kommission, welche besagt, dass die Kommission berechtigt ist, ein Unternehmen gegebenenfalls durch Entscheidung zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen, solange sie dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegt, Antworten zu geben, durch

²³³ Vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Art. 49 N. 4; TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 98.

²³⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22.02.2007, E. 4, publ. in: RPW 2007/2, 334; Urteil des Bundesgerichts 2A.325/2006 vom 13.02.2007, E. 4, publ. in: RPW 2007/2, 327.

²³⁵ Vgl. hierzu insbesondere RPW 2006/4, 698 ff.; RPW 2006/2, 310 ff.; RPW 2005/4, 672 ff.; RPW 2005/3, 505 ff.

²³⁶ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., Rz. 41; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Walter Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 271 f.; TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 98 f.

²³⁷ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., Rz. 43; HANGARTNER (zit. in Fn. 236), S. 271 f.; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 142, Fn. 808.

²³⁸ Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER (zit. in Fn. 231), Rn. 2.152.

²³⁹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 60 ff.

die es die Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat²⁴⁰.

339. Die an Swisscom gerichteten Fragen trugen diesen Anforderungen Rechnung. Die Auskunftsbegleichen forderten Swisscom u.a. auf, folgende Angaben zu machen: Anzahl geschalteter DSL-Breitbandanschlüsse, Angaben zu den Bandbreiten, an alternative ISP gestellte Rechnungen für die Inanspruchnahme des BBCS, Erfolgsrechnung für den Bereich xDSL (Retail- und Wholesale-Ebene) sowie Updates der bereits gemachten Angaben. Den Auskunftsbegleichen lagen somit ausschliesslich Fragen zu Grunde, die Tatsächliches zum Gegenstand hatten und nicht auf ein etwaiges Schuld- eingeständnis von Swisscom abzielten. Swisscom musste bzw. konnte sich daher im vorliegenden Verfahren nicht selber belasten und hat dies auch nicht getan. Zu Recht machte Swisscom entsprechende Vorbehalte denn auch nie geltend.

340. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK in kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren gewährleistet sind. Der Einwand von Swisscom gegen das Verhängen von Sanktionen durch die WEKO geht somit fehl.

B.4.2 Sanktionierung von Swisscom

341. Vorliegende Untersuchung ist zum Ergebnis gekommen, dass Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, indem sie die Vorleistungspreise für DSL-Wholesale-Produkte im Vergleich zu den praktizierten Endkundenpreisen in einer Weise ansetzte, dass alternativen Anbietern keine zureichende Marge verblieb (Kosten-Preis-Schere).

342. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

343. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 7 KG ist damit eine Belastung respektive Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. Missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG unterliegen seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine direkte Sanktion kann folglich nur bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen, die nach dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, ausgesprochen werden, während allfällige vor dem 1. April 2004 ausgeübte Wettbewerbsbeschränkungen nicht direkt sanktionierbar sind²⁴¹.

B.4.3 Vorwerfbarkeit

344. Allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Besonderheit der Verwaltungssanktionen darin liegt, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Perso-

nen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt²⁴². Das von Swisscom eingereichte Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz vertritt hingegen die Auffassung, bei den Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen (eingehend zu dieser Frage siehe Rz. 352 f.)²⁴³.

345. In der Literatur wurde die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Auffassung der Verschuldensunabhängigkeit unter anderem vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen Einführung von Art. 100^{quater} des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.00) zur Verantwortlichkeit des Unternehmens kritisiert²⁴⁴. Im Ergebnis wird von der Literatur im Wesentlichen erwähnt, dass für die Verhängung einer Verwaltungssanktion erforderlich sei, dass gegenüber der juristischen Person oder ihrer Organe das zur Sanktion führende Verhalten vorwerfbar sein müsse²⁴⁵. Dabei dürfte allerdings in vielen Fällen von einer Organisationsfahrlässigkeit auf Stufe der höchsten Managementebene, d.h. bei Organpersonen des Unternehmens auszugehen sein, wenn es zu Kartellrechtsverstössen kommen sollte, so dass Probleme in der Praxis kaum relevant werden dürften.

346. Aus der Rechtsprechung ist insbesondere der Entscheid der REKO/WEF in Sachen „Rhône-Poulenc/Merck“²⁴⁶ zu erwähnen, wobei der Entscheid einen Verstoss im Zusammenhang mit der Verletzung einer Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss betrifft (Art. 51 KG). Zur Frage des Verschuldens

²⁴⁰ Vgl. Urteile vom 25. Januar 2007, Dalmine/Kommission, C-407/2004, Randnrn. 34, vom 18. Oktober 1989; Orkem/Kommission, 374/87, Slg. 1989, 3283, Randnrn. 34 und 35, vom 7. Januar 2004; Aalborg Portland u. a./Kommission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnrn. 61 und 65, und vom 14. Juli 2005; ThyssenKrupp/Kommission, C-65/02 P und C-73/02 P, Slg. 2005, I-6773, Randnr. 49.

²⁴¹ Botschaft 2003 (zit. Fn. 18), S. 2048.

²⁴² Botschaft 2003 (zit. Fn. 18), S. 2034. Schon die Botschaft 1994 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, „weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden“ (Botschaft 1994 (zit. Fn. 219), S. 620).

²⁴³ Eingehend dazu s. das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 11 ff., insbes. S. 18 f.

²⁴⁴ Auswahl der zur mehrheitlich aus Anwaltskreisen stammenden Kritik: BORER (zit. in Fn. 218), Rz. 1 ff. zu Art. 49a; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27. September 2004; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553. Differenzierend: GÜNTHER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 125 (2007), S. 105 ff.; TAGMANN (zit. in Fn. 224).

²⁴⁵ Z.B.: BORER (zit. in Fn. 218), Rz. 12 zu Art. 49a.

²⁴⁶ RPW 2002/2, 386 ff.

hielt die REKOWEF Folgendes fest: „Il ne va pas de soi qu'il en aille autrement en droit suisse et que l'infliction d'une sanction administrative pouvant s'élever à CHF 1 mio. puisse se fonder exclusivement sur des éléments objectifs. [...] La Commission de céans a cependant laissé ouverte la question de savoir si une mesure de ce genre pouvait être prise en l'absence de toute faute“²⁴⁷. Im Ergebnis heisst dies, dass nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden kann, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind. Jedoch wurde die Frage der Notwendigkeit eines Verschuldens explizit offen gelassen.

347. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit²⁴⁸. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid der WEKO und führte dabei aus, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die WEKO i.S.d. Rechtsprechung der REKOWEF eine subjektive Vorwerfbarkeit der Verhaltensweise feststellte²⁴⁹. In einem weiteren Entscheid der WEKO vom 18. September 2006 in Sachen Unique, in welchem die WEKO eine sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktion ausfällte, wurde ebenfalls eine Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft²⁵⁰. In ihrer Verfügung vom 5. März 2007 in einem die Publigroupe betreffenden Fall stellte die WEKO bei der Prüfung der Vorwerfbarkeit auf einen objektiven Sorgfaltsmangel ab²⁵¹.

347. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit²⁴⁸. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid der WEKO und führte dabei aus, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die WEKO i.S.d. Rechtsprechung der REKOWEF eine subjektive Vorwerfbarkeit der Verhaltensweise feststellte²⁴⁹. In einem weiteren Entscheid der WEKO vom 18. September 2006 in Sachen Unique, in welchem die WEKO eine sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktion ausfällte, wurde ebenfalls eine Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft²⁵⁰. In ihrer Verfügung vom 5. März 2007 in einem die Publigroupe betreffenden Fall stellte die WEKO bei der Prüfung der Vorwerfbarkeit auf einen objektiven Sorgfaltsmangel ab²⁵¹.

348. Wie nachfolgend zu zeigen ist, liegt im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit vor.

349. Swisscom musste sich in verschiedener Hinsicht bewusst sein, dass durch ihre Preispolitik im Bereich ADSL unter Umständen ein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorlag. Dass Swisscom als einziger Anbieter für landesweite Vorleistungsangebote im Breitbandinternet vermutlich als marktbeherrschend qualifiziert würde, war Swisscom unter anderem aus der ersten Untersuchung in Sachen ADSL genügend bekannt (vgl. Rz. 4). Ebenfalls erkennbar für Swisscom war das Vorliegen einer Behinderung der Wettbewerber durch hohe Vorleistungspreise und im Vergleich zu letzteren niedrigen Retail-Preisen. Dies manifestierte sich insbesondere auch mit Blick auf die Bereichsergebnisse von Swisscom:

Einerseits lagen teils massive Verluste bei Bluewin (vgl. Rz. 309) und insbesondere spezifisch im DSL-Retail-Bereich vor (vgl. Rz. 227). Andererseits wurden im Bereich Wholesale mit dem Wiederkauf des Vorleistungsangebots BBSCS ausserordentlich hohe Gewinne erwirtschaftet (vgl. Rz. 313). Diese Konstellation sollte bereits im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Analyse einige Fragen aufwerfen. Die Verluste im Bereich Retail und die Gewinne im Bereich Wholesale sind klare Anzeichen für eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Kosten-Preis-Schere, da selbst beim eigenen ISP mit den bestehenden Vorleistungs- und Endkundenpreisen nur Verluste resultierten.

350. Abgesehen von den Swisscom intern verfügbaren Angaben machten auch alternative ISP regelmässig darauf aufmerksam, dass die Margen im DSL-Geschäft ungenügend seien. Teilweise wurde die unzureichende Marge von den ISP auch explizit thematisiert. Die Klagen der alternativen Anbieter führten zu Eingaben mehrerer ISP an die WEKO, wobei sich die ISP unter anderem über unzureichende Margen beklagten. Im Übrigen wäre es Swisscom spätestens mit der Eröffnung der Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörde möglich gewesen, ihre Preispolitik zu überdenken.

351. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass Swisscom das Vorliegen eines Missbrauchs nach Art. 7 KG durch eine Kosten-Preis-Schere kannte oder zumindest hätte erkennen können. Damit liegt eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Swisscom vor, welches eine Vorwerfbarkeit begründet.

352. Das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz geht davon aus, bei den Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG handle es sich um echte Strafen, weshalb gemäss Art. 333 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs anwendbar sei, soweit das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) nicht davon abweiche. Das VStrR gelange zur Anwendung, soweit das Kartellgesetz keine abweichende Regelungen enthalte²⁵². Aus der Verweisung in Art. 39 KG ableiten zu wollen, das Verwaltungsstrafrecht sei nicht anwendbar, sei unzutreffend, da namentlich die Frage nach dem anwendbaren Verfahrensrecht in keinem Fall die Anwendung des Allgemeinen Teils des VStrR auszuschliessen vermöge. Entsprechend sei eine ausdrückliche Verweisung auf das VStrR nicht notwendig, da Art. 1 VStrR andernfalls sinnlos wäre, wonach das Verwaltungsstrafrecht anwendbar ist, wenn die Verfolgung und

²⁴⁷ RPW 2002/2, 395.

²⁴⁸ RPW 2006/1, 141 ff., 169 f.

²⁴⁹ RPW 2007/4, 653 ff., 672.

²⁵⁰ Verfügung vom 18. September 2006 in Sachen Unique, RPW 2006/4, 625 ff.

²⁵¹ RPW 2007/2, 190 ff., 233.

²⁵² Eingehend dazu s. das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 11 ff., insbes. S. 18 f.

Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist.

353. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Gemäss herrschender Lehre handelt es sich bei den direkten Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG um verwaltungsrechtliche Sanktionen. Aufgrund ihrer Höhe verfolgen diese sowohl präventive und als auch repressive Zwecke, weshalb sie als Verwaltungssanktionen mit strafrechtlichem Charakter zu qualifizieren sind²⁵³. Im Unterschied zu den reinen Verwaltungsstrafen wird durch die Verhängung einer Sanktion im Sinne von Art. 49a KG indessen kein ethisches Unwerturteil ausgesprochen. Daher ist auf das Untersuchungsverfahren, das zur Verhängung einer Sanktion führt nicht das VStrR, sondern das VwVG anwendbar²⁵⁴. Entsprechend wandte die WEKO im Entscheid i.S. Unique denn auch grundsätzlich das VwVG an, während die Bestimmungen des VStrR lediglich im Sinne einer ergänzenden Anwendung vorbehalten wurden²⁵⁵. Demgemäss richtet sich das vorliegende Untersuchungsverfahren grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, d.h. die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts bzw. der Allgemeine Teil des StGB werden nur ergänzend und in analoger Anwendung herangezogen²⁵⁶. Damit ist auch der im Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz²⁵⁷ vertretenen Auffassung, wonach sich die Verjährung nach dem VStrR bzw. dem StGB richte nicht zu folgen.

354. Das Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz bringt des Weiteren vor, es sei zwar vertretbar, dass der subjektive Tatbestand auch durch Organisationsverschulden verwirklicht werden könne. Allerdings beanstanden die Gutachter, der Antrag begründe nur ungenügend inwiefern Swisscom fahrlässig gehandelt habe²⁵⁸. Namentlich liege hinsichtlich des Tatzeitraums eine verbotene Rückwirkung vor, indem von einer strafbaren Handlung ab dem 1. April 2004 ausgegangen werde. Nach Auffassung des Parteigutachtens wusste Swisscom frühestens mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom, dass sie im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Des Weiteren könne Swisscom frühestens fürs Jahr 2006 ein Wissen über erzielte Wholsale-Gewinne unterstellt werden; ein eigentliches Muster hinsichtlich der Gewinnentwicklung sogar erst für das Jahr 2007²⁵⁹. Auch der Hinweis des Antrags, dass die alternativen ISP gegenüber den Wettbewerbsbehörden auf eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung aufmerksam gemacht hätten sei ebenso wenig hilfreich wie die Ausführungen, wonach es Swisscom spätestens mit der Eröffnung der Untersuchung möglich gewesen wäre, ihre Preispolitik zu überdenken. Die WEKO müsse vielmehr nachweisen, dass Swisscom von den Eingaben der alternativen ISP wusste bzw. hätte wissen müssen. Swisscom sei demgemäss kein unerlaubtes Risiko eingegangen, sondern habe sich im Rahmen des rechtlich erlaubten (u.U. sogar erwünschten) Risikobereichs bewegt. Sofern überhaupt von einer Risikosetzung auszugehen sei, könne nicht vor Ende des Jahres 2005 von einem unerlaubten Risiko ausgegangen werden²⁶⁰. Ausserdem verletze die Vorgehensweise des Sekretariats die Unschuldsumutung, indem es Swisscom zumindest pflichtwidrige Unvorsichtigkeit

vorwerfe, weil diese nach Eröffnung der vorliegenden Untersuchung die Preispolitik nicht anpasste²⁶¹.

355. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Vorsatz und Fahrlässigkeit können sinngemäss auch auf kartellrechtliche Verfahren angewandt werden²⁶². Um eine Verhaltensweise als kartellrechtswidrig zu qualifizieren und zu sanktionieren genügt entsprechend ein fahrlässiges Verhalten, das durch eine Sorgfaltpflichtverletzung in Form eines Organisationsmangels begründet werden kann. Im Kartellrecht ergeben sich die Sorgfaltpflichten in erster Linie aus dem Kartellgesetz, d.h. Unternehmen haben missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG zu unterlassen²⁶³. Weisen die Wettbewerbsbehörden einen Kartellrechtsverstoss nach, ist die objektive Sorgfaltpflichtverletzung im Regelfall ohne weiteres gegeben²⁶⁴. Dass bei Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ein Sorgfaltsmangel des betreffenden Unternehmens vorliegen muss, ist mit dem Umstand begründet, dass das Kartellgesetz sowie die Praxis der WEKO und der Rechtsmittelbehörden bei den Unternehmen grundsätzlich als bekannt vorausgesetzt werden darf²⁶⁵. Entsprechend wird nur im Einzelfall kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, wenn beispielsweise die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern²⁶⁶.

²⁵³ Vgl. BORER (zit. in Fn. 218), Rz. 2 zu Art. 49a; TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 85 m.w.H. Differenzierend HEINE (zit. in Fn. 244), S. 105 ff.

²⁵⁴ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 86. Das Verwaltungsstrafrecht ist nach Art. 42 Abs. 2 KG lediglich auf Zwangsmassnahmen wie Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen sinngemäss anwendbar; im Untersuchungsverfahren gilt demgegenüber das VwVG soweit das KG keine abweichenden Regelungen enthält (vgl. TAGMANN [zit. in Fn. 224], Fn. 435).

²⁵⁵ Vgl. Unique, RPW 2006/4, 625 ff., 636 f. Rz. 64 ff.

²⁵⁶ Vgl. auch SPITZ (zit. in Fn. 244), 555 f. und 564, wonach die direkten Sanktionen nicht als Strafen im Sinne von Art. 333 StGB zu qualifizieren sind. In diesem Sinn auch Heine, wonach sich die Grundsätze des klassischen Strafrechts von vornherein nicht eins zu eins auf das Kartellrecht übertragen lassen, da dies den Steuerungsaufgaben und den (neuen) Normadressaten im Kartellrecht zuwiderlaufen würde. (HEINE [zit. in Fn. 244], S. 118).

²⁵⁷ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 37 f.

²⁵⁸ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 68 ff.

²⁵⁹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 70 f.

²⁶⁰ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 73 f.

²⁶¹ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 72.

²⁶² Zur Ablehnung einer direkten Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Strafrechts s. Rz. 353.

²⁶³ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 73.

²⁶⁴ Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 49a N. 5; TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 73.

²⁶⁵ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 73.

²⁶⁶ Vgl. REINERT (zit. in Fn. 264), Art. 49a N. 5.

356. Würde der Auffassung des Parteigutachtens betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz gefolgt, wonach eine Sorgfaltspflichtverletzung frühestens nach Eröffnung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom vorliegen konnte, läuft dies im Ergebnis praktisch darauf hinaus, dass die Frage der marktbeherrschenden Stellung zunächst behördlich festgestellt werden müsste. Gerade dieses System wollte der Gesetzgeber mit der Einführung der direkten Sanktionen im Sinne von Art. 49a KG indessen abschaffen. Insofern ist es sachgerecht das Verhalten von Swisscom ab dem 1. April 2004 zu sanktionieren. Swisscom bis zur Eröffnung des fraglichen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts jegliches Verschulden abzusprechen, würde dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, Kartellrechtsverstösse direkt sanktionieren zu können. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass Swisscom bereits mehrfach in Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden involviert war und mit den kartellrechtlichen Vorschriften und der Praxis der WEKO und der Rechtsmittelinstanzen vertraut ist. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Preisgestaltung von Swisscom im Bereich Breitbandinternet und es wird ein Kartellrechtsverstoss festgestellt. Dass die Ausgestaltung der Preise einem oder mehreren Mitarbeitern obliegt, denen keine (faktische) Organstellung zukommt und auch keine Mitarbeiter mit Organstellung Kenntnis des Preisgefüges hatte kann als ausgeschlossen betrachtet werden. Aus diesen Gründen ist das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung in Form eines Organisationsverschuldens zu bejahen. Letztlich gilt es zum Vorbringen von Swisscom, auch die Mitteilung der Eröffnung der Untersuchung genüge nicht, ein Organisationsverschulden nachzuweisen, festzuhalten, dass Unternehmen, die nach Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens an ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten festhalten, mindestens eventualvorsätzlich handeln, da sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf nehmen²⁶⁷.

357. Swisscom beanstandet in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009, dass Swisscom aufgrund des Vertrauensprinzips nicht sanktioniert werden dürfe, da in einer ersten ADSL-Untersuchung die WEKO nur die Rabattstaffelung gerügt habe (Stellungnahme Rz. 251 ff.). Swisscom weist im Speziellen auf den folgenden Passus in der Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003 in der ersten ADSL-Untersuchung hin: "Auch wenn diese Zahlen mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sind, zeigen sie, dass Bluewin in Zusammenhang mit der Erbringung von ADSL-Diensten mit grosser Wahrscheinlichkeit kein strukturelles Defizit aufweist. Es ist somit davon auszugehen, dass keine unzulässige Quersubventionierung von Bluewin vorliegt" (RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 445, Rz. 171).

358. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Aus dem Dispositiv der Verfügung in der ersten ADSL-Untersuchung geht hervor, dass im Vordergrund die Rabattgestaltung beim Produkt BBBS stand. Es wurde somit ausschliesslich die Wholesale-Seite untersucht. Gegenstand der ersten Untersuchung war eine Bevorzugung der eigenen Tochtergesellschaft Bluewin durch Swisscom, was zu einer Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Marktteilnehmern führte. Mit der ersten Untersuchung wurde sichergestellt, dass alle ISP gleich behandelt

werden und Bluewin mit anderen Worten nicht mehr bevorzugt wird.

359. Swisscom macht in Rz. 257 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass in der ersten ADSL eine Quersubventionierung von Bluewin explizit verneint worden sei. Eine Kosten-Preis-Schere stelle aber genau einen Anwendungsfall einer Quersubventionierung dar. Auch aus diesem Grund hätte Swisscom nicht erkennen können oder müssen, dass die Preisstruktur des BBBS missbräuchlich sei.

360. Die damals auch betrachtete Frage einer Quersubventionierung unterscheidet sich sowohl inhaltlich als auch kartellrechtlich von der hier zu beurteilenden Frage einer Kosten-Preis-Schere. Diese Sichtweise deckt sich auch mit dem von Swisscom eingereichten Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz²⁶⁸, wonach sich der in der Untersuchung ADSL I untersuchte Sachverhalt mit dem vorliegenden Verfahrensgegenstand nicht deckt. In der ersten ADSL-Untersuchung stellte sich die Frage nicht, ob alternativen ISP oder Bluewin eine genügende Marge aus dem ADSL-Geschäft verbleibt. Von einem Autor wurde es zwar als erstaunlich erachtet, dass die WEKO den damaligen Fall nicht unter dem Aspekt der Kosten-Preis-Schere prüfte²⁶⁹. Aufgrund der damals vorliegenden Umstände erschien es allerdings nicht notwendig, noch weitere Abklärungen vorzunehmen, um allenfalls mehrere Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung festzustellen. Würden bezüglich der Verfügung der WEKO aus der ersten ADSL-Untersuchung die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zum Vertrauensschutz angewandt, würde ein Vertrauensschutz bereits am ersten Kriterium scheitern, wonach sich eine Auskunft auf eine konkrete Angelegenheit beziehen muss²⁷⁰. Der im Rahmen der ersten ADSL-Untersuchung beurteilte Sachverhalt betraf jedoch nicht die hier beurteilte Frage des Vorliegens einer unzulässigen Kosten-Preis-Schere und damit einen anderen, als den damals konkret beurteilten Sachverhalt. Swisscom kann aus diesen Gründen bezüglich des Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten ableiten.

361. Swisscom macht in Rz. 259 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, sie habe sich aufgrund des Verhaltens der WEKO seit der Verfügung vom 15. Dezember 2003 darauf verlassen, dass die Preisstruktur kartellrechtskonform sei. Swisscom habe daher ihre Preisstruktur seit der ersten ADSL-Untersuchung im Wesentlichen beibehalten bzw. zugunsten der FDA und ISP ständig verbessert (Senkung der BBBS-Preise und Senkung bzw. Wegfall der der Connectivity-Kosten; Erhöhung der Bandbreiten), was als Vertrauensbetätigung

²⁶⁷ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 74.

²⁶⁸ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 81.

²⁶⁹ Vgl. REINERT (zit. in Fn. 140), S. 146, Rz. 4.138.

²⁷⁰ Vgl. u.a. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 154.

von Swisscom zu verstehen sei. Dies stelle eine Disposition dar, die auf der von der WEKO geschaffenen Vertrauensgrundlage beruhe. Für die Dauer, in welcher ihr die WEKO kartellrechtswidriges Verhalten vorwerfe, könne Swisscom diese Disposition offensichtlich nicht wieder rückgängig machen (Rz. 264).

362. Auf die angeblichen Preissenkungen von Swisscom und Bluewin wird bereits in Rz. 142 ff. sowie Rz. 300 ausführlich eingegangen. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen ist die von Swisscom geltend gemachte Vertrauensbetätigung klar zu relativieren. Was die Berechnung der Connectivity-Kosten anbelangt, kann ebenfalls auf Rz. 300 verwiesen werden.

363. Gemäss den Ausführungen von Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 sei Swisscom nicht hin der Lage gewesen zu erkennen, dass das Verhältnis zwischen Wholesale- und Retail-Preis missbräuchlich war. Es sei ihr somit auch nicht möglich gewesen, den vorgeworfenen Normverstoss zu vermeiden (Stellungnahme, Rz. 271). Aus diesem Grunde könne sie für den ihr vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss auch nicht sanktioniert werden.

364. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Spätestens seit der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung muss Swisscom klar gewesen sein, dass ihr bezüglich der ADSL-Preisstruktur möglicherweise ein Kartellrechtsverstoss vorgeworfen wird. Die WEKO hat Swisscom im Eröffnungsbeschluss explizit darauf hingewiesen, dass in der zweiten Untersuchung das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere geprüft werde. Unter diesen Umständen kann Swisscom nicht erfolgreich behaupten, dass sie auf die Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens vertraut habe bzw. sogar habe vertrauen dürfen. Auch die verschiedenen ähnlich gelagerten Kartellrechtsverfahren in der EU (Deutsche Telekom²⁷¹, Wanadoo²⁷² und Telefónica²⁷³, vgl. Rz. 207 ff.) deuteten darauf hin, dass die Preisstruktur kartellrechtlich problematisch sein könnte. In all diesen Verfahren ging es um das Vorliegen eines Price Squeeze durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Zusammenhang mit ADSL-Dienstleistungen.

365. Nicht zuletzt musste Swisscom auch aufgrund der zahlreichen Klagen und Anzeigen von ISP, welche sowohl gegenüber der WEKO als auch gegenüber Swisscom selber geäussert worden sind, um die Kartellrechtsproblematik ihrer ADSL-Preisstruktur gewusst haben. Selbst wenn Swisscom ihr Verhalten für rechtmässig gehalten haben sollte, muss ihr trotzdem bewusst gewesen sein, dass konkurrierende Unternehmen sich durch die ADSL-Preisstruktur von Swisscom diskriminiert fühlten. Auch aus diesem Grund durfte Swisscom nicht mehr auf die Kartellrechtskonformität vertrauen.

366. Swisscom macht weiter geltend, die WEKO sei aufgrund ihrer Verfügung vom 15. Dezember 2003 sowie durch ihr Verhalten seit jener Verfügung dafür verantwortlich, dass Swisscom davon ausgehen musste und durfte, die Preisstruktur des BBKS sei kartellrechtskonform. Swisscom habe sich durch das widersprüchliche Verhalten der WEKO in einem Verbotsirrtum befunden (Stellungnahme, Rz. 274). Dieser Verbotsirrtum sei zu berücksichtigen.

367. Wie Swisscom selber erwähnt, liegt ein direkter und unvermeidbarer Verbotsirrtum vor, wenn sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen. Davon kann in casu keine Rede sein. Wie bereits oben (Rz. 364) ausgeführt, musste Swisscom sowohl aufgrund der diversen Klagen anderer ISP sowie der erwähnten Kartellrechtsverfahren in der EU gegen Deutsche Telekom, Wanadoo und Telefónica und nicht zuletzt aus dem Eröffnungsbeschluss der WEKO gewusst haben, dass ihre ADSL-Preisstruktur möglicherweise kartellrechtlich unzulässig ist. Auch aus der Tatsache, dass im ersten ADSL-Verfahren die ADSL-Preisstruktur nicht untersucht worden ist, kann Swisscom nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der im Rahmen der ersten ADSL-Untersuchung beurteilte Sachverhalt betraf nicht die hier beurteilte Frage des Vorliegens einer unzulässigen Kosten-Preis-Schere und damit einen anderen konkret beurteilten Sachverhalt (vgl. Rz. 360).

368. Weiter bringt Swisscom in Rz. 276 ff. der Stellungnahme vom 26. März 2009 vor, die Qualifizierung als marktbeherrschendes Unternehmen für landesweite Vorleistungsangebote im Breitbandinternet sei für sie entgegen der Ausführungen der WEKO im Antrag vom 12. November 2008 nicht vorhersehbar gewesen. Swisscom verweist dabei auf den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF (RPW 2005/3, S. 505 ff.), gemäss welchem die WEKO unter anderem angewiesen wurde, zusätzliche Abklärungen zum Nachweis der marktbeherrschenden Stellung zu treffen sowie den Umstand, dass die WEKO das erste ADSL-Verfahren am 7. Mai 2007 als gegenstandslos abgeschlossen habe, ohne die verlangten Abklärungen vorgenommen zu haben.

369. Inwiefern Swisscom aus dem Beschwerdeentscheid der REKO/WEF den Hinweis entnehmen will, dass eine Marktbeherrschung zu verneinen sei, ist nicht ersichtlich. Die Rechtsmittelinstanz stellte in ihrem Entscheid lediglich fest, dass zusätzliche Abklärungen getroffen werden müssen, um den Nachweis der Marktbeherrschung erbringen zu können. Trotz dieser Anweisung an die WEKO – oder gerade deswegen – musste Swisscom damit rechnen, dass sie für landesweite Vorleistungsangebote im Breitbandinternet als marktbeherrschend qualifiziert werden könnte. Die Marktbeherrschung war demzufolge für Swisscom keinesfalls unvorhersehbar.

370. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die WEKO das erste ADSL-Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen hat. Grund für die Gegenstandslosigkeit war der Umstand, dass Swisscom ihr damals geprüftes kartellrechtswidriges Verhalten aufgegeben hatte. Die Einstellung des Verfahrens erfolgte somit unabhängig von der Frage einer Marktbeherrschung von Swisscom.

²⁷¹ Vgl. Rz. 208.

²⁷² Vgl. Rz. 209.

²⁷³ Vgl. Rz. 210.

371. Auch das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere sei für Swisscom unvorhersehbar gewesen (Stellungnahme, Rz. 281 ff.). Für Swisscom sei es unmöglich zu erkennen, ob das Retail-Geschäft seiner Mitbewerber gewinn- oder verlustbringend sei, da es sich bei diesen Informationen regelmässig um Geschäftsgeheimnisse handle. Swisscom habe aufgrund des eigenen Geschäftsgangs hingegen gewusst, dass sie selber im Retail-Bereich eine auf Dauer ausreichende Marge erziele. Auch die WEKO sei im ersten ADSL-Verfahren zum Schluss gekommen, dass das Retail-Geschäft von Swisscom kein strukturelles Defizit ausweise. Somit habe Swisscom davon ausgehen können, dass keine Kosten-Preis-Schere vorliege.

372. Die Aussage, wonach das Retail-Geschäft von Bluewin gewinnbringend gewesen sei, ist nicht korrekt. Die positive Marge im Jahr 2007 basiert auf einer einmaligen Rückzahlung eines Rabattes im Dezember 2007, welcher sich nur für Bluewin positiv auswirkte. Wie bereits unter Rz. 254 dieser Verfügung ausgeführt wird, rechtfertigt es sich nicht, solche einmaligen Zahlungen bei der Auswertung der Wirtschaftlichkeitsrechnung zu berücksichtigen. Jede Zahlung an die ISP ist geeignet, einen allfälligen Price Squeeze zu entschärfen oder sogar aufzuheben. Dies gilt umso mehr, als die Konkurrenten, zu deren Nachteil die Kosten-Preis-Schere seitens Swisscom ausgeführt wurde, nicht in den Genuss einer Rabattzahlung in der Grössenordnung der Zahlung zu Gunsten von Bluewin kamen. Folglich ist allenfalls sogar davon auszugehen, dass der einseitig Bluewin bevorzogene Rabatt im Zusammenhang mit vorliegender Untersuchung zu sehen ist. Dies wiederum lässt die Behauptung, wonach das Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere für Swisscom unvorhersehbar gewesen wäre, unglaubwürdig erscheinen.

373. Swisscom macht in Rz. 294 f. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass sie aufgrund der langen Verfahrensdauer und der jahrelangen Inaktivität davon ausgehen durfte, dass keine schwerwiegenden Kartellrechtsverstösse zur Diskussion stünden. Darin sieht Swisscom gemäss Parteigutachten einen Verstoß gegen den Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (Beschleunigungsgebot)²⁷⁴. Die WEKO habe überdies Swisscom gegenüber nie signalisiert, wo allenfalls ein kartellrechtliches Problem bestehen könnte.

374. Zur langen Verfahrensdauer ist zu bemerken, dass die Ressourcen des Sekretariats durch andere Verfahren im Telekommunikationsbereich sowie zahlreiche Stellungnahmen in Beschwerdeverfahren und Interkonnectionsgutachten ausgelastet waren, welche ebenfalls im Zusammenhang mit Swisscom standen. Auch das Verhalten von Swisscom führte dazu, dass vorliegende Untersuchung nicht früher abgeschlossen werden konnte. Swisscom wurden zur Beantwortung von Auskunftsbegehren des Sekretariats auf ihr Ersuchen hin mehrfach Fristverlängerungen gewährt. Nach Einreichung der Stellungnahme sah sich Swisscom des Weiteren veranlasst am 17. August 2009 aufgrund des vor dem Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens i.S. Terminierung Mobilfunk ein Sistierungsgesuch zu stellen, obschon ihr die Grundlage zur Stellung besagten Sistierungsgesuchs seit rund zweieinhalb Jahren bekannt war²⁷⁵. Darüber hinaus reichte Swisscom in

vorliegender Untersuchung zwei Parteigutachten²⁷⁶ ein und zwar sieben bzw. zehn Monate nach Zustellung des Antrags des Sekretariats. Die Behauptung, wonach Swisscom gar nicht in Kenntnis gesetzt worden sei, welche kartellrechtlichen Probleme im vorliegenden Verfahren zur Diskussion standen, ist unglaubwürdig. Der Untersuchungsgegenstand wurde Swisscom mit dem Eröffnungsbeschluss des Verfahrens mitgeteilt und auch in der Medienmitteilung vom 21. Oktober 2005²⁷⁷ ausdrücklich erwähnt.

375. Swisscom macht in Rz. 296 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, das Verfahren der WEKO erscheine widersprüchlich, wenn man berücksichtige, dass sich die WEKO bereits in anderem Zusammenhang dem Phänomen der Kosten-Preis-Schere befasst habe. Swisscom verweist hierbei auf „Talk&Surf“ und „Swisscom Directories“. Zudem habe das Sekretariat die Vorabklärung „Swisscom DSL&NATEL in einem Abonnement“ eingestellt, ohne einen Vorbehalt zu äussern, der BBCS an sich könnte kartellrechtswidrig sein.

376. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Das Verfahren „Talk&Surf“ erreichte bezüglich einer allfälligen Kosten-Preis-Schere nur das Stadium einer Vorabklärung²⁷⁸. Vorabklärungen werden durch das Sekretariat durchgeführt. Es handelt sich somit nicht um einen Entscheid der WEKO, weshalb auch keine Bindungswirkung vorliegt. Im Rahmen von Vorabklärungen wird nur summarisch geprüft, ob Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoß bestehen. Auch das Bestehen einer möglichen Kosten-Preis-Schere wurde demnach nur summarisch geprüft. Die anschliessende Untersuchung „Talk&Surf“ beschränkte sich auf die Frage einer allfälligen Geschäftsverweigerung²⁷⁹. Die Frage, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, war demgegenüber nicht Gegenstand der Untersuchung. Auch beim Verfahren „Swisscom DSL&NATEL in einem Abonnement“ handelt es sich um eine Vorabklärung des Sekretariats. Im Zentrum dieser Vorabklärung stand die Frage, ob eine unzulässige Kopplung zweier Produkte vorliege, da ein vergleichbares Angebot Konkurrenten von Swisscom nicht oder nur erschwert möglich war. Die erwähnte Vorabklärung wurde unter anderem deswegen nicht weiter verfolgt, weil Swisscom mit „BBCS naked“ ein neues Produkt auf den Markt gebracht hat, welches die gegen Swisscom gerichteten Vorwürfe weitgehend entkräftet hat. Betreffend die Untersuchung „Swisscom Directories“²⁸⁰ ist wie in Rz. 306 f. bereits ausgeführt, festzuhalten, dass sich die Ergebnisse der Untersuchung „Swisscom Directories“ nicht eignen, Schlüsse für die vorliegende Untersuchung zu ziehen, da es sich um einen anderen Markt handelt, indem durchaus auch tiefere Margen keine Kosten-Preis-Schere begründen.

²⁷⁴ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoß gegen das Kartellgesetz, S. 54 f. und S. 76 f.

²⁷⁵ Die Verfügung der WEKO i.S. Terminierung Mobilfunk datiert vom 5. Februar 2007 (vgl. RPW 2007/2, 241 ff.).

²⁷⁶ Vgl. Parteigutachten Preispolitik Swisscom im ADSL-Markt; Parteigutachten betreffend Verstoß gegen das Kartellgesetz.

²⁷⁷ Abrufbar im Internet unter: www.news-service.admin.ch.

²⁷⁸ Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2004/2, 357 ff.

²⁷⁹ Vgl. Swisscom Talk&Surf, RPW 2005/2, 248.

²⁸⁰ Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), RPW 2005/1, 54 ff.

377. Swisscom macht in Rz. 300 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, selbst wenn ihr vorgeworfen werden könne, sie hätte die Kartellrechtswidrigkeit ihrer Preispolitik für BBCS erkennen können und müssen, so sei dennoch die Sanktion wesentlich zu reduzieren, da Swisscom das volle Ausmass des angeblichen Normverstosses verborgen geblieben war. Es sei Swisscom schlicht nicht möglich gewesen, verlässliche Rückschlüsse auf die Angemessenheit einer Marge zu ziehen.

378. Hierzu ist Folgendes zu bemerken: Swisscom bezieht sich bezüglich der Erkennbarkeit der Kartellrechtswidrigkeit ihrer Preispolitik wiederum darauf, dass es ihr nicht möglich sei, die Gewinn- oder Verlustsituation ihrer Konkurrenten zu erkennen und Swisscom sich daher nur an der angeblichen positiven Marge von Bluewin habe orientieren können. Wie bereits mehrfach ausgeführt (vgl. Rz. 257; Rz. 372), war Bluewin während der für dieses Verfahren massgeblichen Zeitspanne entgegen der Behauptung von Swisscom nicht profitabel. Was die Gewinn- bzw. Verlustsituation der Konkurrenten von Swisscom anbelangt, musste für Swisscom aufgrund der zahlreichen Klagen und Anzeigen auch ohne genaue Geschäftszahlen der anderen ISP klar gewesen sein, dass deren Geschäft wahrscheinlich nicht profitabel gewesen ist. Swisscom kann somit auch nicht behaupten, sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden zu haben.

B.4.4 Bemessung

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

B.4.4.1 Maximalsanktion

380. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

381. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VKU ist der Umsatz von Mutterunternehmen und Tochterunternehmen von Swisscom in die Berechnung des relevanten Umsatzes mit einzubeziehen. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Geschäftsberichten von Swisscom betrug der konsolidierte Nettoumsatz im Jahr 2005 9'732 Mio. Franken, im Jahr 2006 9'652 Mio. Franken und im Jahr 2007 11'089 Mio. Franken²⁸¹. Dieser Nettoumsatz fiel mehrheitlich in der Schweiz an, sind doch die meisten Gruppengesellschaften und Geschäftseinheiten von Swisscom fast ausschliesslich in der Schweiz tätig. Eine Ausnahme bildet

die im 2007 übernommene italienische Fastweb, welche im Jahr 2007 einen Umsatz von 1'473 Mio. Franken zu demjenigen von Swisscom beitrug. Abzüglich des Umsatzes von Fastweb erwirtschaftete die Swisscom AG in den letzten drei Geschäftsjahren somit einen Gesamtumsatz von rund 29'000 Mio. Franken. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf 2'900 Mio. Franken.

B.4.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

382. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) 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.

B.4.4.2.1 Basisbetrag

383. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

B.4.4.2.1.1 Obergrenze des Basisbetrags

384. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

385. Der sachlich relevante Markt wurde vorliegend als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abgegrenzt (Rz. 37 ff.). Der Umsatz von Swisscom auf diesem Markt ergibt sich aus den von den ISP bei Swisscom nachgefragten Vorleistungen für Breitbanddienste, das heisst dem Umsatz aus dem Bereich Swisscom Wholesale BBCS²⁸². Nicht zusätzlich berücksichtigt werden die Umsätze, die Swisscom mit ihrem ISP mit Bluewin im nachgelagerten Endkundenmarkt erwirtschaftet, da ansonsten eine doppelte Berücksichtigung von Umsätzen stattfinden könnte. Auf diese Weise wird auch eine Berücksichtigung rein konzerninterner Umsätze vermieden.

386. Für die letzten drei Geschäftsjahre betrugen die Umsätze von Swisscom auf dem relevanten Markt [...] Franken im Jahr 2005, [...] Franken im Jahr 2006 und [...] Franken im Jahr 2007.

387. Insgesamt errechnet sich damit ein Umsatz von [...] Franken, den Swisscom in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10 % dieses Umsatzes, im vorliegenden Fall somit [...] Franken.

²⁸¹ Geschäftsbericht 2007, S. 31; Geschäftsbericht 2006, S. 37.

²⁸² Schreiben Swisscom vom 2. November 2007, Beilage.

388. Swisscom macht in Rz. 305 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, der Antrag des Sekretariats berücksichtige bei der Berechnung des Basisbetrags zu Unrecht konzerninterne Umsätze, indem die Umsätze, die Swisscom mit dem Produkt BBCS erziele, miteinbezogen werden.

389. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Der Umsatz berechnet sich gestützt auf den Betrag, bestehend aus der Zugangs- und der Connectivity-Gebühr, den die ISP Swisscom für das Wholesale-Angebot BBCS zu entrichten haben. Auch der unternehmenseigene ISP Bluewin entrichtet „Swisscom Wholesale“ ein Entgelt für die Inanspruchnahme des Produkts BBCS. Entsprechend handelt es sich dabei aus Sicht von Bluewin um einen Kostenfaktor und „Swisscom Wholesale“ generiert dadurch Umsatz. Aus diesen Gründen ist der Umsatz, den „Swisscom Wholesale“ mit Bluewin erzielt, in die Berechnung des Umsatzes mit einzubeziehen. Damit Swisscom mit dem eigenen ISP Bluewin den Endkunden einen Breitbandinternetzugang anbieten kann, muss Bluewin wie die alternativen ISP bei „Swisscom Wholesale“ das Vorleistungsprodukt BBCS beziehen. Bluewin entrichtet „Swisscom Wholesale“ denn auch gleich hohe Zugangs- und Connectivity-Gebühren wie die anderen ISP. Sofern der Umsatz, den Swisscom Wholesale mit Bluewin erwirtschaftet nicht berücksichtigt wird, würde den zu sanktionierenden Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, je nach Ausgestaltung der internen Organisationsform einen massgebenden Einfluss auf die Höhe der Sanktion zu nehmen. Abhängig davon, wie die Unternehmensstruktur ausgestaltet ist, würde einem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, den auf dem relevanten Markt erzielten Umsatz künstlich tief zu halten, um so einer drohenden Sanktion in bestimmter Höhe zu entgehen. Nur wenn auch der Umsatz, den Swisscom mit dem eigenen ISP Bluewin erzielte, mitberücksichtigt wird, kann der mit der Einführung direkter Sanktionen angestrebten präventiven Wirkung genügend Rechnung getragen werden. Aus den genannten Gründen ist vorliegend bei der Berechnung des Basisbetrags der Umsatz, den Swisscom durch Zahlungen von Bluewin an „Swisscom Wholesale“ erzielt mit einzubeziehen.

390. Swisscom macht in Rz. 310 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, bei der Berechnung des Basisbetrags dürfe nur der Umsatz berücksichtigt werden, der auf kartellrechtswidrigem Verhalten beruhe. Das Sekretariat stelle bei der Berechnung des Basisbetrags indessen auch auf ADSL-Angebote ab, die rentabel seien. Weiter bringt Swisscom vor, dass entweder der relevante Markt in Teilmärkte nach unterschiedlicher Bandbreite zu unterteilen sei und für die Ermittlung des Basisbetrags nur der Umsatz auf denjenigen Teilmärkten herangezogen wird, auf dem sich ein Missbrauch nachweisen lasse oder dass vom abgegrenzten relevanten Markt jene Umsätze zu subtrahieren sind, die auf jene ADSL-Angebote entfallen, mit denen auf der Retail-Ebene ein Gewinn erzielt wird²⁸³.

391. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Vorbringen von Swisscom gehen fehl, da gemäss Art. 3 SVKG für die Berechnung des Basisbetrags auf den Umsatz abzustellen ist, den das betreffende Unternehmen auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Entgegen der Auffassung von Swisscom haben die verschiedenen

Profile nach der Praxis der WEKO und der REKO/WEF keine Relevanz für die Marktabgrenzung²⁸⁴. Die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und der REKO/WEF hinsichtlich der Marktabgrenzung steht im Übrigen auch in Einklang mit der Praxis in der EU. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind insbesondere die Entscheide Deutsche Telekom, Wanadoo und Telefónica²⁸⁵. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden und dem europäischen Wettbewerbsrecht ist der sachlich relevante Markt vorliegend als Wholesale-Markt für Breitbanddienste abzugrenzen. Dass das Breitbandinternetangebot von Swisscom verschiedene Profile mit unterschiedlicher Bandbreite umfasst, wird in der vorliegenden Untersuchung beim Missbrauch berücksichtigt.

392. Gemäss der Sanktionsverordnung ist für die Sanktionsbemessung, wie bereits erwähnt, auf den relevanten Markt, d.h. den Wholesale-Markt für Breitbandinternetdienste, abzustellen. Nicht angezeigt ist hingegen die Profile bei der Marktabgrenzung derart zu berücksichtigen, als dass daraus eine weitere Unterteilung des sachlich relevanten Markts nach Profilen vorzunehmen wäre. Entsprechend ist für die Bemessung der Sanktion in der vorliegenden Untersuchung auf den Umsatz abzustellen, den Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternetdienste erzielte.

B.4.4.2.1.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

393. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Es gilt deshalb insbesondere zu prüfen, wie schwer der Verstoß zu qualifizieren ist.

394. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung wird sich bei Missbräuchen nach Art. 7 KG der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens von 0 – 10 % bewegen²⁸⁶. Das heisst in diesem Fall, dass grundsätzlich ein Prozentsatz im oberen Drittel des 10 %-Rahmens in Betracht zu ziehen ist.

395. Vorliegend sind jedoch insbesondere auch die nachfolgenden Umstände in Bezug auf die Schwere des Verstosses zu berücksichtigen: Aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeiten für alternative ISP sind diese bei Vorleistungsprodukten wie dem BBCS auf Swisscom angewiesen. Beim BBCS handelt es sich um die entscheidende Vorleistung für ISP zum Anbieten vom Breitbandinternet. Der Breitbandmarkt befand sich zudem in den letzten Jahren in der Schweiz in starkem Wachstum. Gerade in solchen Phasen ist es entscheidend, neue

²⁸³ Vgl. Stellungnahme von Swisscom, Rz. 311.

²⁸⁴ Vgl. RPW 2004/2, 407 ff. „ADSL I“; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF, publ. in: RPW 2005/3, 505 ff., 520 „ADSL I“.

²⁸⁵ Siehe auch Rz 208, 209, 210.

²⁸⁶ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung des Sekretariats der WEKO (www.weko.admin.ch/dokumentation/01007), Art. 3 Bst. d.

²⁸⁷ Vgl. u.a. Rz. 277 und 323.

Breitbandinternetkunden zu akquirieren. Nachdem ein Kunde Breitbandinternet bei einem Anbieter bezieht, entstehen Transaktionskosten bei einem Wechsel zu einem anderen Anbieter. Zudem ist kundenseitig nach der Wahl eines Anbieters von einer gewissen Trägheit respektive geringen Wechselbereitschaft auszugehen. Den Breitbandinternetkunden von Bluewin können zudem weitere Produkte, wie zum Beispiel Festnetztelefonie (aufgrund der Geschäftsbedingungen von Bluewin darf keine Carrier Preselection bei einem anderen Anbieter geschaltet sein) oder weitere Telekommunikationsdienstleistungen verkauft werden. Das Angebot von Breitbandinternet ist damit eines der entscheidenden Produkte für Telekommunikationsanbieter. Dadurch entsteht ein Wettbewerbsnachteil für andere Anbieter insbesondere bei weiteren Dienstleistungen, falls ein (Neu-)Kunde Breitbandinternet bei Bluewin bezieht.

396. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass aufgrund der Abhängigkeit anderer Anbieter von den Vorleistungen (BBCS) von Swisscom mangels Alternativen eine den Wholesale-Markt umfassende Wettbewerbsbeschränkung stattfindet. Aus Sicht der betroffenen Anbieter führt dies dazu, dass diese aufgrund der Preispolitik (Kosten-Preis-Schere) mit deshalb zu erwartenden Verlusten im Breitbandinternetgeschäft beispielsweise nur begrenzt Marketinganstrengungen unternehmen oder sogar in Erwägung ziehen, aus dem Markt auszutreten²⁸⁷. Die entsprechenden Auswirkungen mit einem immer stärker werdenden ISP Bluewin und daneben kleineren, Marktanteile verlierenden ISP sind in Abbildung 4 (S. 32) ersichtlich. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass gerade bei Breitbandinternetkunden die Möglichkeit besteht, diesen Endkunden weitere Dienstleistungen zu verkaufen.

397. Die Auswirkungen der hier zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkung sind aufgrund der vorstehenden Überlegungen aus der Sicht des Wettbewerbs als besonders schädlich anzusehen. Es rechtfertigt sich deshalb, aufgrund der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf 10 % des Umsatzes festzusetzen, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag ergibt somit [...] Franken.

398. Swisscom macht in Rz. 314 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass kein schwerer Verstoss vorliege, da das Vorleistungsprodukt BBCS auf freiwilliger Basis angeboten werde.

399. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie in Rz. 193 bereits ausgeführt, ist es aus Sicht des Kartellrechts nicht von Relevanz, ob eine Leistung freiwillig erbracht wird oder nicht. Gleiches gilt für die Feststellung der Schwere eines Verstosses, im Rahmen der Sanktionsbemessung. Vielmehr ist die Frage, ob ein schwerer Verstoss vorliegt, anhand der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit eines Verhaltens, zu beurteilen.

400. Swisscom macht in Rz. 314 ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, aufgrund der Unbestimmtheit von Art. 7 KG sei es für das betroffene Unternehmen nicht vorauszusehen, wann und falls ja, wie schwer es besagte Bestimmung verletzt. Der daraus resultie-

renden Rechtsunsicherheit sei mit einer entsprechend zurückhaltenden Sanktionspraxis zu begegnen. Auch aus diesen Gründen liege kein schwerer Verstoss vor. Sinngemäss beruft sich Swisscom auf das Bestimmtheitsgebot im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV, wonach kein schwerer Verstoss vorliegen könne, da die gesetzliche Grundlage nach Art. 7 KG zu unbestimmt ausgestaltet sei.

401. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann²⁸⁸. Die Formulierung von Art. 7 KG genügt diesen Anforderungen. Art. 7 Abs. 2 KG enthält einen Beispielkatalog, der die Generalklausel konkretisiert. Darüber hinaus hat sich seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 eine beträchtliche wettbewerbsrechtliche Praxis²⁸⁹ entwickelt, welche in der mittlerweile umfangreichen Literatur zum Kartellrecht²⁹⁰ Einzug gefunden hat.

402. Es ist im Übrigen nicht einsichtig, inwiefern eine Bestimmung bezüglich des Bestimmtheitsgebotes in der Rechtsanwendung Probleme bereiten sollte, die wie in einer Vielzahl anderer Länder dem europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 82 EGV) nachempfunden wurde²⁹¹. Anhand der bestehenden in- und ausländischen Erfahrungen ist es Swisscom möglich gewesen, die kartellrechtliche Tragweite ihres Handelns abzuschätzen. Dies gilt umso mehr, als dass sich die europäischen Behörden im Telekommunikationsbereich bereits mehrfach mit sog. Kosten-Preis-Scheren befassten, wobei in diesem Zusammenhang namentlich die Fälle Deutsche Telekom²⁹², Wanadoo²⁹³ und Telefónica²⁹⁴ zu nennen sind. Es ist einer Gesetzesbestimmung inhärent, dass sie einen gewissen Abstraktionsgrad aufweist. Erst im Rahmen der Gesetzesanwendung wird für einen bestimmten Sachverhalt geprüft, was als missbräuchliches Verhalten im Einzelfall anzusehen ist und als wie schwerwiegend eine Verletzung des Kartellrechts zu qualifizieren ist.

403. Swisscom macht in Rz. 315 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, dass die Art und Schwere des Verstosses im Sinne von Art. 3 SVKG in Analogie zu Art. 47 StGB einzig anhand des Ausmasses des verursachten Erfolgs und der Schwere der Tatschuld beurteilt werden könne. Dabei sei auf die Marge zwischen dem

²⁸⁸ BGE 117 IV 242, E. 1.c., mit weiteren Hinweisen.

²⁸⁹ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., 296 Rz. 383 f., nicht rechtskräftig.

²⁹⁰ Vgl. statt vieler HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997; VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band VI/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000; TERCIER/BOVET (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002; BORER (zit. in Fn. 218); PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz. Handkommentar, Zürich 2004; ZÄCH (zit. Fn. 94); VON BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 137).

²⁹¹ Vgl. RPW 2007/2, 241 ff., 296 Rz. 385, nicht rechtskräftig.

²⁹² Vgl. Rz. 208.

²⁹³ Vgl. Rz. 209.

²⁹⁴ Vgl. Rz. 210.

Wholesale- und dem Retail-Preis abzustellen. Die Differenz zwischen der vom BAKOM als zulässig und angemessen angesehenen Marge und der Marge, welche den alternativen ISP verbleibe sei gering²⁹⁵, da die ISP nach Auffassung von Swisscom [...] % bzw. gemäss Antrag des Sekretariats [...] % von dieser Marge erreichten. Daher liege höchstens ein geringfügiger Verstoss vor. Entsprechend sei der Basisbetrag um [...] % zu reduzieren, was einen Betrag von [...] Franken ergebe. Dieser Betrag sei wegen fehlender bzw. geringer Tatschuld nochmals um 80 % zu reduzieren²⁹⁶. Des Weiteren macht Swisscom geltend, der Antrag des Sekretariats verletze das Doppelverwertungsverbot, indem der besonders schwere Verstoss unter anderem mit fehlenden Ausweichmöglichkeiten der ISP begründet werde. Die fehlende Ausweichmöglichkeit sei ein zwingendes Tatbestandsmerkmal von Art. 7 KG und könne daher nicht noch einmal als Strafschärfungsgrund im Sinne von Art. 3 SVKG herangezogen werden. Zudem sieht Swisscom auch im Umstand das Bundesrecht verletzt, weil ihrer Auffassung nach sämtliche ISP Bündelangebote unterbreiten können, weshalb darin auch kein Vorteil von Swisscom zu sehen sei, der die besondere Schwere des Verstosses zu begründen vermöge; dies sei vom Sekretariat im Übrigen auch gar nicht abgeklärt worden²⁹⁷.

404. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Zunächst gilt es festzuhalten, dass die Differenz zwischen der vorliegend ermittelten Marge und der vom BAKOM als ausreichend erachteten Marge 18-54 % beträgt (eingehend dazu siehe Rz. 282). Wesentlich ist aber, dass sich die Beurteilung, ob ein schwerer oder weniger schwerer Verstoss vorliegt, nach dessen volkswirtschaftlicher Schädlichkeit richtet. Dabei ist die Schwere eines Verstosses im Einzelfall zu prüfen²⁹⁸. Entgegen der Auffassung von Swisscom ist nicht ausschliesslich in der fehlenden Ausweichmöglichkeit der ISP die besondere Schwere des Verstosses zu sehen. Wie in Rz. 395 ff. ausführlich dargelegt, wiegt der Verstoss aber besonders schwer, weil sich der Breitbandmarkt im Zeitraum bis Dezember 2007 in einer Wachstumsphase befand. Gerade in dieser Phase ist es für Wettbewerber von entscheidender Bedeutung, ihre Marktanteile auszubauen oder zumindest im Vergleich mit ihren Konkurrenten halten zu können. Durch die Preisgestaltung des Vorleistungsangebots BBSCS war Swisscom indessen in der Lage, einer derartigen Entwicklung auf dem Breitbandmarkt entgegenzuwirken. Während Swisscom im Zeitraum bis Dezember 2007 an Marktanteilen zulegen konnte, waren die anderen ISP aufgrund der tiefen Marge nicht in der Lage, im erforderlichen Ausmass Neukunden zu akquirieren (zur Marktanteilsentwicklung siehe Abbildung 4). Es ist auch nicht absehbar, dass sich an der Marktanteilsverteilung in absehbarer Zeit etwas ändern wird, mithin dass die anderen ISP den Rückstand auf Swisscom werden aufholen können. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Bereitschaft der Kunden, den einmal gewählten Anbieter zu wechseln nicht besonders hoch ist. In diesem Zusammenhang ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass bei Breitbandinternetkunden von Bluewin die Carrier Preselection deaktiviert werden muss. Wenn Bluewin im vorliegenden Ausmass Neukunden für Breitbandinternet gewinnt, hat dies nämlich sehr wohl auch Auswirkungen auf die übrigen Telekommunikationsdienst-

leistungen. Swisscom konnte durch die Preisgestaltung für das Vorleistungsprodukt BBSCS die Wettbewerber im Sinne von Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG behindern. Die Preisgestaltung in Form einer Kosten-Preisschere konnte Swisscom nur deshalb durchsetzen, weil sie auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen zur fehlenden Ausweichmöglichkeit der Marktgegenseite im Antrag des Sekretariats zu sehen, nicht aber als Grund für einen besonders schweren Verstoss.

405. Unter Würdigung sämtlicher Umstände des vorliegend zu beurteilenden Verhaltens resultiert aus der Verhaltensweise von Swisscom ein besonders grosser Schaden für die Volkswirtschaft. Entsprechend liegt ein besonders schwerer Verstoss vor, d.h. der Basisbetrag ist auf 10 % des Umsatzes festzusetzen, was [...] Franken ergibt (Art. 3 SVKG).

B.4.4.2.2 Dauer des Verstosses

406. 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 % möglich²⁹⁹. Der Verstoss gegen Art. 7 KG dauerte mehrere Jahre, weshalb eine Erhöhung des Basisbetrages erfolgt.

407. Allerdings ist vorliegend zu beachten, dass die Möglichkeit direkter Sanktionen erst mit der per 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsrevision eingeführt wurde. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung wird für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits vor Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG Wirkung entfalteten, für die Bemessung der Dauer nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt (vgl. Rz. 82). Hinsichtlich der Dauer des Verstosses wird ein missbräuchliches Verhalten von Swisscom für den Zeitraum vom Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes per 1. April 2004 bis 31. Dezember 2007 berücksichtigt. Die Dauer des vorliegend zu sanktionierenden Wettbewerbsverstosses beträgt damit 3 Jahre und 8 Monate, also annähernd 4 Jahre. Gemäss Antrag ist daher eine Erhöhung des Basisbetrages von [...] Franken um [...] % gerechtfertigt, was einem erhöhten Basisbetrag von [...] Franken entspricht.

²⁹⁵ Swisscom geht davon aus, dass die Marge lediglich 1.8 % unter der vom BAKOM als angemessen und zulässig erachteten Marge aus, während vorliegend von einer Differenz von 3.54 % ausgegangen wird.

²⁹⁶ Vgl. Stellungnahme von Swisscom, Rz. 317 ff.

²⁹⁷ Vgl. Stellungnahme von Swisscom, Rz. 328.

²⁹⁸ Vgl. für europäische Wettbewerbsrecht auch die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/02 vom 1.9.2006, S. 2-5, Rz. 20.

²⁹⁹ Vgl. auch Art. 5 Erläuterungen SVKG.

408. Swisscom macht in Rz. 330 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, ein missbräuchliches Verhalten habe längstens bis [...] gedauert. Ausserdem gelte es zu berücksichtigen, dass das Verfahren ausserordentlich lange gedauert habe, was bei der Bemessung der Sanktion zu berücksichtigen sei. Eine spürbare Reduktion der Sanktion rechtfertige sich nach Auffassung des Parteigutachtens Verstoss gegen das Kartellrecht³⁰⁰ weil eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vorliege.

409. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Wie in Kapitel B.3.2.1 ausführlich dargelegt, endete der Missbrauch von Swisscom nicht bereits [...], sondern hielt auch im Jahre 2007 an (siehe insbesondere Rz. 231 und 257). Was die Verfahrensdauer anbelangt, gilt es zunächst festzuhalten, dass dies mit Blick auf die Komplexität des zu untersuchenden Sachverhalts und des Verhaltens von Swisscom im Rahmen der vorliegenden Untersuchung als nicht zu lange erscheint (siehe dazu bereits Rz. 374). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Erhöhung des Sanktionsbetrags in Abhängigkeit von der Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung namentlich verhindern soll, dass es sich für die Unternehmen lohnt, eine Wettbewerbsbeschränkung möglichst lange zu praktizieren³⁰¹. Während dem Zeitraum bis zum 31. Dezember 2007 hielt Swisscom an der Preisgestaltung für das Vorleistungsprodukt BBCS fest, d.h. die Wettbewerbsbeschränkung dauerte auch bis Ende des Jahres 2007. Auch für das Jahr 2007 ist vorliegend von einer missbräuchlichen Verhaltensweise von Swisscom auszugehen, aber es zeigt sich eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Rz. 259). Zu Gunsten von Swisscom ist daher in Abweichung vom Antrag von einer Erhöhung von [...] % auszugehen, statt von [...] %.

410. Aus vorstehenden Gründen ist vorliegend eine Dauer von 1. April 2004 bis 31. Dezember 2007 zu berücksichtigen. Zu Gunsten von Swisscom ist der Basisbetrag von [...] Franken lediglich um [...] % zu erhöhen. Dieser um [...] % erhöhte Basisbetrag beträgt 219'861'720 Franken.

B.4.4.2.3 Erschwerende und mildernde Umstände

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

B.4.4.2.3.1 Mutmasslicher Gewinn

412. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch den Kartellrechtsverstoss erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG, letzter Satz). Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG sieht vor, dass bei erschwerenden Umständen der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 erhöht wird, insbesondere wenn das Unternehmen mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist.

413. Ein durch das Verhalten erzielter „normaler“ Gewinn ist bereits im Basisbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand auch nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen. In Fällen, in denen der Wettbewerbsbehörde eine Gewinnberechnung oder Gewinnschätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unter-

nehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Der Sanktionsbetrag soll grundsätzlich so weit erhöht werden, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft³⁰².

414. Nachfolgend ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ein besonders hoher Gewinn vorliegt. Ausgangspunkt für eine Gewinnschätzung könnten die Gewinne sein, welche Swisscom im Geschäftsbereich Wholesale BBCS, also im relevanten Markt, aufweist. Die seit dem Jahr 2000 erfolgten kumulierten Gewinne betragen [...] Franken³⁰³. Davon abzuziehen wären die kumulierten Verluste, welche Bluewin (Swisscom) seit 2001 im Bereich DSL aufweist. Diese Verluste betragen [...] Franken. Daraus würde ein Gewinn von [...] Franken resultieren. Ein solcher Gewinn könnte nicht nur absolut, sondern auch mit Blick auf den Umsatz (hohe Gewinnmargen) in den letzten Jahren als besonders hoch angesehen werden³⁰⁴. Der Betrag von [...] Franken dürfte jedoch in verschiedener Hinsicht höher liegen als der tatsächlich durch die Kosten-Preis-Schere entstandene Gewinn. Insbesondere ist es in diesem Fall nicht möglich, zu bestimmen, wie viel Gewinn effektiv durch die Kosten-Preis-Schere verursacht wurde. Weitergehende und präzisere Schätzungen sind vorliegend nicht möglich.

415. Ein Versuch einer Gewinnschätzung könnte ausgehend von der Arbeitshypothese erfolgen, dass keine Kosten-Preis-Schere vorgelegen hätte. Eine derartige Gewinnschätzung wäre jedoch abhängig von der Entwicklung der Nachfrage unter veränderten Preisen, respektive ohne Kosten-Preis-Schere. Diese hypothetische Nachfrageentwicklung ist nicht bestimmbar. Allgemein lässt sich feststellen, dass bei Behinderungsmissbräuchen im Gegensatz zu Ausbeutungsmissbräuchen³⁰⁵ eine Gewinnschätzung schwieriger sein dürfte. Eine weitere Möglichkeit wäre theoretisch ein Abstellen auf Vergleichsmärkte im Ausland, da in der Schweiz kein anderes Kupferanschlussnetz existiert. Bezüglich einer Gewinnschätzung sind jedoch geeignete ausländische Vergleichsmärkte nicht eruierbar.

416. In diesem Fall ist es fraglich und lässt sich nicht näher schätzen, wie viel des erwähnten Gewinns effektiv durch den Kartellrechtsverstoss entstanden ist. Der durch den möglichen Kartellrechtsverstoss erzielte Gewinn (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG, letzter Satz) lässt sich vorliegend nicht ermitteln (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG).

³⁰⁰ Vgl. Parteigutachten betreffend Verstoss gegen das Kartellgesetz, S. 54 f. und S. 76 f.

³⁰¹ Vgl. TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 238.

³⁰² Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, Art. 5 Abs. 1 Bst. b; TAGMANN (zit. in Fn. 224), S. 254.

³⁰³ Schreiben Swisscom vom 2. November 2007, Beilage.

³⁰⁴ Vgl. Tabelle 10, S. 165.

³⁰⁵ Vgl. Rz 323.

B.4.4.2.3.2 Berücksichtigung der übrigen erschwerenden und mildernden Umstände

417. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

418. Erschwerend könnte sich allenfalls fehlende Kooperation bei der Sachverhaltsermittlung erweisen. Swisscom hat die für die Abklärung des Sachverhalts notwendigen Informationen grösstenteils zur Verfügung gestellt, weshalb diesbezüglich keine Erschwerung vorzunehmen ist.

419. Als mildernder Umstand kommt gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG in Frage, falls das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 KG beendet. Dies ist vorliegend nicht erfolgt.

420. Ausserdem kann einer kooperativen Haltung, welche eine Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft sicherstellen würde, angemessen und sanktionsmildernd Rechnung getragen werden³⁰⁶. Darunter kann insbesondere auch die Aufgabe einer missbräuchlichen Verhaltensweise fallen³⁰⁷. Allenfalls könnten auch weitere Massnahmen, welche die für den Wettbewerb bereits entstandenen Schäden verringern, sanktionsmildernd berücksichtigt werden.

421. Swisscom macht in Rz. 335 ff. ihrer Stellungnahme vom 26. März 2009 geltend, sie habe freiwillig die Wholesale-Preise gesenkt bzw. die Bandbreiten erhöht und zwar bevor sie Kenntnis vom Antrag des Sekretariats hatte. Unter Hinweis auf den Fall Documed³⁰⁸ bringt Swisscom vor, die freiwillige Anpassung des Verhaltens sei sanktionsmildernd zu werten, weshalb ein mildernder Umstand im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG vorliege.

Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in Franken

Maximalhöhe der Sanktion		2'900'000'000
Obergrenze des Basisbetrages		[...]
Berücksichtigung von Art und Schwere Basisbetrag nach Art. 3 SVKG		[...]
Dauer (Art. 4 SVKG)	+ [...] %	+ [...]
Sanktionsbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG		219'861'720
Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG	+ 0 %	+ 0
Total		219'861'720

422. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Der Hinweis von Swisscom auf den Fall Documed ist nicht sachgerecht, da im Fall Documed eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG zu Stande kam³⁰⁹. Eine nach Art. 6 Abs. 1 SVKG zu verhängende Sanktion ist insbesondere dann zu mildern, wenn ein Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet. Vorliegende Untersuchung wurde am 20. Oktober 2005 eröffnet, d.h. bevor die von Swisscom angeführte Verhaltensanpassung erfolgte. Da die Aufzählung in Art. 6 Abs. 1 SVKG nicht abschliessend ist, bleibt zu prüfen, ob die Verhaltensweise von Swisscom als sanktionsmildernd gilt. Wie bereits ausgeführt, blieb der Preis für das meistverkaufte BBKS-Angebot für einen Anschluss für die gesamte Periode mit 31.20 Franken gleich. Swisscom erhöhte lediglich die Bandbreite, was an der Höhe des Preises indessen nichts ändert, sondern allenfalls die Art des Anschlusses (siehe eingehend dazu Rz. 140, Rz. 142 ff. und Rz. 273). Die von Swisscom in Rz. 318 der Stellungnahme vom 26. März 2009 vorgebrachten Verhaltensanpassungen wurden erst im Jahr 2008 vorgenommen, wogegen das missbräuchliche Verhalten für die Zeit bis Ende 2007 festgestellt wurde (siehe Rz. 300).

423. Damit sind vorliegend keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände ersichtlich, weshalb von einer zusätzlichen Erhöhung bzw. Reduktion der Sanktion abzusehen ist.

B.4.5 Ergebnis

424. Zusammenfassend errechnet sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktion (Beträge in CHF):

³⁰⁶ RPW 2007/2, 190 ff., 238.

³⁰⁷ Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 2008 in Sachen Publikation von Arzneimittelinformationen (Documed), Rz. 244. Publikation in RPW bevorstehend.

³⁰⁸ Vgl. RPW 2008/3, 385 ff.

³⁰⁹ Vgl. RPW 2008/3, 385 ff., 406 f. Rz. 216 ff.

425. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände, insbesondere der Dauer und der Schwere des Verstosses, wird eine Verwaltungs-sanktion in der Höhe von 219'861'720 Franken als dem Verstoss von Swisscom gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen erachtet.

C KOSTEN

426. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz³¹⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

427. 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 wurde³¹¹. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht von Swisscom zu bejahen.

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

429. Die Gebühr bemisst sich nach dem Aufwand. Für die insgesamt aufgewendete Zeit von 6.5 Stunden gilt ein Ansatz von 250.- Franken (Direktion), für 1695.6 Stunden ein Ansatz von 200.- Franken (wissenschaftliche Mitarbeiter) und für 49.05 Stunden ein Ansatz von 120.- Franken (Praktikanten).

430. Neben dem Aufwand nach Art. 4 GebV-KG hat der Gebührenpflichtige die Auslagen zu erstatten (Art. 5 GebV-KG). Darunter fallen gemäss Art. 6 Abs. Bst. b der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV; SR 172.041.1) Kosten für die Beschaffung von Unterlagen³¹². Die Kosten von 2'690.- Franken für den Auszug aus der Net-Matrix-Base-Studie sind als Auslage für die Beschaffung von Unterlagen anzusehen. Zuzüglich dieser Auslage beläuft sich die Gebühr damit total auf 349'321.- Franken.

431. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten, das heisst der Swisscom (Schweiz) AG und der Swisscom AG, unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. AllgGebV).

432. Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

D DISPOSITIV

1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste bis am 31. Dezember 2007 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten.

2. Es wird festgestellt, dass die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 im Sinne von Art. 7 KG bis am 31. Dezember 2007 missbrauchten, indem sie eine Preispolitik

praktizierten, durch welche ein Missverhältnis zwischen den Vorleistungspreisen des Broadband Connectivity Service (BBCS) und den Endkundenpreisen begründet wurde.

3. Die Swisscom (Schweiz) AG und die Swisscom AG werden für das unter Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von 219'861'720 Franken belastet.

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt 349'321.- Franken, (bestehend aus einer Gebühr von 346'631.- Franken und Auslagen von 2'690.- Franken), werden der Swisscom (Schweiz) AG und der Swisscom AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

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

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Swisscom (Schweiz) AG, Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs, Herr Urs Prestinari, Herr Hansulrich Joss, 3050 Bern

Die Verfügung ist mitzuteilen an:

- BSE Software, Bechburgstr. 29, 4528 Zuchwil
- Cyberlink Internet Services AG, Richard-Wagner-Strasse 6, 8002 Zürich
- Finecom, Robert-Walser-Platz 7, 2501 Biel
- Green.ch AG, Badstr. 50, 5201 Brugg
- Init Seven AG, Elias-Canetti-Strasse 7, 8050 Zürich
- Netstream AG, Neugutstr.66, 8600 Dübendorf
- Sunrise Communications AG, Hagenholzstr. 20/22, 8050 Zürich

Anhang: Netzaabdeckungskarte

³¹⁰ Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2.

³¹¹ Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und Bst. c e contrario.

³¹² Vgl. Rz. 9.

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Bank Julius Bär & Co. AG/ING Bank (Schweiz) AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2009

1. Am 30. November 2009 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Bank Julius Bär & Co. AG mit Sitz in Zürich die Kontrolle über die ING Bank (Schweiz) AG mit Sitz in Genf zu erwerben.

2. Die Muttergesellschaft der Bank Julius Bär & Co. AG (nachfolgend: BJB), die Julius Bär Gruppe AG (nachfolgend: JBG), welche direkt 100 % an der BJB hält, ist die börsennotierte Muttergesellschaft der Julius Bär Gruppe und eine reine Finanzholdinggesellschaft. Die JBG offeriert durch ihre Gruppengesellschaften Finanz- und Bankdienstleistungen vorwiegend an Privatkunden in der Schweiz, aber auch im Ausland an weltweit ausgewählten Orten. Die JBG hält durch ihre Tochtergesellschaft BJB, als bedeutendste operative Einheit, eine Schweizer Bankenlizenz, ist aber auch in weiteren ausgewählten Ländern (durch Gruppengesellschaften oder Niederlassungen der BJB) als Bank zugelassen.

3. Die ING Bank (Schweiz) AG (nachfolgend: ING) wird zu 100 % von der ING Luxembourg S.A., Luxembourg, gehalten, einer Gesellschaft der ING Gruppe. Die ING hält selber weitere schweizerische und ausländische Tochtergesellschaften, die zusammen mit der ING durch die BJB übernommen werden sollen. Die ING offeriert selber und durch ihre Tochtergesellschaften Bankdienstleistungen in der Schweiz, aber auch in Monaco und in Jersey. In der Schweiz hält ING selber eine Bankenlizenz und ist damit auch dem Bundesgesetz vom 8. November 1934 über Banken und Sparkassen unterstellt.

4. Bei diesem Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU. Formell soll das Vorhaben durch den Kauf sämtlicher Aktien (100 %) an der ING vollzogen werden. Gemäss Aussagen der JBG geschieht der Erwerb vor dem Hintergrund ihrer strategischen Zielsetzung, im Private Banking Geschäft organisch und durch Akquisitionen zu wachsen.

5. Das Zusammenschlussvorhaben überschreitet die Schwellenwerte hinsichtlich der welt- und schweizweit generierten Bruttoerträge gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b und Abs. 3 KG, sodass es der Meldepflicht unterliegt.

6. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG). Um zu beurteilen, ob solche Anhaltspunkte bestehen, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen.

7. Folgende relevante Märkte sind aufgrund der angebotenen Finanzdienstleistungen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen betroffen: Private Banking, Traditionelles Banksparen, Hypothekarkredite, Wertschriftenhandel, Devisenhandel und Anlagefonds.

8. Da der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz der beteiligten Unternehmen in keinem der betroffenen Märkte 20 Prozent erreicht oder überschreitet und keines der beiden Unternehmen einen Marktanteil in der Schweiz von 30 Prozent oder mehr hat (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU), kann davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss unbedenklich ist.

9. Aus den genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	2. Bischofszell Nahrungsmittel AG/Weisenhorn Food Specialities GmbH
-------	--

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 18. Dezember 2009

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2009

SACHVERHALT

1. Am 21. November 2009 hat die Wettbewerbskommission eine gemäss Art. 12 VKU erleichterte Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Bischofszell Nahrungsmittel AG (nachfolgend: BINA) die Übernahme der Kontrolle der Weisenhorn Food Specialities GmbH (nachfolgend: Weisenhorn).

2. Die BINA mit Sitz in Bischofszell ist eine 100-prozentige Tochter des Migros-Genossenschafts-Bundes (MGB). Sie produziert Getränke, Fertiggerichte (ungekühlte, gekühlte und tiefgekühlte), Kartoffelprodukte und Konfitüren und liefert diese an Kunden in der Schweiz und im Ausland. Sie produziert sowohl für den Detailhandel als auch für die Gastronomie.

3. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst den Detailhandel (u.a. Migros-Supermärkte, Fachmärkte und Migrolino-Läden), den Grosshandel (Scana, Beteiligung an CCA), die Migros-Industrien (u.a. Micarna SA und Jowa AG), die Migros-Restaurants, den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Migrol, Ex Libris, Hotelplan, Le Shop und Limmatdruck. Zur Migros gehört auch die Globus-Gruppe (inkl. Interio und Office World) und Denner. Dem MGB kommt innerhalb der Migros die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und die Tochtergesellschaften zu halten.

4. Die zu übernehmende Weisenhorn mit Sitz in Frastanz, Österreich, stellt Convenience-Produkte, insbesondere gekühlte Fertigmenüs, her. Sie liefert in den Detailhandels- und den Gastronomiekanal u.a. an Kunden in Deutschland, Österreich und der Schweiz.

5. Mit der Übernahme strebt BINA die Stärkung ihrer Marktposition in Europa an.

6. Am 18. November 2009 wurde das Zusammenschlussvorhaben dem deutschen Bundeskartellamt gemeldet, am 25. November 2009 zugelassen.

A ERWÄGUNGEN

A.1 Geltungsbereich

7. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

A.1.1 Unternehmen

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

A.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

10. Der Zusammenschluss erfolgt durch Übernahme der auf dem Wege einer Kapitalerhöhung neu geschaffenen Stammanteile der Weisenhorn durch die BINA, so dass die BINA nach Vollzug über die Mehrheit der Stammanteile verfügt. Da mit der Minderheitsbeteiligung keine Vetorechte verbunden sind, wird die Weisenhorn nach Vollzug der Kapitalerhöhung von der BINA allein kontrolliert. Somit stellt die vorliegende Akquisition einen Kontrollenerwerb gemäss Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 KG dar.

A.2 Meldepflicht

11. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Art. 9 Abs. 1–3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2008, in CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Migros-Gruppe	> 2 Mrd.	> 100 Mio.
Weisenhorn	< 100 Mio.	< 100 Mio.
Kumuliert	> 2 Mrd.	

12. Gemäss der Verfügung Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 207, Auflage 4) wurde Migros verpflichtet, sämtliche Zusammenschlüsse analog zu Art. 9 Abs. 4 KG zu melden, wobei als relevanter Markt der Lebensmittel-Detailhandel (nachfolgend: Detailhandel) (Absatzmarkt) festgelegt wurde. Weisenhorn ist im Bereich der Herstellung von Convenience-Food-Produkten tätig. Dieser ist ein vorgelagerter Markt des Detailhandels. Deshalb handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 KG.

A.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

A.3.1 Relevante Märkte

A.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

16. Convenience-Produkte sind Fertigprodukte resp. –gerichte, die weitgehend verzehrfertig sind und allenfalls noch aufgetaut oder aufgewärmt werden müssen. Sie können ungekühlt, gekühlt oder tiefgekühlt sein. Hersteller von Convenience-Produkten liefern diese an den Detailhandel als auch in den Horeka-Kanal.¹

17. Die Parteien machen geltend, dass der konzerninterne Absatz von Convenience-Produkten nicht zum Markt für die Herstellung von Convenience-Produkten gezählt werden sollte. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission wird allerdings das konzerninterne Beschaffungsvolumen bei der Analyse der Beschaffungsmärkte berücksichtigt.²

18. Die EU-Kommission hat in mehreren Entscheiden betreffend die Produktion von Lebensmitteln, u.a. auch einem betreffend tiefgekühlte Fertigmahlzeiten, zwischen

dem Detailhandels- und dem Horeka-Kanal unterscheiden.³ Gründe für diese Unterscheidung waren u.a. unterschiedliche Kundenbedürfnisse, Verpackungen und Qualitäten.⁴ In ähnlicher Weise hat die Wettbewerbskommission beim Absatz von Bier, Mineralwasser und Süssgetränken jeweils zwischen diesen beiden Kanälen unterschieden.⁵

19. Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass ungekühlte, gekühlte und tiefgekühlte Convenience-Produkte eigene Bereiche darstellen und dass diese weiter dahingehend zu unterteilen sind, ob in den Detailhandels- oder den Horeka-Kanal geliefert wird. Somit wird in der nachfolgenden Analyse davon ausgegangen, dass Convenience-Produkte in sechs verschiedene sachlich relevante Märkte unterteilt werden können.⁶

20. Es kann an dieser Stelle offen gelassen werden, ob die in Rz. 19 genannten sachlich relevanten Märkte allenfalls weiter oder enger abgegrenzt werden sollten, da das Resultat der Analyse dadurch nicht verändert wird

21. Dem Markt für Convenience-Produkte nachgelagert ist der Detailhandel. Aus Konsumentensicht besteht dieser in sachlicher Hinsicht aus einem Sortiment, „welcher aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken“ (vgl. Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 598, Rz. 55). Dieses Konzept des „One-Stop-Shopping“ wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.⁷

A.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

¹ Horeka: Hotels, Restaurants und Kaffeehäuser.

² Vgl. Dörig/Koch, RPW 2009/2, S. 190, Rz. 18; Coop/Carrefour, RPW 2008/4, S. 605, Rz. 98 ff.; Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 154–156, Rz. 224 ff.

³ Vgl. zu tiefgekühlten Fertigmahlzeiten ORKLA/CHIPS EU COMP/M.3658; zu weiteren Lebensmitteln Heinz/CSM EU COMP/M.2302, Unilever/Bestfoods EU COMP/M.1990, Unilever/Anora-Maille EU COMP/M.1802.

⁴ Vgl. ORKLA/CHIPS EU COMP/M.3658, S. 3, Rz. 9.

⁵ Vgl. RPW 2008/3, S. 428–431, Rz. 66–86.

⁶ Eine gewisse Substituierbarkeit insbesondere zwischen gekühlten und tiefgekühlten Convenience-Produkten ist dabei nicht auszuschliessen. Vgl. hierzu HEINZ/UNITED BISCUITS FROZEN AND CHILLED FOODS EU COMP/M.1740, Rz. 14.

⁷ Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

23. In der Verfügung Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 159) wurde geschätzt, dass 42 % der Konserven und Saucen, 93 % der frischen und gekühlten Traiteur- und Convenienceprodukte und 45 % der Tiefkühlprodukte aus dem Inland stammen. Ein Grund für den hohen Inlandanteil bei frischen und gekühlten Traiteur- und Convenienceprodukten dürfte in der verglichen mit anderen Convenience-Produkten kurzen Haltbarkeit liegen.

24. In der nachfolgenden Analyse wird davon ausgegangen, dass die Märkte für gekühlte Convenience-Produkte so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und ihre Nachbarländer umfassen. Schliesslich kann die genaue Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da sich, wie nachfolgend gezeigt wird, selbst bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken ergeben.

25. Die sachlich relevanten Märkte, welche ungekühlte und tiefgekühlte Convenience-Produkte betreffen, werden nachfolgend räumlich europäisch abgegrenzt, wobei die genaue Marktabgrenzung aufgrund der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens bei jeder möglichen räumlich relevanten Marktabgrenzung offen gelassen werden kann.

26. Aus Sicht der Konsumenten ist der Detailhandelsmarkt lokal. Der Marktradius variiert dabei mit der Grösse der Verkaufsstelle. So betragen die Marktradien gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 156 f., Rz. 239 ff.) 10 Minuten für kleine Supermärkte, 15 Minuten für Supermärkte und 20 Minuten für Hypermärkte.⁸ Gemäss Coop/Carrefour kann sich die Wettbewerbsbehörde bei homogenen Wettbewerbsbedingungen auf die nationale Ebene konzentrieren (RPW 2008/4, S. 606, Rz. 112).

A.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

27. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, 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.

28. Weisenhorn produziert Convenience-Produkte, welche gekühlt verkauft werden, nicht aber ungekühlte oder tiefgekühlte. Die Migros-Gruppe hingegen produziert sowohl ungekühlte als auch gekühlte und tiefgekühlte Produkte. Während Weisenhorn seine Produkte lediglich an den Detailhandel verkauft, produziert Migros sowohl für den Detailhandels- als auch den Horeka-Kanal.

29. Die in Tabelle 2 aufgeführten Marktanteile basieren auf Schätzungen der Migros. Es zeigt sich, dass bei den Convenience-Produkten kein betroffener Markt vorliegt. Die einzige Marktanteilsaddition ergibt sich im Markt für gekühlte Convenience-Produkte, welche für den Detailhandel bestimmt sind. In diesem Markt hat die Migros einen Marktanteil von [10–20] %, Weisenhorn einen von [0–10] %, was zu einem kumulierten Marktanteil von [10–

20] % führt. In einem weiter gefassten Markt, welcher sämtliche Convenience-Produkte für den Detailhandelsmarkt umfasst, ergäbe sich ein höherer kumulierter Marktanteil von [10–20] %, also ein relativ knapp nicht betroffener Markt. Dies ist insbesondere eine Folge des mit [20–30] % relativ hohen Marktanteils der Migros im Markt für ungekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel. Für den Horeka-Kanal liegen die Marktanteile der Migros in sämtlichen Märkten (ungekühlt, gekühlt und tiefgekühlt) für die Schweiz unter 30 %.

⁸ Die Europäische Kommission geht für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10–30 Autofahrminuten aus. Vgl. zum Beispiel Promodes/Catteau EU IV/M.1085, Rz. 14; Carrefour/Promodes EU COMP/M.1684, Rz. 24.

Tabelle 2: Marktanteile in verschiedenen Märkten, Schweiz, im Jahr 2008

Produktmärkte	Migros	Weisenhorn
Convenience für Detailhandel	[10–20] %	[0–10] %
- ungekühlt	[20–30] %	–
- gekühlt ⁹	[10–20] %	[0–10] %
- tiefgekühlt	[10–20] %	–
Convenience für Gastronomie	< 30 %	–
- ungekühlt	< 30 %	–
- gekühlt ¹⁰	< 30 %	–
- tiefgekühlt	< 30 %	–
Convenience für Detailhandel und Gastronomie	[10–20] %	[0–10] %
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–

Quelle: Angaben der Parteien.

30. Der einzige betroffene Markt ist somit der Detailhandelsmarkt, in welchem die Migros einen Marktanteil von > 30 % hat. Es kommt aber in diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition. Um mögliche vertikale Effekte zu analysieren, wird nachfolgend kurz die Wettbewerbssituation im Markt für Convenience-Produkte im Allgemeinen und gekühlten Convenience-Produkten im Speziellen, insbesondere für den Detailhandelskanal, aufgezeigt.

31. Die wichtigsten Konkurrenten der Migros-Gruppe im Bereich Convenience-Produkte in der Schweiz sind gemäss Angaben des meldenden Unternehmens die Hilcona AG (nachfolgend: Hilcona), die Bell AG (nachfolgend: Bell), die Orior- und die Ospelt-Gruppe. Hilcona ist gemäss eigenen Angaben der führende Hersteller von Convenience-Produkten im Markt Schweiz/Fürstentum Liechtenstein und hat eine breite Palette an ungekühlten, gekühlten und tiefgekühlten Convenience-Produkten. Sie weist einen Umsatz von rund CHF 300 Mio. auf.¹¹ Gemäss Schätzung der Parteien erzielen sowohl Hilcona als auch die zur Coop-Gruppe gehörende Bell und die Orior-Gruppe, welche u.a. die Marken Fredag, Le Patron und Traiteur Seiler in ihrem Unternehmen vereint, höhere Umsätze in der Schweiz mit Convenience-Produkten als die Migros-Industrien. Alle vier von den Parteien genannten Konkurrenten führen auch gekühlte Convenience-Produkte im Sortiment.

32. Im schweizerischen Detailhandelssektor sind Migros und Coop die beiden grössten Nachfrager von Convenience-Produkten. IHA-GfK AG schätzt, dass von den wertmässigen Einkäufen der Privathaushaltungen im Jahr 2007 Migros in den Bereichen Konserven und Tiefkühlprodukten jeweils über einen Marktanteil von mindestens 40 % verfügte, Coop jeweils über einen Marktanteil von 30–39 %.¹²

33. 2008 erzielte Weisenhorn seinen Umsatz in der Schweiz insbesondere mit Aldi und [einem weiteren Detailhändler]. Nur rund [0–10] % seines Umsatzes erzielte

Weisenhorn dabei im Schweizer Markt. Weisenhorn liefert ebenfalls an [weitere Detailhändler im Ausland, z.B. an Aldi Deutschland].¹³ Es ist davon auszugehen, dass die Abnehmer von Weisenhorn, sollten sie zukünftig nicht mehr von ihr beliefert werden, ausreichend andere Bezugsmöglichkeiten für gekühlte Convenience-Produkte zur Verfügung stehen, insbesondere im umliegenden Ausland.

34. Aufgrund der erleichterten Meldung verfügt die WE-KO nur über beschränkte Informationen über die bisherigen Lieferanten von Migros bei gekühlten Convenience-Produkten. Im Bereich Convenience erzielen die Migros-Industrien [einen Grossteil] ihres Umsatzes innerhalb der Migros-Gruppe.

35. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann die Migros-Gruppe ihren Marktanteil bei gekühlten Convenience-Produkten, welche an den schweizerischen Detailhandel geliefert werden, um CHF [...] Mio. und somit rund [0–10] % erhöhen und erreicht damit einen Marktanteil von rund [10–20] %. Diese geringe Zunahme ist in Anbetracht eines genügenden aktuellen Wettbewerbs als unproblematisch zu werten. Im Markt für gekühlte Convenience-Produkte, welcher die Schweiz und ihre Nachbarländer einschliesst ist der kumulierte Marktanteil von Migros und Weisenhorn tiefer.

36. Während das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch gewertet werden kann, könnte allerdings ein sukzessiver Kauf kleinerer Hersteller von Convenience-Produkten durch die Migros aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – angesichts der Stellung der Migros im nachgelagerten Detailhandelsmarkt – problematisch sein.

⁹ Inkl. Frischteigwaren.

¹⁰ Inkl. Frischteigwaren.

¹¹ Swiss Gastro-Kombi, Luzern, 3/2007, S. 4.

¹² Detailhandel Schweiz 2008, IHA-GfK AG, Hergiswil, S. 47.

¹³ Vgl. <http://www.whfood.at/genuss-pur/filialfinder/> (besucht am 15. Dezember 2009).

A.3.3 Ergebnis

37. 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	3. Oracle Corporation/Sun Microsystems, Inc.
-------	---

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

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Dezember 2009

A SACHVERHALT

1. Am 4. August 2009 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das obgenannte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Oracle Corporation (Oracle), Sun Microsystems, Inc. (Sun) in die Soda Acquisition Corporation zu integrieren und so vollständig zu kontrollieren. Mit der Übernahme von Sun würde Oracle zu einem Komplettanbieter von Software und Hardware. Bis anhin war Oracle nicht im Hardwarebereich tätig.

2. Das Zusammenschlussvorhaben wurde auch bei der Europäischen Kommission gemeldet. Das Prüfungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

3. Am 7. September 2009 beschloss die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) zu unterziehen. Anlass dafür waren Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden könnte, insbesondere im Markt für Datenbankmanagement-Systeme.

4. In Anbetracht des in der EU hängigen Verfahrens kamen die Wettbewerbskommission und die Parteien des Zusammenschlusses in der Folge überein, die Prüfung im Sinne der nachfolgenden Erwägungen in einem vereinfachten Verfahren durchzuführen und abzuschliessen.

5. Es handelt sich bei den relevanten Märkten vornehmlich um weltweite Märkte. Gemäss den Aussagen der Parteien habe das Vorhaben in der Schweiz zudem keine spezifischen Auswirkungen. So unterschieden sich die weltweiten Wettbewerbsbedingungen nicht von denjenigen in der Schweiz, und Schweizer Kunden seien durch das Vorhaben in keiner besonderen Art betroffen.

6. Die Wettbewerbskommission nimmt Vormerk der folgenden, mit Schreiben vom 5. Oktober 2009 abgegebenen Zusicherung: „Oracle bestätigt, dass sie die Trans-

aktion in der Schweiz in Art und Umfang so umsetzen wird, dass diese Umsetzung der EU-Entscheidung in dieser Angelegenheit entspricht.“

7. Aufgrund dieser Umstände kann das Prüfungsverfahren nach Art. 32 und 33 KG in einem vereinfachten Verfahren abgeschlossen werden.

8. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) beläuft sich die von den nach Art. 2 GebV-KG gebührenpflichtigen Unternehmen Oracle Corporation und Sun Microsystems, Inc. zu tragende Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben auf insgesamt CHF [...]. Diese besteht aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.- für die vorläufige Prüfung (Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG) und der mit einem Zeitaufwand von [...] Stunden und einem nach Funktionsstufe festgesetzten Ansatz von CHF [...] /Stunde berechneten Gebühr von CHF [...] für die Prüfung (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG).

9. Nach Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1) haften Oracle Corporation und Sun Microsystems, Inc. solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Oracle Corporation verpflichtet sich, die Transaktion in der Schweiz in Art und Umfang so umzusetzen, dass diese Umsetzung der EU-Entscheidung in dieser Angelegenheit entspricht.
2. Das Prüfungsverfahren wird eingestellt.
3. Oracle Corporation hat die Wettbewerbsbehörden laufend über die Umsetzung allfälliger Bedingungen und Auflagen im Rahmen von Ziff. 1 schriftlich zu informieren.
4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können – ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 50, 51, 54 und 55 KG belegt werden.
5. [Verfahrenskosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Eröffnung]

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Februar 2010 / Sanktionsverfügung – Verstoss gegen die Auskunftspflicht

Urteil (B-8115/2008) des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Februar 2010 in Sachen X AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Sanktionsverfügung – Verstoss gegen die Auskunftspflicht.

Sachverhalt:

A.

Aufgrund einer Anzeige vom Mai 2007 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) am 29. November 2007 eine Vorabklärung zu den Anschlussgebühren der vier in der Stadt [...] tätigen Taxizentralen (Vorabklärung [...]). Zwecks Sachverhaltsabklärung sandte es diesen gleichentags einen Fragebogen zur Beantwortung bis 3. Januar 2008. Mit Mahnung vom 8. Januar 2008 setzte es der X AG (Beschwerdeführerin), einer dieser Taxizentralen, eine Nachfrist bis 8. Februar 2008 und drohte ihr zugleich den Erlass einer kostenpflichtigen Auskunftsverfügung für den Fall an, dass sie den Fragebogen weiterhin nicht oder nicht vollständig beantwortete. Nach Ablauf einer zusätzlichen, mündlich vereinbarten Frist (3. März 2008) verlängerte das Sekretariat die Frist zur Beantwortung des Fragebogens am 13. März 2008 letztmals bis zum 18. März 2008, wiederum unter Androhung einer kostenpflichtigen Auskunftsverfügung. Diese erliess das Sekretariat schliesslich am 2. April 2008 zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, wobei es die Beschwerdeführerin unter Androhung kartellgesetzlicher Sanktionen sowie unter Auferlegung der Verfahrenskosten von Fr. 860.- verpflichtete, ihm den ausgefüllten Fragebogen bis am 18. April 2008 einzureichen. Die Beschwerdeführerin tat dies nicht. Sie focht auch die Auskunftsverfügung nicht an.

B.

Am 3. Juni 2008 informierte das Sekretariat der WEKO die Beschwerdeführerin schriftlich, dass es im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO gleichentags ein verwaltungsrechtliches Sanktionsverfahren eröffnet habe. Dabei räumte es ihr die Möglichkeit ein, bis am 16. Juni 2008 zum Verdacht eines Verstosses gegen die kartellgesetzliche Auskunftspflicht Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin machte davon keinen Gebrauch.

C.

Mit Schreiben vom 3. September 2008 unterbreitete das Sekretariat der WEKO der Beschwerdeführerin den Entwurf einer Sanktionsverfügung der WEKO zur Stellungnahme bis 6. Oktober 2008. Die Beschwerdeführerin äusserte sich nicht zu diesem Entwurf.

D.

Mit Begleitbrief vom 18. November 2008 eröffnete das Sekretariat der WEKO deren Sanktionsverfügung vom 3. November 2008 gegenüber der Beschwerdeführerin. Das Dispositiv dieser Verfügung lautet wie folgt (ohne Ziff. 4, Rechtsmittelbelehrung und Ziff. 5, Eröffnung):

"1. Es wird festgestellt, dass die X AG der im Dispositiv der Zwischenverfügung vom 2. April 2008 festgehaltenen Pflicht, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 dem Sekretariat beantwortet zurückzusenden, nicht nachgekommen ist und damit gegen Artikel 52 KG verstossen hat.

2. Die X AG wird gestützt auf Artikel 52 KG zur Zahlung einer Verwaltungssanktion von CHF 10'000.- verpflichtet. Dieser Betrag ist innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Eröffnung dieser Verfügung mittels beiliegendem Einzahlungsschein zu begleichen.

3. Die Kosten für die vorliegende Verfügung in der Höhe von CHF 880.- werden der X AG auferlegt."

E.

Durch Eingabe vom 17. Dezember 2008 und Verbesserung vom 8. Januar 2009 focht die Beschwerdeführerin die am 18. November 2008 eröffnete Sanktionsverfügung der WEKO vom 3. November 2008 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragt, die Busse sei ihr zu erlassen oder auf ein Minimum zu reduzieren. Zur Begründung ihrer Beschwerde hält sie im Wesentlichen fest, sie könne sich nicht vorstellen, dass ein besonders schwerer Fall von Auskunftspflichtenverletzung vorliege, denn nur 2,62 % aller Stadttaxis ([...]) seien bei ihr angeschlossen. Mit einem Umsatz von ca. Fr. [...] sei sie ein Kleinunternehmen, das sieben Festangestellten und ca. [...] Taxihaltern Arbeit geben könne. Einer ihrer beiden Geschäftsführer sei 2008 gesundheitlich beeinträchtigt und hospitalisiert gewesen. Deshalb und aufgrund der starken Beanspruchung durch das Tagesgeschäft sei einiges liegengeblieben oder vergessen gegangen.

F.

Die WEKO äusserte sich mit Vernehmlassung vom 16. März 2009 zur Beschwerde. Sie hält an ihrer Sanktionsverfügung vom 3. November 2008 vollumfänglich fest.

G.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Eine solche liegt mit der Sanktionsverfügung der WEKO vom 3. November 2008 vor. Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf das frist- und (nach gerichtlich verfügter Verbesserung) formgerecht eingereichte Rechtsmittel (Art. 50 und 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.

Nach Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) werden Verstösse gegen dieses Gesetz vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO untersucht und von der WEKO beurteilt. Die angefochtene Verfügung wurde im Rahmen dieser gesetzlichen Verfahrenszuständigkeit erlassen.

3.

3.1 Art. 40 KG regelt die Auskunftspflicht. Er bestimmt, dass Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen haben, wobei sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 VwVG richtet.

3.2 Gemäss Art. 52 KG wird ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, mit einem Betrag von bis zu Fr. 100'000.- belastet.

3.3 Voraussetzung für die Einleitung eines Sanktionsverfahrens ist neben einer rechtskräftigen Auskunftsverfügung der unbenutzte Ablauf einer unter Sanktionsandrohung festgesetzten Frist zur Erfüllung der Auskunftspflicht (MARCEL DIETRICH, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 40 N. 28, unter Hinweis auf Art. 41 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Abs. 2 VwVG; vgl. auch JÜRIG BORER, in: Kartellgesetz, Kommentar, Zürich 2005, Art. 40 N. 9 f., LAURENT MOREILLON, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, Art. 52 KG N. 5, PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 5. Bd, 2. Teilbd., Basel 2000, S. 525 sowie PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 52 N. 4). Im Sanktionsverfahren kann das betroffene Unternehmen keine vorfrageweise Überprüfung der Recht-

oder Zweckmässigkeit der verfügten Auskunftsverpflichtung mehr verlangen (MOREILLON, a.a.O.).

3.3.1 Die Auskunftsverfügung vom 2. April 2008 war im Zeitpunkt der Einleitung des Sanktionsverfahrens (3. Juni 2008) in Rechtskraft erwachsen.

3.3.2 Laut unwidersprochener Darstellung der Vorinstanz hatte diese der Beschwerdeführerin in der Verfügung vom 2. April 2008 eine Frist bis 18. April 2008 zur Erfüllung der Auskunftspflicht eingeräumt und ihr gleichzeitig kartellgesetzliche Sanktionen angedroht.

3.3.3 Demnach waren die Voraussetzungen für die Einleitung eines Sanktionsverfahrens am 3. Juni 2008 erfüllt. Die Beschwerdeführerin bringt denn auch keine Rügen mit Bezug auf die Auskunftsverfügung bzw. ihre Auskunftspflicht vor.

4.

Streitgegenstand bildet einzig die zu Lasten der beschwerdeführenden juristischen Person ausgesprochene Verwaltungssanktion über Fr. 10'000.-. Geprüft werden muss, ob diese zu Recht verhängt wurde und - gegebenenfalls - ob sie ihrer Höhe nach gesetzeskonform ist.

5.

Art. 52 KG umschreibt den hier zur Diskussion stehenden Tatbestand, dessen Rechtsfolge eine Verwaltungsanktion (siehe den Titel des 6. Abschnitts des KG) von bis zu Fr. 100'000.- ist, als Nichterfüllung der (in Art. 40 KG geregelten) Auskunftspflicht durch ein Unternehmen.

5.1 Als Unternehmen gelten nach der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die Beschwerdeführerin betreibt eine Taxibestell- bzw. Vermittlungszentrale und erbringt Dienstleistungen im Bereich der Personen- sowie Warentransporte. Sie ist daher ein Unternehmen im Sinne von Art. 52 i.V.m. Art. 2 Abs. 1bis KG.

5.2 Laut Sanktionsverfügung der WEKO vom 3. November 2008 hatte die Beschwerdeführerin die Auskunftspflicht bis zum Ablauf der ihr in der Auskunftsverfügung gesetzten Frist am 18. April 2008 nicht erfüllt. Gemäss Vernehmlassung der WEKO vom 16. März 2009 wurde die Auskunftspflicht auch bis zum Datum dieser Vernehmlassung nicht erfüllt. Während des ganzen Verfahrens vor den Wettbewerbsbehörden im Allgemeinen und innerhalb des Sanktionsverfahrens im Besonderen habe sich die Beschwerdeführerin völlig passiv verhalten und sei keiner Aufforderung (zur Stellungnahme) nachgekommen, obwohl ihr das Sekretariat der WEKO mehrere Möglichkeiten dazu eingeräumt habe. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, gegen ihre Auskunftspflicht verstossen zu haben. Demnach erfüllt ihr Verhalten die hier massgebliche Tatbestandsvariante (Nichterfüllung der Auskunftspflicht) von Art. 52 KG, jedenfalls in objektiver Hinsicht.

5.3

5.3.1 Die WEKO hielt in ihrer Sanktionsverfügung vom 3. November 2008 fest, die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) zu Art. 51 KG lege den Schluss nahe, dass eine Sanktion nicht

allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch das subjektive Element des Verschuldens berücksichtigt werden müsse. In Anlehnung an den Entscheid Rhône-Poulenc/Merck der REKOWEF (veröffentlicht in Recht und Politik des Wettbewerbs, RPW 2002/2, S. 393 ff. und 398 ff.) habe die WEKO ihre Praxis angepasst und berücksichtige seither auch Verschuldenselemente.

Anlässlich der ausnahmslos auf Initiative des Sekretariates der WEKO geführten Telefongespräche mit dem für die Beschwerdeführerin auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht handelnden Geschäftsführer seien nie Gründe geltend gemacht worden, die der Beantwortung des Fragebogens hätten im Weg stehen können. Vielmehr sei jedes Mal die Absicht geäußert worden, den Fragebogen demnächst dem Sekretariat einzureichen. Ausgenommen davon sei das letzte Telefongespräch vom 21. April 2008 (also nach Ablauf der in der Auskunftsverfügung festgesetzten Frist), in welchem der betreffende Geschäftsführer mitgeteilt habe, dass er krank gewesen sei und die Arbeit erst am 21. April 2008 wieder aufgenommen habe. Weiter habe er gesagt, dass er den Fragebogen beantworten und dabei auf seine krankheitsbedingte Abwesenheit hinweisen werde. Wie lange bzw. ob er überhaupt krank gewesen sei und inwiefern dieser Umstand die Beschwerdeführerin daran gehindert habe, den Fragebogen zu beantworten, sei ungewiss, denn bis am 3. November 2008 habe das Sekretariat der WEKO keine Angaben seitens der Beschwerdeführerin erhalten. Von einer Firma, welcher die Eröffnung einer Vorabklärung mitgeteilt, ein Fragebogen zugestellt und gegen die eine Zwischenverfügung erlassen werde, sei zu erwarten, dass sie zumindest in Kontakt mit der ersuchenden Behörde trete und/oder die ihr zur Verfügung stehenden Rechte ausübe und den ihr auferlegten Verpflichtungen nachkomme. Das passive Verhalten der Beschwerdeführerin stelle somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung dar.

5.3.2 Die Beschwerdeführerin erklärte in der Beschwerdeschrift vom 17. Dezember 2008, wegen starker zeitlicher Beanspruchung ihrer Geschäftsführer sowie gesundheitlicher Probleme des im Beschwerdeverfahren für sie handelnden Geschäftsführers sei im betreffenden Jahr einiges unbearbeitet geblieben bzw. vergessen gegangen. Letzterer hielt dazu in der Beschwerdeverbesserung vom 8. Januar 2009 fest: "Eigentlich ist das ja keine Entschuldigung, denn ich habe überall zugestimmt." Als Belege für Hospitalisierungen reichte er dem Bundesverwaltungsgericht gleichzeitig eine Rechnung eines Rettungsdienstes für einen Einsatz vom 4. September 2008 sowie eine am Ende seines Spitalaufenthaltes vom 23. bis zum 29. Oktober 2008 durch die zuständige Assistenzärztin erstellte Liste "Medikamente und Dosierung bei Spitalaustritt" ein.

5.3.3 In ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2009 erwiderte die WEKO, diese Gründe könnten den Verstoss der Beschwerdeführerin gegen die Auskunftspflicht nicht rechtfertigen, sondern bestätigten ihn vielmehr. Der Verstoss gegen die Auskunftspflicht müsse dem betroffenen Unternehmen zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können. Eine solche könne insbesondere in einem Organisationsverschulden des Unternehmens bestehen. Die von der Beschwerdeführe-

rin vorgebrachten Argumente bewiesen das Vorhandensein einer Sorgfaltspflichtverletzung. Die Ausführungen, wonach einer der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin "stark überfordert" und "vom laufenden Tagesgeschäft so stark in Anspruch genommen" sei, dass er "auch einige Dinge nach einer gewissen Zeit vergessen habe", deuteten auf erhebliche Mängel innerhalb der Unternehmensführung und -organisation hin. In dieselbe Richtung gehe auch der Hinweis auf die krankheitsbedingte Abwesenheit dieses Geschäftsführers. Dass ein Unternehmen so organisiert sein müsse, dass es auch bei Abwesenheit eines Geschäftsführers funktionsfähig bleibe, bedürfe keiner weiteren Ausführungen. Zudem sei zu bedenken, dass die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben über einen zweiten Geschäftsführer verfüge. Es sei nochmals darauf hinzuweisen, dass sie sich während des ganzen Verfahrens passiv verhalten habe und nicht bloss während der angegebenen - nicht näher präzisierten - vorübergehenden Abwesenheit des im Beschwerdeverfahren für sie handelnden Geschäftsführers.

5.4

5.4.1 In dem von der WEKO zitierten Entscheid hatte die REKOWEF nach ausführlicher Darstellung von Gesetzesmaterialien, Praxis und Lehre zum Einbezug subjektiver Elemente bei der Auferlegung von Verwaltungsanktionen erwogen, dass die in Art. 51 ("Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen") Abs. 1 KG vorgesehene Sanktion nicht ausschliesslich gestützt auf objektive Kriterien verhängt werden könne (Entscheid der REKOWEF FB/2001-2 vom 7. März 2002, publiziert in RPW 2002/2, S. 386 ff., E. 3.3.1, vgl. dazu BORER, a.a.O., Art. 49a N. 3 i.V.m. Fn. 1091, MOREILLON, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 50-53 KG N. 19 sowie ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 52 N. 2; vgl. auch den Entscheid der REKOWEF FB/1997-4 vom 15. Mai 1998, veröffentlicht in RPW 1998/3, S. 460 ff., S. 474 f. E. 7 f.; vgl. YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 274 ff.). Unter Bezugnahme auf diesen Entscheid führte das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil betreffend die Verhängung einer Verwaltungsanktion wegen Verstosses gegen behördliche Anordnungen nach Art. 50 KG aus, soweit die Vorinstanz (WEKO) im Sinne der Rechtsprechung der Rekurskommission eine "subjektive Vorwerfbarkeit" der zu sanktionierenden Verhaltensweisen feststelle, sei dies nicht zu beanstanden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 4.2.6, siehe auch E. 4.2.7).

5.4.2 Art. 52 KG ("Andere Verstösse") steht zusammen mit Art. 49a KG ("Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen"), Art. 50 KG ("Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen") und Art. 51 KG ("Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen") im 6. Abschnitt des KG, der den Titel "Verwaltungssanktionen" trägt; einzige weitere Bestimmung dieses Abschnitts ist die Verfahrensvorschrift von Art. 53 KG. Die - ausschliesslich gegen Unternehmen gerichteten - Verwaltungssanktionen sind in den Art. 49a - 52 KG übereinstimmend formuliert ("mit einem Betrag [...] belastet"), und im Wort-

laut der dort normierten sanktionsauslösenden Tatbestände findet sich nirgends ein Moment des Verschuldens bzw. der Vorwerfbarkeit. Auch handelt es sich bei den angedrohten Sanktionen jeweils um beträchtliche Geldsummen, welche nicht zuletzt eine abschreckende Wirkung entfalten sollen (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, nachfolgend "Botschaft", BBl 1995 I 620: "Die Sanktionen sollen für die Unternehmen spürbar sein."; vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002, publiziert in RPW 2002/2 S. 386 ff., E. 3.3.1; vgl. ferner HANGARTNER, a.a.O., S. 269 f.). Vor diesem Hintergrund besteht keine Veranlassung, bei Art. 52 KG von der oben dargestellten Rechtsprechung abzuweichen und im Falle einer Verletzung der Auskunftspflicht auf das Erfordernis des Verschuldens zu verzichten (vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 15. Mai 1998, publiziert in RPW 1998/3 S. 460 ff., E. 7; vgl. BORER, a.a.O., Art. 52 N. 3 i.V.m. Art. 49a N. 10 ff.; HANGARTNER, a.a.O., S. 274 ff.; MOREILLON, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 50-53 KG N. 17 ff.; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 52 N. 2). Dieses ist einerseits Tatbestandselement, andererseits ein Kriterium bei der Sanktionsbemessung (vgl. GÜNTER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, ZStrR 2007 S. 105 ff., S. 131 und MOREILLON, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 50-53 KG N. 17).

5.4.3 Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit führte die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung aus, die Verletzungshandlung - in casu der Verstoss gegen die Auskunftspflicht - müsse dem Unternehmen zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können (mit Hinweis auf BORER, a.a.O., Art. 52 N. 3 i.V.m. Art. 49a N. 11). Dabei sei es nicht notwendig, dass die Sorgfaltspflichtverletzung in der Person eines bestimmten Angehörigen des Unternehmens (Organ, Angestellte) vorliege; vielmehr müsse genügen, dass die Sorgfaltspflichtverletzung, begangen durch die Mitarbeitenden des Unternehmens, dem Unternehmen als solchem zugeschrieben werden könne. Die Sorgfaltspflichtverletzung könne insbesondere in einem Organisationsverschulden des Unternehmens bestehen.

5.4.4 Im oben zitierten Entscheid zu Art. 51 ("Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen") Abs. 1 KG hatte die REKO/WEF unter Hinweis auf die (allgemeine verwaltungsrechtliche) Doktrin erwogen, ein Verschulden ("faute") liege vor, wenn der Zuwiderhandelnde absichtlich agiert oder diejenigen Vorkehrungen unterlassen habe, welche eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person unter den gegebenen Umständen hätte treffen können oder müssen (Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002, publiziert in RPW 2002/2, S. 386 ff., E. 3.3.2).

5.4.5 Bei Unternehmen tritt das subjektive Element der Verantwortlichkeit (insbesondere) als Organisationsverschulden in Erscheinung (HANGARTNER, a.a.O., S. 276; HEINE, a.a.O., S. 120 ff.; PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2004 S. 1150 ff., 1159), wofür Fahrlässigkeit genügt (BORER, a.a.O., Art.

52 N. 3 i.V.m. Art. 49a N. 13; HANGARTNER, a.a.O., S. 277 f.; HEINE, a.a.O., S. 121 ff.; MOREILLON, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 50-53 KG N. 20; vgl. auch Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002, publiziert in RPW 2002/2, S. 386 ff., E. 3.3.2). Mit Bezug auf die Fahrlässigkeit stellt sich die Frage nach dem anzuwendenden Sorgfaltsmassstab (vgl. HEINE, a.a.O., S. 122 f.). Die WEKO führte in ihrer Sanktionsverfügung aus, die Verletzungshandlung müsse dem Unternehmen zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können. Eine solche stelle das passive Verhalten der Beschwerdeführerin dar, und es brauche nicht näher untersucht zu werden, ob dies auf Organisationsmängel oder auf Sorgfaltspflichtverletzungen ihrer Mitarbeiter zurückzuführen sei. Die Beschwerdeführerin hätte alles "(zumutbare) Mögliche und Notwendige" vorkehren müssen, um der in Ziff. 1 des Dispositivs der Zwischenverfügung festgelegten Pflicht, den Fragebogen vom 29. November 2007 bis am 18. April 2008 dem Sekretariat beantwortet einzureichen, nachzukommen.

HEINE (a.a.O., S. 123 f.) bemerkt dazu, mit dieser Pflichtenbestimmung ("alles Mögliche und Notwendige" vorzu-kehren) würden herkömmliche Bestimmtheitsanforderungen hintangestellt, und es sei ein Leichtes, darauf hinzuweisen, dass - nach objektivem Massstab - vom Unternehmen eben nicht alles Mögliche organisatorisch unternommen worden sei, denn andernfalls wäre der Kartellrechtsverstoss ja nicht eingetreten. In der Sache werde damit der REKO/WEF die Gefolgschaft versagt und im Grunde mit der früheren Praxis und der Botschaft des Bundesrates daran festgehalten, dass bei einem Kartellverstoss die Belastung mit einer Geldsanktion deshalb gerechtfertigt sei, "weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindliche Pflichten von ihnen (ohne weiteres) erfüllt werden". In diesem Zusammenhang verweist HEINE auf die Legaldefinition der Fahrlässigkeit in Art. 12 Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), wonach die dem Einzelnen obliegende Sorgfalt nach den "persönlichen Verhältnissen", also subjektiv-individuell, bestimmt werde (Satz 2). Bezüglich der akzessorischen Sanktionstatbestände gemäss Art. 50 - 52 KG, bei denen vom Unternehmen die mehr oder weniger vorbehaltlose Garantie staatlicher Anordnungen zur Regulierung des Wettbewerbs verlangt werde, scheint ihm - verhältnismässige Sanktionen vorausgesetzt - eine etwas stärker objektivisierte Haftung zulässig. Beim originären Sanktionstatbestand von Art. 49a KG ("Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen") sei dagegen für Fahrlässigkeit der Nachweis zu verlangen, dass bei ordnungsgemässer Organisation jedenfalls eine Risikominderung eingetreten wäre.

5.4.6 Durch Berücksichtigung der Zumutbarkeit ("alles (zumutbare) Mögliche und Notwendige hätte vorkehren müssen") könnte die WEKO die Möglichkeit eröffnet haben, subjektive Aspekte in die Bestimmung des konkret anzuwendenden Sorgfaltsmassstabs einfließen zu lassen, wenn die Verhängung von Verwaltungsanktionen zur Diskussion steht. Diesfalls liesse sich die Zumutbarkeit entweder an den spezifischen Verhältnissen des sanktionsbedrohten Unternehmens messen oder in einem objektivierten Sinn verstehen, nämlich mit Blick

auf die an vergleichbare Unternehmen in derselben Lage zu stellenden (organisatorischen) Anforderungen.

5.4.7 Die Beschwerdeführerin erzielt eigenen Angaben zufolge einen Jahresumsatz von ca. Fr. [...]. Sie bezeichnet sich als Kleinstunternehmen, das sieben Festangestellten und ca. [...] Taxihaltern (ca. [...] davon in der Stadt [...]) Arbeit geben könne. Ihre beiden Geschäftsführer seien selbständige Taxihalter, welche täglich mindestens sechs Stunden Einsatz in der Taxizentrale leisteten und daneben selbst Fahrten tätigten.

Laut Ziff. 4 der Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung, Beschluss der WEKO vom 19. Dezember 2005, BBl 2006 883 ff.) gelten als Kleinstunternehmen Unternehmen, welche weniger als 10 Personen (Mitarbeitende) beschäftigen und deren Jahresumsatz in der Schweiz Fr. 2 Mio. nicht überschreitet. Folgt man den Äusserungen der Beschwerdeführerin, so handelt es sich bei ihr um ein Kleinstunternehmen im Sinne dieser Begriffsbestimmung. Zum gleichen Schluss gelangte auch die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung.

5.4.8 Weder die kartellgesetzliche Regelung der Auskunftspflicht (Art. 40 KG) noch die entsprechende Sanktionsvorschrift (Art. 52 KG) beinhaltet, zumindest dem Wortlaut nach, Differenzierungen anhand der Unternehmensgrösse der Normadressaten. HEINE gibt allerdings zu bedenken, insbesondere KMU (kleine und mittlere Unternehmen) liefen - wegen ihres geringeren Potentials an Rechts- und Tatsachenkenntnis - Gefahr, unter dem Schlagwort der generalpräventiven, abschreckenden Wirkung von harten kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen "überrollt" zu werden (a.a.O., S. 127 und 131). Er plädiert auch unter diesem Blickwinkel dafür, die Individualität des Unternehmens (stark) in Rechnung zu stellen; sonst könne von "verdienter" Sanktion keine Rede sein. Dabei vertritt er wiederum die Auffassung, die Individualität dürfe - verhältnismässige Sanktionen vorausgesetzt - dort etwas stärker objektiviert werden, wo es um die strikte Garantie behördlicher Vorgaben zur Regulierung des Wettbewerbs oder zur Verfahrenssicherung gehe (HEINE, a.a.O., S. 127).

5.4.9 Im vorliegenden Fall verhängte die WEKO eine Verwaltungssanktion, um den Verstoss der Beschwerdeführerin gegen die Auskunftspflicht zu ahnden. Letztlich dient die hier zu überprüfende Sanktion der Durchsetzung einer behördlichen Anordnung bzw. der Abwicklung einer kartellrechtlichen Untersuchung (vgl. ZURKINDEN, a.a.O., S. 525, wonach es sich bei Art. 40 KG um eine Verfahrensvorschrift handelt, welche die Aufklärung des Sachverhalts erleichtern soll). Deshalb drängt es sich grundsätzlich nicht auf, die individuelle Grösse des der Auskunftspflicht zuwiderhandelnden Unternehmens bei der Verschuldensfrage als entlastendes Moment zu berücksichtigen (vgl. HEINE, a.a.O., S. 131).

Auch eine (relativ) kleine Aktiengesellschaft kann und muss sich so organisieren, dass sie in der Lage ist, auf Kontaktnahmen bzw. Anfragen der (Wettbewerbs-) Behörden zu reagieren, sei es durch Erfüllung von Auskunftspflichten oder zumindest durch ein geeignetes Vorgehen gegen diesbezügliche Anordnungen, unter Umständen mittels Mandatierung eines Vertreters. Die Beschwerdeführerin liess eine entsprechende Organisa-

tion jedoch vermissen. Selbst wenn man ihre individuelle Struktur berücksichtigt, muss man ihr im vorliegenden Zusammenhang einen massgeblichen Organisationsmangel vorwerfen. Die Beschwerdeführerin hat nämlich zwei Geschäftsführer sowie mehrere Angestellte im administrativen Bereich, weshalb sie ohne Weiteres eine adäquate Stellvertretungsregelung hätte treffen können. Insofern lässt sich ihr Verhalten als Fahrlässigkeit qualifizieren.

Abgesehen davon war der offensichtlich für den Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden zuständige, auch im vorliegenden Verfahren für die Beschwerdeführerin handelnde Geschäftsführer im massgeblichen Zeitraum nicht dauernd geschäftsabwesend. Er reichte im Beschwerdeverfahren zwar Belege über einen Ambulanz-einsatz vom 4. September 2008 und einen Spitalaufenthalt vom 23. bis zum 29. Oktober 2008 ein, doch erstrecken sich diese Nachweise nicht auf den Zeitraum von der Eröffnung der Vorabklärung bis zur Einleitung des Sanktionsverfahrens, sondern nur auf einen Abschnitt des Letzteren. Angesichts dessen hätte schon der betreffende Geschäftsführer selbst entweder aktiv werden oder die Sache zur Bearbeitung delegieren können. Spätestens aufgrund telefonischer Kontaktnahmen der Vorinstanz musste er jedenfalls wissen, dass diese ein Verfahren gegen die Beschwerdeführerin eröffnet und ihr einen Fragebogen zur Beantwortung geschickt hatte, auch wenn er oder andere Unternehmensangehörige davon inhaltlich keine Kenntnis genommen haben sollten. Sein Wissen aber ist der Beschwerdeführerin zuzurechnen (vgl. HEINE, a.a.O., S. 120 f.). Trotz seines Wissens und seiner Position als intern für die vorliegende Sache allem Anschein nach in erster Linie zuständiger Geschäftsführer traf er offenbar keinerlei Vorkehrungen hinsichtlich des Fragebogens der Wettbewerbsbehörden und deren Verfügung über die Auskunftspflicht, sondern liess diese unbearbeitet liegen. Insofern muss von einem Verschulden mindestens im Sinne bewusster Fahrlässigkeit, wenn nicht des Eventualvorsatzes, gesprochen werden, welches der Beschwerdeführerin zuzuschreiben ist. Ihr ist daher nicht nur ein einfacher, vermeidbarer Organisationsmangel, sondern auch bewusstes Fehlverhalten mit Bezug auf die Auskunftspflicht gegenüber den Wettbewerbsbehörden vorzuwerfen (vgl. ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 52 N. 5, wonach die Nicht-Herausgabe von Informationen immer wissentlich erfolgt, da das Unternehmen im Besitz einer Verfügung zur Herausgabe der betreffenden Informationen ist).

5.5 Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind keine ersichtlich, weshalb hier offengelassen werden kann, ob und inwiefern solche im Rahmen kartellrechtlicher Verwaltungssanktionen gegebenenfalls zu berücksichtigen wären.

6.

Rechtsfolge eines Verstosses gegen die in Art. 40 KG festgelegte Auskunftspflicht ist die Belastung des widerhandelnden Unternehmens mit einem Betrag von bis zu Fr. 100'000.- gestützt auf Art. 52 KG. Art. 52 KG nennt allerdings die für die Bemessung der Verwaltungssanktion im Einzelfall massgebenden Kriterien nicht.

6.1 Die WEKO führte in ihrer Sanktionsverfügung vom 3. November 2008 aus, nach allgemeinen verwaltungs-

rechtlichen Grundsätzen habe sie den Sanktionsbetrag nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen. Eingeschränkt werde das Ermessen durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) und der Gleichbehandlung (Art. 8 BV). Die Höhe der Busse bemesse sich nach den konkreten Umständen; die Busse müsse für das Unternehmen spürbar sein und eine abschreckende Wirkung entfalten. Zu berücksichtigen seien insbesondere die Grösse des Unternehmens sowie Art und Schwere des Verstosses. Da Verschuldenselemente eine Tatbestandsvoraussetzung von Art. 52 KG darstellten, liege es nahe, sie auch bei der Bemessung der Sanktion in Betracht zu ziehen. Ihre Berücksichtigung solle grundsätzlich bei den erschwerenden bzw. mildernden Umständen erfolgen. Soweit möglich seien für die Bemessung der Sanktion mutatis mutandis auch die in der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) festgehaltenen Prinzipien heranzuziehen.

Die Prüfung der Schwere des Verstosses gegen die Auskunftspflicht müsse unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Art. 52 KG erfolgen, der, als Verfahrensvorschrift, die Sachverhaltsermittlung erleichtern solle. Die Verweigerung umfasse nicht bloss einzelne Fragen, sondern erstrecke sich auf den ganzen Fragebogen. Das Sekretariat habe der Beschwerdeführerin mehrmals die Möglichkeit eingeräumt, die ausstehende Beantwortung des Fragebogens nachzuholen und habe ihr ohne entsprechendes Gesuch mehrere Fristverlängerungen gewährt. Diese seien von der Beschwerdeführerin nicht genutzt worden. Auch die am 2. April 2008 erlassene Zwischenverfügung habe keine Folgen gezeitigt. Hinzu komme, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund der sehr kleinen Anzahl versendeter Fragebögen (vier, von denen für die Vorabklärung nur drei, darunter derjenige zu Händen der Beschwerdeführerin, von Bedeutung seien) die Wettbewerbsbehörden in der Aufklärung des Sachverhalts erheblich beeinträchtige.

Es liege somit ein besonders schwerer Fall von Auskunftspflichtverletzung vor. Weder mildernde noch erschwerende Umstände seien ersichtlich. Wenn einerseits die Grösse der Beschwerdeführerin für die Festsetzung eines Betrages im tiefen Bereich spreche, erfordere andererseits die Schwere des begangenen Verstosses eine gewisse Sanktionshärte. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und auch in analoger Anwendung der KG-Sanktionsverordnung scheine ein Betrag von Fr. 10'000.- als der Grösse der Beschwerdeführerin und ihrem Verstoß angemessen.

6.2 Zur Sanktionsbemessung hielt die Beschwerdeführerin fest, sie könne sich nicht vorstellen, dass hier ein besonders schwerer Fall von Auskunftspflichtverletzung vorliege, da nur 2,62 % aller Stadttaxis bei ihr angemessen seien. Sie sei ein Kleinstunternehmen mit einem Umsatz von ca. Fr. [...].

6.3 In ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2009 erwiderte die Vorinstanz, sie habe die Beschwerdeführerin als Kleinstunternehmen betrachtet und ihren jährlichen Umsatz auf höchstens Fr. 3'000'000.- geschätzt. Der in

der Beschwerdeschrift angegebene Umsatz von ca. Fr.[...] liege innerhalb dieses geschätzten Rahmens und bestätige die Klassifizierung der Beschwerdeführerin als Kleinstunternehmen im Sinne von Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung. Dass sich die gegen die Beschwerdeführerin verhängte Busse trotz Vorliegens eines schweren Verstosses gegen die Auskunftspflicht im unteren Sanktionsrahmen befinde, sei gerade darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerin als Kleinstunternehmen betrachtet worden sei. Die erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erwähnten Zahlen rechtfertigten keine Anpassung der von der WEKO vorgenommenen Schätzung und vermöchten eine Reduktion der Sanktion nicht zu begründen. Eine Aufhebung der Sanktion komme von vornherein nicht in Frage, da die Grösse des betroffenen Unternehmens keinen Sanktionsausschlussgrund darstelle.

Neben der Beschwerdeführerin seien nur noch zwei Taxizentralen in der Stadt [...] aktiv. Aufgrund der kleinen Anzahl Marktakteure seien die Wettbewerbsbehörden auf die Antworten der Beschwerdeführerin angewiesen, um eine Analyse der Marktverhältnisse vornehmen zu können. Die Art und Schwere des von der Beschwerdeführerin begangenen Verstosses wiederum hänge nicht von ihrer Grösse ab. In casu liege ein besonders schwerer Fall von Auskunftspflichtverletzung vor, weil die Beschwerdeführerin die Auskunft komplett verweigert habe.

6.4

6.4.1 Wenn sich der Gesetzgeber, wie in Art. 52 KG, darauf beschränkt, den Maximalbetrag einer Verwaltungsanktion vorzugeben, verfügen die Wettbewerbsbehörden über einen gewissen Ermessensspielraum bei deren Festlegung im Einzelfall. Die Sanktion muss in dessen der Gesamtheit der Umstände angepasst sein, wobei dem Verhältnismässigkeitsprinzip besondere Bedeutung zukommt (Entscheid der REKO/WEF FB/2001-2 vom 7. März 2002, publiziert in RPW 2002/2, S. 386 ff., E. 4.1; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, E. 4.3.5). Als Bemessungskriterien sind insbesondere die Art und die Schwere des Verstosses (teilweise oder vollständige, einmalige oder wiederholte, absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Auskunftspflicht), seine Auswirkungen auf das Verfahren sowie die Bedeutung desselben in Betracht zu ziehen (vgl. PATRIK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995, Zürich 1997, Art. 52 N. 21, sowie MOREILLON, a.a.O., Art. 52 KG N. 15, ZURKINDEN, a.a.O., S. 525 und ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 52 N. 5; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, E. 4.3). Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist den allgemeinen Ausführungen zur Sanktionsbemessung in der angefochtenen Verfügung über weite Strecken zuzustimmen. Insbesondere soll das Verschulden auch als Aspekt der Sanktionsbemessung miteinbezogen werden, wie die WEKO zu Recht festhielt (vgl. MOREILLON, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 50-53 KG N. 17 sowie Art. 52 KG N. 15). Angesichts des Wortlauts von Art. 52 KG besteht im Übrigen kein Spielraum für einen Verzicht auf die Verhängung einer Sanktion.

6.4.2 Ein "besonders schwerer Fall" ist hier laut WEKO gegeben, weil die Beschwerdeführerin die Auskunft voll-

ständig verweigert habe. Gemäss SVKG, deren Prinzipien die WEKO bei der Sanktionsbemessung "soweit möglich mutatis mutandis" heranzog, gilt die Verweigerung der Zusammenarbeit mit den Behörden als erschwerender Umstand (Art. 5 Abs. 1 Bst. c SVKG). Die Schwere des unzulässigen Verhaltens wird dort im Abschnitt "Sanktionsbemessung" zunächst im Grundsatzartikel aufgeführt (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 SVKG) und anschliessend als ein Kriterium für die Festlegung des Basisbetrages der Sanktion genannt (Art. 3 SVKG). Ihrer angefochtenen Verfügung legte die Vorinstanz offenbar ebenfalls eine entsprechende Differenzierung zugrunde, indem sie zunächst die Schwere der Auskunftspflichtverletzung bestimmte, um allfällige - ihrer Auffassung nach jedoch nicht vorhandene - erschwerende Umstände sodann sanktionserhöhend in Anschlag zu bringen.

Was die Berücksichtigung des Verschuldens im Rahmen der Sanktionsbemessung betrifft, soll dies gemäss angefochtener Verfügung "grundsätzlich bei den erschwerenden/mildernden Umständen erfolgen". Allerdings zog die WEKO das Verschulden der Beschwerdeführerin bei der Festlegung ihrer Sanktion nicht explizite in Betracht.

6.4.3 Während das Verschulden und das durchgehend passive Verhalten der Beschwerdeführerin als schwer bzw. erschwerend einzustufen sind, sprechen ihre Unternehmensgrösse sowie die (geographische) Begrenztheit der Untersuchung jedenfalls gegen die Annahme eines "besonders schweren" Falles. Ein Sanktionsbetrag von Fr. 10'000.- widerspricht deshalb dem Verhältnismässigkeitsprinzip, zumal sich die Beschwerdeführerin, selbst wenn sie dies wollte oder gewollt hätte, mangels Rechtsprechung zu Art. 52 KG kaum eine nähere Vorstellung von der ihr drohenden Sanktion machen konnte.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Unternehmensgrösse bei der Sanktionsbemessung gebührend berücksichtigt wurde. Laut ihrer Vernehmlassung betrachtete die WEKO die Beschwerdeführerin als Kleinstunternehmen im Sinne von Ziff. 4 der KMU-Bekanntmachung, dessen jährlichen Umsatz sie auf höchstens Fr. [2-5] Mio. schätzte. Nach der Definition von Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung weisen Kleinstunternehmen allerdings einen Jahresumsatz in der Schweiz von maximal Fr. 2 Mio. auf. In diesem Zusammenhang erklärt die WEKO, der in der Beschwerdeschrift angegebene jährliche Umsatz von ca. Fr. [...] befinde sich innerhalb des von ihr geschätzten Rahmens und bestätige die Klassifizierung der Beschwerdeführerin als Kleinstunternehmen im Sinne von Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung. Die WEKO habe die wirtschaftliche Bedeutung der Beschwerdeführerin somit bereits anlässlich der Sanktionsberechnung richtig geschätzt und diesem Umstand genügend Rechnung getragen.

In der angefochtenen Verfügung hatte die Vorinstanz festgehalten, genaue Angaben zur Beschwerdeführerin lägen den Wettbewerbsbehörden nicht vor. So seien insbesondere die Grösse des Unternehmens, die Anzahl angeschlossener Taxis und die jährlichen Umsätze nicht bekannt. Diese Angaben bildeten einen Teil der mit dem Fragebogen vom 29. November 2007 eingeforderten Auskünfte. Die wirtschaftliche Bedeutung der Beschwerdeführerin müsse somit anhand der zur Verfügung stehenden Informationen, d.h. der Anzeige und der ausge-

werteten Fragebögen der zwei anderen in der Stadt [...] tätigen Taxizentralen, sowie öffentlich zugänglicher Daten ermittelt werden. Gestützt darauf errechnete die WEKO "als Richtwert" einen jährlichen Umsatz der Beschwerdeführerin in der Schweiz von "höchstens CHF 2-5 Mio.". Hierbei handelt es sich allerdings weniger um einen (Richt-) Wert als um eine beachtliche Bandbreite, innerhalb derer der durch die Beschwerdeführerin angegebene Umsatz erst noch im untersten Fünftel liegt. Dies weckt Zweifel, ob der für die Sanktionsbestimmung massgebliche Umsatz nicht doch zu hoch angesetzt wurde.

6.5 Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich insbesondere mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die gegen die Beschwerdeführerin verhängte Verwaltungs-sanktion von Fr. 10'000.- auf Fr. 5'000.- zu reduzieren.

7.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- sind der teilweise unterliegenden Beschwerdeführerin zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- zu verrechnen.

Da die teilweise Gutheissung der Beschwerde namentlich gestützt auf Sachverhaltselemente erfolgt, welche die Beschwerdeführerin erst beim Bundesverwaltungsgericht vorbrachte, die sie jedoch bereits vor der Vorinstanz hätte geltend machen können, besteht keine Veranlassung, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten in sinngemässer Anwendung von Art. 67 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) neu zu verteilen.

8.

Die teilweise obsiegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Sie ist weder anwaltlich vertreten noch sind ihr verhältnismässig hohe Kosten erwachsen (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird dahingehend geändert, dass die Verwaltungssanktion auf Fr. 5'000.- reduziert wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- verrechnet. Der Überschuss von Fr. 500.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

[...]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	2. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Februar 2010 - Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, der Kollokation und der Interkonnektion, Teilverfügungen der ComCom vom 9. Oktober 2008
-----	--

Urteil (A-7162/2008) des Bundesverwaltungsgerichts (Abteilung I) vom 1. Februar 2010 in Sachen Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG; Vorinstanz: ComCom – Sanktionsverfügung – Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, der Kollokation und der Interkonnektion, Teilverfügungen der ComCom vom 9. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.

Die Sunrise Communications AG (nachfolgend sunrise) beantragte bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) mit verschiedenen Gesuchen den Erlass von Zugangsverfügungen gegen die Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, in der Folge: Swisscom) in verschiedenen Bereichen. Die Gesuche betrafen die Bedingungen der Interkonnektion (IC), des Zugangs zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) und der Kollokation (KOL), d.h. der Mitbenutzung von Ressourcen der Swisscom im Bereich der Verteileranlagen.

A.a Im Bereich der Interkonnektion beantragte sie mit Gesuch vom 6. Mai 2004, es seien sämtliche von Swisscom in ihrer Interkonnektionsofferte festgesetzten Preise - im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur - auf Einhaltung der Kostenorientierung zu überprüfen und rückwirkend auf den 1. Januar 2004 kostenorientiert festzulegen. In einer Gesuchsergänzung vom 22. Februar 2008 beantragte sie zudem den Erlass einer Regelung der Rückwirkung von Behördenentscheiden in Drittverfahren im bestehenden Interkonnektionsvertrag.

A.b Betreffend die Kollokation stellte sie in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 folgende Anträge:

1. Es seien sämtliche von Swisscom im Handbuch Preise ihres Standardangebotes "Kollokation FMG" aufgeführten Preise - im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur - auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen.
2. Es sei der Zins für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit der Kollokation auf mindestens 5 Prozent festzulegen.
3. Es sei Swisscom zu verpflichten, die Nutzung der für den Zugang erforderlichen Standorte und die Installation und den Betrieb von Anlagen an diesen Standorten nicht diskriminierend anzubieten.
4. Es sei Swisscom zu verpflichten, Sunrise das Recht einzuräumen, an den Kollokationsstandorten Zugangsleistungen für Dritte zu beziehen.
5. Es sei Swisscom zu verpflichten, Sunrise das Recht einzuräumen, an den Kollokationsstandor-

ten die eigenen Anlagen mit Anlagen von dritten Anbieterinnen zu verbinden.

6. Es sei Swisscom zu verpflichten, technische und betriebliche Änderungen an den Zugangs- und Kollokationsdienstleistungen nach deren Bestellung mindestens 24 Monate im Voraus bekannt zu geben, wenn sich diese für Sunrise nachteilig auswirken und mit erheblichen Aufwendungen verbunden sind.
7. Es sei Swisscom zu verpflichten, die für die einzelnen Zugangsformen und deren Kollokation notwendigen Informationen sunrise online aktualisiert zur Verfügung zu stellen und ihr online und in standardisierter Form die Bestellung, die Abwicklung, den Betrieb und die Kündigung der einzelnen Zugangs- und Kollokationsdienstleistungen zu ermöglichen.

A.c Im Zugangsverfahren betreffend den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss erhob sie mit Gesuch vom 20. August 2007 die nachstehenden Rechtsbegehren:

1. Es seien sämtliche von Swisscom im Handbuch Preise ihres Standardangebotes "vollständig entbündelter Teilnehmeranschluss" aufgeführten Preise - im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur - auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen.
2. Es sei der Zins für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit dem vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss auf mindestens 5 Prozent festzulegen.

B.

B.a

Mit Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 legte die ComCom die Tarife für die Interkonnektionsdienste (IC) für die Jahre 2004 bis 2008 fest (Ziff. 1 des Dispositivs). Sie stützte sich dabei namentlich auf ein Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. August 2007 ab, in dem diese zum Schluss kam, Swisscom habe bei den Diensten für die vorbestimmte Betreiber Auswahl ("Supplementary Services for Preselection") eine marktbeherrschende Stellung. Weiter wies sie die Rechtsbegehren der Parteien um Verfügung einer Drittwirkungsklausel ab (Ziff. 2 des Dispositivs).

B.b In einer zweiten, ebenfalls vom 9. Oktober 2008 datierenden Teilverfügung entschied die ComCom über die anzuwendenden Preise für verschiedene Leistungen im Zusammenhang mit der vollständigen Entbündelung

des Teilnehmeranschlusses (TAL, Ziff. 1 des Dispositivs).

B.c In einer weiteren Verfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Kollokation (KOL) setzte die ComCom unter anderem einen Preis für die Bereitstellung der Kollokation von Fr. 1'846.- (für das Jahr 2007) und 2'440.- (für das Jahr 2008) fest. Weiter formulierte sie einzelne Vertragsbestimmungen zu den Bedingungen der Kollokation um (Ziff. 5 und 6 des Dispositivs) und stellte die Rechtswidrigkeit von vier andern Vertragsklauseln fest und wies die Swisscom an, diese aus ihren Verträgen zu entfernen (Ziff. 7 des Dispositivs).

B.d In den Verfahren betreffend KOL und TAL legte sie den Satz für die Verzinsung allfälliger Rückzahlungen infolge von Preisanpassungen auf den Satz CHF LIBOR 12 Monate plus 1.3 Prozent fest (vgl. Ziff. 2 bzw. 3 des Dispositivs der beiden Verfügungen). Weiter hob Sie die Klausel betreffend die Drittwirkung, d.h. die Wirkung von Preisfestlegungen der ComCom in Verfahren zwischen der Swisscom und Dritten, auf (vgl. Ziff. 3 bzw. 4 des Dispositivs der beiden Verfügungen).

C.

C.a Gegen die Verfügung betreffend die Bedingungen der Interkonnektion erhebt Swisscom (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 10. November 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellt die folgenden Anträge:

1. Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und Ziffer 3.2.3 des Interkonnektionsvertrags zwischen den Parteien vom 26. Oktober 2001 sei wie folgt zu verfügen:

„Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom und einem Dritten die ab 1. Januar 2009 geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR sechs Monate verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet.“

2. Der in Ziffer 1 des Dispositivs (S. 95 der Verfügung) der angefochtenen Verfügung für die Implementierung (erstmalige Installation) der Nummernportierungsroutingnummer für 2007 festgelegte Preis von Fr. 2'550.- sei aufzuheben und der Preis kostenorientiert auf CHF 3'134.70 festzulegen.
3. Die Verfügung sei bezüglich der Preise für zusätzliche Dienste für die vorbestimmte Betreiber Auswahl (Supplementary Services for Preselection; Ziffer 1 des Dispositivs [S. 95 der Verfügung]) aufzuheben und das Gesuch der Beschwerdegegnerin sei insofern abzuweisen.

C.b Mit einer weiteren Beschwerde vom 10. November 2008 gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Oktober 2008 i.S. TAL beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der verfügten Zinshöhe für Rückzahlungen, eventualiter zusätzlich die Festsetzung des Zinses für allfällige infolge Preisänderungen geschuldete Rück- und Nachzahlungen basierend auf dem Satz CHF LIBOR sechs Monate. Weiter beantragt sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, soweit darin die vertragliche Drittwirkungsklausel aufgehoben wurde sowie eventualiter zusätzlich die Festsetzung des Zinses für allfällige gestützt auf diese Drittwirkungsklausel geschuldete Rück- oder Nachzahlungen auf den Satz CHF LIBOR sechs Monate.

C.c Ebenfalls am 10. November 2008 erhebt Swisscom Beschwerde gegen die Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008 i.S. KOL. Darin beantragt sie die Erhöhung des festgesetzten Preises für die Bereitstellung der Kollokation, eventualiter die Rückweisung an die Vorinstanz zur erneuten Preisfestsetzung. Weiter verlangt sie - analog zur Beschwerde i.S. TAL - es sei die verfügte Zinshöhe für Rückzahlungen aufzuheben, eventualiter sei zusätzlich der Zins für allfällige infolge Preisänderungen geschuldete Rück- und Nachzahlungen basierend auf dem Satz CHF LIBOR sechs Monate festzusetzen. Ebenso sei die verfügte Aufhebung der vertraglichen Drittwirkungsklausel aufzuheben, eventualiter sei zusätzlich der Zins für allfällige gestützt auf diese Drittwirkungsklausel geschuldete Rück- oder Nachzahlungen auf den Satz CHF LIBOR sechs Monate festzusetzen. Schliesslich beantragt sie in Bezug auf die von der Vorinstanz festgestellte Rechtswidrigkeit verschiedener Vertragsklauseln, diese seien zwar nicht in den Vertrag zwischen den Parteien aufzunehmen; auf eine Weisung, die Klauseln aus Verträgen mit Dritten zu entfernen, sei aber zu verzichten.

C.d Zur Begründung ihrer Anträge in den drei Beschwerden führt sie zunächst aus, das gesetzlich vorgesehene Verhandlungsprimat bedinge auch eine inhaltliche Verhandlungsfreiheit der Parteien. Die Vorinstanz habe zudem die Drittwirkungsklauseln ohne entsprechenden Antrag der Parteien aufgehoben. Die Drittwirkung und die vertraglich vereinbarte Verzinsung seien markt- und branchenüblich. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, eine Aufhebung von Vertragsklauseln in Verträgen mit Dritten sei nicht Gegenstand des strittigen Verfahrens und auch nicht beantragt worden.

In Bezug auf die Interkonnektionspreise führt die Beschwerdeführerin aus, es sei Aufgabe der Vorinstanz, kostenorientierte Preise zu verfügen. Sie sei daher berechtigt und auch verpflichtet, gegebenenfalls Preiserhöhungen anzuordnen.

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die offerierten Supplementary Services seien nicht Teil der Interkonnektionsdienste und würden deshalb nicht der Regulierung unterliegen.

D.

Mit Verfügung vom 18. November 2008 vereinigte der Instruktionsrichter die Verfahren betreffend die Bedingungen der Interkonnektion, des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie der Kollo-

kation und führte sie fortan unter der Verfahrensnummer A-7162/2008 weiter.

E.

Mit Vernehmlassung vom 30. Januar 2009 beantragt die ComCom (nachfolgend Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerden. Sie führt aus, angesichts des Diskriminierungsverbots sei die Drittwirkung zwingendes Recht und brauche bzw. könne nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens angeordnet werden. Aus demselben Grund könne kein anwendbarer Zinssatz verfügt werden. Aufgrund des Diskriminierungsverbots sei sie auch berechtigt, die Entfernung rechtswidriger Klauseln aus den Verträgen der Beschwerdeführerin mit Dritten zu verlangen. Eine Erhöhung der im Basisangebot offerierten Preise im Zugangsverfahren sei aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht denkbar und im Zugangsgesuch der Beschwerdegegnerin auch nicht beantragt werden.

In Bezug auf die Supplementary Services führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin habe auch in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung, weshalb die Preise dieser Dienste zu regulieren seien.

Bei der Festsetzung der Preise für die Kollokation sei von einer sogenannten offenen Kollokation auszugehen. Dies bedeute, dass Kosten für bauliche Massnahmen zur Abtrennung der Anlagen der verschiedenen Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) in den Zentralen der Beschwerdeführerin bei der Bemessung der Preise für die Kollokation nicht zu berücksichtigen seien.

F.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 6. Februar 2009 beantragt sunrise (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerden, soweit darauf einzutreten sei. Zur Begründung führt sie aus, die Anordnungen der Vorinstanz seien aufgrund des Diskriminierungsverbots auch für Verträge mit Dritten verbindlich. Die Verfügung einer Drittwirkungsklausel sei deshalb entbehrlich. Eine Preiserhöhung im Rahmen der Zugangsverfahren sei ausgeschlossen und eine entsprechende Drittwirkungsklausel sei daher nicht sachgerecht.

Die Rückzahlungspflicht sei als zwingendes Gesetzesrecht der Parteidisposition entzogen. Damit die Beschwerdeführerin ihre Konkurrentinnen nicht behindern könne, indem sie mittels überhöhter Preise (Investitions-)Kapital abschöpfe, müsse der kapitalmarktbasierten Verzinsung ein Korrekturzuschlag hinzugerechnet werden. In Bezug auf die Bedingungen der Kollokation führt sie aus, das Fernmelderecht sehe lediglich die offene Kollokation vor. Die Supplementary Services seien für eine wirtschaftliche Nutzung der Carrier Pre-Selection (CPS) notwendig. Die Beschwerdeführerin habe daher auch in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung, so dass die Preise für diese Dienstleistungen der Regulierung unterliegen würden. Inhaltlich habe die Beschwerdeführerin nicht bestritten, dass die von der Vorinstanz verfügten Preise kostenorientiert seien.

G.

Am 7. April 2009 zog die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde gegen die Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008 i.S. Bedingungen der Kollokation (KOL)

zurück, soweit darin die Neufestsetzung des Preises für die Bereitstellung der Kollokation beantragt wurde. An den weiteren Anträgen in dieser Beschwerde hält sie dagegen fest.

H.

Mit Replik vom 30. April 2009 hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an ihren Rechtsbegehren fest, soweit diese nicht mit Eingabe vom 7. April 2009 zurückgezogen wurden. Den Antrag betreffend Verfügung einer Klausel zur Wirkung von Preisfestsetzungen in Interkonktionsverfahren mit Dritten dehnt sie auf die ab 1. April 2004 (statt wie in der Beschwerde beantragt 1. Januar 2009) geltenden Preise aus. Ihren Antrag auf Aufhebung der Preisfestsetzung für Supplementary Services beschränkt sie auf andere Dienste als jenen für "Migration of Carrier Selection Codes".

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie, das Verfahren an die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts zu übertragen, soweit darin die Frage ihrer marktbeherrschenden Stellung zu beantworten sei. Sie verweist zudem auf die volle Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und hält fest, diese sei auszuschöpfen.

I.

Auf Einladung des Instruktionsrichters hin reichte die Wettbewerbskommission (WEKO) am 11. Juni 2009 eine Stellungnahme zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin bezüglich ihrer Marktstellung ein. Sie hält an Ihrer Auffassung fest, die Beschwerdeführerin habe auch im Bereich der Supplementary Services eine marktbeherrschende Stellung.

J.

Mit Eingabe vom 13. Juli 2009 nimmt die Beschwerdeführerin zu den Ausführungen der WEKO Stellung. Sie führt aus, die Supplementary Services seien als eigener Markt zu betrachten. Ihr Angebot sei substituierbar, dies würde auch bei einer Systemmarktbetrachtung gelten. Die WEKO habe keine Gründe für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung vorgebracht.

K.

In ihrer Duplik vom 12. August 2009 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest und nimmt von der Anpassung der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin bzw. vom Teilrückzug einer Beschwerde Kenntnis. In formeller Hinsicht ist die Beschwerdegegnerin der Meinung, der Schwerpunkt der zu beurteilenden Fragen liege im Telekommunikationsrecht, die Streitsache sei daher durch die Abteilung I des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilen.

Weiter führt sie aus, die Regelung der Drittwirkung von Entscheiden der Vorinstanz sei einer der zentralen Streitpunkte im Zugangsverfahren gewesen, die Aufhebung der Drittwirkungsklauseln sei damit von den Anträgen der Parteien gedeckt. Die Drittwirkungsklauseln seien nichtig, die Aufhebung der Klauseln sei daher bloss deklaratorisch. Zur Frage der Höhe des Zinses auf Rückzahlungen habe sich die Vorinstanz nicht geäussert, da deren Beantwortung in die Kompetenz des Zivilrichters falle. Die Supplementary Services seien ein Teil des Marktes für Carrier Preselection, auf diesem sei die

Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin marktbeherrschend.

L.

Die Vorinstanz erachtet in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2009 den Antrag auf teilweise Zuteilung des Verfahrens an die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichtes als unbegründet, da der Schwerpunkt der zu beurteilenden Sachfragen im Fernmelderecht liege. Im Weiteren hält sie im Wesentlichen an den Ausführungen in der Vernehmlassung fest.

M.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird - soweit entscheidungswesentlich - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.1 Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen in den vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Sie ist damit durch die vorinstanzlichen Verfügungen beschwert und gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG grundsätzlich (vgl. aber zum Rechtsschutzinteresse bezüglich Drittwirkungsklausel E. 7.5) zur Beschwerde berechtigt.

1.2 Auf die form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist daher grundsätzlich einzutreten.

1.3 Soweit die Beschwerdeführerin die Neufestsetzung des Preises für die Bereitstellung der Kollokation beantragt hat, ist die Beschwerde als infolge Rückzug gegenstandslos geworden abzuschreiben.

2.

Die Beschwerdeführerin hat ihr Rechtsbegehren im Rahmen der Replik angepasst und die von einer der beantragten Drittwirkungsklauseln betroffene Zeitspanne ausgedehnt. Hierzu führt sie aus, sie habe ihr Rechtsbegehren ursprünglich auf die Zeit ab dem 1. Januar 2009 beschränkt, da die hier strittigen Preise für die vorangegangenen Perioden auf Gesuch der Beschwerdegegnerin hin bereits behördlich festgelegt worden seien. Nun seien aber in einem Gesuchsverfahren einer anderen FDA die von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Preise für die Dienstleistung „Transit to ... Access Services“ behördlich festgesetzt und von ihr angefochten worden. Es rechtfertige sich daher, die Drittwirkungsklausel auf den Beginn der in jenem Verfahren umstrittenen Periode zurückzubeziehen.

2.1 Es ist damit vorab zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mit dieser Änderung den Streitgegenstand ausgedehnt hat und ob dies zulässig ist.

Die in der Beschwerde beantragte Drittwirkungsklausel würde bei Verfügungen der ComCom in einem Verfahren mit Dritten betreffend die seit dem 1. Januar 2009 geltenden Preise eine Nach- oder Rückzahlungspflicht statuieren, beim geänderten Rechtsbegehren würde eine solche auch bei Verfügungen betreffend eine frühere Periode ausgelöst.

Mit dem Beschwerdeantrag wird der Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt. Im Laufe des Verfahrens kann sich der Streitgegenstand dem Grundsatz nach höchstens verengen, nicht aber ausweiten (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.213).

2.2 Im vorliegenden Fall wird zwar eine Ausdehnung der vom Rechtsbegehren betroffenen Zeitspanne verlangt. Die von der Beschwerdeführerin verlangte zeitliche Begrenzung der Drittwirkung ist indessen eine Beschränkung der von der Vorinstanz als zeitlich unbegrenzt betrachteten Drittwirkung. Wird die von der angebehrten Drittwirkungsklausel umfasste Zeitspanne ausgedehnt, nähert sich die Beschwerdeführerin in diesem Umfang der Auffassung der Vorinstanz an. Die zeitliche Ausdehnung der Rückwirkung von behördlichen Preisfestsetzungen in Drittverfahren ist somit für die Beschwerdeführerin - bezogen auf Rückforderungen - nicht ein Mehr, sondern ein Weniger. Die Änderung des Rechtsbegehrens stellt damit faktisch nicht eine Ausdehnung, sondern eine Verengung des Streitgegenstandes dar.

2.3 Die Änderung des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin in der Replik erweist sich damit als zulässig.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, die strittige Frage der Marktbeherrschung im Zusammenhang mit der Regulierung der Preise für Supplementary Services for Preselection sei von der Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilen. Sie führt aus, es handle sich zwar um ein fernmelderechtliches Verfahren, strittig sei jedoch die Frage der Marktbeherrschung und damit die Preisregulierung als solche. Diese Frage sei kartellrechtlicher Natur und müsse auch im Beschwerdeverfahren einheitlich ausgelegt werden. Es bestehe ein Anspruch auf Behandlung der Beschwerde durch die zuständige Fachabteilung.

Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz wenden sich gegen diesen Verfahrensantrag. Die Vorinstanz bringt vor, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin sei lediglich vorfrageweise zu prüfen, massgebend für die Zuordnung an die Abteilungen sei das Schwergewicht der zu beurteilenden Rechtsfragen, welches im fernmelderechtlichen Bereich liege. Das Fernmelderecht sei hinsichtlich wettbewerbsrechtlich relevanter Fragen auf das Kartellrecht abzustimmen. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) bezwecke, in einem bislang monopolisierten Markt Marktmacht abzubauen und Wettbewerb zu erzielen. Angesichts dieser Besonderheiten im Fernmelde- markt könne die Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fragen nur vor dem Hintergrund des Fernmelderechts erfolgen und setze spezifisches Fachwissen voraus. Die

Zuordnung an die Abteilung I des Gerichts sei daher sachgerecht.

Die Beschwerdegegnerin fügt an, eine Aufteilung der Zuständigkeit der Abteilungen innerhalb eines Verfahrens sei nicht vorgesehen. Die Zuordnung an die Abteilung I entspreche der gesetzlichen Konzeption des Zugangsverfahrens, bei welchem die ComCom, also die fernmelderechtliche Fachbehörde, als Leitbehörde bestimmt worden sei und die Stellungnahme der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde einzuholen und zu berücksichtigen habe.

3.2 Art. 24 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) regelt die Zuständigkeiten der Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts: Nach Abs. 1 behandelt die erste Abteilung Geschäfte, die ihren Schwerpunkt in den Bereichen Infrastruktur, Umwelt, Abgaben und Personal haben. Nach Abs. 2 fallen Geschäfte mit Schwerpunkt in den Bereichen Wirtschaft, Wettbewerb und Bildung in den Zuständigkeitsbereich der zweiten Abteilung. Im Einzelnen ist die Geschäftsverteilung im Anhang VGR geregelt. Demnach werden der Abteilung I Geschäfte im Rechtsgebiet des Post- und Fernmeldewesens zugeteilt. Kartellrechtliche Beschwerdeverfahren beurteilt die Abteilung II.

3.3 Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gibt den Parteien einen Anspruch auf Beurteilung ihrer Sache durch ein durch Gesetz geschaffenes Gericht. Dieser Anspruch auf den gesetzlichen Richter bezieht sich auch auf die Besetzung der richterlichen Behörde (GEROLD STEINMANN, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N. 8 zu Art. 30). Obwohl Art. 24 VGR primär eine interne, organisatorische Regelung des Bundesverwaltungsgerichts darstellt, hat die Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund von Art. 30 Abs. 1 BV grundsätzlich Anspruch auf Beachtung der Regeln zur Geschäftszuweisung.

Es ist aber festzuhalten, dass die Zuordnung an die Abteilung I sowie die Zusammensetzung des Spruchkörpers den Verfahrensbeteiligten bereits mit der Eingangsbestätigung mitgeteilt und eine Ablehnungsfrist gesetzt wurde, welche die Beschwerdeführerin ungenutzt verstreichen liess. Ein den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV nicht genügender Richter kann abgelehnt werden, Ablehnungsgründe sind aber nach Treu und Glauben sofort geltend zu machen, andernfalls verwirken sie (STEINMANN, a.a.O., N. 16 zu Art. 30, vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 13.1). Im Zeitpunkt der Eingangsbestätigung war der Beschwerdeführerin bereits bekannt, dass die Frage der marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen sein wird. Die angebliche Zuständigkeit der Abteilung II hätte deshalb innerhalb der Ablehnungsfrist geltend gemacht werden können. Ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Zuteilung der Streitsache an die Abteilung II wäre deshalb verwirkt.

3.4 Der Verfahrensantrag erscheint aber auch inhaltlich unbegründet. Art. 23 VGR sieht vor, dass für die Zuteilung von Streitigkeiten auf die Abteilungen die Rechtsfrage massgebend ist, auf der das Schwergewicht der Entscheidung liegt. Im VGR wurde damit anerkannt,

dass eine Streitigkeit die Rechtsgebiete verschiedener Abteilungen betreffen kann. Gleichzeitig wurde auf eine Aufteilung solcher Verfahren verzichtet.

3.4.1 Inhaltlich ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass das Schwergewicht der zu beurteilenden Fragen im Bereich des Fernmelderechts liegt. So bestreitet die Beschwerdeführerin nicht bloss ihre marktbeherrschende Stellung, sondern behauptet vielmehr, bei den fraglichen Zusatzdiensten handle es sich gar nicht um der Regulierung im Sinne der Art. 3e und Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG unterstehende Interkonnectionsdienste. Zwar ist auch die Marktstellung der Beschwerdeführerin zu beurteilen; dies erfolgt aber vorfrageweise im Hinblick auf die eigentliche Frage der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung. Dem entspricht auch die gesetzliche Konzeption des Zugangsverfahrens. Der Entscheid über Zugangsstreitigkeiten liegt gemäss Art. 11a FMG in der Kompetenz der Vorinstanz. Dabei sieht Art. 11a Abs. 2 FMG vor, dass diese gegebenenfalls die WEKO zur Frage der marktbeherrschenden Stellung konsultiert. Zudem geht es bei der Frage der marktbeherrschenden Stellung um Fragen der Angebotssubstituierbarkeit fernmeldetechnischer Dienstleistungen und damit schwergewichtig um sektorspezifische Fragen.

3.4.2 Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Zugangsregulierung nicht auf das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) abzustützen und den Wettbewerbsbehörden zur Anwendung zu überlassen, sondern aufgrund der technischen Komplexität bei der Interkonnection einer spezialisierten unabhängigen Behörde - der ComCom - zu übertragen (PIERRE RIEDER, Wettbewerbsrecht und Telekommunikation, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S.170). Um sicherzustellen, dass die Anwendung des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln, konsultiert die ComCom die WEKO (Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [BBl 2003 7951]).

3.4.3 Diesem Bedürfnis nach einer einheitlichen Praxis wird im Übrigen auch im Beschwerdeverfahren durch Massnahmen zur Koordination der Rechtsprechung Rechnung getragen. Hat eine Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts eine Rechtsfrage zu entscheiden, die mehrere Abteilungen betrifft, holt sie gemäss Art. 25 Abs. 2 VGG die Zustimmung der Vereinigung aller betroffener Abteilungen ein, sofern dies für die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung angezeigt erscheint. Sollten bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung für die Rechtsfortbildung wesentliche Fragen zu beantworten sein oder eine Praxisänderung ins Auge gefasst werden, wäre dies mit der Abteilung II zu koordinieren.

3.4.4 Weiter ist festzuhalten, dass Art. 24 VGR keinen ausschliesslichen Anspruch auf Zuteilung nach dem Schwerpunkt der Rechtsfragen vorsieht. Gemäss Art. 24 Abs. 2 VGR kann von diesem Grundsatz aufgrund der Natur des Geschäftes oder dem Zusammenhang mit andern Geschäften abgewichen werden. Selbst wenn angenommen würde, der Schwerpunkt des (Teil-)verfahrens betreffend die Supplementary Services falle

unter die Rechtsgebiete der Abteilung II, wäre die Angelegenheit aufgrund des engen Sachzusammenhangs mit den übrigen im vorliegenden Fall zu beurteilenden - unbestrittenermassen fernmelderechtlichen - Fragen der Zugangsregulierung von der Abteilung I zu beurteilen. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der einen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts immer wieder Themen zu prüfen sind, die primär einer anderen Abteilung zugewiesen sind. Die vorliegende Konstellation, in welcher die Abteilung I Fragen wettbewerbsrechtlicher Natur zu beantworten hat, ist im Übrigen nicht singulär (vgl. etwa das zur Publikation bestimmte Urteil A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009) und rechtfertigt weder eine ganze noch teilweise Behandlung durch die auf das Wirtschaftsrecht spezialisierte Abteilung II.

3.5 Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuweisung von Teilen des Verfahrens an die Abteilung II ist schliesslich auch deshalb abzuweisen, weil eine Zuständigkeitsgabelung nicht nur der rechtlichen Zuteilungskonzeption nach Art. 23 VGR, sondern auch prozessökonomischen Gedanken widersprechen würde.

4.

Die Beschwerdeführerin weist weiter in ihrer Replik darauf hin, dass dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zukomme und fordert unter Hinweis auf ein Gutachten, das Gericht habe seine Kognition auszuschöpfen und bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine umfassende Kontrolle zu praktizieren. Sie verweist auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-109/2008 vom 12. Februar 2009 und bringt vor, das Gericht sei in diesem Entscheid seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen und habe seine Kognition nicht ausgeschöpft. Jener Entscheid dürfe diesbezüglich keinen Präjudizcharakter erhalten. So sei namentlich uneingeschränkt zu prüfen, ob die Drittwirkung von behördlichen Preisverfügungen zwingendes Recht darstelle, ob die Vorinstanz berechtigt sei, in Verträge mit Dritten einzugreifen und ob sie einen Antrag der Beschwerdeführerin habe abweisen dürfen, kostenorientierte Preise zu verfügen. Sie hält fest, bei den zu beurteilenden Rechtsfragen komme der Vorinstanz kein Handlungsspielraum zu, eine Zurückhaltung bei der Überprüfung der Ermessensausübung und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sei daher nicht angebracht.

4.1 Zunächst ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Prüfungszuständigkeit kennt und wahrnimmt. Die Kognition ist gesetzlich vorgegeben und unabhängig von den Anträgen der Parteien zu beachten. Die Beschwerdeführerin hat denn auch zu Recht keine die Kognition betreffenden Anträge gestellt. Der Vollständigkeit halber sind aber die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Prüfungszuständigkeit des Gerichts darzulegen.

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Angemessenheit behördlichen Handelns an sich frei (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Das

Bundesverwaltungsgericht übt daher Zurückhaltung und greift nicht leichthin in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss. Es hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, muss aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Wenn es um die Beurteilung von Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, weicht es nicht leichthin von der Auffassung der Vorinstanz ab (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2).

Das Bundesgericht hat erst kürzlich (BGE 135 II 296 E. 4.4.3) bestätigt, es sei zulässig, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe eine gewisse Zurückhaltung auferlege und nicht leichthin in den Beurteilungsspielraum der fachlich verantwortlichen Vorinstanz eingreife. Auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, soll in Gewichtigkeitsfragen den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz respektieren. Sie muss zwar eine unangemessene Entscheidung korrigieren, darf aber die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen der Vorinstanz überlassen. Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, kann sie sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, ohne damit ihre Kognition in unzulässiger Weise zu beschränken.

Vorliegend kommt der Vorinstanz bzw. dem mit der Instruktion des Verfahrens betrauten BAKOM ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt zu. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen (vgl. dazu auch BGE 132 II 257 E. 3.2 sowie die auf einem von der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren eingereichten Gutachten basierenden Ausführungen in Markus Müller/ Reto Feller, *Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2009 S. 442 ff., S. 453 f.).

4.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat die sich stellenden Fragen grundsätzlich frei zu prüfen. Uneingeschränkt zu prüfen hat es, ob die Vorinstanz den Sachverhalt korrekt festgestellt, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft, die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat und sich dabei von sachkonformen Erwägungen hat leiten lassen.

Es hat sich dagegen dort eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wo der Vorinstanz angesichts der sich stellenden Fachfragen ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wurde. Dabei variiert der Grad der Zurückhaltung im Einzelfall je nach der Natur der sich stellenden Fragen und dem erforderlichen Fachwissen der Vorinstanz. Ob ein solcher Handlungsspielraum der

Vorinstanz besteht, ist gegebenenfalls nachfolgend im Rahmen der Prüfung der einzelnen Rügen zu beurteilen.

4.4 Festzuhalten ist, dass auch in Bereichen, in denen sich das Bundesverwaltungsgericht Zurückhaltung auferlegt, nicht auf eine Prüfung verzichtet wird, sondern diese lediglich mit einer reduzierten Prüfungsdichte erfolgt. Dabei verlangt die Begründungspflicht, dass die vorgenommene Angemessenheitskontrolle in der Urteilsbegründung nachvollzogen werden kann. Diese Grundsätze waren bereits bisher für das Bundesverwaltungsgericht wegleitend und werden auch bei der nachfolgenden Auseinandersetzung mit den Beschwerden massgebend sein.

5.

Zu beurteilen ist im vorliegenden Verfahren zunächst die Frage, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, im IC-Verfahren eine Klausel betreffend die Wirkung von regulatorischen Verfügungen in Verfahren mit Dritten zu verfügen bzw. ob sie berechtigt war, im TAL- und im KOL-Verfahren eine vereinbarte Drittwirkungsklausel aufzuheben (E. 7 - 10.3) und die Drittwirkung einer Anordnung im vorliegenden Verfahren auf Verträge mit Dritten zu verfügen (E. 11).

Weiter ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Zinssatz für preisänderungsbedingte Nach- und Rückzahlungen behördlich festzusetzen ist (E. 12) und ob eine kostenorientierte Festsetzung der Preise für die Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer auf einem höheren Preisniveau als von der Beschwerdeführerin ursprünglich offeriert zulässig ist (E. 13). Schliesslich ist zu beurteilen, ob die Vorinstanz berechtigt war, die Preise für die hier strittigen Supplementary Services for Carrier Preselection zu verfügen (E. 14).

6.

Die angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz stützen sich auf Art. 11 und 11a FMG. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen in verschiedenen, im Gesetz aufgezählten Formen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen.

7.

7.1 Die Frage der Drittwirkung von Verfügungen der Vorinstanz ist unter zwei verschiedenen Blickwinkeln zu prüfen. Zum einen macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei nicht berechtigt gewesen, die Streichung von Klauseln aus Verträgen mit Dritten anzuordnen. Sie wendet damit ein, die Anordnungen der Vorinstanz seien auf das vorliegende Verfahren zu beschränken.

Zum andern bringt sie vor, die Vorinstanz hätte Vertragsklauseln akzeptieren (in den Verfahren TAL und KOL) bzw. verfügen (im Verfahren IC) müssen, welche die Folgen von Anordnungen in Verfahren zwischen ihr und Dritten auf das zu beurteilende Vertragsverhältnis regelten. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, eine solche Drittwirkung bestehe nur, wenn und soweit dies in einer Vereinbarung mit einer FDA vorgesehen oder von der Vorinstanz verfügt worden sei. Die Drittwirkung sei eine Nebenbedingung der Interkonnektion und hätte als solche bei einer Nichteinigung auf Antrag einer Partei hin nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen verfügt werden müssen. Die von der Beschwerdeführerin angestrebte Drittwirkungsklausel würde nicht nur eine Rückzahlungsverpflichtung bei Preissenkungen in Drittverfahren, sondern auch eine Nachzahlungsverpflichtung bei Preiserhöhungen vorsehen.

Zu beiden Fragen ist zunächst zu klären, inwieweit Anordnungen der Vorinstanz in einem Verfahren gemäss Art. 11a FMG Auswirkungen auf Drittverhältnisse haben.

7.2 Die Vorinstanz führte in den angefochtenen Verfügungen aus, aufgrund des in Art. 11 FMG enthaltenen Diskriminierungsverbotes sei die Beschwerdeführerin verpflichtet, sämtlichen Konkurrentinnen die gleichen Zugangsbedingungen zu gewähren. Dieser Grundsatz gelte von Gesetzes wegen und sei nicht eine Nebenbedingung der Interkonnektion, welche gemäss Art. 74 Abs. 2 FDV im Zugangsverfahren von der Vorinstanz nach markt- und branchenüblichen Kriterien zu verfügen wäre. Die Tragweite des Diskriminierungsverbotes und damit die Drittwirkung von behördlichen Entscheiden könne nicht von den Parteien vertraglich vereinbart werden. Das Nichtdiskriminierungsgebot schütze alle Marktteilnehmenden und betreffe auch alle.

Eine Nachzahlungsverpflichtung lehnte die Vorinstanz ab; sie führte aus, wettbewerbspolitisch sei nur ein Eingreifen zu Lasten der marktbeherrschenden Anbieterin, konkret eine Preissenkung, vertretbar. Da die Drittwirkung direkt aus dem Diskriminierungsverbot folge, sei die Drittwirkung auch nicht zeitlich einzuschränken.

7.3

7.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen zunächst vor, das Diskriminierungsverbot finde seine Grenzen im Verhandlungsprimat. Die Vorinstanz dürfe erst nach dreimonatigen erfolglosen Verhandlungen zwischen den Parteien und auf Gesuch einer Partei hin die Bedingungen der Interkonnektion verfügen. Es sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, den Marktakteuren die Vereinbarung über die Bedingungen ihrer Beziehungen zu überlassen. Der Regulator (d.h. die Vorinstanz) dürfe demnach erst auf Gesuch hin (ex-post) eingreifen und nicht von Amtes wegen (ex-ante) die Zugangsbedingungen festlegen. Die Vertragsfreiheit der Parteien gehe dem behördlichen Eingriff vor. Dieses Verhandlungsprimat sei das zentrale Element der Zugangsregulierung. Im Rahmen des Verhandlungsprimats bestehe die Möglichkeit, auch Zugangspreise und -bedingungen (wie z.B. eine Drittwirkungsklausel) zu vereinbaren, die nicht den dispositiven gesetzlichen Anforderungen entsprächen oder für die keine gesetzliche Regelung bestehe.

Die Annahme, das Diskriminierungsverbot sei zwingendes Recht, stehe im Widerspruch zum gesetzlichen Verhandlungsprimat. Das Diskriminierungsverbot verlange von der Beschwerdeführerin, allen Konkurrentinnen das gleiche Standardangebot zu unterbreiten. Im Übrigen gelte die Verhandlungsfreiheit. Das Verhandlungsprimat sei nicht nur eine formelle Vorschrift, sondern gewährleiste auch die inhaltliche Vertragsfreiheit. Würde angenommen, dass im Bereich des Diskriminierungsverbots keine unterschiedlichen Vereinbarungen ausgehandelt werden könnten, würde kein Verhandlungsspielraum der Parteien mehr bestehen. Damit würde das Verhandlungsprimat vollständig verdrängt. Die vom Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Vertragsfreiheit gewähre nicht nur die Freiheit, über den Abschluss eines Vertrages zu entscheiden, sondern auch die Möglichkeit, den materiellen Vertragsinhalt auszuhandeln.

Dies habe auch die Vorinstanz anerkannt, als sie in ihrer Verfügung vom 9. Oktober 2008 i.S. Tele 2 Telecommunication AG festgestellt habe, die vereinbarten Preise seien im Bereiche des von den Parteien Verhandlungsfähigen gelegen. Falls einer Preisfestsetzung von Gesetzes wegen rückwirkende Drittwirkung zugesprochen würde, könnten im Ergebnis vertraglich vereinbarte Preise nachträglich neu festgelegt werden. Das Verhandlungsprimat wäre damit faktisch aufgehoben, dies würde aber dem Willen des Gesetzgebers widersprechen.

Es stehe den Anbieterinnen frei, mittels einvernehmlichen, individuellen vertraglichen Regelungen vom gesetzlich Vorgesehenen, d.h. der Verpflichtung zu kostenorientierten Preisen, abzuweichen. Da den Anbieterinnen die Möglichkeit offen stehe, ein Zugangsgesuch zu stellen und kostenorientierte Preise durchzusetzen, könne die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung auch ohne zwingenden Charakter des Diskriminierungsverbots nicht missbrauchen. Es bestehe daher keine Notwendigkeit, das Diskriminierungsverbot als zwingendes Gesetzesrecht zu betrachten.

Die Frage, ob die Regeln des Fernmelderechts zwingenden oder dispositiven Charakter hätten, könne letztlich offen bleiben. Wenn die Vorinstanz im Falle einer Nichteinigung angerufen werde, habe sie das Gesetzesrecht anzuwenden, ob es sich dabei nun um dispositives oder zwingendes Recht handle. Falls dagegen eine Einigung zustande gekommen sei, dürfe die Vorinstanz mangels Zuständigkeit weder die Rechtmässigkeit einer Vereinbarung überprüfen noch in diese eingreifen.

Die Beschwerdeführerin hält weiter fest, das Diskriminierungsverbot könne angesichts der unterschiedlichen Bedürfnisse der Anbieterinnen nicht bedeuten, dass mit allen die gleichen Bedingungen zu vereinbaren seien.

Die Vorinstanz beabsichtige mit ihren Ausführungen zum zwingenden Charakter des Diskriminierungsverbots lediglich, diejenigen Konkurrentinnen, die eine nicht-rückwirkende Drittwirkungsklausel akzeptiert hätten, einen Weg zur Umgehung dieser Vereinbarung zu ebnen.

In zeitlicher Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, die Drittwirkung im IC-Verfahren auf die Periode seit dem 1. April 2004 zu begrenzen. Sie führt aus, die Beschwerdegegnerin habe in diesem Verfahren die Preise

grösstenteils behördlich festsetzen lassen, so dass ohnehin keine Drittwirkung von Entscheiden in anderen Verfahren denkbar sei. Einzig in Bezug auf die Preise für „Transit Access to (...) Services“ seien die offerierten Preise von der Beschwerdegegnerin akzeptiert, in einem Verfahren mit einer anderen FDA aber für die Zeit seit dem 1. April 2004 angefochten worden. Eine Drittwirkung sei deshalb allein für diese Periode denkbar.

7.3.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, die Drittwirkung ergebe sich aus dem zwingenden Gesetzesrecht und könne nicht vertraglich geregelt werden. Die Beschwerdeführerin verkenne das Verhältnis zwischen dem Verhandlungsprimat und dem Diskriminierungsverbot. Das Verhandlungsprimat verbiete der Vorinstanz, ohne entsprechenden Antrag tätig zu werden. Da die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer marktbeherrschenden Position nicht als gleichwertige Verhandlungspartnerinnen gegenüberstünden, habe der Gesetz- und Ordnungsgeber die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführerin stark eingeschränkt. Das Verhandlungsprimat übertrage den Entscheid, ob es zu einem Zugangsverfahren kommen solle, den nachfragenden Anbieterinnen, eine weitergehende Funktion komme ihm nicht zu. Insbesondere habe der Beschwerdeführerin dadurch nicht eine Möglichkeit eingeräumt werden sollen, sich diskriminierend zu verhalten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin begrenze nicht das Verhandlungsprimat das Diskriminierungsverbot, vielmehr sei der Gehalt des Verhandlungsprimats durch das Diskriminierungsverbot bestimmt.

Das Diskriminierungsverbot sei zwingendes öffentliches Recht. Es verlange die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen. Es würde seines Sinnes entleert, wenn angenommen würde, die Beschwerdeführerin habe lediglich allen Anbieterinnen ein gleiches Basisangebot zu offerieren, könne dieses aber je nach Verhandlungsstärke und -geschick anpassen.

Die Gleichbehandlung werde durch das Prinzip der Drittwirkung sichergestellt. Die Drittwirkung sei eine zwingende Folge des Diskriminierungsverbots. Für kleinere Anbieterinnen sei es aus personellen und finanziellen Gründen oft nicht möglich, ein Zugangsverfahren durchzuführen. Das Diskriminierungsverbot solle diesen kleineren Anbieterinnen den Markteintritt erleichtern und sie im Markt schützen.

Aus dem Umstand, dass sie, die Vorinstanz, auf ein Gesuch einer Konkurrentin um Festsetzung der Preise für die Zeit vom Jahr 2000 bis zum 31. März 2004 nicht eingetreten sei, könne nicht geschlossen werden, dass sie eine weitergehende Verhandlungsfreiheit der Anbieterinnen angenommen habe. Da in diesem Fall für diese Periode eine einvernehmliche Vereinbarung bestanden habe, sei sie mangels Zuständigkeit nicht berechtigt gewesen, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten. Falls eine Anbieterin der Auffassung sei, es stünden ihr aufgrund des Diskriminierungsverbots Ansprüche gegen die Beschwerdeführerin zu, seien diese auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen.

Die Vorinstanz hält schliesslich fest, es sei theoretisch nicht auszuschliessen, dass sie in einem von einer anderen Anbieterin angestregten Verfahren aufgrund

neuer Erkenntnisse tiefere Preise festlegen könnte, die aufgrund des Diskriminierungsverbots auch für die Beschwerdegegnerin anzuwenden wären. Eine zeitliche Begrenzung der Drittwirkung rechtfertige sich daher nicht.

7.3.3 Die Beschwerdegegnerin führt aus, gemäss dem klaren Wortlaut des Gesetzes müsse die Beschwerdeführerin den andern Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang gewähren. Im Bereich von Art. 11 Abs. 1 FMG sei die Beschwerdeführerin unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Sie sei damit verpflichtet, alle Anbieterinnen beim Zugang gleich zu behandeln.

Angesichts dieser klaren Vorgaben zu den Zugangsbestimmungen bestehe kein inhaltlicher Spielraum für Vertragsverhandlungen. Das Verhandlungsprimat bestimme lediglich den Verlauf des Preisfindungsprozesses. Vertragsbestimmungen, die den gesetzlichen Vorgaben widersprechen würden, seien widerrechtlich und als ungültig zu betrachten, der Gesetzgeber habe keine den (zwingenden) gesetzlichen Vorgaben vorgehende vertragliche Gestaltungsfreiheit vorgesehen. Die Wirkung einer Zugangsverfügung, mithin auch die Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, seien im Fernmelderecht gesetzlich geregelt.

Der Zweck der Bestimmungen zur Interkonnektion verlange, dass Zahlungen, die gestützt auf eine solche widerrechtliche Bestimmung geleistet worden seien, zurückerfordert werden könnten. Das Gesetz gestatte es der Beschwerdeführerin nicht, unter Ausnutzung ihrer Verhandlungsmacht höhere als kostendeckende Preise zu verlangen. Die Formulierung von Art. 11 FMG stelle klar, dass bezüglich der Gleichbehandlung keinerlei Ermessensspielraum der Beschwerdeführerin bestehe. Mit einer Zugangsverfügung der Vorinstanz würden für die betroffene Beurteilungsperiode die kostendeckenden Preise konkretisiert. Die Beschwerdeführerin dürfe sich nicht damit begnügen, allen Anbieterinnen ein gleichwertiges Angebot zu unterbreiten, sondern habe ihnen nach dem Gesetzeswortlaut diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren.

Diese Betrachtung entspreche auch einem allgemein anerkannten Grundsatz des Wettbewerbsrechts. Die auf Kosten der Konkurrentinnen eingetretene Bereicherung der marktmächtigen Beschwerdeführerin sei auszugleichen. Dieser wettbewerbsrechtliche Grundsatz habe auch im Bereich der sektorspezifischen Regelungen zu gelten. Das Bundesgericht habe denn auch festgehalten, die Drittwirkung von Interkonnektionsentscheiden entspreche dem Zweck des Fernmelderechts. Es seien im Übrigen keine Gründe ersichtlich, weshalb das Diskriminierungsverbot zu einer ex-nunc Drittwirkung, nicht aber zu einer rückwirkenden Drittwirkung führen solle.

Die rechtsgestaltende Verfügung der Vorinstanz lege die nicht diskriminierenden Bedingungen des Marktzugangs fest und korrigiere so gegebenenfalls ein rechtswidriges Angebot der Beschwerdeführerin. Die dabei festgelegten Preise hätten nicht nur zwischen den Parteien (inter partes) sondern gegenüber allen Anbieterinnen Wirkung. Es könnten nicht je nach Vertragspartnerin unterschiedliche Preise als kostendeckend gelten. Abweichende

Vereinbarungen verstiesse gegen zwingendes Recht und seien nichtig.

7.4 Im Hinblick auf die Beurteilung der vorstehend aufgeworfenen Fragen sind zunächst die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien und ihre praktischen Auswirkungen zu klären.

Die Beschwerdeführerin vereinbarte mit der Beschwerdegegnerin in zwei der drei vorliegend zu beurteilenden Zugangsverfahren eine rückwirkende Drittwirkungsklausel, im dritten Verfahren beantragte sie die Verfügung einer gleichlautenden Klausel durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz hob die vertraglich vereinbarten Klauseln auf bzw. verweigerte den Erlass einer solchen mit der Begründung, die rückwirkende Drittwirkung ergebe sich aus dem zwingenden Gesetzesrecht und sei einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich. Die Beschwerdegegnerin vertritt ebenfalls die Auffassung, eine rückwirkende Drittwirkung ergebe sich direkt aus dem Gesetz.

Es besteht damit zwischen den Parteien zunächst Einigkeit, dass im vorliegend umstrittenen Zugangsverhältnis eine rückwirkende Drittwirkung von in Drittverfahren ergangenen Entscheiden der Vorinstanz gelten soll. Umstritten ist jedoch, ob diese rückwirkende Drittwirkung bereits von Gesetzes wegen gilt, oder ob diese lediglich im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen begründet wird. Weiter ist umstritten, ob eine allfällige im Gesetz begründete Drittwirkung die Vorinstanz berechtigt, den Erlass der beantragten Klausel zu verweigern bzw. die vereinbarten Drittwirkungsklauseln aufzuheben. Damit einher geht die Frage, ob eine fehlende oder gegen die gesetzliche Ordnung verstossende Regelung der Drittwirkung durch die Vorinstanz oder im Rahmen von zivilrechtlichen Rückforderungsverfahren Dritter durch den Zivilrichter festzustellen ist.

7.4.1 Nachdem die Beschwerdeführerin sowohl nach ihrer Auffassung als auch nach jener der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zur Rückerstattung von zu viel bezahlten Beträgen verpflichtet und nur die rechtliche Grundlage einer Rückzahlungspflicht umstritten ist, stellt sich zunächst die Frage der Zulässigkeit des entsprechenden Rechtsbegehrens. Beschwerdeberechtigt ist gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG, wer - neben anderen Voraussetzungen - ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Praxisgemäss wird das Rechtsschutzinteresse immer dann verneint, wenn rein theoretische Probleme zur Diskussion gestellt werden oder sich eine Beschwerde nur gegen die Begründung einer angefochtenen Verfügung richtet, ohne dass eine die Beschwerdeführerin entlastende oder begünstigende Änderung des Dispositivs verlangt wird (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 48 N 16).

7.4.2 Die Klärung der vorliegend umstrittenen Fragen hat indessen zum einen Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen zu anderen Anbieterinnen. Wird erkannt, das Fernmeldegesetz sehe eine direkte rückwirkende Drittwirkung zwingend vor, wäre der Weg für zivilrechtliche Rückforderungsklagen Dritter bereits gestützt auf die rechtsgestaltende Verfügung der Vorinstanz offen, auch wenn Dritte in ihren Zugangsvereinbarungen mit

der Beschwerdeführerin keine oder keine rückwirkenden Drittwirkungsklauseln hätten. Andernfalls müsste eine FDA bei Fehlen einer Drittwirkungsklausel für eine Rückforderung eine zivilrechtliche Ungültigkeit der vereinbarten Preise und die (ebenfalls nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu bestimmenden) Voraussetzungen einer Rückforderung nachweisen.

Zum andern ist das Mass der Vertragsfreiheit bzw. der Umfang der Verhandlungsfreiheit umstritten, welche den Parteien bei der Regelung der Zugangsverhältnisse zukommt.

Schliesslich unterscheidet sich die von der Beschwerdeführerin verlangte Drittwirkungsklausel hinsichtlich zeitlicher Begrenzung, Beidseitigkeit und Verzinsung von der Konzeption einer gesetzlichen Drittwirkung im Sinne der Vorinstanz.

7.5 Ein praktisches Interesse an der Beurteilung der Anträge betreffend die Drittwirkungsklausel ist damit zu bejahen. Die Beschwerdeführerin erscheint auch in Bezug auf die Drittwirkungsklausel als beschwerdeberechtigt.

7.6 Es ist damit als erstes abzuklären, ob den Entscheidungen der Vorinstanz in Zugangsverfahren gemäss Art. 11a FMG von Gesetzes wegen eine Drittwirkung zukommt. Wird dies bejaht, stellt sich weiter die Frage, ob diese ab dem Zeitpunkt des Entscheids gilt oder ob sie Rückwirkung auf den ganzen vom Zugangsgesuch betroffenen Zeitraum hat. In einem dritten Schritt ist sodann gegebenenfalls zu prüfen, ob eine allfällige gesetzliche Drittwirkung die Vereinbarung vertraglicher Drittwirkungsklauseln ausschliesst bzw. die Vorinstanz berechtigt, solche Vereinbarungen aufzuheben.

8.

8.1 Zunächst scheint es ungewöhnlich, dass eine Verfügung gemäss Auffassung der Vorinstanz Auswirkungen auf am Verfahren nicht beteiligte Dritte haben soll. Es ist daher vorab zu prüfen, ob eine Drittwirkung von Verfügungen verfahrensrechtlich zulässig ist.

8.1.1 Die Vorinstanz regelt die Bedingungen des Zugangs in Form einer Verfügung. Verfügungen sind gemäss Art. 5 VwVG Anordnungen von Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und namentlich die Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten zum Inhalt haben. Mit Verfügungen werden in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten eines bestimmten Privaten begründet, geändert oder aufgehoben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 862). Dieser verwaltungsrechtliche Grundsatz allein schliesst aber nicht aus, dass Verfügungen Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten können. So werden beispielsweise durch Entscheide in bau- und planungsrechtlichen Verfahren regelmässig Nachbarrechte betroffen, Gesamtarbeitsverträge allgemeingültig (Art. 4 des Bundesgesetzes vom 28. September 1958 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [SR 221.215.311]) oder genehmigungsbedürftige Tarife für jedermann anwendbar erklärt (vgl. z.B. Art. 46 i.V.m. Art. 59 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1]).

8.1.2 Zu beachten ist aber, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG) verlangt, dass Personen, deren Rechte und Pflichten durch eine Verfügung berührt werden, die Möglichkeit erhalten, sich zu äussern (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 Rz. 32). Lediglich bei ausschliesslich begünstigenden Verfügungen kann die Anhörung unterbleiben (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30 Rz. 60). Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt indessen nicht zwingend zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit der Verfügung (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 29 Rz. 105).

8.1.3 Eine Drittwirkung der Entscheide ist damit zumindest aus verfahrensrechtlicher Sicht grundsätzlich denkbar, zumal es im vorliegenden Zusammenhang um preissenkende bzw. begünstigende Verfügungen geht.

8.2 Die Wirkung einer Verfügung - d.h. auch die Frage, ob und wie sie sich auf Dritte auswirkt - bestimmt sich nach dem anwendbaren materiellen Recht.

Der im vorliegenden Verfahren umstrittene Begriff der Drittwirkung findet sich in den einschlägigen Bestimmungen des Fernmelderechts nicht. Die Art. 11 ff. FMG äussern sich nicht ausdrücklich zur Frage, ob und wie sich Verfügungen der Vorinstanz in diesem Bereich auf die Rechte Dritter auswirken.

8.2.1 Art. 11 Abs. 1 FMG verlangt, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Es ist nun zu prüfen, ob das Diskriminierungsverbot - wie von der Vorinstanz angenommen - dazu führt, dass eine behördliche Preisfestsetzung von Gesetzes wegen zu einer Anpassung der von der Beschwerdeführerin mit Dritten geschlossenen Verträge führt.

8.2.2 Das Diskriminierungsverbot kann - wenn ihm Vorrang vor der Vertragsautonomie zugebilligt wird - rechtlich auf verschiedene Weise umgesetzt werden. Einerseits können die Preise direkt für alle Beteiligten - gewissermassen tarifartig - festgelegt werden. Die auf diese Weise festgesetzten Preise würden unmittelbar für alle Beteiligten gelten und die Frage einer allfälligen Rückwirkung wäre anhand der zugrunde liegenden Bestimmungen zu klären. Indem die Vorinstanz geltend macht, sobald sie von einer Partei angerufen werde, beanspruchten ihre Verfügungen die gleiche Durchschlagskraft wie die von Behörden der Europäischen Union (EU) getroffenen ex-ante Regelungen, scheint sie dieser Konzeption einer direkten Drittwirkung zu folgen.

Es kann aber auch - im Sinne einer indirekten Drittwirkung - davon ausgegangen werden, dass eine Festsetzung der Preise durch die Vorinstanz direkt nur die Parteien des Zugangsverfahrens betrifft. Die Festsetzung der kostenorientierten Preise würde dazu führen, dass die mit Dritten vereinbarten höheren Preise diskriminierend und damit gegebenenfalls widerrechtlich, mithin gemäss Art. 20 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) nichtig wären. Dies wäre durch die betroffenen Dritten auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen (Art. 11b FMG). Die Entscheide der Vorinstanz würden sich damit lediglich indirekt auf die Ver-

tragsverhältnisse mit Dritten auswirken. Die Voraussetzungen und der Umfang von Ansprüchen der Parteien aus dem Diskriminierungsverbot wären demnach zivilrechtlicher Natur und durch den Zivilrichter zu beurteilen.

9.

9.1

9.1.1 Rechtsprechung und Lehre zu Art. 11 FMG lassen keine abschliessende Beurteilung der Drittwirkung der Entscheide der Vorinstanz zu. In BGE 132 II 284 E. 6.4 hatte das Bundesgericht eine von der ComCom verfügte rückwirkende Drittwirkungsklausel zu beurteilen. Das Bundesgericht hielt darin fest, eine solche Rückwirkungsklausel entspreche durchaus dem Gesetz und liege im öffentlichen Interesse. Aufgrund des Gebots der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG sei die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, allen Konkurrentinnen dieselben Interkonnectionsbedingungen zu gewähren. Kleinere Interkonnectionspartner seien nicht ohne weiteres in der Lage, selbst ein aufwendiges Interkonnectionsverfahren zu führen, und darauf angewiesen, sich zeitgerecht dem Ergebnis der Interkonnectionsstreitigkeiten grösserer Konkurrenten anschliessen zu können. Gleichzeitig verringere eine Rückwirkungsklausel den Anreiz, Interkonnectionsverfahren aus finanziellen bzw. wettbewerbspolitischen Gründen zu verzögern.

Weiter führte das Bundesgericht aus, wenn die Rückwirkungsklausel im Sinne der Nichtdiskriminierung allen Interkonnectionspartnern einer marktbeherrschenden Anbieterin gewährt werde, sei damit für eine möglichst zeitige Umsetzung des Prinzips des funktionierenden Wettbewerbs unter vergleichbaren Bedingungen für alle Marktteilnehmer gesorgt. Dies entspreche der Zwecksetzung der Rechtsordnung, was auch die damit verbundene (indirekte) Drittwirkung des Interkonnectionsentscheides auf andere Interkonnectionsverhältnisse rechtfertige.

Schliesslich sei nicht ersichtlich, weshalb dadurch das Verhandlungsprimat nach Art. 11 Abs. 3 FMG in Frage gestellt sei bzw. inwiefern dadurch eine ex-ante-Regulierung eingeführt werden sollte. Die strittige Rückwirkungsklausel bringe keine (prozessualen) Abweichungen von den entsprechenden Verfahrensbestimmungen mit sich (BGE 132 II 284 E. 6.4).

9.1.2 Die Literatur zum Fernmelderecht äussert sich zur Frage der Drittwirkung unterschiedlich. So wird ausgeführt, die in Zugangsverfahren festgelegten Bedingungen müssten aufgrund des Diskriminierungsverbots ex-nunc an die nicht an der Streitigkeit beteiligten Nachfragerinnen weitergegeben werden (PETER FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil I, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 157).

CLEMENS VON ZEDTWITZ (Interkonnection von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 204) vertritt unter Hinweis auf Fischer/Sidler, a.a.O., ebenfalls die Auffassung, die Entscheidungen der Vorinstanz wirkten sich auf Vertragsverhältnisse mit Dritten ex nunc aus. In einem Artikel in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) vom 4. Oktober 2006 (Die Swisscom im Visier der Konkur-

renz - Zur „indirekten Drittwirkung von Interkonnections-Entscheiden“) führt CLEMENS VON ZEDTWITZ aus, die ComCom könne die bereits festgelegten Interkonnectionspreise auch für andere Interkonnectionspartner der Beschwerdeführerin verfügen, dies aber nur im Rahmen eines neuen Zugangsverfahrens mit Wirkung für die Zeit ab Verhandlungsbeginn. Er hält jedoch fest, dass dies die Rückforderung von zu viel bezahlten Beträgen auf dem Zivilrechtsweg nicht ausschliesse. Eine Preisdiskriminierung gegenüber den nicht am Verfahren beteiligten Anbietern stelle eine unzulässige Verhaltensweise dar, die rückwirkende Schadenersatz- und Gewinnherausgabeansprüche begründe. Diesen Ansprüchen könne sich die Beschwerdeführerin nicht unter Berufung auf kartellrechtswidrige Abmachungen entziehen.

MATTHIAS AMGWERD (Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, S. 142 Rz. 308) vertritt die Ansicht, es sei von einer ex-nunc Drittwirkung des Entscheides zwischen den Parteien des Verfahrens, aber von einer Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung auszugehen. Er hält dazu fest, eine Rückwirkung im Sinne eines Rückforderungsrechts sei unter zivilrechtlichen Titeln auch ohne entsprechende Vertragsklausel nicht ausgeschlossen. Es sei aber festzuhalten, dass in BGE 132 II 284 E. 6.4 lediglich eine Vertragsklausel beurteilt, nicht aber ein direkter Anspruch Dritter begründet worden sei.

9.1.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht in BGE 132 II 284 E. 6.4 zwar eine rückwirkende Drittwirkungsklausel als dem Gesetzeszweck entsprechend beurteilt, sich aber nicht dazu geäussert hat, ob sich eine solche Drittwirkung aus dem Gesetz selbst oder nur aufgrund allfälliger vertraglicher Vereinbarungen ergibt. In der Literatur wird lediglich von einer Drittwirkung ex nunc ausgegangen, ohne dass sich die Autoren dazu äussern, ob diese von Gesetzes wegen direkt aufgrund einer sich auf die Verträge mit Dritten auswirkenden rechtsgestaltenden Verfügung der Vorinstanz folgt oder ob die Drittwirkung im Rahmen von Neuverhandlungen bzw. auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen ist.

9.2 Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, dass eine Drittwirkung von Gesetzes wegen gelte, auf das Gebot, nichtdiskriminierende Preise zu gewähren. Es ist damit durch Auslegung der Gehalt des Begriffs der Diskriminierung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG festzustellen.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahe legen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein

auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 131 II 697 E. 4.1).

9.3 Art. 11 Abs. 1 FMG verlangt, dass eine marktbeherrschende Anbieterin den übrigen FDA auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang gewährt.

9.3.1 Diskriminierung bezeichnet eine Herabsetzung, Herabwürdigung oder ungleiche Behandlung (PETER METZGER, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch, Nachdruck Basel 2005, S. 143).

In der Volkswirtschaftslehre findet der Begriff der Diskriminierung namentlich im Zusammenhang mit der Preisgestaltung Anwendung. Eine Preisdiskriminierung liegt vor, wenn ein Unternehmen für gleiche oder gleichartige Produkte unterschiedliche Preise verlangt, die sich nicht durch sachliche Rechtfertigungsgründe (z.B. durch Kostenunterschiede) begründen lassen und wenn Handelspartner dadurch im Wettbewerb benachteiligt werden (BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Eric Homburger/Bruno Schmidhauser/Franz HOFFET/PATRICK DUCREY [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Art. 7 Abs. 2 KG, Rz. 112).

Der Wortlaut der Bestimmung allein beantwortet die Frage, wieweit sich eine behördliche Festsetzung der Preise auf Vertragsverhältnisse mit Dritten auswirkt, nicht.

9.3.2 Im Sinne einer historischen Auslegung ist der Sinn der Bestimmung zu ermitteln, wie er ihr im Gesetzgebungsverfahren beigemessen wurde. Dem historischen Willen des Gesetzgebers, wie er anhand der Materialien der gesetzgeberischen Vorarbeiten zu ermitteln ist, kommt gerade bei verhältnismässig jungen Gesetzen, wie dem vorliegenden, eine erhebliche Bedeutung zu. Er ist bei der Ermittlung des Gesetzeszwecks zu berücksichtigen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 218). Der Bundesrat äussert sich in der Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes (BBl 2003 7951 ff., S. 8002) - im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit des vorgeschlagenen Regulierungsverfahrens mit dem europäischen Recht - zur Wirkung der Entscheide der ComCom. Er führt aus, diese dürfe die Bedingungen der Interkonnektion nur dann festlegen, wenn die Parteien auf dem Verhandlungsweg keine Einigung erzielt hätten. Die Vertragsfreiheit gehe dem behördlichen Eingriff vor, zumal auch während des Instruktionsverfahrens noch versucht werden soll, zwischen den Parteien zu vermitteln. Weiter wird ausgeführt, der Nachteil dieses Systems liege darin, dass die Interkonnektionsbedingungen erst nach Ablauf von mehrjährigen Verfahren feststünden und nur zwischen den an diesen Verfahren beteiligten Parteien gelten würden. Der Bundesrat ging damit davon aus, dass die Entscheide der ComCom zumindest keine direkte Drittwirkung entfalten. Der revidierte Art. 11 FMG wurde, soweit vorliegend relevant, in den parlamentarischen Beratungen diskussionslos übernommen.

9.3.3 Weiter ist der Gehalt von Art. 11 FMG aufgrund von Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln (teleologische Auslegungsmethode). Grundgedanke des FMG ist die Liberalisierung des Fernmeldemarktes bzw. die Er-

möglichung wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Das gleiche Ziel verfolgt auch das allgemeine Wettbewerbsrecht gemäss KG. Es ist damit zu prüfen, inwiefern sich die Zwecksetzung der Regulierung des FMG von derjenigen des KG unterscheidet und welche Folgen dies auf die Modalitäten der Zugangsregulierung hat.

9.3.3.1 Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verbietet marktmächtigen Unternehmen die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder andern Geschäftsbedingungen. Es ist zu prüfen, ob und wieweit sich das Diskriminierungsverbot des allgemeinen Wettbewerbsrechts mit dem vorliegend zu beurteilenden sektorspezifischen Diskriminierungsverbot gleichsetzen lässt.

Eine unzulässige Preisdiskriminierung liegt dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen von seinen Kunden ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Preise verlangt (Peter Reinert in: Kartellgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Art. 7 N 18). Das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot alleine würde im vorliegenden Fall mithin nicht zwingend verlangen, allen FDA die gleichen Preise zu offerieren. Es verlangt lediglich, dass Differenzierungen nur getroffen werden, sofern sie wirtschaftlich gerechtfertigt sind.

9.3.3.2 Das Kartellrecht sieht keine behördliche Festsetzung von Preisen im Rahmen eines Regulierungsverfahrens wie in Art. 11a FMG vor. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots oder die Durchsetzung überhöhter Preise kann zwar ebenfalls in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren vor der WEKO geltend gemacht werden. Stellt die WEKO ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 KG fest, erlässt sie indessen keine privatrechtsgestaltende Verfügung, sondern verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin unter Androhung von Sanktionen zu wettbewerbskonformem Verhalten. Eine solche Anordnung wirkt ex nunc, für eine rückwirkende Änderung der Verhältnisse sind die Parteien auf den Zivilrechtsweg verwiesen (MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 163 f.). Die Feststellung der Widerrechtlichkeit im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren ist in einem nachgelagerten Zivilprozess grundsätzlich verbindlich (ANNE-CATHERINE HAHN, Kartellrecht, Handkommentar, a.a.O., Art. 12 N 7). Die zivilrechtlichen Folgen einer festgestellten kartellrechtlichen Unzulässigkeit sind im KG nicht klar geregelt, nach herrschender Meinung ist davon auszugehen, dass unzulässige Vereinbarungen automatisch als widerrechtlich und damit als ex tunc nichtig zu qualifizieren sind (Hahn, a.a.O., Art. 1 N 21 mit Hinweisen).

Zivilrechtliche Ansprüche können - bei gegebenen Voraussetzungen - in Form von Rückerstattungsansprüchen nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 61 ff. OR, vgl. dazu Hahn, a.a.O., Art. 12 N 25), Schadenersatz und Genugtuung gemäss Art. 41 ff. und Art. 49 OR (Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG; Hahn, a.a.O., Art. 12 N 35) sowie Herausgabe eines unrechtmässigen Gewinns gemäss Art. 423 Abs. 1 OR (Art. 12 Abs. 1 Bst. c KG; Hahn, a.a.O., Art. 12 N 47 ff.) geltend gemacht werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten im Kartellrecht nur teilweise mit der Konzeption der fernmelderechtlichen Regulierung vergleichbar sind, das Kartellrecht keine direkte Drittwirkung im von der Vorinstanz für das Fernmelderecht angenommenen Sinne kennt, die Verfügungen der WEKO jedoch durch ihre Verbindlichkeit für die Zivilgerichte eine indirekte Drittwirkung entfalten.

9.3.3.3 Das KG geht vom Grundsatz funktionierender Märkte aus, in denen der Missbrauch von Marktmacht zu verhindern ist. Demgegenüber sind die Wettbewerbsregeln des FMG auf eine Situation abgestimmt, in der eine frühere Monopolsituation in einen liberalisierten Markt überführt werden und eine Wettbewerbssituation erst geschaffen werden soll. Vor diesem Hintergrund sind die Unterschiede zwischen den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts und den sektorspezifischen Regulierungsbedingungen zu sehen.

Aufgrund der notwendigen Regulierung wurde durch Art. 11 FMG ein rasches und wirksames Zugangsverfahren geschaffen, welches den Anbieterinnen unter erleichterten Bedingungen ein Zugangsrecht verschafft. So wird im Fernmelderecht für eine behördliche Intervention weder verlangt, dass der Zugang missbräuchlich verweigert wird, noch ist der Ausschluss von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt nachzuweisen. Schliesslich lässt Art. 11 FMG keine Rechtfertigung der Zugangsverweigerung aus sachlichen Gründen zu. In prozessualer bzw. institutioneller Hinsicht ist die Besonderheit des Zugangsverfahrens gemäss FMG darin zu sehen, dass eine Fachbehörde mit der Untersuchung betraut ist und der Rechtsmittelweg verkürzt wurde (AMGWERD, a.a.O., S. 253 f.). Im Gegensatz zum Kartellverfahren gilt aber im Verfahren nach Art. 11 FMG - vorbehaltlich der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens gemäss Art. 71 FDV - der Dispositionsgrundsatz (AMGWERD, a.a.O., S. 172).

Auch der Liberalisierungszweck des Fernmeldegesetzes bietet aber keinen flächendeckenden Schutz für die Konkurrentinnen der Beschwerdeführerin, sondern lediglich punktuelle Erleichterungen, für die ein genügend gewichtiges Interesse besteht (VON ZEDTWITZ, Interkonexion, a.a.O., S. 249).

9.3.3.4 Das fernmelderechtliche Diskriminierungsverbot verlangt, dass allen Anbieterinnen die Zugangsdienstleistungen zu den gleichen Konditionen angeboten werden. Betroffen sind dabei nicht nur die Preise, sondern sämtliche relevanten Geschäftsbedingungen (AMGWERD, a.a.O., S. 140). Gemäss Art. 52 Abs. 1 und 2 FDV gewährt die marktbeherrschende Anbieterin anderen FDA den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten sowie zu den dazugehörigen Informationen auf nichtdiskriminierende Weise. Insbesondere darf keine andere FDA schlechter gestellt werden als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Eine darüber hinaus gehende Tragweite des Diskriminierungsverbots im Sinne einer direkten, rückwirkenden Drittwirkung kann aber weder aus dem Liberalisierungszweck des Gesetzes noch aus der Umschreibung von Art. 52 Abs. 1 und 2 FDV abgeleitet werden. Da der historische Gesetzgeber davon ausging, die Zugangsverfügungen hätten keine direkte

Drittwirkung, könnte eine solche nur angenommen werden, wenn dies die andern Auslegungselemente mit hinreichender Klarheit nahelegen würden. Dies ist nicht der Fall. Zwar entspricht eine (vertraglich vereinbarte) rückwirkende Drittwirkung zweifellos dem Zweck des Gesetzes (BGE 132 II 284 E. 6.4), es folgt aber aus dem Gesetzeszweck nicht, dass eine direkte, rückwirkende Drittwirkung bereits von Gesetzes wegen gilt.

9.3.4 Die Beschwerdeführerin verweist auf gegenwärtig hängige Bestrebungen auf politischer Ebene, der Vorinstanz das Recht zuzugestehen, ex-officio einzuschreiten. Aus diesen Bestrebungen kann indessen im vorliegenden Zusammenhang nichts geschlossen werden, geht es doch hier nicht um die Frage, ob die Vorinstanz berechtigt ist, von Amtes wegen tätig zu werden, sondern um die Frage, wie sich eine auf Antrag einer FDA getroffene Regelung auswirkt.

9.3.5 Schliesslich ist der Systematik der Zugangsordnung gemäss Art. 11 bis 11b FMG Rechnung zu tragen. Das Zugangssystem sieht vor, dass die Parteien zunächst auf dem Verhandlungsweg die Bedingungen vereinbaren. Erst wenn dies nicht gelingt, verfügt die ComCom die Zugangsbedingungen auf Gesuch hin. Die Verfügung hat privatrechtsgestaltende Wirkung. Die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschieht gemäss Art. 11b FMG allerdings auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz kommt nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu.

9.3.6 In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob dieses Auslegungsergebnis mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Es ist zu prüfen, wie weit der verfassungsrechtliche Diskriminierungsbegriff für das vorliegende Verhältnis massgebend ist. Art. 8 Abs. 2 BV bestimmt, niemand dürfe diskriminiert werden. Diesem Diskriminierungsverbot wird in gewissen Bereichen, so namentlich wenn ein Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen eine den Markt massgeblich beeinflussende Stellung hat, eine Horizontalwirkung zugesprochen. Dies bedeutet, dass das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV sich in diesen Bereichen auch auf das Verhältnis zwischen Privaten auswirkt. Zum Schutz der diskriminierungsfreien Behandlung der Nachfrager kann eine Pflicht des Anbieters bestehen, mit diesen einen Vertrag einzugehen (Kontrahierungszwang). Art. 11 FMG ist Ausdruck einer solchen horizontalen Wirkung des Diskriminierungsverbots (JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S.707 f.).

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot verbietet es einerseits, Differenzierungen an Merkmale wie Rasse oder Geschlecht anzuknüpfen. Dieser Teilgehalt des Verbots ist vorliegend nicht angesprochen. Andererseits gilt es als diskriminierend, Einzelne oder Personengruppen, die - etwa aufgrund vergangener gesellschaftlicher Erfahrungen - eines erhöhten verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen, zu benachteiligen. Personen, bei denen kein solches erhöhtes Schutzbedürfnis vorliegt, sind nicht durch das Diskriminierungsverbot,

sondern lediglich durch des Gleichbehandlungsgebot geschützt.

Zwar dürfte aufgrund der historisch gewachsenen Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin ein besonderes Schutzbedürfnis der Konkurrentinnen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV zu bejahen sein. Im Hinblick auf die Frage, ob aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 11 FMG eine direkte Drittwirkung abzuleiten ist, lassen sich aus Art. 8 Abs. 2 BV jedoch keine Schlüsse ziehen.

9.3.7 Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung ist weiter den Grundrechten, so namentlich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), Rechnung zu tragen. Bei der Pflicht zur Zugangsgewährung handelt es sich um einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin und sie bedarf einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein hat, dass sie den FDA ermöglicht, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu welchen Bedingungen zu erbringen sind (BGE 131 II 13 E. 6.4.3 und E. 6.5.2, Entscheid des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 7a). Die Wirkung der Verfügungen der Vorinstanz auf Drittverhältnisse ist im Gesetz zumindest nicht klar geregelt. Diese Unschärfe der gesetzlichen Regelung spricht zwar nicht zwingend gegen die Bejahung einer Drittwirkung, sie darf aber im Lichte der Wirtschaftsfreiheit auch nicht als Freiraum für die Vorinstanz gewürdigt werden. Entscheidend ist vielmehr der Sinn der gesetzlichen Regelung, welcher sich aus einer umfassenden Auslegung ergibt (vgl. zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für eine Interkonnektionspflicht den Entscheid des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 7a).

9.3.8 Weiter ist zu prüfen, ob sich Vorgaben zu den Modalitäten der Zugangsregulierung aus dem internationalen Recht entnehmen lassen. Das Recht der Europäischen Union entfaltet keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. Da die Revision des Fernmeldegesetzes aber unter anderem - im Hinblick auf Beteiligungen und Tätigkeiten schweizerischer Unternehmungen im Fernmeldemarkt der Europäischen Union - eine Anpassung des nationalen Rechts an die Liberalisierungsvorgaben der Europäischen Union bezweckte (BBl 1996 III 1411 f.), lässt sich deren Rechtsordnung als Auslegungshilfe beiziehen (Entscheid des Bundesgerichtes 2A.503/2002 vom 3. Oktober 2001 E. 9a). Auch im Rahmen der Revision von Art. 11 FMG im Jahr 2007 wurde das Zugangsverfahren den in der Europäischen Union (EU) geltenden Regeln angenähert, ohne diese jedoch zu übernehmen. Vielmehr wurde in der Revision bewusst ein von den Verhältnissen in der EU abweichendes Regulierungssystem geschaffen (Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [BBl 2003 7951 ff., S. 8002]). Da sich der Gesetzgeber bewusst für eine im fraglichen Punkt vom System der EU abweichende Ordnung entschieden hat, kann die Zugangsregulierung der EU in dieser Frage nicht als Auslegungshilfe beigezogen werden. Eine Übernahme der einschlägigen EU-Bestimmungen (namentlich der Verordnung [EG] Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Ra-

tes vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung [Zugangsrichtlinie], der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste [Rahmenrichtlinie] und der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten [Universaldienstrichtlinie]) erfolgte im Übrigen auch nicht im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU.

9.3.9 Regelungen des Zugangs zum Fernmeldemarkt enthält ferner das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (Anhang 1.B zum WTO-Abkommen, so genanntes GATS - General Agreement on Trade in Services; in SR 0.632.20, S. 312 ff.). Das Abkommen und sein „Anhang über Telekommunikation“ (ebenfalls in SR 0.632.20, S. 350 ff.) bezwecken namentlich die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbietern (im Sinne der so genannten Meistbegünstigung [unter Anbietern verschiedener ausländischer Signatarstaaten] und der so genannten Inländerbehandlung [im Vergleich mit inländischen Unternehmungen]; vgl. insbes. Art. II und XVII des GATS-Abkommens). Ob und wie weit die Bestimmungen dieses Staatsvertrags im schweizerischen Recht direkt anwendbar sind und auch in reinen Binnenverhältnissen Geltung beanspruchen, ist ungeklärt (Entscheid des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 9c; Lukas Engelberger, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz, Bern 2004, S. 11 f.). Zu berücksichtigen sind die Bestimmungen zumindest im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung der Bestimmungen des Landesrechts (Art. 5 Abs. 3 und 4 BV, PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern, 2. Aufl. 2007, § 9 Rz. 36ff.).

Ziff. 5 Bst. a des „Anhangs über die Telekommunikation“ verpflichtet die Vertragsstaaten, jedem Dienstleistungserbringer eines anderen Mitglieds zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen das Recht auf Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und -dienstleistungen. Eine weitergehende Umschreibung, welchen Anforderungen die nichtdiskriminierenden Bedingungen zu genügen haben, findet sich in den Vertragswerken der WTO nicht.

9.3.10 Aus dem Gesagten wird klar, dass das Diskriminierungsverbot die gleichen Bedingungen für alle FDA fordert. Dabei sind keine Gründe für eine Einschränkung auf die in Zukunft zu bezahlenden Preise erkennbar. Aus dem Diskriminierungsverbot kann aber nicht abgeleitet werden, das Gesetz sehe eine direkte Drittwirkung der Verfügungen der Vorinstanz vor. Vielmehr ist die Nichtdiskriminierung auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Ob und wie weit aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden können, ist damit eine Frage des Zivilrechts. Rückforderungsansprüche beurteilen sich nach den zivilrechtlichen Grundsätzen und können - bei gegebenen Voraussetzungen - namentlich auf Ansprüche

aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung gestützt werden.

Unter diesen Umständen ist - zumindest soweit dadurch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung nicht eingeschränkt wird - nicht einzusehen, weshalb kein Raum für eine vertragliche Regelung der Rückforderungsansprüche im Sinne einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel bestehen soll. Eine Rückwirkungsklausel entspricht, sofern sie im Sinne der Nichtdiskriminierung allen Interkonnectionspartnerinnen der Beschwerdeführerin gewährt wird, der Zwecksetzung der Rechtsordnung (BGE 132 II 284 E. 6.4). Soweit auf dem Verhandlungsweg keine Einigung über die Rückforderungsmodalitäten erzielt werden konnte, sind diese auf Antrag einer Partei nach markt- und branchenüblichen Kriterien hin zu verfügen. Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als begründet.

10.

Weiter ist zu prüfen, wie sich dieses Ergebnis auf die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der angefochtenen Verfügungen auswirkt. Zunächst ist auf das IC-Verfahren einzugehen. Die Parteien haben im IC-Verfahren keine Rückwirkungsklausel vereinbart, sondern diese Frage als strittigen Punkt aufgeführt. Die Beschwerdegegnerin hat als Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren in ihrer ergänzenden Eingabe vom 22. Februar 2008 beantragt, folgende Klausel zu verfügen:

„Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren auf Begehren eines Dritten in einem rechtskräftigen Endentscheid die Preise bezüglich einer oder mehrerer Dienstleistungen einer Partei festsetzen, so hat die andere Partei das Recht, die entsprechenden Dienstleistungen zu den festgesetzten Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise zu beziehen.“

Die Beschwerdeführerin ersucht im Beschwerdeverfahren ebenfalls um Verfügung einer rückwirkenden Drittwirkungsklausel. Sie stellt den Antrag, die folgende, in ihren Standardverträgen mit andern FDA mehrheitlich verwendete Formulierung zu verwenden:

„Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen der Swisscom und einem Dritten die ab 1. April 2004 geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zu einem Basissatz CHF-LIBOR sechs Monate verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet.“

10.1

10.1.1 Für die Regelung der Wirkung von Verfügungen der Vorinstanz in Verfahren mit Dritten sind verschiede-

ne Lösungen denkbar. So könnte die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens eine der von den Parteien beantragten Klauseln verfügen oder eine dritte, eigene Formulierung verwenden.

Bei der Festlegung der Nebenpunkte der Interkonnection hat die Vorinstanz - wie in BGE 132 II 284 E. 6.2 festgehalten - ein erhebliches Ermessen, da die Rechtsordnung praktisch keine Vorgaben enthält, ausser, dass sich ihre Festlegung an den Grundsätzen der Markt- und Branchenüblichkeit auszurichten hat. Angesichts dieses Spielraums kann die Vorinstanz bei der Beurteilung der Markt- und Branchenüblichkeit der Nebenbestimmungen neben der Häufigkeit und Beständigkeit einer bestimmten Regelung auch deren sachliche Rechtfertigung und Praktikabilität berücksichtigen. Darüber hinaus erscheint es zulässig, eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben und eine Regelung zu treffen, wie sie unter Vertragspartnern mit ähnlicher Verhandlungsmacht zu erwarten wäre (BGE 132 II 284 E. 6.3).

10.1.2 Die von den Parteien beantragten Klauseln unterscheiden sich in verschiedenen Punkten. So können nach der Formulierung der Beschwerdeführerin nur Entscheide der Vorinstanz in Verfahren, an denen die Beschwerdeführerin selbst beteiligt ist, zu einer Anpassung der vereinbarten oder verfügten Preise führen. Sie sieht zudem ausdrücklich Rück- und für den Fall einer Preiserhöhung Nachzahlungen vor. Weiter ist die Rückwirkung gemäss der Formulierung der Beschwerdeführerin zeitlich begrenzt. Schliesslich sieht die Klausel eine Verzinsung zu einem in der Klausel definierten Zinssatz vor (zur Verzinsung siehe unten E. 12).

10.1.3 Die Vorinstanz führt aus, bei der Festlegung einer Regelung sei nicht allein aufgrund der Häufigkeit und Beständigkeit einer Klausel von deren Marktüblichkeit auszugehen, sondern es sei vielmehr eine gewisse Vertragsgerechtigkeit herzustellen. Inhaltlich hält sie fest, theoretisch könne auch eine andere Anbieterin als die Beschwerdeführerin marktbeherrschend und damit von einem Zugangsverfahren betroffen sein. Die von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagene offenere Formulierung sei daher sachgerechter. Weiter vertritt sie die Auffassung, eine Preiserhöhung im Zugangsverfahren sei nicht statthaft.

10.1.4 Die Beschwerdegegnerin führt zunächst an, aus dem Umstand, dass die von der Beschwerdeführerin beantragte Klausel in einer Vielzahl von Verträgen mit Dritten vereinbart worden sei, könne angesichts der Marktmacht der Beschwerdeführerin nicht auf die Marktüblichkeit der Klausel geschlossen werden. Eine Nachzahlungspflicht sei nicht sachgerecht, da die Vorinstanz aus Gründen der Wettbewerbspolitik und der Verfahrensgerechtigkeit nie höhere Preise verfügen dürfe, als von der Beschwerdeführerin angeboten.

10.1.5 Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet, mit andern Worten entscheidet das Gericht bei Gutheissung der Beschwerde grundsätzlich selbst, statt sie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG, vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.191). Ausnahmsweise kann sich das Gericht auf die Kassation der angefochtenen Verfügung beschränken und die Angelegenheit an die Vorinstanz

zurückweisen. Dies ist unumgänglich, wenn die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig abgeklärt hat, das Vorliegen eines Tatbestandselements zu Unrecht verneint und die andern Elemente deshalb gar nicht geprüft hat. Eine Rückweisung erweist sich ferner als sachgerecht, wenn ein Ermessensentscheid im Streit liegt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz 3.195).

Ein reformatorischer Entscheid ist ausgeschlossen, wenn dieser den Rechtsmittelweg unzulässig verkürzen würde. Die Beschwerdeführenden haben Anspruch darauf, dass die über besondere Fachkenntnisse verfügende Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen ausschöpft und sie einen neuen Entscheid weiterziehen können. Dies gilt in besonderem Masse, wenn sich die Beschwerdeinstanz aufgrund des Charakters der Streitsache bei der Angemessenheitskontrolle eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (PHILIPPE WEISSENBERGER in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 61 N 17).

10.1.6 Bei der Beurteilung der Nebenbestimmungen der Interkonnektion hat die Vorinstanz einen grossen Ermessensspielraum, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat (BGE 132 II 284 E. 6.3). Dieser Ermessensspielraum besteht auch im Rahmen der inhaltlichen Festlegung der Drittwirkung von Entscheiden der ComCom.

Da die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung das Gesuch um Verfügung einer Drittwirkungsklausel abgewiesen hat, hat sie ihr diesbezügliches Ermessen nicht ausgeschöpft. Vor diesem Hintergrund wirkt sich die Abweisung des Antrags, eine Rückwirkungsklausel zu verfügen, faktisch aus wie ein Nichteintretensentscheid. Der Anspruch der Parteien auf Ausschöpfung des Ermessens und auf eine Rechtsmittelinstanz gebietet deshalb in diesem Punkt eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Den Interessen an einer Rückweisung stehen keine überwiegenden Interessen entgegen, dies zumal die Hauptfragen des Interkonnektionsgesuchs rechtskräftig beurteilt sind und die Vorinstanz den vorliegend strittigen Nebenpunkt ohne zeitraubende weitere Abklärungen wird entscheiden können.

Die von der Beschwerdeführerin beantragte Formulierung erweist sich zudem teilweise als unzulässig (zeitliche Beschränkung) und kann nicht bereits gestützt auf ihre Häufigkeit als markt- und branchenüblich betrachtet werden. Sie kann deshalb zumindest nicht ohne Prüfung allfälliger alternativer Fassungen der Klausel übernommen werden. Bei der Prüfung der Klausel auf ihre Sachgerechtigkeit, Markt- und Branchenüblichkeit sowie ihre Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb kommen der Vorinstanz besondere Fachkenntnisse zu. Sie hat sich weder im erstinstanzlichen noch im Beschwerdeverfahren zu alternativen Formulierungen geäussert. Das Bundesverwaltungsgericht hat unter diesen Umständen den Ermessensspielraum der Vorinstanz zu respektieren. Eine Formulierung der Drittwirkungsklausel durch das Bundesverwaltungsgericht im Sinne eines reformatorischen Entscheides erscheint auch deshalb unzulässig.

Die Beschwerde ist damit in diesem Punkt gutzuheissen, Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung im

IC-Verfahren ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückzuweisen.

10.1.7 Bei der Formulierung der Drittwirkungsklausel werden verschiedene Fragen zu beantworten sein, die bereits Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens waren und zu denen sich die Vorinstanz geäussert hat. Auf den Satz zur Verzinsung von Rückforderungen wird nachfolgend (E. 12) näher eingegangen, ebenso auf die für die Statuierung allfälliger Nachzahlungspflichten massgebende Frage, ob die Vorinstanz gegebenenfalls berechtigt (bzw. verpflichtet) ist, allfällige höhere kostenorientierte Preise zu verfügen, als von der Beschwerdeführerin offeriert wurden (E. 13).

Ebenfalls strittig ist die Frage, ob eine Rückwirkungsklausel zeitlich zu befristen wäre. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, eine rückwirkende Drittwirkungsklausel sei nur für eine Zeitspanne sinnvoll, für die tatsächlich die Möglichkeit bestehe, dass Preise in einem Zugangsverfahren mit Dritten festgelegt werden könnten. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, es sei theoretisch durchaus denkbar, dass sie in einem späteren Verfahren einen Sachverhalt anders beurteilen könnte, als in einem bereits abgeschlossenen früheren Verfahren. Aufgrund der gesetzlich zwingenden rückwirkenden Drittwirkung eines solchen Entscheides sei keine zeitliche Beschränkung der Rückwirkung vorzusehen.

In diesem Punkt kann den Argumenten der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden. Für eine Zeitspanne, für die keine Zugangsgesuche Dritter vorliegen, hat eine rückwirkende Drittwirkungsklausel keine praktischen Auswirkungen. Eine zeitliche Beschränkung erscheint damit als unnötig. Sollten dagegen in einem Verfahren mit Dritten, welches - aus welchen Gründen auch immer - im vorliegenden Verfahren nicht bekannt ist, rückwirkend Preise festgelegt werden, dürfte eine zeitliche Beschränkung der Drittwirkung mit dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar sein. Die von der Vorinstanz zu formulierende Drittwirkungsklausel ist daher zeitlich nicht zu beschränken.

10.2 In den Verfahren betreffend TAL und KOL haben die Parteien eine Drittwirkungsklausel vereinbart und keinen die Drittwirkung betreffenden Antrag gestellt. Die Vorinstanz hat die vereinbarten Drittwirkungsklauseln aufgehoben. Die Beschwerdeführerin bringt gegen diese Aufhebung der Drittwirkungsklauseln verfahrensrechtliche Argumente vor. Sie macht geltend, die Vorinstanz sei im Rahmen der Dispositionsmaxime nur soweit zur Regelung der Zugangsbedingungen zuständig, wie zwischen den Parteien Dissens herrsche. Eine Aufhebung der vereinbarten Klausel wäre deshalb bereits aus diesem Grund unzulässig.

10.2.1 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, dass sich die Parteien zunächst selber um eine einvernehmliche Lösung zu bemühen hätten. Da es sich bei der Drittwirkung um zwingendes öffentliches Recht handle, könne diese aber nicht parteiautonom vereinbart werden. Die Drittwirkungsklausel sei daher aufzuheben. Die Beschwerdeführerin macht geltend, wenn ein Zugangsgesuch gestellt werde, habe die Vorinstanz die Zugangsbedingungen von Amtes wegen festzulegen, sie sei dabei nicht an die Parteienanträge gebunden.

10.2.2 Gemäss Art. 11a FMG verfügt die Vorinstanz die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer der Parteien hin, wenn sich diese nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen. Wo sich die Parteien - wie vorliegend - über bestimmte Fragen geeinigt haben, besteht keine Zuständigkeit der Vorinstanz. Diese war deshalb nicht berechtigt, die einvernehmlich vereinbarten Drittwirkungsklauseln aufzuheben.

Daran würde auch nichts ändern, wenn die Drittwirkungsklauseln rechtswidrig oder - wie von der Vorinstanz geltend gemacht - unnötig wären. Der Vorinstanz kommt im vorliegenden Zusammenhang keine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsaufgabe zu. Eine allfällige Rechtswidrigkeit von Vertragsbedingungen wäre gemäss Art. 11b FMG auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. Festzuhalten ist zudem, dass die Vorinstanz auch keine Aufsichtsfunktion hat. Diese käme gemäss Art. 58 FMG dem BAKOM zu. Ob und wieweit das BAKOM als Aufsichtsbehörde befugt wäre, rechtswidrige Vertragsbestimmungen der FDA zu beanstanden, ist aufgrund des Gesagten fraglich, muss aber nicht im vorliegenden Verfahren geklärt werden.

10.2.3 Die Beschwerden (Antrag 5a der KOL-Beschwerde sowie Antrag 2a der TAL-Beschwerde) sind damit auch in diesem Punkt gutzuheissen und die Ziffer 4 des Dispositivs der Verfügung i.S. KOL sowie die Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung i.S. TAL sind aufzuheben.

10.3 Die Beschwerdeführerin macht letztlich auch geltend, die Vorinstanz habe eine Praxisänderung vorgenommen und sich zudem in Widerspruch zu BGE 132 II 284 gesetzt. Da die Anträge betreffend die Drittwirkungsklauseln - wie gezeigt - ohnehin gutzuheissen sind, ist auf diese Argumente nicht weiter einzugehen.

11.

Die Vorinstanz hat in Ziffer 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung im KOL-Verfahren die Rechtswidrigkeit verschiedener von der Beschwerdeführerin angebotenen Vertragsklauseln festgestellt und diese verpflichtet, diese Klauseln aus ihren Verträgen zu entfernen. Die Beschwerdeführerin beantragt nun, diese Ziffer durch eine Formulierung zu ersetzen, in der lediglich festgehalten werde, die betreffenden Klauseln des Standardvertrages Kollokation würden nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag aufgenommen. Damit bestreitet die Beschwerdeführerin das Recht der Vorinstanz, sie zu verpflichten, Klauseln aus Verträgen mit Dritten zu entfernen. Wie im Zusammenhang mit der Drittwirkungsklausel gezeigt, ist die Vorinstanz lediglich zur Regelung der Bedingungen des Zugangs in einem konkreten Vertragsverhältnis zwischen den Parteien des Verfahrens zuständig. Sie hat dagegen keine Aufsichtsfunktion im Sinne einer Prüfung der Rechtmässigkeit der mit Dritten abgeschlossenen Verträge. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt gutzuheissen und die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, die beanstandeten Klauseln aus Verträgen mit Dritten zu entfernen, ist aufzuheben.

Soweit die Vorinstanz die Klauseln im Vertragsverhältnis der Parteien aufgehoben hat, ist die Verfügung unange-

fochten geblieben. In diesem Rahmen wäre sie auch nicht zu beanstanden. Die Vertragsklauseln waren Gegenstand des Zugangsgesuchs der Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz war daher zur Beurteilung der Klauseln gemäss Art. 11a FMG zuständig. Die Anordnung von Ziff. 7, 2. Satz, des Dispositivs ist daher nicht ersatzlos aufzuheben, sondern es ist festzuhalten, dass die fraglichen Klauseln nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag aufgenommen werden.

Damit bleibt zu prüfen, ob auch die angefochtene Feststellung der Rechtswidrigkeit aufzuheben ist. Soweit die Feststellung nicht das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien betrifft, war die Vorinstanz - wie bereits gezeigt - nicht zur Prüfung der Rechtmässigkeit zuständig. Mit der vorgeschlagenen Neuformulierung des Dispositivs beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss, die Feststellung sei auch in Bezug auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufzuheben. Feststellungsverfügungen sind gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen subsidiär. Dies bedeutet, dass eine Feststellungsverfügung nur dann erlassen werden darf, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (BGE 132 V 257 E. 1 mit Hinweisen, Isabelle Häner, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 25 N 20). Das Gebot der Subsidiarität gilt auch, wenn eine Behörde im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben von sich aus eine Verfügung erlässt (BVGE 2009/9 E. 2.2, Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 230 ff., 239). Vorliegend stand der Vorinstanz die Möglichkeit offen, insofern gestaltend das Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zu regeln, als sie die strittigen Klauseln hätte für nicht anwendbar erklären können. Für eine darüber hinausgehende und offenbar in erster Linie auf Verträge mit Dritten bezogene Feststellung bleibt damit kein Raum. Die angefochtene Klausel des Dispositivs ist daher auch in diesem Punkt aufzuheben. Festzuhalten ist zudem, dass die Beschwerdegegnerin als Gesuchstellerin in den erstinstanzlichen Verfahren keine Feststellungsanträge gestellt hat. Die Vorinstanz hat mithin mit ihrer Feststellung auch die Dispositionsmaxime verletzt.

Die Beschwerde ist folglich ebenfalls gutzuheissen, soweit sie sich gegen die Feststellungsverfügung richtet und Ziffer 7 der KOL-Verfügung ist aufzuheben und durch die von der Beschwerdeführerin beantragte Formulierung zu ersetzen.

12.

12.1 Strittig ist weiter die Frage der Verzinsung allfälliger Rückzahlungen. Die Verzinsung von drittwirkungsbedingten Rückforderungen im Rahmen des IC-Verhältnisses wird von der Vorinstanz im Rahmen der Verfügung einer Drittwirkungsklausel zu regeln sein (E. 10.1.8). Die Verzinsung in den KOL- und TAL-Verfahren wird dagegen durch die einvernehmlich vereinbarten Drittwirkungsklauseln bestimmt (E. 10.2.3).

Zu beurteilen bleibt damit die Höhe des Zinssatzes für Rückzahlungen im KOL- und im TAL-Verfahren, die

durch Preisfestsetzungen „inter-partes“ geschuldet sind (Anträge 1a und 1b der TAL-Beschwerde und 4a und 4b der KOL-Beschwerde). Die Vorinstanz hat die Verzinsung basierend auf dem Satz CHF LIBOR 12 Monate zuzüglich eines Bonitätszuschlages von 1.3 % festgelegt.

12.2 Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Beschwerdegegnerin habe ihre Gesuche um Festsetzung eines Zinssatzes zurückgezogen. Indem sie trotzdem einen Zinssatz festgelegt habe, habe die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt. Weiter macht sie geltend eine Verzinsung von zu viel bezahlten Interkonnectionsgebühren sei im Gesetz nicht geregelt, ohne entsprechende Vereinbarung sei von der Unverzinslichkeit der Rückzahlungen auszugehen. Da der kostenorientierte Preis im Zeitpunkt der Zahlungen der FDA noch nicht festgelegt sei, könne eine Rückforderung auch noch nicht fällig sein. Ein Verzugszins sei damit nicht geschuldet. Sie sei aber bereit, einen markt- und branchenüblichen Zins zu bezahlen. Der von ihr vorgeschlagene Zinssatz in der Höhe des CHF LIBOR 6 Monate sei in verschiedenen Vereinbarungen mit Konkurrentinnen - auch mit solchen, welche ein Zugangsgesuch gestellt hätten - enthalten und deshalb als markt- und branchenüblich zu bezeichnen. Der Basiszinssatz der Vorinstanz (CHF Libor 12 Monate) sei nicht angebracht, da sie die zurückzuerstattenden Erträge aufgrund der ungewissen Verfahrensdauer nicht langfristig haben anlegen können.

12.3 Die Vorinstanz führt aus, die Verzinslichkeit von Rückzahlungen ergebe sich implizit aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zur Interkonnection. Zwischen den Parteien habe über die Zinshöhe Dissens geherrscht, diese sei deshalb im fernmelderechtlichen Zugangsverfahren als Nebenbedingung der Interkonnection festzulegen. Die Beschwerdegegnerin habe ihr entsprechendes Gesuch im vorinstanzlichen Verfahren nicht förmlich zurückgezogen, weshalb die Vorinstanz darüber zu befinden gehabt habe. Bei der Festsetzung des Zinssatzes sei nicht von einem Verzugszins auszugehen, da ein Verzugszins Fälligkeit der Forderungen voraussetze und die Rückzahlungen erst mit der Rechtskraft der Preisfestsetzungen fällig würden. Der Zinssatz gemäss Art. 73 OR komme nur zum Zug, wenn zwischen den Parteien ein Konsens herrsche, die Frage des Zinssatzes aber offen gelassen worden sei.

Die zu verzinsenden Gelder würden der Beschwerdeführerin während mindestens einem Jahr zur Verfügung stehen, weshalb von einem 12 Monate LIBOR-Satz auszugehen sei. Da sich dieser Satz auf Kreditverhältnisse zwischen Banken beziehe, enthalte er keinen Risikoanteil zur Kompensation der Bonität. Er sei deshalb entsprechend zu erhöhen. Dieser Zuschlag sei, ausgehend von einem Zuschlag von 1 % für Schuldner erster Bonität (sog. Primerate), zu bestimmen. Dazu sei eine individuelle Komponente hinzuzurechnen, die von der Bonität einer hypothetischen effizienten Markteintreterin ausgehe. Diese Kapitalaufnahmekosten seien auf 0.3 % zu beziffern, so dass der Zinszuschlag auf 1.3 % festzulegen sei. Bei den angenommenen Fremdkapitalkosten seien nicht die Sätze massgebend, die für die Beschwerdeführerin gälten, da eine Konkurrentin nicht wie diese von einer faktischen Staatsgarantie ausgehen könne.

12.3.1 Auch die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe ihre Gesuche nicht formell zurückgezogen. Sie hält fest, die Verzinsung entspreche einem allgemein anerkannten Grundsatz im Verwaltungsrecht. Die Verzinsung sei aus wettbewerbspolitischer Sicht wichtig, da die Beschwerdeführerin kraft ihrer Marktmacht durch überhöhte Preise während des Zugangsverfahrens günstige Darlehen erzwingen könne. Gleichzeitig schaffe sie zusätzliche Markteintrittshürden für Konkurrentinnen, indem sie diesen Investitionsmittel entziehe und sie im Kampf um Marktanteile behindere.

In den TAL- und KOL-Verfahren habe sie die Festsetzung eines Zinssatzes beantragt. Über die Frage der Verzinslichkeit habe stets Konsens bestanden, strittig sei einzig die Höhe des Zinssatzes. Die Zinshöhe sei nach den Grundsätzen der Vertragslückenfüllung zu bestimmen. Dabei sei gemäss der dispositiven Bestimmung von Art. 73 Abs. 1 OR von einem Zinssatz von 5 % auszugehen. Falls davon ausgegangen werde, Art. 73 OR sei nicht anwendbar, müsse der Zinssatz so festgelegt werden, dass der Anreiz korrigiert werde, die Konkurrenz durch überhöhte Forderungen zu schwächen. Zu diesem Zweck sei ein Korrekturzuschlag zu erheben.

Da über die Verzinslichkeit von Rückforderungen eine vertragliche Einigung vorliege, sei der Zivilrichter für die Festlegung der Höhe des Zinssatzes zuständig.

12.3.2 Die Höhe der Zinsen auf Rückzahlungen ist eine Nebenbedingung der Interkonnection und kann von den Parteien im Rahmen der Zugangsverhandlungen einvernehmlich festgelegt werden.

Da im vorliegenden Zusammenhang ein Kontrahierungszwang besteht und die Beschwerdegegnerin ein Zugangsgesuch gestellt hat, führt der Dissens - gleichgültig ob in einem Haupt- oder Nebenpunkt - nicht zu einem Nichtzustandekommen des Vertrages (vgl. zum Privatrecht dagegen Art. 2 Abs. 1 OR, Eugen Bucher, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, N. 46 zu Art. 1 OR). Die Höhe des Zinssatzes ist diesfalls nach der fernmelderechtlichen Sondervorschrift von Art. 11a FMG festzulegen (BGE 132 II 284 E. 6.2). Diese Bestimmung verlangt, dass die Vorinstanz die Bedingungen der Interkonnection verfügt und dabei insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen berücksichtigt.

12.3.3 Die Frage, ob allfällige Rückzahlungen zu verzinsen sind, war zwischen den Parteien nicht umstritten. Dabei ist es im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, ob sich bereits aus dem Gesetz eine Pflicht zur Verzinsung ergibt oder ob diese von der Beschwerdeführerin freiwillig angeboten wird. Keine Einigung erzielten die Parteien dagegen betreffend die Zinshöhe.

12.3.4 Zunächst ist zu prüfen, ob die Frage des Zinssatzes vor der Vorinstanz tatsächlich Verfahrensgegenstand war. Zwar hat die Beschwerdegegnerin in ihren Schlussbemerkungen im vorinstanzlichen Verfahren Zweifel an der Zuständigkeit der Vorinstanz zur Festsetzung eines Zinssatzes geäussert. Sie hat indessen ihren diesbezüglichen Antrag nicht zurückgezogen. Die Vorinstanz war damit zur Festsetzung des Zinssatzes zuständig.

12.3.5 Die Beschwerdeführerin wehrt sich vorab gegen die Anwendung von Art. 73 OR, auf den sich die Beschwerdegegnerin beruft. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, bei den festzulegenden Zinsen handle es sich nicht um Verzugszinsen. Sie hat somit Art. 73 Abs. 1 OR gar nicht berücksichtigt. Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht weiter einzugehen.

12.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich weiter auf den Standpunkt, der in ihren Standardverträgen offerierte Zinssatz sei von praktisch allen FDA akzeptiert worden und deshalb als markt- und branchenüblich zu betrachten. Dazu ist festzuhalten, dass das Bundesgericht bereits in BGE 132 II 284 E. 6.3 festgehalten hat, es sei bei der Regelung von Nebenbestimmungen nicht lediglich auf die Häufigkeit bzw. Beständigkeit einer bestimmten Regelung, sondern auch auf deren sachliche Rechtfertigung und Praktikabilität abzustellen. Darüber hinaus erscheine es zulässig, eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben, sofern damit der Ausgleich der Markbeherrschung bzw. eine Regelung bezweckt werde, wie sie unter Vertragspartnern mit gleicher oder zumindest ähnlicher Verhandlungsmacht zu erwarten sei. Dies wurde mit der heutigen Fassung von Art. 11a Abs. 1 FMG - welche in diesem Punkt keine inhaltliche Neuerung bezweckt - weiter präzisiert. Die Nebenbedingungen sind zwar nach der Markt- und Branchenüblichkeit (Art. 74 Abs. 2 FDV), dabei aber unter Berücksichtigung der Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie den Auswirkungen des Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen festzulegen. Angesichts der Marktmacht der Beschwerdeführerin kann aus der Häufigkeit einer Klausel nicht darauf geschlossen werden, dass sie das Resultat funktionierenden Wettbewerbs darstellt. Es kann deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Klausel die Bedingungen widerspiegelt, die einen wirksamen Wettbewerb fördern. Der Zinssatz ist deshalb anhand inhaltlicher Massstäbe zu beurteilen (BGE 132 II 257 E. 3.3.4, BGE 132 II 284 E. 6.3).

12.5 Als Nebenbestimmung der Interkonnektion ist der Zinssatz nach Art. 11a Abs. 1 FMG, d.h. namentlich unter Berücksichtigung der Bedingungen, die den Wettbewerb fördern, zu bestimmen. Diese offene Formulierung eröffnet der Vorinstanz einen erheblichen Ermessensspielraum. Die Beurteilung des Zinssatzes im Hinblick auf einen funktionierenden Wettbewerb erfordert erhebliches Fachwissen, insbesondere eingehende Kenntnis der Verhältnisse auf dem Telekommunikationsmarkt. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Ausübung des Ermessens durch die fachkundige Vorinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung und beurteilt, ob sich die Vorinstanz von sachgerechten Überlegungen leiten liess, setzt aber sein Ermessen nicht anstelle desjenigen der Vorinstanz (vgl. dazu E. 4.2, BGE 132 II 257 E. 3.3.4).

12.6 Die Vorinstanz hat den für Darlehen zwischen Banken massgebenden LIBOR-Zinssatz als Basiszinssatz angenommen und um einen Risikozuschlag erhöht. Bei der Bemessung des Risikozuschlags ist sie nicht von der Bonität der Beschwerdeführerin, die aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung und ihrer besonderen Position - aufgrund der Kapitalbeteiligung verfügt sie

über eine faktische Staatsgarantie - sondern von derjenigen einer hypothetischen effizienten Markteintreterin ausgegangen. Dieses Vorgehen erscheint methodisch nachvollziehbar und sachlich vertretbar. Bei der Festsetzung der Parameter (angenommene Laufzeit, Höhe des Bonitätszuschlags) bewegte sich die Vorinstanz im Rahmen ihres Ermessens. Der festgesetzte Zinssatz ist deshalb nicht zu beanstanden.

Daran ändern auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts. Denn mit ihrem Einwand, sie selber könne mit den erhaltenen Geldern lediglich einen Zinssatz für kurzfristige Anlagen erzielen, stellt sie sich offensichtlich auf den Standpunkt, sie dürfe aus der Rückerstattung zu hoch bezahlter Preise keine finanziellen Einbussen erleiden. Nebenbestimmungen der Interkonnektion sollen jedoch so ausgestaltet sein, dass der Wettbewerb gefördert wird bzw. Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Mit der Zinsbemessung nach der Konzeption der Beschwerdeführerin würden aber geradezu Anreize zum wettbewerbswidrigen Verhalten geschaffen. Denn die Beschwerdeführerin verfügt - wie die Beschwerdegegnerin zu Recht festhält - durch zu hohe Preise während der Dauer des Zugangsverfahrens über zusätzliches Kapital, während ihre Konkurrentinnen diese ihnen entzogenen Gelder mit Fremdkapital kompensieren oder auf Investitionen verzichten müssen. Diesem unerwünschten Wettbewerbsvorteil der Beschwerdeführerin ist insofern entgegen zu wirken, als bei der Bemessung des Zinssatzes den auf Seiten der Beschwerdeführerin eingesparten und bei ihren Konkurrentinnen zusätzlich anfallenden Fremdkapitalkosten Rechnung zu tragen ist. Die von der Vorinstanz angewandte Bemessungsmethode entspricht dieser Anforderung.

12.7 Die Beschwerde erweist sich somit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

13.

13.1 Die Vorinstanz hat bei der Preisfestsetzung im IC-Verfahren festgestellt, dass der von der Beschwerdeführerin in ihrem „Handbuch Preise 2007“ offerierte Preis für die Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer tiefer lag als die ausgewiesenen bzw. festgestellten Kosten. Die Vorinstanz hat darauf verzichtet, einen kostenorientierten Preis festzusetzen und hielt fest, es sei der Beschwerdeführerin nicht verwehrt, mit ihren Vertragspartnerinnen unter dem Kostennachweis liegende Preise zu vereinbaren und diese allen alternativen Anbieterinnen diskriminierungsfrei zu offerieren. Hätte sie einen höheren Preis verfügt, hätte die Beschwerdeführerin bei den übrigen Anbieterinnen aufgrund des Diskriminierungsverbots entsprechende Nachforderungen durchsetzen müssen. Dies wäre aber aufgrund der mit Dritten vertraglich vereinbarten Preise nicht möglich gewesen.

13.2 Die Beschwerdeführerin verlangt mit Antrag 2 der IC-Beschwerde die Aufhebung des verfügtten Preises von Fr. 2'250.- und dessen Festsetzung auf dem Niveau der nachgewiesenen Kosten. Sie führt aus, die Vorinstanz habe anhand der Überprüfung des vorgelegten Kostennachweises festgestellt, dass die Kosten auf Fr. 3'134.70 zu beziffern seien. Die Preise seien kostenorientiert festzulegen, dies auch wenn sie höher zu liegen kämen als der ursprünglich offerierte Preis. Zwar könn-

ten unter dem Kostennachweis liegende Preise vereinbart werden. Wenn - wie im vorliegenden Verfahren - keine Einigung erzielt werde, sei der offerierte Preis nicht mehr massgebend. Nachforderungen gegenüber andern FDA, mit denen ein tieferer Preis vereinbart worden sei, seien aufgrund der in den Verträgen vorgesehenen Drittwirkungsklausel möglich und würden der Vertragsgerechtigkeit entsprechen.

Es sei unklar, ob die Vorinstanz einen nachträglichen Konsens angenommen und auf eine Preisfestsetzung verzichtet, oder ob sie - unter Annahme eines fortbestehenden Dissenses - den offerierten Preis festgesetzt habe.

13.3 Die Vorinstanz wendet ein, das FMG bezwecke die Schaffung von wirksamem Wettbewerb. Der Regulierungszweck könne nur zu einer Senkung, nicht aber zu einer Erhöhung der angebotenen Preise führen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin habe sie auch in der Vergangenheit keine Preiserhöhungen vorgenommen. Einzig die marktbeherrschende Anbieterin habe umfassend Einblick in die Kostenberechnungen und damit in die Preiskalkulation. Falls die FDA mit einer Preiserhöhung rechnen müssten, würden sie die behördliche Preisfestsetzung nicht abwarten, sondern ihr Gesuch zurückziehen.

Eine Preiserhöhung sei auch verfahrensrechtlich nicht denkbar. Der Verfahrensgegenstand werde durch die Anträge der Gesuchstellerin im Zugangsverfahren beschränkt.

13.4 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie habe in ihrem Gesuch lediglich die Korrektur überhöhter Preise beantragt, Preiserhöhungen seien deshalb nicht Gegenstand des Gesuchs und damit ausgeschlossen. Eine Preiserhöhung würde aber auch in einem Widerspruch zum Zweck der Zugangsregulierung stehen. Mit dieser sollen Preissmissbräuche durch das marktbeherrschende Unternehmen verhindert werden. Es stehe der marktbeherrschenden Anbieterin frei, ihre Dienstleistungen unter den Kosten anzubieten, so wie es den alternativen FDA frei stehe, einen höheren Preis zu vereinbaren. Die Kostenorientierung definiere lediglich eine Kostenobergrenze.

Angesichts der Ungewissheit über die Kostenstruktur der marktbeherrschenden Unternehmung würde die Möglichkeit, dass ein Zugangsgesuch zu höheren Preisen führen könnte, FDA davon abhalten, Zugangsgesuche zu stellen.

Eine Preiserhöhung würde zudem zu einer Diskriminierung der FDA führen, die ein Zugangsgesuch gestellt hätten. Eine Nachforderung gegenüber Dritten würde deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen und sei deshalb nicht durchsetzbar. Die offerierten Preise seien nur angefochten worden, soweit sie überhöht gewesen seien, bei allfälligen zu tiefen Preisen sei ein Akzept der Beschwerdegegnerin anzunehmen. Solange die gesetzlich geforderte Preistransparenz nicht hergestellt sei, sei die Beschwerdeführerin an ihre Offerte gebunden.

13.5 Zunächst ist die Zulässigkeit einer Erhöhung des von der Beschwerdeführerin angebotenen Preises nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens zu beurteilen. Unterliegt ein Verfahren der Disposi-

tionsmaxime, wird der Verfahrensgegenstand durch die Begehren der Parteien bestimmt. Dies hat zur Folge, dass die entscheidende Behörde einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als diese beantragt hat. Sie darf aber auch nicht weniger zusprechen als die Gegenpartei anerkannt hat. Die Dispositionsmaxime ist im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren bei den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten massgebend (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 36).

Das Zugangsverfahren wird durch das Gesuch einer alternativen FDA eingeleitet und ist damit ein mitwirkungsbedürftiges Verwaltungsverfahren. Das Zugangsverfahren unterliegt demnach der Dispositionsmaxime (AMGWERD, a.a.O., Rz. 380).

Der Gegenstand des Zugangsverfahrens wird durch die Anträge im Gesuch festgelegt (vgl. Art 70 FDV). Die Gesuchstellerin kann die Überprüfung der Preise im Hinblick auf deren Senkung auf das kostenorientierte Niveau beantragen. Die Rolle der marktbeherrschenden Anbieterin beschränkt sich darauf, die Einhaltung der Kostenorientierung nachzuweisen. Eine Erhöhung der Preise dürfte damit bereits im Widerspruch zur Dispositionsmaxime stehen. Darauf deutet auch Art. 74 Abs. 3 FDV hin. Gemäss dieser Bestimmung verfügt die Vorinstanz die Preise auf Grund markt- oder branchenüblicher Vergleichswerte bzw. anhand eigener Kostenmodellierungen, wenn die marktbeherrschende Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung nicht nachweisen kann. Wird jedoch der Nachweis erbracht, dass die Kostenorientierung eingehalten ist, mit anderen Worten der offerierte Preis nicht zu hoch ist, so beschränkt sich die Verfügungskompetenz der Vorinstanz darauf, den von der marktbeherrschenden Anbieterin offerierten Preis festzusetzen. Im vorliegenden Fall ist die Kostenorientierung eingehalten; es kann daher bloss der offerierte Preis festgesetzt werden.

13.6 Dieses Ergebnis scheint auch in Hinblick auf den Sinn und Zweck des Zugangsverfahrens richtig.

Unbestritten ist, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz, dass die Vorinstanz allfällige überhöhte Preise nur auf das durch die Kosten vorgegebene Niveau zu senken hat und keine tieferen Preise verfügen kann. Andernfalls würden durch zu tiefe Preise das Trittbrettfahren und ineffiziente Markteintritte gefördert - mithin der wirksame Wettbewerb behindert - und Anbieter konkurrierender Einrichtungen benachteiligt. Dadurch würde der Infrastrukturwettbewerb behindert (vgl. dazu AMGWERD, a.a.O., Rz. 311 und 425). Die Kostenorientierung bildet die Grenze der möglichen behördlichen Preissenkungen. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Vorinstanz berechtigt ist, einen von der marktbeherrschenden Anbieterin offerierten tieferen Preis anzuheben. Der Wortlaut der Bestimmung schliesst dies aber zumindest nicht aus.

Bei der Beurteilung dieser Frage sind dem verfassungsrechtlichen Rahmen und dem Zweck der Regulierung im Fernmeldemarkt Rechnung zu tragen, andererseits ist die Systematik der Zugangsordnung zu respektieren.

Die behördliche Preisfestsetzung stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit und damit in die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit der Parteien dar. Als sol-

che ist sie nur zulässig, wenn sie auf einer formellen gesetzlichen Grundlage basiert, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 2 bis 3 BV, vgl. auch ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 302 ff.). Mit der Pflicht, den alternativen FDA Zugang zu gewähren, soll die übermächtige Verhandlungsposition der marktbeherrschenden Unternehmung ausgeglichen werden. Ziel der Regulierung ist es, einen Missbrauch der Marktmacht zu verhindern. Zwar ist denkbar, dass auch tiefe Preise ein wettbewerbswidriges Verhalten darstellen, so namentlich wenn mit Dumpingangeboten versucht wird, einen Konkurrenten aus dem Markt zu drängen. Solche Dumpingpraktiken stehen aber vorliegend nicht zur Diskussion und sind nicht Gegenstand des Zugangsverfahrens gemäss Art. 11a FMG, sondern gegebenenfalls mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu bekämpfen.

Zweck des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts im Fernmeldebereich ist die Überführung staatlicher Monopolstrukturen in eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung. Mit den Regeln des FMG sollen die Entstehung von Marktmacht als Folge der Deregulierung und der Missbrauch von neu entstehender Marktmacht verhindert werden (AMGWERD, a.a.O., Rz. 163). Die marktbeherrschende Anbieterin ist in der Preisfestsetzung frei und bedarf nicht des Schutzes der Regulierungsbehörde. Ein regulatorischer Eingriff soll verhindern, dass eine marktbeherrschende Unternehmung mit dem Mittel der Preispolitik den Markt abschotten oder Monopolrenten erzielen kann. Die Korrektur allfälliger Kalkulationsfehler ist dagegen nicht Zweck des Zugangsverfahrens.

Eine Korrektur einer zu tiefen Offerte der marktbeherrschenden Unternehmung wäre mit dem Zweck der fernmelderechtlichen Regulierung deshalb nicht vereinbar und würde auch nicht im öffentlichen Interesse liegen. Als Eingriff in die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin, die eine Überprüfung des offerierten Preises im Hinblick auf dessen Senkung verlangt, wäre sie damit unzulässig, selbst wenn sie mit dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 11a FMG vereinbar sein sollte.

13.7 Ob eine Preiserhöhung vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbotes zulässig wäre, braucht damit nicht abschliessend beantwortet zu werden. Dies erscheint aber zumindest fraglich. Zwar hat die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben in der Mehrzahl der abgeschlossenen Verfahren eine Drittwirkungsklausel aufgenommen, welche ihr im Falle einer Preiserhöhung durch die Vorinstanz das Recht einräumt, gegenüber dritten FDA die höheren Preise nachzufordern. Da solche Drittwirkungsklauseln zwar offenbar mit vielen, nicht aber mit allen FDA abgeschlossen worden sind, dürfte eine Preiserhöhung bereits daran scheitern, dass die Beschwerdegegnerin gegenüber andern FDA, die keine solche Klausel akzeptiert haben, diskriminiert würde.

Zudem würden sich allfällige von der Vorinstanz verfügte höhere Preise wegen der Drittwirkung zum Nachteil der Dritten auswirken, ohne dass diese sich zur Preiserhöhung vorgängig äussern konnten. Dies erschiene im

Hinblick auf den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör problematisch.

13.8 Ferner rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe mit ihrer Weigerung, den Preis dem Kostennachweis anzupassen, gegen ihre frühere Praxis verstossen. So habe sie in früheren Verfahren die Preise innerhalb einer Dienstgruppe teilweise nach oben, teilweise nach unten korrigiert. Weiter habe sie in der vorliegend angefochtenen Verfügung den Preis für die Aktivierung der vorbestimmten Betreiberauswahl von Fr. 4.95 im Jahr 2003 auf Fr. 22.- im Jahr 2004 erhöht.

13.8.1 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die Erhöhung der Preise für die Aktivierung der vorbestimmten Betreiberauswahl sei mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Es handle sich dabei um eine Preiserhöhung im Vergleich zu einer früheren Regulierungsperiode, für die die Beschwerdeführerin keinen Kostennachweis erbracht habe, nicht aber um eine Erhöhung des offerierten Preises. Die Erhöhung einzelner Preise sei lediglich im Gegenzug zu einer gleichzeitigen Senkung von Preisen innerhalb einer Dienstgruppe infolge einer veränderten Kostenzuordnung erfolgt. Eine solche Umgestaltung des Preisgefüges stelle keine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass die Vorinstanz keine Preiserhöhungen verfügen könne.

13.8.2 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf eine Erhöhung der Preise im Vergleich zu einer Vorperiode beruft, kann von vornherein keine Praxisänderung erkannt werden, da sich die Sachverhalte im vorliegend strittigen Punkt grundlegend unterscheiden. Die Preise wurden in jenem Verfahren auf dem Niveau der Offerte festgelegt, weshalb sich die Frage, ob offerierte Preise erhöht werden dürfen, nicht stellte.

Ebenfalls keine abweichende Praxis kann im Umstand gesehen werden, dass die Vorinstanz bei Änderungen der Kostenzuordnung innerhalb einer Dienstgruppe einzelne Preise erhöhte. In solchen Fällen geht es darum, Kosten, welche von der Beschwerdeführerin bei der Kalkulation ihrer Offerte berücksichtigt wurden, anderen Preisen zuzuordnen. Es wird weder geltend gemacht noch ist aus den Akten ersichtlich, dass die vorliegend umstrittene Preiserhöhung ebenfalls Folge einer sachgerechten Zuweisung von Kosten innerhalb einer Dienstgruppe sein soll.

Es liegt damit keine Praxisänderung vor und die Rüge, die Vorinstanz habe eine unzulässige Praxisänderung vorgenommen, erweist sich als unbegründet.

13.9 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, es sei nicht nachvollziehbar, ob die Vorinstanz nun einen nachträglichen Konsens in der Höhe des offerierten Preises festgestellt oder den Preis privatrechtsgestaltend auf einem nicht kostenorientierten Niveau festgesetzt habe. Beides sei unzulässig. Wenn von einem nachträglichen Konsens ausgegangen werde, hätte die Vorinstanz nicht auf das Gesuch eintreten dürfen, da sie zur Preisfestsetzung nur zuständig sei, wenn keine Einigung zustande gekommen sei. Eine Preisfestsetzung auf dem Niveau des offerierten Preises sei dagegen inhaltlich unzulässig, weil der Grundsatz der Kostenorientierung dadurch verletzt würde.

Dieser Argumentation der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Nachdem die Parteien keine Einigung erzielt haben und die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz angerufen hat, ist diese zur Preisfestsetzung zuständig. Stellt die Vorinstanz fest, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Kostenorientierung nicht eingehalten hat, setzt sie die Preise gemäss Art. 11a FMG i.V.m. Art. 74 Abs. 3 FDV selber fest. Daraus folgt umgekehrt, dass die offerierten Preise für die Vorinstanz dann verbindlich sind, wenn sie - wie im vorliegenden Fall - das Gebot der Kostenorientierung nicht sprengen. Dass die Vorinstanz selbst in ihrer Duplik festhält, sie habe den Preis nicht verfügt, sondern lediglich der Klarheit halber aufgeführt, ändert an diesem Ergebnis nichts. Massgeblich ist, dass der Preis in der Verfügung verbindlich festgelegt ist.

13.10 Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

14.

14.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung weiter die Preise für Supplementary Services for Carrier Preselection festgelegt. Darunter wird die Lieferung von Daten im Zusammenhang mit der vorbestimmten Betreiber Auswahl (Carrier Preselection [CPS]) verstanden.

14.2 Mit der Betreiber Auswahl wird ein Anruf von einem Festnetzanschluss der Beschwerdeführerin auf das Verbindungsnetz einer alternativen FDA umgeleitet. Dies kann entweder fallweise durch Eingabe eines bestimmten Codes vor der Rufnummer oder dauerhaft, mittels Voreinstellung eines Telefonanschlusses auf eine bestimmte FDA (CPS) geschehen. Bei der CPS wird die Voreinstellung durch die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Grunddienste aktiviert (Activation) oder bei einem Umzug auf die neue Adresse umgeschaltet (Relocation). Die Ausführung der CPS-Aufträge wird ebenso wie die Deaktivierung einer CPS den FDA durch eine unentgeltliche Meldung der Beschwerdeführerin in elektronischer Form angezeigt.

Das Angebot der Beschwerdeführerin umfasst im Zusammenhang mit der Betreiber Auswahl zudem die Lieferung folgender Daten im Hinblick auf die Bewirtschaftung von Kundendaten (sog. Supplementary Services):

- Invoice Details for Activation and Relocation: Monatliche Zusammenfassung aller durchgeführter Aktivierungen und Schaltungen bei Umzügen von Kunden einer FDA,
- Deactivation Notification: Liste der Kunden, die zufolge einer neuen Betreiber Auswahl nicht mehr CPS-Kunden bei der FDA sind,
- List of Activated Customers: Liste aller aktivierten CPS Kunden einer FDA zu einem bestimmten Zeitpunkt,
- Migration of Carrier Selection Codes: CPS-Kunden mit dem gleichen Carrier Selection Code (CSC) werden auf Ersuchen auf einen anderen CSC derselben FDA migriert,
- Access Cancellation Notification: Liste der CPS Kunden einer FDA, welche den Telefonanschluss ganz aufgegeben haben,

- Customer Data Check: Pre-Order Check, bei dem die Beschwerdeführerin der FDA gestützt auf die Angabe einer Telefonnummer die Personalien des betreffenden Endkunden mitteilt,
- List of Taken over Access: Liste der CPS Kunden, bei denen ein Nachmieter den Anschluss übernommen hat,
- Slamming Reconfiguration: Rückgängigmachen eines unberechtigten Aktivierungsauftrages einer FDA.

14.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Vorinstanz, die Preise für Supplementary Services festzulegen und beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung im IC-Verfahren, soweit darin Preise für diese Dienstleistungen festgelegt wurden. Sie macht geltend, diese Dienste würden nicht der Interkonnektionspflicht unterliegen, da sie für ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Dienste sowie für den Zugang der Endkunden zu Diensten der anderen FDA nicht notwendig seien, mithin keine Dienstleistungen der Interkonnektion im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG darstellten.

Der Umstand, dass nicht alle FDA Supplementary Services beziehen würden, zeige, dass diese für die Erbringung von Fernmeldediensten nicht zwingend erforderlich seien. Bis ins Jahr 2000 seien überhaupt keine Supplementary Services angeboten worden, aufgrund einer Weisung des BAKOM habe sie die Daten zudem bis zur Änderung der FDV vom 19. Januar 2009 nicht verwenden dürfen. Ein reguliertes Angebot hätten die FDA erst ab dem 1. Januar 2004 verlangt. Trotzdem sei auf dem Fernmeldemarkt wirksamer Wettbewerb entstanden. Dies alles zeige, dass es sich bei den Supplementary Services nicht um regulierbare Interkonnektionsdienste handeln könne, die eine marktbeherrschende Anbieterin ihren Konkurrenten im Rahmen der Interkonnektion anbieten müsse.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, Voraussetzung einer Regulierung sei eine marktbeherrschende Stellung. Im Bereich der Supplementary Services sei sie aber nicht marktbeherrschend. Die Vorinstanz habe ohne die notwendigen Sachverhaltsabklärungen eine Marktbeherrschung angenommen und sich mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin gar nicht auseinandergesetzt.

Die FDA könnten die fraglichen Daten selbst beschaffen und seien nicht auf die Supplementary Services angewiesen. So würden die wesentlichen Daten im Rahmen der CPS Dienstleistungen ohnehin in elektronischer Form geliefert. Das Abwandern von Kunden zu andern FDA könne anhand der Kündigung oder aber durch einfaches Nachfragen bei fehlendem Traffic erfolgen. Ob und zu welchen Kosten eine effiziente FDA die Daten selbst beschaffen könne, habe die Vorinstanz nicht abgeklärt. Die Beschwerdeführerin könne sich angesichts der Möglichkeit zur Eigenproduktion auf dem Markt nicht unabhängig verhalten. Zudem habe die Vorinstanz in einer undifferenzierten Pauschalbetrachtung angenommen, die Beschwerdeführerin sei bei allen Supplementary Services marktbeherrschend. Einzelne der Dienstleistungen würden aber deutlich weniger nachgefragt. Dar-

aus sei erkennbar, dass die betreffenden Daten auf andere Weise beschafft würden oder nicht notwendig seien.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe wie die WEKO zu Unrecht aus dem engen Sachzusammenhang der CPS und der Supplementary Services geschlossen, dass eine marktbeherrschende Stellung bei der CPS auch eine marktbeherrschende Stellung bei den Supplementary Services bedeute. Die beiden Leistungen bildeten entgegen der Auffassung der Vorinstanz keinen Systemmarkt. Selbst wenn von einem Systemmarkt ausgegangen werde, könnten aber die Supplementary Services von andern Marktteilnehmern unabhängig von der Grundleistung CPS angeboten werden. Es treffe zu, dass Supplementary Services nur von FDA bezogen würden, die auch CPS-Kunden seien. Dies bedeute aber nicht, dass für die Supplementary Services kein eigenständiger Markt bestehe. Schliesslich sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin zur Frage der Marktbeherrschung nicht beweibelastet sei.

14.4 Die Vorinstanz bringt vor, die Unterscheidung zwischen den Dienstleistungen im Rahmen der CPS und den Supplementary Services sei ein Entscheid der Beschwerdeführerin und sachlich nicht zu rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin biete die Dienstleistung zu massiv überhöhten Preisen an, weshalb sie von verschiedenen Anbietern nicht bezogen würden. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um der Regulierung unterliegende Interkonnektionsleistungen handle.

Da die Supplementary Services ein Bestandteil der CPS-Dienstleistungen seien, müsse die Frage der Marktbeherrschung nicht gesondert betrachtet werden. Die Beschwerdeführerin verfüge als einzige über die zugrundeliegenden Daten, deshalb sei nur sie in der Lage, die Supplementary Services mit einem vertretbaren Kosten-/Nutzenverhältnis anzubieten. Dies sei auch ohne weitere Abklärungen ersichtlich.

14.5 Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die umstrittenen Supplementary Services seien unter anderem auf ihr Drängen hin entwickelt worden. Dass die Dienstleistungen den dynamischen Marktentwicklungen angepasst würden, sei für den Telekommunikationssektor typisch. Dies deute nicht darauf hin, dass die Dienste nicht zu den Interkonnektionsleistungen gehörten. Auch aus dem Umstand, dass ein Teil der FDA keine dieser Dienste beziehen würde, könne nicht geschlossen werden, dass diese nicht zum Grundangebot gehörten bzw. dass sie durch Eigenleistungen substituierbar seien. Angesichts der massiv überhöhten Preise der Beschwerdeführerin müssten viele FDA unter Inkaufnahme von Wettbewerbsnachteilen auf eine Inanspruchnahme der Dienste verzichten. Die Dienste seien wohl technisch für die Interkonnektion nicht zwingend, für ein wirtschaftlich vernünftiges Kundenmanagement aber notwendig. Da die Informationen der Beschwerdeführerin selbst zur Verfügung stünden, seien sie aufgrund des Diskriminierungsverbots auch den Konkurrentinnen zu liefern. Die von der Beschwerdeführerin als Substitut angeführte Eigenproduktion der Daten sei völlig realitätsfremd und unwirtschaftlich.

Weiter führt die Beschwerdegegnerin aus, die Marktabgrenzung der Vorinstanz sei nicht zu beanstanden. Die Supplementary Services hätten keine eigenständige Bedeutung, sondern seien als Teil der CPS-Dienste zu sehen. Es sei nicht zu bestreiten, dass die Beschwerdeführerin auf diesem Markt beherrschend sei. Die Supplementary Services würden die Nutzung der Hauptleistung - CPS - erst möglich machen. Es handle sich damit nicht um ein eigenständiges Angebot, sondern um eine Nebenleistung der CPS. Dienstleistungen, die für ein gesetzeskonformes Funktionieren der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen nötig seien, seien der Regulierung zu unterstellen.

14.6 Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens erstattete die WEKO ein Gutachten zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Bereich der Supplementary Services. Sie hielt darin fest, die Nachfrage nach Supplementary Services stehe in einem derart engen Zusammenhang mit der CPS, dass die Dienstleistungen im Rahmen der Marktabgrenzung nicht isoliert betrachtet werden könnten. Bei der Marktabgrenzung im Bereich der Teilnehmeranschlüsse seien die Nachfrage der Endkunden nach einem Telefonanschluss einerseits und die Nachfrage der FDA nach Zugang zu den Anschlüssen (Wholesalestufe) zu unterscheiden. Bei der CPS, die zum Wholesalebereich gehöre, sei die Beschwerdeführerin die einzige schweizweit flächendeckend tätige Anbieterin. Auch aus dem Endkundenmarkt (namentlich aus der Konkurrenz durch Kabelnetzbetreiberinnen) und möglichen künftigen Markteintritten anderer Anbieter erwachse kein Wettbewerbsdruck, der disziplinierend auf den Wholesalemarkt wirke. Die Beschwerdeführerin sei aus diesen Gründen bei der CPS und damit auch bei den Supplementary Services marktbeherrschend.

In ihrer Stellungnahme vom 11. Juni 2009 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hält sie weiter fest, für die Supplementary Services bestehe keine unabhängige Nachfrage, diese bildeten keinen eigenständigen Markt. Es bestehe keine Ausweichmöglichkeit, so dass die FDA bei überhöhten Preisen nur auf einen Bezug der Dienstleistungen verzichten könnten. Es sei unrealistisch, dass die FDA die Daten selbst mit vertretbarem Aufwand beschaffen könnten.

Auch wenn mit der Beschwerdeführerin von einem Systemmarkt ausgegangen würde, wäre eine marktbeherrschende Stellung im Sekundärmarkt (Supplementary Services) anzunehmen. Die unbestrittene Marktbeherrschung im Primärmarkt ändere dies nicht, sondern stärke die Marktstellung eher.

14.7 Eine Leistung der Beschwerdeführerin unterliegt unter zwei Voraussetzungen der Regulierung. Zunächst ist zu prüfen, ob es sich um eine Interkonnektionsleistung im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG handelt. Wird dies bejaht, ist weiter festzustellen, ob die Beschwerdeführerin im fraglichen Markt eine marktbeherrschende Stellung hat. Die Beschwerdeführerin bestreitet das Vorliegen beider Voraussetzungen.

14.8 Gemäss Art. 3 Bst. e FMG umfasst die Interkonnektion die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und

logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Art. 61 FDV umschreibt die im Rahmen der Interkonnektion anzubietenden Leistungen näher. Demnach bietet die marktbeherrschende Anbieterin mindestens folgende Interkonnektionsdienste an:

- die Erzeugung, die Terminierung und den Transit der Verbindungen;
- die Identifikation des anrufenden und des verbundenen Anschlusses sowie die Unterdrückung dieser Identifikation;
- den Zugang zu den Mehrwertdiensten 08xx und 09xx;
- die physische Verbindung von Fernmeldeanlagen verschiedener Anbieterinnen, die für die Verbindung von Diensten notwendig ist.

Die vorliegend zu beurteilenden Dienste sind damit in der Umschreibung der der Regulierung unterliegenden Interkonnektionsdienstleistungen nicht ausdrücklich enthalten. Art. 61 Abs. 2 FDV nennt indessen nur den Mindestumfang des Angebots, ist mithin nicht abschliessend.

Wie das Bundesgericht in BGE 132 II 284 E. 6.2 festgestellt hat, ist die Vorinstanz im Rahmen des Zugangsverfahrens nicht nur zur Regelung der Hauptleistungen, sondern auch der Nebenbedingungen der Interkonnektion zuständig. Die Vorinstanz ist gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG zuständig, die Bedingungen des Zugangs zu verfügen. Eine Einschränkung auf die Hauptpunkte besteht nicht. Zu den fraglichen Bedingungen zählen vielmehr sämtliche Punkte, die in einem sachlichen Zusammenhang zur Interkonnektion stehen. Dass dazu neben technischen Regelungen auch Bestimmungen zur Abwicklung des Vertragsverhältnisses (etwa zur Gewährleistung oder Haftung) gehören, ist in diesem Sinne sachlich begründet. Aus diesen Überlegungen lässt sich auch eine Pflicht der Beschwerdeführerin zur Erbringung von Nebenleistungen ableiten (AMGWERT, a.a.O., Rz. 281, vgl. auch vorstehend E. 12.4).

Die Pflicht zur Erbringung einer Nebenleistung ist dann zu fordern, wenn diese - objektiv betrachtet - den Bezug der Hauptleistung erst ermöglicht oder diese in sinnvoller Weise nutzbar macht. Es genügt aber nicht, wenn die Nebenleistung in einem sachlichen Kontext zur Hauptleistung steht, vielmehr muss auch eine gewisse Abhängigkeit gegeben sein. Es muss sich um eine wesentliche, für den nachfragenden Anbieter für die Nutzung der Hauptleistung erforderliche Nebenleistung handeln, welche nicht auf zumutbare Art substituierbar ist. Bei Nebenleistungen, die den Bezug der Hauptleistung zwar erleichtern, die in vergleichbarer Form aber anderweitig bezogen werden können, besteht keine Angebotspflicht (AMGWERT, a.a.O., Rz. 281).

14.9

14.9.1 Ein enger Sachzusammenhang zwischen den Supplementary Services und der Hauptleistung CPS ist offensichtlich. Die Beschwerdeführerin macht nun aber geltend, die Nutzung der CPS sei auch ohne Supplementary Services möglich. Dies zeige bereits der Um-

stand, dass eine Vielzahl von FDA keine Supplementary Services beziehen würden.

Die Supplementary Services sind zwar für das technische Zusammenwirken der Netze nicht zwingend notwendig. Die Regulierung von Art. 11 ff. FMG bezweckt jedoch nicht nur die rein technische Interkonnektion, sondern auch die Schaffung von Bedingungen für alternative Anbieter, die einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen. Vor dem Hintergrund dieses Regulierungszwecks sind auch Nebenleistungen, die für eine wirtschaftliche Nutzung der Hauptleistung notwendig erscheinen, als Bestandteil der Interkonnektionsdienstleistungen zu betrachten. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erscheint es notwendig, über die für die Bewirtschaftung des Endkundenstammes erforderlichen Daten zu verfügen. Die Supplementary Services sind daher als Bestandteil der Interkonnektionsdienstleistungen zu betrachten.

Daran ändert auch nichts, dass - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - CPS zunächst ohne Supplementary Services angeboten und genutzt wurde und dass verschiedene FDA keine Supplementary Services beziehen. Die Beschwerdegegnerin weist zu Recht darauf hin, dass der Telekommunikationsmarkt eine grosse Dynamik aufweist und sich auch die Angebote in einem raschen Wandel befinden. Es leuchtet deshalb ein, dass Dienstleistungen wie die Supplementary Services erst bei einer entsprechenden Nachfrage entwickelt werden und gleichwohl für eine wirtschaftlich sinnvolle Geschäftstätigkeit notwendig sind. Werden sie im Rahmen eines nicht regulierten Angebots trotzdem nicht von allen FDA genutzt, kann dies - wie die WEKO zu Recht festhält - allenfalls ein Hinweis auf überhöhte Preise der Beschwerdeführerin sein, weitere Schlüsse lassen sich daraus indes nicht ziehen.

14.9.2 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die FDA könnten die im Rahmen der Supplementary Services zur Verfügung gestellten Informationen auch anhand der verschiedenen im Rahmen der CPS gelieferten Daten und mit eigenen Nachforschungen beschaffen. Die Leistungen seien damit substituierbar und nicht als Nebenleistungen der Interkonnektion zu betrachten. Es trifft zu, dass zumindest teilweise eine Beschaffung der Daten auch ohne Supplementary Services denkbar ist. Die von der Beschwerdeführerin aufgezeigten Möglichkeiten der Eigenbeschaffung scheinen aber ineffizient, fehleranfällig, nicht praktikabel und kostenintensiv zu sein. Andere vertretbare Beschaffungsmöglichkeiten der Informationen sind nicht erkennbar. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auch ohne weitere Abklärungen davon ausgegangen ist, die Dienstleistungen seien nicht substituierbar. Sie sind damit als Nebenleistungen der Interkonnektion zu betrachten und unterliegen der Regulierung.

14.9.3 Die Beschwerdeführerin bringt allerdings in diesem Zusammenhang - unter Hinweis auf ein eingereichtes Rechtsgutachten - vor, das BAKOM habe (noch vor Inkrafttreten der heutigen Fassung von Art. 65 Abs. 3 FDV) ihr in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren untersagt, Daten zu verwenden, die ihr im Zusammenhang mit der Abwicklung der Interkonnektion bekannt geworden seien. Die damalige Rekurskommission für Infra-

struktur und Umwelt (REKO/INUM) habe diese Anordnung im Entscheid F-2002-87 vom 20. August 2003 geschützt. Es sei widersprüchlich, wenn ihr zum einen die Verwendung von Informationen untersagt werde, diese aber als Bestandteil der Interkonnectionsdienstleistungen betrachtet würden.

Daran ändere auch die Revision der FDV nichts, welche die Verwendung von Informationen über Teilnehmende regle. Auch wenn die Informationen - abgesehen von bestimmten Ausnahmen - nur im Zusammenhang mit der Abwicklung des Interkonnectionsverhältnisses verwendet werden dürften, würden die Supplementary Services dadurch nicht zu Bestandteilen der Interkonnectionsdienste. Vielmehr mache der Wortlaut von Art. 65 FDV deutlich, dass eine über die Abwicklung des Interkonnectionsverhältnisses hinausgehende Verwendung der Informationen geregelt werde.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Verwendung von Daten im Zusammenhang mit der Abwicklung des Zugangsverhältnisses oder die Bewirtung der Kundendaten im Rahmen von CPS-Verhältnissen war gerade nicht Gegenstand des Entscheids F-2002-87 der REKO/INUM. Vielmehr war darin die Verwendung von Daten zu anderen, kommerziellen Zwecken zu beurteilen.

Auch aus Art. 65 FDV kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Art. 65 Abs. 2 und 3 FDV regeln die Verwendung und die Vertraulichkeit von Daten, die eine Anbieterin im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Zugangsverhältnisses erhält. In der heutigen Fassung von Art. 65 Abs. 3 FDV wird die Verwendung der Informationen, ob eine Kundin oder ein Kunde eine Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen frei gewählt oder eine solche Wahl gelöscht hat, ausdrücklich geregelt. Dabei wird festgehalten, die Verwendung dieser Informationen sei zulässig, soweit sie allen Anbieterinnen gleichermassen zur Verfügung stünden. Die Informationen werden mithin systematisch in den Zusammenhang mit der Abwicklung des Zugangsverhältnisses gestellt und die Verwendung der Daten wird diskriminierungsfrei geregelt. Beides zeigt, dass der Verordnungsgeber die Informationen nicht als beliebige Zusatzdienste betrachtet, sondern einen engen Zusammenhang zu den Zugangsdienstleistungen sieht.

14.9.4 In einem ersten Schritt kann damit festgestellt werden, dass die Supplementary Services in den Anwendungsbereich von Art. 11 f. FMG fallen und unter gegebenen Voraussetzungen einer Regulierung unterworfen sind.

14.10 Eine Pflicht, Zugang zu gewähren, besteht indessen nur, wenn eine Anbieterin marktbeherrschend ist. Die Marktbeherrschung ist nicht eine Eigenschaft des Unternehmens an sich, sondern bezieht sich auf dessen Marktmacht in einem bestimmten Dienstmarkt (Botschaft, BBl 2003 7972). Es ist damit zunächst eine Marktabgrenzung vorzunehmen und anschliessend festzustellen, ob die Anbieterin im abgegrenzten Markt marktbeherrschend ist.

14.10.1 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 FMG eine

beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition im KG abzustellen (BVGE 2009/35 E. 8.4.1). Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 4.4 [zur Publikation bestimmt]) zur Begriffserweiterung durch die Kartellgesetzrevision 2003 vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 277 ff.). Um diese Frage zu klären, ist einerseits der sachlich relevante, andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen (ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], a.a.O., S. 34, 37; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 179 ff., 277 f., 750; CHRISTOPH LÜSCHER, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in: jusletter vom 2. November 2009, Rz. 34).

Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog).

14.10.2 Unbestritten ist vorliegend der räumlich relevante Markt. Die Parteien gehen in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon aus, dass das Gebiet der Schweiz massgebend ist.

14.10.3 Der sachlich relevante Markt ist aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189). Mit dem Begriff der Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen gemeint, die angeblich marktbeherrschend sind (HEIZMANN, a.a.O., Rz. 280). Marktgegenseite bilden vorliegend daher die Fernmeldedienstanbieterinnen, die Nachfrager der Supplementary Services. Die WEKO differenziert praxisgemäss zwischen Retail- und Wholesalemärkten, wenn sich die Nachfrage in den beiden Bereichen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet (Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2, S. 428). Auf der Wholesale-Ebene fragen die Fernmeldedienstanbieter beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte wie die CPS nach. Basierend auf der CPS bieten die Fernmeldedienstanbieter sodann auf der Retail-Ebene den Endkunden Fernmeldedienste an.

14.10.4 Im vorliegenden Fall ist daher der Wholesale- vom Retailmarkt zu unterscheiden. Die Vorinstanz grenzt zu Recht den Wholesalemarkt für CPS-Dienstleistungen als sachlich relevanten Markt ab. Die

marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf einem so abgegrenzten Markt ist offenkundig und unbestritten.

Fraglich bleibt aber, ob - wiederum aus der Sicht der Marktgegenseite, d.h. der Wholesalekunden - der Markt der CPS weiter vom Markt für Supplementary Services zu unterscheiden ist. Die WEKO führte dazu aus, zwischen den Supplementary Services und der Grunddienstleistung CPS bestehe ein enger sachlicher Zusammenhang. Eine Nachfrage nach Supplementary Services sei nur im Zusammenhang mit dem Bezug von CPS denkbar. Es könne sich in gewissen Fällen rechtfertigen, die technische Unterstützung für ein bestimmtes Produkt nicht als eigenen sachlich relevanten Markt anzusehen, sondern die Marktabgrenzung hinsichtlich dieses bestimmten Produktes insgesamt (d.h. unter Einbezug von Hauptprodukt und technischer Unterstützung) vorzunehmen. Sie erachtet eine solche Gesamtbetrachtung im vorliegenden Fall als angebracht.

14.10.5 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Systemmarktbetrachtung ausgegangen und habe aus dieser Betrachtungsweise zudem unzulässige Schlüsse für ihre Markstellung gezogen. Ein Systemmarkt liege vor, wenn eine Haupt- und eine Nebenleistung gemeinsam angeboten und nachgefragt, so dass die Käufer die Gesamtkosten des Systems in Betracht ziehen würden. Aus einer Systemmarktbetrachtung könne aber nicht geschlossen werden, dass die Nebenleistung nur vom Anbieter der Hauptleistung angeboten werde. Im vorliegenden Zusammenhang könnten aus einer Systemmarktbetrachtung keine Schlüsse gezogen werden.

14.10.6 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Systemmarktbetrachtung ausgegangen bzw. habe daraus falsche Schlüsse gezogen, haben für die vorliegend zu beurteilenden Fragen keine Relevanz. Die Vorinstanz hat ihre Haltung nicht mit einer Systemmarktbetrachtung begründet. Zwar verweist die WEKO in ihrem Gutachten auf eine Stelle in der Literatur, die sich zu Systemmärkten äussert. Sie zitiert daraus aber lediglich die - auch ausserhalb von Systemmärkten kaum zu bestreitende - Aussage, es könne sich in gewissen Fällen rechtfertigen, die technische Unterstützung für ein bestimmtes Produkt nicht als eigenen sachlich relevanten Markt anzusehen, sondern die Marktabgrenzung hinsichtlich dieses bestimmten Produktes insgesamt vorzunehmen.

Eine weitergehende Bezugnahme auf die Debatte über Systemmärkte erfolgte dagegen zu Recht nicht. Zwar geht es auch dabei um die Frage, unter welchen Umständen der Markt für ein mit einem Hauptprodukt (z.B. Autos) zusammenhängendes Sekundärprodukt (z.B. Ersatzteile für Autos eines bestimmten Typs) abzugrenzen ist. Als massgebend wird dabei aber betrachtet, ob sich der im Sekundärmarkt dominierende Anbieter unabhängig verhalten kann oder ob er gegebenenfalls seine Stellung auf dem Primärmarkt verschlechtern würde. Werden die Kaufentscheidungen der Kunden auf dem Primärmarkt durch die angebotenen Bedingungen auf dem Sekundärmarkt beeinflusst, wird der Anbieter im Sekundärmarkt durch den Wettbewerb auf dem Primärmarkt diszipliniert.

Eine solche Situation liegt im vorliegenden Fall nicht vor und wurde auch von keiner Seite geltend gemacht. Die Beschwerdeführerin ist im Primärmarkt unbestritten marktbeherrschend, während zu beurteilen ist, ob ein Sekundärmarkt für Supplementary Services abzugrenzen und die Beschwerdeführerin in diesem wirksamem Wettbewerb ausgesetzt ist. Auf die von der Beschwerdeführerin angesprochene Debatte über Systemmärkte ist daher nicht weiter einzugehen.

14.10.7 Die Vorinstanz hat auf die Abgrenzung eines eigenen Marktes verzichtet, da eine Nachfrage nach Supplementary Services nur bestehe, wenn auch die Hauptleistung CPS bezogen würde.

Diese Argumentation der Vorinstanz (und der WEKO) scheint nicht in allen Punkten überzeugend. Aus dem - unbestrittenen - Umstand, dass ohne Bezug von CPS keine Nachfrage nach Supplementary Services besteht, kann nicht von vornherein geschlossen werden, es bestehe kein eigener Markt für Supplementary Services. Auch wenn eine Unterstützungsleistung nur nachgefragt wird, wenn ein Hauptprodukt bezogen wird, kann - wie die Beschwerdeführerin anhand von Reparaturleistungen für Aufzüge und Fotoapparate aufzeigt - ein eigenständiger Markt für die Unterstützungsleistung bestehen.

Im vorliegenden Fall ist aber eine andere Überlegung ausschlaggebend. Die Zusatzleistungen basieren auf Daten, welche direkt nur der Beschwerdeführerin als Anbieterin der Hauptleistung zur Verfügung stehen. Sie sind sachlich derart eng mit der Abwicklung der Hauptleistung verknüpft, dass sie als dessen Nebenleistungen erscheinen. Dies deutet stark darauf hin, dass die Supplementary Services keinen eigenen Markt bilden.

14.11 Ob im vorliegenden Fall tatsächlich eine solche Abgrenzung eines spezifischen Marktes für Supplementary Services angezeigt ist, kann aber - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - ohnehin offen bleiben.

Die Beschwerdeführerin bestreitet ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Supplementary Services und macht geltend, die in diesem Rahmen gelieferten Daten könnten von der Beschwerdegegnerin (bzw. von dieser beauftragten Dritten) anhand der Daten, die ihr bei der Abwicklung der CPS übermittelt werden, und anhand eigener Abklärungen selbst beschafft werden.

Selbst wenn von einem speziellen Markt für Supplementary Services ausgegangen würde, ist aber - wie gezeigt - nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Bereich ausgegangen ist. Die von dieser vorgeschlagene Alternative - Beschaffung und Aufbereitung der Daten durch die Beschwerdegegnerin oder Dritte anhand der CPS Daten - ist offensichtlich kein wirtschaftlich sinnvoller Ersatz. Zum einen wäre der bei der Beschwerdegegnerin anfallende Aufwand erheblich grösser als bei einer Datenaufbereitung durch die Beschwerdeführerin, andererseits wäre aufgrund der vorgeschlagenen individuellen Abklärungen mittels Kontrollanrufen die Fehleranfälligkeit deutlich höher. Der Verzicht auf die entsprechenden Daten erscheint als einzige Alternative zum Bezug der Supplementary Services. Für eine wirtschaftliche und effiziente Bewirtschaftung der Kundendaten sind die Daten aber gerade für eine grös-

sere FDA wie die Beschwerdegegnerin notwendig. Die Supplementary Services sind daher als nicht substituierbar zu betrachten.

14.12 Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die Vorinstanz hätte die Frage der Marktbeherrschung nicht für die Supplementary Services insgesamt, sondern bezogen auf die einzelnen Dienstleistungen (z.B. Invoice Details for Activation and Relocation, Deactivation Notification, List of Activated Customers, Access Cancellation Notification, Customer Data Check, List of Taken over Access, Slamming Reconfiguration) beurteilen müssen. Die vorstehenden Ausführungen lassen sich indessen sinngemäss auf sämtliche der angebotenen Dienstleistungen übertragen. Zudem gebietet es sich, einzelne, eng zusammenhängende Teilmärkte aus Praktikabilitätsgründen zusammenzufassen um eine übermässige Atomisierung des relevanten Marktes zu vermeiden (AMGWERT a.a.O., Rz. 200). Angesichts des engen Sachzusammenhangs scheint eine Gesamtbeurteilung vorliegend sachgerecht (BGE 132 II 257 E. 5.2).

14.13 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und den massgebenden Sachverhalt ungenügend abgeklärt, indem sie über die Frage der Marktbeherrschung nicht Beweis geführt habe. Die Beschwerdeführerin macht geltend, in diesem Punkt sei nicht sie, sondern die Vorinstanz beweissbelastet.

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im CPS-Markt unbestrittenermassen als marktbeherrschend zu betrachten ist. Da die Supplementary Services eng mit der Hauptleistung CPS verknüpft sind und auf Daten basieren, die nur der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehen, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz sich darauf beschränkt hat, zu prüfen, ob die Supplementary Services durch eine andere Anbieterin oder durch Eigenleistungen der Kundinnen substituierbar sind. Welche weiteren Beweissmassnahmen hätten vorgenommen werden müssen, ist nicht ersichtlich. Eine weitere Beweisführung erübrigte sich damit. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt demzufolge nicht vor.

14.14 Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Bereich der Supplementary Services ausgegangen und war zur Festsetzung der entsprechenden Preise zuständig. Die Beschwerde erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

14.15 Weil bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin keine für die Rechtsfortbildung wesentlichen Fragen zu beantworten waren und auch keine Praxisänderung zur Diskussion stand, besteht kein innergerichtlicher Koordinationsbedarf (vgl. E.3.4.3).

15.

Die Beschwerde erweist sich somit als teilweise begründet. Die Verfügungen sind aufzuheben, soweit die Vorinstanz darin eine Drittwirkungsklausel aufgehoben (Ziff. 3 des TAL-Verfahrens und Ziff. 4 des KOL-Verfahrens) bzw. den Antrag auf Verfügung einer Drittwirkungsklausel abgewiesen (Ziff. 2 des Dispositivs des IC-Verfahrens) hat. Das IC-Verfahren ist zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückzu-

weisen. Im Rahmen der Drittwirkungsklausel wird auch die Frage der Verzinsung von drittwirkungsbedingten Rückzahlungen zu regeln sein. Weiter ist Ziff. 7 der KOL-Verfügung aufzuheben, soweit darin die Beschwerdeführerin angewiesen wird, Bestimmungen aus Verträgen mit Dritten zu entfernen. Abzuweisen sind die Beschwerden dagegen, soweit die Aufhebung bzw. Anpassung des verfügbaren Zinssatzes für Rück- und Nachzahlungen, die Neufestsetzung des Preises für die erstmalige Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer sowie die Aufhebung der verfügbaren Preise für Supplementary Services for Carrier Preselection beantragt wird.

16.

Bei diesem Verfahrensausgang gelten beide Parteien als teilweise unterliegend und haben die Verfahrenskosten anteilmässig zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 100 - 50'000 Franken (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Für eine Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und aus welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht, mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil A-109/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009, zur Publikation vorgesehen als BVGE 2009/35 E. 12; BEAT RUDIN, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12). Bei Beschwerden gegen Teilentscheide bzw. gegen Zwischenentscheide richtet sich der Streitwert nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz streitig waren, welche den Teilentscheid getroffen hat, bzw. nach den Begehren, die vor der Instanz streitig sind, wo die Hauptsache hängig ist (vgl. RUDIN, a.a.O., Art. 51 N 26 und N 30).

Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von deutlich über 1 Million Franken auszugehen (Rück- und Nachforderungen, Verzinsung). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Entscheid drei Beschwerdeverfahren betrifft. Die Verfahrenskosten sind anhand der oben genannten Kriterien (u.a. Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels) auf insgesamt Fr. 30'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

Dieser Betrag ist zu zwei Dritteln der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Der Restbetrag des geleisteten Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 10'000.- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Die Beschwerdegegnerin hat im Rahmen ihres Unterliegens anteilmässig die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- zu tragen.

17.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend sind sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen jedoch keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4).

18.

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerden werden teilweise gutgeheissen.

1.1 Ziff. 2 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Interkonnektion (LRIC 2004 ff.) wird aufgehoben und die Angelegenheit zur Verfügung einer Drittwirkungsklausel an die Vorinstanz zurückgewiesen.

1.2 Ziff. 3 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend den vollständig entbündelten Zugang wird aufgehoben.

1.3

1.3.1 Ziff. 4 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Kollokation wird aufgehoben.

1.3.2 Ziff. 7 des Dispositivs der Teilverfügung vom 9. Oktober 2008 betreffend die Bedingungen der Kollokati-

on wird aufgehoben und durch die folgende Formulierung ersetzt:

„Die Klauseln 5.8, 5.11, 5.13 und 5.14 des Standardvertrages Kollokation werden nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag betreffend Kollokation aufgenommen.“

2.

Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen, soweit sie nicht als durch Beschwerderückzug gegenstandslos geworden abgeschrieben werden.

3.

3.1 Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 30'000.- festgesetzt und zu zwei Dritteln der Beschwerdeführerin und zu einem Drittel der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.2 Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Betrag von Fr. 20'000.- wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.- verrechnet. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.3 Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Betrag von Fr. 10'000.- ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 367-19 / AZ 330.7; Einschreiben)
- die WEKO

Entscheid (BE.2009.21) des Bundesstrafgerichts (Verwaltungsgerichts (I. Beschwerdekammer) vom 14. Januar 2010 in Sachen Wettbewerbskommission, Sekretariat gegen A. AG. Gegenstand: Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR)

Sachverhalt:

A. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend „Sekretariat“) führt u. a. gegen die A. AG eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) wegen des Verdachts der unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG (act. 1.4). Im Rahmen dieser Untersuchung fand am 9. Juni 2009 in den Räumlichkeiten der A. AG in Z. sowie (betreffend die Serverdaten) in Y. eine Hausdurchsuchung statt. Anlässlich dieser Hausdurchsuchung wurden verschiedene Unterlagen sichergestellt, in Z. eine elektronische Spiegelung von bestimmten Informatikmitteln durchgeführt und in Y. eine logische Kopie von Serverdaten erstellt (act. 1.1). Auf Einsprache der A. AG hin wurden ein Grossteil der Unterlagen und sämtliche Spiegelungen bzw. logische Kopien versiegelt.

B. Mit Gesuch vom 21. September 2009 gelangte das Sekretariat an die I. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und beantragte, es sei unter Kostenfolge die Entsiegelung der am 9. Juni 2009 sichergestellten und versiegelten Unterlagen und Datenträger der A. AG anzuordnen und deren Durchsuchung durch die Mitarbeiter des Sekretariats zu gestatten (act. 1).

In ihrer Gesuchsantwort vom 22. Oktober 2009 beantragte die A. AG was folgt (act. 5):

1. Das Gesuch des Sekretariats sei abzuweisen.
2. Eventualiter, falls Antrag Ziff. 1 abgewiesen und die beschlagnahmten Dokumente

und Datenträger entsiegelt werden:

2.1 Die I. Beschwerdekammer solle aus den beschlagnahmten Dokumenten und Datenträgern sämtliche schriftlichen und elektronischen Datenträger aussondern und der Gesuchsgegnerin zurückgeben, die für die Untersuchung keine Bedeutung haben oder die von externen Rechtsanwälten/Anwaltskanzleien erstellt oder an solche

übermittelt oder für sie angefertigt worden seien, namentlich:

- Kanzlei B. Rechtsanwälte,
- Rechtsanwalt C.,
- Kanzlei D. und Partner sowie
- Kanzlei E.

2.2 Der Gesuchsgegnerin sei Akteneinsicht in die beschlagnahmten Dokumente und Datenträger zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu lasten der Gesuchstellerin.

Die I. Beschwerdekammer bat daraufhin das Sekretariat, ihr die von der A. AG auf Seite 21 f. der Gesuchsantwort in Rz. 104 genannten drei Ordner und die entsprechenden Dokumentenmappe bzw. die Behältnisse, in denen sich die genannten Unterlagen zu jenem Zeitpunkt befanden, in versiegelter Form einzureichen (act. 6).

Das Sekretariat nahm am 30. Oktober 2009 unaufgefordert zur Gesuchsantwort der A. AG Stellung (act. 7) und reichte der I. Beschwerdekammer am 5. November 2009 die von ihr verlangten Unterlagen in zwei versiegelten Kartons ein (act. 8 und 8.1).

Die versiegelten Kartons mit den fraglichen Akten wurden anschliessend von der I. Beschwerdekammer im Rahmen der Entscheidungsfindung geöffnet und die enthaltenen Unterlagen gesichtet.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den folgenden rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

Die I. Beschwerdekammer zieht in Erwägung:

1.

1.1 Für die Verfolgung und die Beurteilung strafbarer Handlungen nach dem KG gelten die Bestimmungen des VStrR (Art. 57 Abs. 1 KG). Verfolgende Behörde ist hierbei das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied von deren Präsidium. Urteilende Behörde ist die Wettbewerbskommission (Art. 57 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45 - 50 VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG).

1.2 Werden im Verwaltungsstrafverfahren Papiere und Datenträger durchsucht, so ist dem Inhaber derselben wenn immer möglich vor der Durchsuchung Gelegenheit zu geben, sich über deren Inhalt auszusprechen. Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere versiegelt und verwahrt. Zur Einsprache gegen die Durchsuchung ist nur der Inhaber der Papiere legitimiert (Urteil des Bundesgerichts 1S.28/2005 vom 27. September 2005, E. 2.4.2 u. a. mit Hinweis auf den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2005.20 vom 23. Juni 2005, E. 2.1.1). Mit der Siegelung entsteht ein suspensiv bedingtes Verwertungsverbot, das besteht bis die zuständige gerichtliche Behörde über die Zulässigkeit der Durchsuchung entschieden hat. Dabei bestimmt sie, ob die Wahrung des Privat- bzw. Geschäftsbereichs oder das öffentliche Interesse an der Wahrheitsforschung höher zu werten ist (HAUSER/SCHWEI/ HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 353 N. 21). Über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet die I. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 50 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Bst. b SGG und Art. 9 Abs. 2 des Regle-

ments vom 20. Juni 2006 für das Bundesstrafgericht; SR 173.710).

1.3 Die Gesuchsgegnerin ist Inhaberin der sichergestellten Unterlagen und der gespiegelten Datenträger und somit zur Einsprache gegen deren Durchsuchung berechtigt. Die I. Beschwerdekammer ist vorliegend zuständig, über die Zulässigkeit einer solchen Durchsuchung zu entscheiden. Auf das Entsigelungsgesuch ist demnach einzutreten.

1.4 Die Gesuchsgegnerin bringt unter formellen Gesichtspunkten vor, das Entsigelungsgesuch sei erst über drei Monate nach erfolgter Sicherstellung der Unterlagen und Datenträger gestellt worden, was angesichts des Entscheides des Bundesstrafgerichts BE.2008.11 vom 12. Dezember 2008, E. 1.3, eine Verletzung des Beschleunigungsgebots darstelle und in analoger Anwendung von Art. 248 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) zur Abweisung des Gesuchs führen müsse (act. 5, Rz. 4 - 7). Auch wenn das geltende Recht keine Fristen vorsieht, sind die Strafverfolgungsbehörden stets gehalten, dem Beschleunigungsgebot gebührend Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund sowie angesichts der erwähnten Bestimmung der neuen, noch nicht in Kraft getretenen Strafprozessordnung erscheint die hier verstrichene Dauer zwischen Sicherstellung der Papiere und Datenträger sowie der Stellung des Entsigelungsgesuchs als zu lang. Angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelung, welche diesbezüglich keine Frist bestimmt sowie der Tatsache, dass die StPO keine Vorwirkung vorsieht (Urteil des Bundesgerichts 1B_101/2008 vom 28. Oktober 2008, E. 4.4.3), ist die Abweisung des Gesuchs infolge Fristablaufs jedoch nicht möglich. Der Gesuchstellerin wird jedoch empfohlen, sich bei weiteren Entsigelungsgesuchen an der künftigen Frist von 20 Tagen zu orientieren.

2. Gemäss konstanter Praxis der I. Beschwerdekammer entscheidet diese bei Entsigelungsgesuchen in einem ersten Schritt, ob die Durchsuchung im Grundsatz zulässig ist und, sofern dies bejaht wird, in einem zweiten Schritt, ob die Voraussetzungen für eine Entsigelung erfüllt sind. Von einer Durchsuchung von Papieren, bei der es sich um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme handelt, wird gesprochen, wenn Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen bzw. besichtigt werden, um ihre Beweiseignung festzustellen und sie allenfalls zu den Akten zu nehmen. Eine derartige Durchsuchung ist nur zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, anzunehmen ist, dass sich unter den sichergestellten Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert wird. Die Durchsuchung von Papieren ist dabei mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse und unter Wahrung der Berufs- und Amtsgeheimnisse durchzuführen (Art. 50 Abs. 1 und 2 VStrR; vgl. zum Ganzen die Entscheide des Bundesstrafgerichts BE.2008.3 vom 24. Juni 2008, E. 3; BE.2007.10 vom 14. März 2008, E. 2; BE.2007.8 und BE.2007.9 jeweils vom 28. Januar 2008, E. 2 m.w.H.).

3.

3.1 Im Entsigelungsentscheid ist vorab zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht für eine Durchsuchung besteht. Dazu bedarf es zweier Elemente: Erstens muss ein Sachverhalt ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände des Strafrechts überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zweitens müssen ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen. In Abgrenzung zum dringenden setzt dabei der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen. Zu beachten ist schliesslich, dass auch mit Bezug auf den hinreichenden Tatverdacht die vom Bundesgericht zum dringenden Tatverdacht entwickelte Rechtsprechung sachgemäss gelten muss, wonach sich dieser im Verlaufe des Verfahrens konkretisieren und dergestalt verdichten muss, dass eine Verurteilung immer wahrscheinlicher wird. Die Verdachtslage unterliegt mit anderen Worten einer umso strengeren Überprüfung, „je weiter das Verfahren fortgeschritten ist“. Allerdings ist festzuhalten, dass die diesbezüglichen Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (vgl. zum Ganzen Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2006.7 vom 20. Februar 2007, E. 3.1 m.w.H.). Diese Überlegungen gelten gleichermassen auch für das Verwaltungsstrafverfahren, gibt es doch diesbezüglich keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Rechtsanwendung.

3.2 Die vorliegende Untersuchung der Wettbewerbsbehörden betreffend Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich wurde durch eine entsprechende Anzeige einer zum jetzigen Zeitpunkt anonym bleibenden Privatperson bzw. Unternehmung ausgelöst. Die Anzeige selber wurde der I. Beschwerdekammer von der Gesuchstellerin nicht vorgelegt, ebenso soll - der Absicht der Gesuchstellerin zufolge - die Identität der Anzeige erstattenden Person vor der Gesuchsgegnerin weiterhin geheim gehalten werden. Die Gesuchstellerin hat jedoch den wesentlichen Inhalt der bei ihr eingereichten Anzeige in einem Dokument zusammengefasst und so in das Entsigelungsverfahren eingebracht (act. 1.8). Dieser Zusammenfassung ist zu entnehmen, dass die Anzeige erstattende Person erstmals im März 2008 mit einer E-Mail an die Gesuchstellerin gelangte, in welcher sie ausführte: „Sämtliche Arbeiten im Strassenbau werden an wöchentlichen Sitzungen (Unternehmer), wenn es die Zusammensetzung der Anbieter erlaubt, kartellmässig abgesprochen.“ In einer weiteren E-Mail vom Mai 2008 hielt sie sodann fest: „Grundsätzlich wird versucht, bei jeder Ausschreibung die Preise abzusprechen. Bei Grossprojekten werden auch so genannte Schutz-Entschädigungen in die Offerten eingerechnet, die dann bei Auftragserhalt den kooperierenden Unternehmen ausbezahlt werden.“ Daraufhin ersuchte die Gesuchstellerin die Anzeige erstattende Person um nähere Angaben, worauf diese in einem Schreiben im Juni 2008 ausführte: „Bevor die neuen Sanktionen in Kraft getreten sind, wurden die Absprachesitzungen bei den jeweiligen kantonalen Baumeisterverbänden abgehalten. Für Zürcher Ausschreibungen trafen sich die Unterneh-

mer in X., für aargauische Ausschreibungen in W. Danach wurden und werden auch heute die Besprechungen abwechselnd bei den Unternehmen abgehalten.“ Gemäss der genannten Zusammenfassung (act. 1.8) habe die Anzeige erstattende Person ausgeführt, dass sämtliche Submissionen, an denen die Unternehmen interessiert seien, den kantonalen Verbänden gemeldet würden. So könnten sich die Unternehmen ein Bild über ihre Mitbewerber machen und diese kontaktieren. Entweder werde bereits telefonisch ein „Schutz“ vereinbart oder dann würde ein Treffen stattfinden. Die Anzeige erstattende Person erwähne zudem ein konkretes Projekt, bei dem „in die Offerte Schutzzahlungen eingerechnet [wurden], welche nach Erhalt des Auftrages an die kooperierenden Submittenten ausbezahlt wurden.“ Das Schreiben enthalte schliesslich eine Liste mit Unternehmen, welche an den Preisabsprachen beteiligt seien. In dieser Liste wird auch die Gesuchsgegnerin namentlich genannt. Anlässlich einer mündlichen Besprechung zwischen dem/der Anzeigeersteller/in und Vertretern der Wettbewerbsbehörden habe Erstere(r) insbesondere ausgeführt, dass auch eine Art Gebietsschutz im Sinne eines „Gentlemen's Agreement“ bestehe, da die Zürcher Unternehmen in der Regel nicht bei Aargauer Ausschreibungen offerieren würden und umgekehrt die Aargauer Unternehmen nicht in Zürich. Schliesslich habe er/sie nochmals erwähnt, dass in gewissen Fällen Ausgleichszahlungen des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalte, an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmen erfolgen würden (Schutzzahlungen).

3.3 Die von der Gesuchstellerin gemachten Angaben hinsichtlich der Vorbringen der Anzeige erstattenden Person sind konkret genug, um gegenüber der Gesuchsgegnerin einen hinreichenden Verdacht der Teilnahme an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a (unzulässige Preisabreden) bzw. Bst. c (unzulässige Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten) KG zu begründen. Die Gesuchsgegnerin bemängelt diesbezüglich, dass keinerlei Beweismittel vorlägen, welche den entsprechenden Verdacht zu stützen vermöchten. Die dem Verdacht zu Grunde liegende Anzeige sei zudem - da sie von einem anonymen Zeugen stamme - als Beweismittel nicht zulässig (act. 5, Rz. 13 ff.).

Zu Beginn eines Strafverfahrens kann eine substantiierte Strafanzeige zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts genügen (vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2004.10 vom 22. April 2005, E. 3.3.2). Dies ist hier der Fall. So kann nicht gesagt werden, dass das Verfahren bereits seit März 2008 seinen Lauf genommen habe und deshalb höhere Anforderungen an den Konkretisierungsgrad des Tatverdachts zu stellen seien, hat doch zu jenem Zeitpunkt lediglich eine erste Kontaktnahme der Anzeige erstattenden Person mit der Gesuchstellerin stattgefunden. Erst im Verlaufe des Jahres 2009 lagen der Gesuchstellerin von Seiten der die Anzeige erstattenden Person genügend Angaben vor, um am 8. Juni 2009 eine Untersuchung zu eröffnen. Diese befindet sich somit noch im Anfangsstadium. Dass die Anzeige selber der I. Beschwerdekammer nicht vorliegt, schadet ebenfalls nicht. Im Rahmen der Untersuchung kann die Akteneinsicht der Parteien aus verfahrenstaktischen Gründen noch eingeschränkt sein (vgl.

hierzu ausführlich den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2009.30 vom 15. Dezember 2009, E. 2). Akten, welche einer Partei nicht offen gelegt werden sollen, aber worauf sich eine Behörde stützen will, sind dabei in Form einer Zusammenfassung einzureichen, wobei die betroffene Partei uneingeschränkt Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Mit der eingereichten Zusammenfassung der Anzeige (act. 1.8) ist dieser Praxis und somit dem Anspruch auf ein faires Verfahren - zum jetzigen Zeitpunkt - Genüge getan. Sollte die untersuchende Behörde nach Abschluss der Untersuchung der Ansicht sein, dass eine Widerhandlung vorliegt, so wird sie der Gesuchsgegnerin spätestens dann jedoch vollumfängliche Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren haben (Art. 61 Abs. 2 VStrR). Ob eine anonyme Zeugenaussage als Beweismittel zulässig sein wird, wird letztlich die erkennende Strafbehörde bzw. das erkennende Sachgericht zu entscheiden haben (vgl. diesbezüglich bereits den Entscheid des Bundesstrafgerichts BV.2006.58 vom 11. August 2006, E. 4.3). Vorliegend genügt es, dass aufgrund der oben geschilderten Darstellung hinreichende Anhaltspunkte bestehen, welche den Verdacht begründen, dass die Gesuchsgegnerin an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt gewesen sein könnte.

3.4 Weiter ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass sich unter den zu durchsuchenden Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sein könnten (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Die Untersuchungsbehörden müssen hierbei jedoch noch nicht darlegen, inwiefern ein konkreter Sachzusammenhang zwischen den Ermittlungen und einzelnen versiegelten Dokumenten besteht (TPF 2004 12 E. 2.1; vgl. zuletzt den Entscheid des Bundesstrafgerichts BE.2009.12 vom 9. November 2009, E. 3.1.2 in fine).

Die Gesuchstellerin durfte nach dem Gesagten davon ausgehen, dass in den Geschäftsräumlichkeiten der Gesuchsgegnerin Unterlagen aufgefunden werden, welche hinsichtlich der angezeigten Wettbewerbsabreden - sei es mit zusätzlich belastender oder auch entlastender Wirkung - von Bedeutung sein können. Die Gesuchsgegnerin benennt diesbezüglich eine Reihe von sichergestellten Unterlagen und führt hierzu aus, weshalb diese ihrer Ansicht nach für die Untersuchung nicht von Bedeutung seien. Sie verkennt dabei, dass im Rahmen einer Strafuntersuchung die hierfür verantwortliche untersuchende Behörde den Entscheid zu fällen hat, was im Zusammenhang mit dem von ihr geführten Verfahren von Belang ist und was nicht. Einer Durchsuchung - und nur die Zulässigkeit einer solchen ist Gegenstand des vorliegenden Entscheides - der sichergestellten Dokumente steht unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegen. Erst nach erfolgter Durchsuchung wird die Strafuntersuchungsbehörde mittels anfechtbarer Verfügung zu entscheiden haben, welche Unterlagen sie als beweisrelevant erachtet und zu den Akten nehmen will (vgl. hierzu TPF 2006 307 E. 2.1).

4.

4.1 Papiere sind mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse zu durchsuchen (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Zudem sind bei der Durchsuchung das Amtsgeheimnis sowie Geheimnisse, die Geistlichen, Rechtsanwälten, Notaren, Ärzten, Apothekern, Hebammen und ihren

beruflichen Gehilfen in ihrem Amte oder Beruf anvertraut wurden, zu wahren (Art. 50 Abs. 2 VStrR). Die Gesuchsgegnerin begründete anlässlich der Hausdurchsuchung ihre Einsprache u. a. damit, dass Teile der versiegelten Akten unter das Anwaltsgeheimnis fallen würden (act. 1.1, S. 4). Im Rahmen ihrer Gesuchsantwort machte sie diesbezüglich konkretere Angaben (act. 5, Rz. 92 ff.). Die Gesuchstellerin hält demgegenüber dafür, die in den Geschäftsräumlichkeiten der Gesuchsgegnerin sichergestellten Unterlagen seien nicht durch das Anwaltsgeheimnis geschützt. Das Anwaltsgeheimnis erstrecke sich nämlich nicht auf Unterlagen, die der Klient in seinem Besitz behalten oder Dritten übergeben habe. Ebenso wenig gelte das Anwaltsgeheimnis für die Korrespondenz des Anwalts mit seinem Auftraggeber, soweit sie sich bei Letzterem befinde (act. 1, Rz. 23 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1B_101/2008 vom 28. Oktober 2008, E. 4.4.1).

4.2 In ihrem Entscheid BK_B 189/04 vom 28. Februar 2005 hat sich die I. Beschwerdekammer ausführlich zur Thematik des Schutzes der sich beim Beschuldigten befindenden Korrespondenz zwischen diesem und seinem Anwalt geäussert (vgl. dort E. 3.1 - 3.5). Zusammenfassend kam sie zum Schluss, dass sich der Klient als Inhaber der sichergestellten Papiere nicht auf das Anwaltsgeheimnis berufen könne, um sich der Durchsuchung zu widersetzen (E. 3.1; insofern übereinstimmend mit dem von der Gesuchstellerin angeführten Urteil des Bundesgerichts 1B_101/2008 vom 28. Oktober 2008, E. 4.4.1). Vielmehr stehe dem Beschuldigten gestützt auf die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Ziff. 3 Bst. b und c EMRK bzw. Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV das Recht zu, mit seinem Verteidiger frei zu verkehren. Hieraus ergebe sich zu dessen Gunsten auch der Anspruch, wonach die im Rahmen des gegen ihn laufenden Strafverfahrens ergangene Korrespondenz zwischen ihm und seinem Verteidiger nicht durchsucht werden dürfe (E. 3.5). Andere von Anwälten erstellte Dokumente, die sich beim Beschuldigten befinden, unterlägen demgegenüber grundsätzlich der Beschlagnahme bzw. könnten durch die Strafverfolgungsbehörden eingesehen werden (mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1P.133/2004 vom 13. August 2004, E. 3.3).

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Gesetzgeber im Rahmen der noch nicht in Kraft getretenen StPO einen weitergehenden Schutz des Beschuldigten vorgesehen hat. Gemäss Art. 264 Abs. 1 StPO dürfen nebst Unterlagen aus dem Verkehr der beschuldigten Person mit ihrer Verteidigung (Bst. a) auch andere Aufzeichnungen und Korrespondenzen, die aus dem Verkehr zwischen der beschuldigten Person und Personen stammen, die nach den Art. 170 - 173 StPO das Zeugnis verweigern können (insbesondere auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte) und die im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt sind (Bst. c), nicht beschlagnahmt bzw. von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet (Art. 248 Abs. 1 StPO) werden, ungeachtet des Ortes, wo sie sich befinden,

und des Zeitpunktes, in welchem sie geschaffen wurden. Die Berücksichtigung dieser neuen Bestimmung im vorliegenden Verfahren käme jedoch unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen zum geltenden Recht einer Vorwirkung gleich, welche von der StPO nicht vorgesehen ist (vgl. hierzu bereits E. 1.4). Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin (act. 5, Rz. 97 f. und 100) hat der Gesetzgeber mit Erlass der neuen StPO sehr wohl eine Veränderung der Rechtslage vorgenommen. Zwar unterscheidet Art. 50 Abs. 2 VStrR im Wortlaut tatsächlich nicht nach dem Aufbewahrungsort der Dokumente, der Klient selber kann sich - gemäss der geltenden Rechtsprechung - jedoch nicht auf das in dieser Bestimmung statuierte Anwaltsgeheimnis berufen, um die Durchsuchung der in seinem Herrschaftsbereich sichergestellten Unterlagen zu verhindern.

4.3 Die vorliegend durch die Gesuchsgegnerin bezeichneten - ihrer Ansicht nach unter das Anwaltsgeheimnis fallenden - Unterlagen wurden durch die I. Beschwerdekammer im Rahmen der Entscheidfindung eingesehen. Bei der sichergestellten Korrespondenz zwischen der Gesuchsgegnerin und verschiedenen Anwälten handelt es sich nicht um geschützte Strafverteidigerkorrespondenz im oben erwähnten Sinne, sondern durchwegs um Unterlagen bzw. Korrespondenz aus anderen Mandatszusammenhängen. Deren Durchsuchung durch die Wettbewerbsbehörden steht demnach nichts entgegen.

5. Nach dem Gesagten ist das Gesuch gutzuheissen und es ist die Gesuchstellerin zu ermächtigen, die sichergestellten Unterlagen zu entsiegeln (soweit dies nicht bereits durch die I. Beschwerdekammer erfolgt ist) und zu durchsuchen. Anlässlich der Durchsuchung werden diejenigen Papiere und Datenträger auszuschneiden und der Inhaberin unverzüglich zurückzugeben sein, die mit dem Gegenstand der Strafuntersuchung offensichtlich in keinem Zusammenhang stehen und keinen Bezug zu den in Frage stehenden Straftaten haben. Die Gesuchstellerin wird danach mittels beschwerdefähiger Verfügung zu entscheiden haben, welche Papiere und Datenträger sie beschlagnahmeweise zu den Akten nehmen will (vgl. TPF 2006 307 E. 2.1).

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gesuchsgegnerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt (Art. 3 des Reglements vom 11. Februar 2004 über die Gerichtsgebühren vor dem Bundesstrafgericht; SR 173.711.32).

Demnach erkennt die I. Beschwerdekammer:

1. Das Gesuch wird gutgeheissen.
2. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die am 9. Juni 2009 sichergestellten und versiegelten Unterlagen und elektronischen Datenträger der Gesuchsgegnerin zu entsiegeln und zu durchsuchen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.- wird der Gesuchsgegnerin auferlegt.

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
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
CHF Schweizer Franken / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebRV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz 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
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade
Verordnung über
Gebrauchsgegenstände
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 3, 71
 Abrede 1 ff., 66, 69 ff., 80, 84 f., 99 ff., 120, 169 f., 184, 191, 194, 226 ff.
 Acquiring -
 Anhörung 6, 68, 79, 107, 119
 Apotheker/innen 183, 228
 Ärzte(-Verband) 1, 4, 228

B

Banken 6, 12, 183, 215 f.
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste 119, 123, 125 ff.,
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 6
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe -
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 3, 6, 16, 181, 192
 Erheblichkeit 2, 103 ff., 110
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -

I

Indizienbeweis -
 Interchange Fee 5 f., 21 f., 37 f., 53 f.
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 85, 117, 123, 143, 184, 222
 Koppelungsgeschäft -
 Kostenraster -

Krankenversicherer -
 Kreditkarten 5
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons -

M

Marktaufteilung (keine) 103
 marktbeherrschende Stellung 7 f., 10, 99, 120 f., 126, 128 f., 139, 143 f., 149, 170, 172, 182 f., 185, 188 f., 198, 200 ff., 205, 219 f., 223
 Marktgegenseite 85, 89, 100, 121, 123 f., 127, 129, 133, 141, 145, 166 f., 179, 185, 222 f.
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 98 f., 121, 129
 Marktzutrittsschranken -
 Meldepflicht 10, 170, 183 ff.
 Missbrauch 8, 11, 66, 118, 120 ff., 145, 147, 158, 166., 170 f., 177, 180, 182, 205, 210, 218, 222

N

Netzwerk 118, 124
 Netzwerkkosten 5
 Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb 116, 144 f.
 Preisabrede 5 f., 69, 228
 Preisbindung zweiter Hand 103

Q

Quersubventionierung 159, 173

R

Rabatte 4, 118, 175
 Reduktion der Sanktion 180 f., 195

S

Sanktionen 1, 15 f., 107 f., 110, 168, 170 ff., 176 ff., 190 ff., 209, 227
 Senkung Herstellkosten -
 Submission 1 ff., 7, 12, 59 ff., 228
 Submissionskartell 7

T

Tarife 134, 158, 198, 207
 Tarifvertrag -
 Tierärzte/innen 5

Transparenzmassnahmen -

vorgezogene Recyclinggebühren -

U

Umstossung der Vermutung -

W

Untersuchung 1 ff., 65 ff., 115 ff., 210, 226 ff.

Wettbewerb um den Markt -

unzulässige Wettbewerbsabrede 71, 107, 114

X

V

Y

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Z

Veröffentlichung 3, 7

Zahlungsmittel -

Verschulden 108, 170 ff., 192 ff.

zweiseitige Märkte -

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 70, 116, 120